

AVERTIZARE PUBLICĂ

Notă de fundamentare

I. Prezentare cesiuni credite și contracte conexe

I.1 Contracte de cesiune

În cadrul activității de cercetare a petițiilor consumatorilor s-a constatat cesionarea în perioada 2007-2009 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 cesionarea tuturor contractelor de credit care fac obiectul reclamațiilor.

S-a constatat încheierea următoarelor contracte 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.):

1. Contract de cesiune încheiat în data de 30.05.2007 între OTP Bank România S.A. în calitate de cedent și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc., denumirea în engleză), cu sediul în Ungaria, în calitate de cesionar, prin care au fost cesionate credite în valoare de 66.131.962 CHF, conform datelor transmise de OTP Bank România S.A..

Contractul de cesiune nu a fost pus la dispoziția Autorității deși a fost solicitat.

2. Contract de cesiune încheiat în data de 14.12.2007 (*anexa nr. 1*) între OTP Bank România S.A. în calitate de cedent și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc., denumirea în engleză), cu sediul în Ungaria, în calitate de cesionar, prin care au fost cesionate credite în valoare de 46.841.535 CHF și 746.663 EUR.

Prin contract a fost transferat un portofoliu de creanțe ipotecare („creanțe transferate”). Conform art. 1.3 din contract prin „creanțe transferate” se înțelege suma totală a Creditului nerambursat în temeiul Contractului de Împrumut, toate tipurile de dobânzi acumulate însă neplătite la Data Decontării, precum și toate onorariile care devin scadente după data de mai sus, în conformitate cu Contractul de Împrumut.

3. Contracte de cesiune încheiate în data de 30.07.2008 între OTP Bank România S.A. în calitate de cedent și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc., denumirea în engleză), cu sediul în Ungaria, în calitate de cesionar din care au fost identificate două contracte încheiate în data de 30.07.2008, primul contract (*anexa nr. 2a*) pentru cesionare credite în valoare de 7.765.004 CHF și 8.900 EUR, și al doilea contract (*anexa nr. 2b*) pentru cesionare credite în valoare de 123.442.129 CHF și 3.891.869 EUR conform art. 1.5 din contract.

Prin contracte au fost transferate portofolii de creanțe ipotecare („creanțe de transfer”). Conform art. 1.3 din contract prin creanțe de transfer se înțelege suma

agreată a împrumutului restant de sub contractul de împrumut, toate tipurile de dobânzi rezultate, dar neachitate până la data reglementării, ca și toate taxele care devin scadente după data 30.07.2008.

4. Contract de cesiune încheiat în data de 29.09.2008 între OTP Bank România S.A. în calitate de cedent și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc., denumirea în engleză), cu sediul în Ungaria, în calitate de cesionar, prin care au fost cesionate credite în valoare de 47.153.070 CHF și 1.407.989 EUR, conform datelor transmise de OTP Bank România S.A..

Contractul de cesiune nu a fost pus la dispoziția Autorității deși a fost solicitat.

5. Contract de cesiune încheiat la data 31.08.2009 între OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc. - denumirea în limba engleză), în calitate de vânzător, OTP Bank România S.A. în calitate de Vânzător inițial și OTP Financing Solutions B.V., cu sediul în Olanda, în calitate de cumpărător (*anexa nr. 3a și 3b*).

Contractul de cesiune este prezentat în cele 2 versiuni primite de la OTP Bank România, cu următoarele diferențe minore: prima versiune are număr de înregistrare și nu este paginată spre deosebire de a 2-a versiune care nu are număr de înregistrare dar este paginată, în rest versiunile sunt aproape identice (exemplu lit. H. din Preambul nu este prezentă în versiunea nr. 2).

Conform art. 2 din contract au fost cesionate 10600 credite bilaterale de vânzare cu amănuntul exprimate în CHF, inclusiv creanțele și garanțiile relevante.

Valoarea totală a creditelor cesionate între OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), în calitate de vânzător și OTP Financing Solutions B.V., în calitate de cumpărător este 540.879.356 CHF, conform art. 3.1 din contract. Având în vedere că au fost cesionate credite bilaterale de vânzare *cu amănuntul* se presupune că toate creditele au fost acordate consumatorilor.

Numărul total de 10600 contracte de credit identificate ca fiind cesionate în data de 31.08.2009 se găsește și în cadrul anexei nr.1 la contractul de cesiune (de la sfârșitul *Anexei nr. 3a*), pentru care au fost primite extrase din varianta în limba engleză (*anexa nr. 3c*), cu semnăturile reprezentanților părților semnatare.

În cadrul anexei nr.1 la contractul de cesiune s-a constatat că există semnături doar din partea vânzătorului inițial OTP Bank România S.A., cumpărătorului OTP Financing Solutions B.V. dar nicio semnătură din partea vânzătorului inițial OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.). Același aspect s-a constatat și pe ultima pagină a contractului de cesiune (*anexa nr. 3d*), încheiat la data 31.08.2009 (*anexa nr. 3a și anexa 3b*)

Având în vedere că valoarea de 540.879.356 CHF este mai mare decât valoarea însumată a contractelor de cesiune încheiate în data de 30.07.2008 (*anexa nr. 2a și nr. 2b*) se constată că mai există contracte de cesiune încheiate anterior datei de 31.08.2009 între OTP Bank România S.A. în calitate de cedent și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) în calitate de cesionar.

Din raportul anual OTP Bank România pe anul 2009 (*anexa nr. 4*), pag. 99, se constată că OTP Bank România S.A. administra la sfârșitul anului 2009 credite în

valoare de 721,9 milioane CHF și 116,7 milioane EUR, valori mai mari decât valoarea menționată în contractul de cesiune încheiat la data 31.08.2009 (*anexa nr. 3a/3b*), ceea ce înseamnă că diferența se regăsește în contracte de credit administrate de OTP Bank România S.A dar aflate fie în portofoliul OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), fie în portofoliul OTP Financing Solutions B.V., acest ultim caz presupunând existența și a altor contracte de cesiune în afara celor însumând de 540.879.356 CHF.

OTP Bank România a refuzat să pună la dispoziția Autorității rapoartele anuale ale OTP Financing Solutions B.V. pentru perioada 2009-2015, deși acestea ar trebui să fie publice conform normelor legale. Rapoartele erau necesare pentru estimarea mai aproape de adevăr a prejudiciului creat tuturor consumatorilor din România, în vederea întocmirii referatului care urma a fi transmis Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor.

Se constată că toate contractele de credit care fac obiectul reclamațiilor au fost cesionate în data 31.08.2009 către OTP Financing Solutions B.V..

OTP Bank România S.A. a confirmat că nu se înregistrează întârzieri la plata ratelor pentru contractele de credit ce fac obiectul reclamațiilor, astfel încât acestea corespund 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 completări ulterioare, în vigoare la data cesionării contractelor.

6. Contract de cesiune încheiat la data 05.07.2012 între OTP Financing Solutions B.V., în calitate de vânzător, OTP Bank România S.A. în calitate de vânzător inițial și OTP Faktoring Zrt. în calitate de cumpărător (*anexa nr. 5*).

Prin intermediul acestui contract au fost cesionate 227 contracte de credit (conform art. 2.2) cu un preț de vânzare de 9.514.670,27 CHF, contracte care îndeplineau *criteriile de eligibilitate privind calitatea* așa cum sunt definite la art. 1.1 „Definiții” din contract (pag. 11): exigibilitatea anticipată a creditelor selecționate a fost deja declarată și procedura de colectare și/sau altă acțiune de executare silită împotriva debitorilor cedați relevanți este iminentă sau în desfășurare în România.

7. Contract de cesiune încheiat la data 17.04.2015 între OTP Financing Solutions B.V., în calitate de vânzător, OTP Bank România S.A. în calitate de vânzător inițial și OTP Faktoring Zrt. în calitate de cumpărător (*anexa nr. 6a*).

Conform art. 2.2 din contract și conform anexi nr. 1 la contract (*anexa nr. 6b*) prin intermediul acestui contract au fost cesionate 41 contracte de credit cu un preț de vânzare de 1.255,942,28 CHF, contracte care îndeplineau *criteriile de eligibilitate privind calitatea* așa cum sunt definite la art. 1.1 „Definiții” din contract (pag. 11): exigibilitatea anticipată a creditelor selecționate a fost deja declarată și procedura de colectare și/sau altă acțiune de executare silită împotriva debitorilor cedați relevanți este iminentă sau în desfășurare în România.

8. Contract de cesiune încheiat la data 23.11.2015 între OTP Financing Solutions B.V., în calitate de vânzător, și OTP Bank România S.A. în calitate de cumpărător ([anexa nr. 7](#)).

Conform art. 2 din contract au fost cesionate active corespunzătoare creditelor bilaterale retail CHF sau EUR împreună cu orice și toate drepturile și obligațiile stipulate în contractele bilaterale, și toate drepturile asociate și garanțiile atașate.

Conform art. 2.1 din contract și Anexei nr. 1 la contract ([anexa nr. 8](#)), au fost cesionate 10058 credite, din care 8194 credite bilaterale CHF retail și 1864 credite bilaterale EUR retail, în contract fiind inversate în mod incorect numărul creditelor pe monede.

Baza legală a cesionării reprezintă, conform contractului de cesiune, dispozițiile art. 1566 și următoarele din Codul Civil Român, or contractele de credit intră sub incidența Vechiului Cod Civil care nu reglementează cesiunea de creanță în cadrul dispozițiilor legale la care se face trimitere.

Prețul Vânzării, definit în cadrul art. 1.1. „Definiții” (pag. 11) ca fiind suma totală agreată de către Vânzător și Cumpărător ca preț al vânzării activelor, este egal cu suma totală de 263.352.661,98 CHF pentru activele transferate în moneda CHF și 45.924.601,81 EUR pentru activele transferate în moneda EUR.

Prețul Vânzării pentru fiecare activ este determinat în funcție de o *cotație procentuală de preț* calculată în baza informațiilor înregistrate la data de referință de 30.11.2015 privind activele obiect al vânzării retail CHF și EUR și conform *metodologiei de preț stabilită între părți*, cotație procentuală care va fi aplicată la valoarea totală a fiecărei creanțe CHF și creanțe EUR determinată la data transferului.

9. Contract de cesiune încheiat la data 23.11.2015 între OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), în calitate de vânzător, și OTP Bank România S.A. în calitate de cumpărător, conform datelor comunicate de OTP Bank România S.A..

Conform Anexei nr. 1 la contract ([anexa nr. 9](#)), au fost cesionate 447 credite, din care 435 credite bilaterale CHF retail și 12 credite bilaterale EUR retail.

I.2 Contracte de agenție și asistență, de administrare și de recuperare

În anul 2007 au fost încheiate contracte de agenție și asistență între OTP Bank Romania S.A. și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), un contract în data 30.03.2007 ([anexa nr. 10a](#)) și un contract în data 28.06.2007 ([anexa nr. 10b](#)).

La data 08.05.2009 s-a constatat încheierea între OTP Bank România S.A. și OTP Financing Solutions B.V. a unui Contract de Administrare ([anexa nr. 11](#)) prin care OTP Bank România S.A. avea calitatea de Administrator a activelor financiare achiziționate de către OTP Financing Solutions B.V..

La data 08.05.2009 s-a constatat încheierea între OTP Bank România S.A. și OTP Financing Solutions B.V. a unui Contract de Recuperare ([anexa nr. 12](#)) prin care OTP Bank România S.A. avea calitatea de Agent de recuperare a activelor achiziționate de către OTP Financing Solutions B.V..

I.3 Situație sintetică privind creditele cesionate

Conform datelor transmise de OTP Bank România S.A. situația sintetică a creditelor cesionate este următoarea:

1. Credite cesionate de la OTP Bank Romania la OTP la OPT Bank Plc.

Nr. Crt.	Cesionar	Cedent	Data Cesionării	Valoare transfer	Valuta	Nr. credite cesionate	Nr. credite exigibile anticipat în perioada cesionata	Nr. credite rămase în portofoliu
1	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	20.dec.06	15.787.610,64	CHF	125	7	118
2	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	20.dec.06	104.797,42	EUR	1	0	1
3	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	28.dec.06	20.545.384,22	CHF	362	0	362
4	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	30.mar.07	39.580.876,56	CHF	600	22	578
5	OTP Bank Plc..	OTP Bank Romania	30-May-07	66.131.962,94	CHF	1.765	41	1.724
6	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	29.oct.07	58.524.159,54	CHF	1.377	45	1.332
7	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	29.oct.07	6.529.128,60	EUR	157	2	155
8	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	14.dec.07	46.988.299,08	CHF	620	37	583
9	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	14.dec.07	750.174,75	EUR	9	2	7
10	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	06.mar.08	13.357.967,26	CHF	188	2	186
11	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	06.mar.08	2.708.143,19	EUR	84	0	84
12	OTP Bank Plc..	OTP Bank Romania	21-May-08	261.742.029,93	CHF	4.994	252	4.742
13	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	21-May-08	5.322.444,67	EUR	167	6	161
14	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	30-Jul-08	131.478.566,84	CHF	1.818	166	1.652
15	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	30-Jul-08	3.914.360,99	EUR	72	10	62
16	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	29.sep.08	47.153.070,39	CHF	797	62	735
17	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	29.sep.08	1.407.989,86	EUR	30	1	29
		Total				13166	655	12.511

Total 701.289.927,40 CHF 12.646 634 12.012

Total 20.737.039,48 EUR 520 21 499

2. Credite cesionate de la OTP Bank Plc. la OTP Financing Solutions B.V.

Nr. Crt.	Cesionar	Cedent	Data Cesionării	Valoare transfer	Valuta	Nr. credite cesionate	Nr. credite exigibile anticipat în perioada cesionata	Nr. credite rămase în portofoliu
1	OTP Financing Solutions B.V.	OTP Bank Plc.	17.iun.09	15.433.514,45	EUR	431	17	414
2	OTP Financing Solutions B.V.	OTP Bank Plc.	31.aug.09	542.546.327,79	CHF	10.612	692	9.920
3	OTP Financing Solutions B.V.	OTP Bank Plc.	11.nov.09	15.096.577,84	CHF	288	62	226
4	OTP Financing Solutions B.V.	OTP Bank Plc.	11.nov.09	69.968,79	EUR	3	1	2
						11334	772	10.562

Total 557.642.905,63 CHF 10.900 754 10.146

Total 15.503.483,24 EUR 434 18 416

3. Credite cesionate de la OTP Bank Romania la OTP Financing Solutions B.V.

Nr. Crt.	Cesionar	Cedent	Data Cesionării	Valoare transfer	Valuta	Nr. credite cesionate	Nr. credite exigibile anticipat in perioada cesionata	Nr. credite rămase în portofoliu
1	OTP Financing Solutions B.V.	OTP Bank Romania	27.nov.09	22.251.417,35	CHF	236	122	114
2	OTP Financing Solutions B.V.	OTP Bank Romania	27.nov.09	1.289.447,69	EUR	11	4	7
						247	126	121

4. Credite cesionate de la OTP Bank Romania la OTP Mortgage Bank (Ungaria)

Nr. Crt.	Cesionar	Cedent	Data Cesionării	Valoare transfer	Valuta	Nr. credite cesionate	Nr. credite exigibile anticipat in perioada cesionata	Nr. credite rămase în portofoliu
1	OTP Mortgage Bank	OTP Bank Romania	28.dec.11	145.645,71	EUR	5	0	5
2	OTP Mortgage Bank	OTP Bank Romania	26.iun.12	562.984,19	EUR	15	0	15
						20	0	20

5. Credite răscumpărate de OTP Bank Romania

Nr. Crt.	Cedent	Cesionar	Data Cesionării	Valoare transfer	Valuta	Nr. credite
1	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	23.11.2015	453.264,67	EUR	12
2	OTP Bank Plc.	OTP Bank Romania	23.11.2015	18.672.402,08	CHF	435
3	OTP Financing Solutions	OTP Bank Romania	23.11.2015	45.924.601,81	EUR	1.864
4	OTP Financing Solutions	OTP Bank Romania	23.11.2015	263.352.661,98	CHF	8.194
						10.505
Total				282.025.064,06	CHF	8.629
Total				46.377.866,48	EUR	1.876

Se constată că la data de 27.11.2009 OTP Bank Romania S.A. a cesionat direct către OTP Financing Solutions B.V. 236 credite în valoare de 22.251.417 CHF și 11 credite în valoare 1.289.447 EUR.

Din cercetarea [Anexei nr. 8](#) - *Anexe Contract cesiune 2015 OTP Financing Solutions - OTP Bank Romania (CHF & EUR)* - se constată că, la data 23.11.2018 au fost cesionate de la OTP Financing Solutions B.V. către OTP Bank Romania S.A., 1579 credite în valuta EUR în valoare de 38.342.804 EUR, credite care au fost acordate după data 31.08.2009 până la sfârșitul anului 2011.

Se constată astfel și cesiunea unor credite către OTP Financing Solutions B.V. după data de 21.06.2010, data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori.

Creditele menționate nu au fost comunicate Autorității ca fiind cesionate de către OTP Bank Romania S.A., deși a fost solicitată comunicarea tuturor contracte de cesiune încheiate, astfel încât este posibil să mai existe și alte contracte de cesiune nedeclarate Autorității.

Cu atât mai mult cu cât s-a constatat că urmărind parcursul creditelor cesionate în valuta CHF, atât din punct de vedere valoric cât și numeric, reiese o diferență care este foarte puțin probabil să fie din cauza rambursărilor integrale anticipat.

II. Prezentare cedent OTP Bank România și legislație specifică instituțiilor de credit

În cazul cesiunilor prezentate la punctul **I.3.1** OTP Bank România S.A. este cedent.

OTP Bank România S.A. este fosta Banca Comercială RoBank, conform Actului adițional la Actul Constitutiv ([anexa nr. 13a](#)) autentificat la data 12.07.2005, pentru a fost eliberată de către Banca Națională a României autorizație de *societate bancară* ([anexa nr. 13b](#)) în data 20.12.1995, iar activitatea principală, conform actului constitutiv din anul 2009 ([anexa nr. 13b](#)) constă în Alte activități de intermediari monetare, cod CAEN 6419: atragerea de depozite și alte fonduri rambursabile.

OTP Bank România S.A. are ca activitate secundară acordarea de credite incluzând printre altele: credite de consum, credite ipotecare, factoring cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare (cod CAEN 6419).

Dobândirea de participații la capitalul altor entități, principala și singura activitate a cesionarului din data 31.08.2009, OTP Financing Solutions B.V. Olanda, reprezintă pentru OTP Bank România S.A activitate secundară, fiind menționată eronată cu cod CAEN 6419, corect este cod CAEN 6420.

Documentele menționate privind OTP Bank România S.A. au fost în vigoare la data 31.08.2009, data cesionării către OTP Financing Solutions B.V. Olanda.

La data 31.08.2009, dar și în prezent, autorizarea unei instituții de credit persoane juridice române și a sucursalelor din România ale instituțiilor de credit din state terțe, se realiza și se realizează conform Regulamentului B.N.R. nr. 11/2007 ([anexa nr. 14](#)), conform căruia:

Art. 3. (1) „Procesul de autorizare a instituțiilor de credit de către Banca Națională a României cuprinde două etape: a) aprobarea constituirii instituției de credit; b) autorizarea funcționării instituției de credit. ”

(2) „Aprobarea constituirii instituției de credit nu garantează obținerea autorizației de funcționare, aceasta indicând doar permisiunea dată acționarilor de a proceda la constituirea instituției de credit potrivit dispozițiilor legale și în conformitate cu modalitățile prevăzute în documentația prezentată”

Art. 4, alin. (1): „În fiecare etapă a procesului de autorizare este necesar ca în susținerea cererii de autorizare să fie transmise toate documentele și informațiile prevăzute la cap. II-VII, după caz. ”

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.”

Art. 16 (1) Persoanele nominalizate să exercite responsabilități de administrare și/sau de conducere a băncii trebuie să dispună de reputație și experiență adecvate naturii, extinderii și complexității activității instituției de credit și responsabilităților încredințate, pentru asigurarea unui management prudent și sănătos al băncii.

Art. 18¹ „Planul de activitate trebuie să conțină obiective realizabile în orizontul de timp vizat, cu respectarea cerințelor aplicabile instituțiilor de credit, în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 99/2006 și ale reglementărilor emise în aplicarea acesteia.”

Art. 23 (1) Planul de activitate va cuprinde:

- a) descrierea obiectivelor, politicilor și strategiilor băncii;
- b) cadrul formal de administrare a activității băncii;
- c) prezentarea proceselor de identificare, administrare, monitorizare și raportare a riscurilor;
- d) prezentarea mecanismelor de control intern;
- e) estimările situațiilor financiare pe primii 3 ani de activitate, întocmite cu luarea în considerare a Ordinului Băncii Naționale a României nr. 13/2007 privind situațiile financiare FINREP la nivel individual, aplicabile instituțiilor de credit, și a Ordinului Băncii Naționale a României nr. 6/2007 privind situațiile financiare consolidate conforme cu Standardele internaționale de Raportare Financiară, solicitate instituțiilor de credit în scopuri de supraveghere prudentțială.

(2) Descrierea obiectivelor, politicilor și strategiilor băncii, prevăzute la alin. (1) lit. a), va include cel puțin următoarele:

- a) prezentarea obiectivelor propuse a fi realizate în primii 3 ani de activitate;
- b) descrierea clientelei și a segmentului de piață pe care banca intenționează să desfășoare activitate;
- c) descrierea categoriilor de activități ce urmează a fi efectuate în primii 3 ani de activitate și, în mod corespunzător, a produselor și serviciilor oferite și a politicii de

preț/tarifare aferente acestora. Pentru fiecare dintre aceste categorii de activități se va indica și data probabilă la care vor fi introduse în oferta băncii. În cazul emisiunilor de monedă electronică, se vor prezenta cel puțin informațiile prevăzute la art. 46 alin. (1);

d) volumul activității și cota de piață, pe total și pe categorii de activități, pentru primii 3 ani de funcționare;

e) descrierea politicilor privind cunoașterea clientelei;

f) descrierea politicilor de capitalizare și a surselor de finanțare;

g) structura activelor;

h) descrierea rețelei teritoriale propuse a fi dezvoltată de bancă în primii 3 ani de activitate;

i) valoarea investițiilor aferente creării suportului tehnic necesar desfășurării activităților propuse și realizării structurii organizatorice și graficul de realizare a acestora;

j) politicile în domeniul externalizării unor activități, activitățile propuse a fi externalizate și tipurile de entități (din cadrul sau din afara grupului) către care se va realiza externalizarea în primii 3 ani de activitate;

k) indicarea sistemelor de plăți la care banca optează să se conecteze și a modalităților de conectare;

l) politica de personal, referitoare cel puțin la recrutarea și instruirea personalului. Pentru fiecare poziție din structura organizatorică a băncii, relevantă pentru activitatea acesteia, se vor indica cerințele de onorabilitate, pregătire și experiență profesională. În cazul persoanelor care ocupă funcții de conducere în cadrul compartimentelor relevante ale băncii și al persoanelor care asigură conducerea nemijlocită a sediilor secundare ale acesteia, cerințele menționate vor fi detaliate.

(3) Cadrul formal de administrare a activității băncii, prevăzut la alin. (1) lit. b), va cuprinde: proiectul structurii organizatorice a băncii, definirea liniilor de responsabilitate, atribuțiile fiecărui compartiment/centru de responsabilitate al băncii și relațiile dintre acestea (fluxurile informaționale), atribuțiile sucursalelor și ale altor sedii secundare ale băncii, atribuțiile comitetelor specializate ale băncii, competențele organelor de administrare și/sau de conducere ale băncii (consiliu de administrație, directori, respectiv consiliu de supraveghere și directorat), ale persoanelor care asigură conducerea compartimentelor din cadrul băncii sau a sucursalelor și a altor sedii secundare și ale altor salariați care efectuează operațiuni în numele și pe contul băncii. După caz, va fi prezentată și poziția instituției de credit în cadrul grupului din care va face parte, din perspectiva structurilor și liniilor de administrare în cadrul acestuia.

4) Prezentarea proceselor de identificare, administrare, monitorizare și raportare a riscurilor, prevăzută la alin. (1) lit. c), va include cel puțin:

a) descrierea profilului de risc, cu menționarea nivelurilor de la care riscurile sunt considerate semnificative;

b) politicile pentru fiecare dintre următoarele riscuri: riscul de credit, riscul de diminuare a valorii creanței, riscul de credit al contrapartidei, riscul de poziție, riscul de decontare,

riscul valutar, riscul de marfă și riscul operațional, precum și pentru orice alte riscuri aferente activității desfășurate considerate semnificative;

c) metodele de determinare a cerințelor de capital pentru acoperirea riscurilor (riscul de credit, riscul de diminuare a valorii creanței, riscul de credit al contrapartidei, riscul de poziție, riscul de decontare, riscul valutar, riscul de marfă și riscul operațional), avute în vedere a fi utilizate în primii 3 ani de activitate. Alegerea metodelor va avea în vedere condițiile stabilite prin reglementări în care acestea pot fi utilizate;

d) estimările anuale ale nivelului fondurilor proprii și estimările cerințelor de capital pentru acoperirea riscurilor pe primii 3 ani de activitate, întocmite cu luarea în considerare a Ordinului Băncii Naționale a României nr. 12/2007 privind raportarea cerințelor minime de capital pentru instituțiile de credit;

e) abrogată de art. I, punctul 32. Din Regulamentul 4/2009;

f) estimări privind nivelul expunerilor mari pe primii 3 ani de funcționare, cu luarea în considerare a Regulamentului Băncii Naționale a României și al Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare nr. 16/21/2006 privind expunerile mari ale instituțiilor de credit și ale firmelor de investiții, aprobat prin Ordinul Băncii Naționale a României și al Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare nr. 13/110/2006, și a Ordinului Băncii Naționale a României nr. 2/2008 privind raportarea expunerilor mari de către instituțiile de credit.

(5) Descrierea mecanismelor de control intern prevăzute la alin. (1) lit. d) se va referi la modul de organizare a funcțiilor de control al riscurilor, de asigurare a conformității și de audit intern, în conformitate cu reglementările Băncii Naționale a României.

(6) Estimările situațiilor financiare, prevăzute la alin. (1) lit. e), vor fi însoțite de calcule de fundamentare a principalelor posturi și elemente ale situațiilor financiare, precum și de raportul unui auditor financiar asupra examinării informațiilor financiare prognozate, întocmit în conformitate cu Standardele internaționale privind angajamentele de asigurare relevante și cu contractul încheiat între părți.

Autorizarea unei instituții de credit implică și respectarea unui nivel minim al capitalului inițial și al fondurilor proprii de 5 milioane euro, conform art. 11 din Regulamentul B.N.R. nr. 18/2006 privind fondurile proprii ale instituțiilor de credit și ale firmelor de investiții, în forma în vigoare la data 31.08.2009.

OTP Bank România S.A. are calitatea de 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 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), 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 activității 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, 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 realizează pe baza contractuală, în conformitate cu reglementările interne ale împrumutătorilor, aprobate de organele competente conform prevederilor actelor constitutive, în cazul împrumutătorilor persoane juridice române, și, respectiv, de organele statutare, în cazul sucursalelor împrumutătorilor persoane juridice straine.*

- art. 4, lit. f) și g) din **Regulamentul B.N.R. nr. 3/2007**: *"Împrumutătorii stabilesc în cadrul reglementărilor interne, în concordanță cu profilul și strategia lor de risc, cel puțin următoarele: f) nivelurilor stabilite; gradul total de îndatorare se determină ca pondere a angajamentelor totale de plată decurgând din credite sau alte finanțări rambursabile în veniturile eligibile, din care s-au dedus cheltuielile prevăzute la lit. e); g) metodologia de reconsiderare periodică a coeficienților de ajustare a veniturilor și nivelurilor maxime admise pentru gradul de îndatorare, în vederea asigurării acuratetei acestora pe o bază 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 aplică 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 OTP Financing Solutions B.V. creditele 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 15³ 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."*

Având în vedere și că OTP Financing Solutions 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 acoperire 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 OTP Financing Solutions B.V., intră sub incidența Directivei, prin apartenența la grupul OTP Group Ungaria, 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 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.”*

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 acelui 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. 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 alți 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 lícit, 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 persoane 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.

IV. Prezentare cesionar: OTP Bank Nyrt

În cazul cesiunilor prezentate la punctul I.3.1 OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) este cesionar.

OTP Bank Nyrt (denumirea în engleză: OTP Bank Plc.) este o instituție de credit din Ungaria, succesorul legal al Băncii Naționale de Economii (Országos Takarekpenztar) conform act constitutiv OTP Bank Nyrt (*anexa nr. 15a*) și are printre activitățile societății „*Credite, serviciile băncilor comerciale și alte servicii financiare*” conform Hotărârii Tribunalului Capitalei în calitate de Tribunal de pe lângă Registrul Comerțului (*anexa nr. 15b*).

Scoatem în evidență mențiunea Tribunalului (pag. 3 a Hotărârii) prin care se „atrage atenția asupra faptului că acele activități conform CAEN, care necesită autorizare separată pot fi începute și practicate numai după obținerea acestor autorizații.”

Prin **Decizia nr. 983/1997/F**, prin care a fost revizuită licența de funcționare, în copie legalizată datată 07.07.2008 (*anexa nr. 15c*), privind OTP Bank Nyrt s-au stabilit următoarele:

- clauza 2: este o instituție de credit de tip bancă;
- clauza 1: are dreptul de a desfășura activități de servicii financiare într-un mod profesional în moneda HUF (forinți maghiari), precum: 1.1. a) *colectarea de depozite și acceptarea altor fonduri rambursabile de la public în măsura în care se depășește capitalul social*; b) *prelungire de împrumuturi în numerar*;
- clauza 3: în decursul operațiunii sale va fi obligată să desfășoare activitățile indicate la art. 1.1 lit. a) și b) într-un mod profesional;
- clauza 4: poate să desfășoare activitățile enumerate la art. 1.3 și 1.4 după data de 1 ianuarie 1998, doar dacă existența condițiilor personale și obiective definite în legislația specifică, în speță Legea nr. 111/1996 privind Serviciile de Investiții și Bursa de Valori (SEA), și în norma juridică separată;
- clauza 5: pe lângă activitățile enumerate în Clauza 1 poate să desfășoare doar activități profesionale în sfera stabilită în Secțiunea 4 (3) din Legea nr. 112/1992 referitoare la Instituțiile de Credit și Societățile Financiare (CFA), în cazul în care condițiile indicate în CFA și în norma juridică sunt îndeplinite.
- clauza 10: în cursul funcționării sale va asigura condițiile personale și obiective ale activităților desfășurate de aceasta în mod continuu și va fi în conformitate cu prevederile stabilite în prezenta decizie a Autorității de supraveghere, în CFA și alte *norme legale în vigoare* în mod periodic și aplicabile activităților desfășurate de aceasta.

Conform deciziei OTP Bank Nyrt poate desfășura și următoarele activități: *activități de servicii de investiții* (clauza 1.3.) și *activități suplimentare de servicii de investiții* (clauza 1.4.).

În conformitate cu prevederile Legii nr. 69/1991 cu privire la Instituțiile Financiare și Activitățile Instituțiilor Financiare (AIF) activitățile enumerate la Clauzele 1.3 și 1.4 ale deciziei care s-au calificat ca activități de instituție financiară și au fost incluse în sfera activităților Băncii, au fost transferate sub acțiunea Legii nr. 111/1996 cu privire la Serviciile de Investiții și Bursa de Valori (SEA) începând cu 1 ianuarie 1997, ca serviciu de investiție și activități suplimentare de servicii de investiții, și, prin urmare s-a solicitat atenția Băncii pentru norma stabilită în Secțiunea 226 (1) a SEA cu privire la astfel de activități. În temeiul normei de mai sus, activitățile pot fi desfășurate după 1 ianuarie 1998 dacă Banca, în calitate de furnizor de servicii de investiții, certifică existența condițiilor prescrise în SEA și în norma legală separată (Decretul Guvernamental nr. 204/1996) nu mai târziu de 31 decembrie 1997. În absența acesteia, licența Băncii cu privire la activitățile de mai sus trebuie să înceteze să aibă efecte începând cu 1 ianuarie 1998, iar Banca nu poate desfășura aceste activități.

Se constată că OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc) este o instituție de credit de tip bancă pentru care a fost emisă licență de funcționare pentru desfășurare activități de servicii financiare într-un mod profesional în moneda HUF (forinți maghiari), și activități calificate ca activități de instituție financiară (activități de servicii de investiții și activități suplimentare de servicii de investiții) dacă se certifică existența condițiilor prescrise în legislația specifică maghiară, în absența acesteia licența nu produce efecte și banca nu mai poate desfășura activități de instituție financiară.

OTP Bank Nyrt figurează în registrul Băncii Naționale a României reprezentând *"Lista privind băncile care au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României"* (anexa nr. 16) (care poate fi accesat electronic la adresa web <http://www.bnr.ro/Registre-si-Liste-717.aspx>) la poziția 226. În cadrul registrului în format excel, OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) este înregistrată la a 25-a tabelă, începând cu prima tabelă – "J P MORGAN Int. Bank Ltd."

Data notificării este 16.02.2007 iar activitățile prevăzute de art.18 lit. a) - n) din Ordonanța de urgență nr.99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului menționează la litera b): *"acordare de credite, incluzând printre altele: credite de consum, credite ipotecare, factoring cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare"*.

S-a constatat cesionarea către OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) de contracte de credit înaintea datei de 16.02.2007, dată de care OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) a notificat Banca Națională a României privind furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, astfel:

1. În data 20.12.2006 au fost cesionate 125 contracte de credit în moneda CHF în valoare de 15.787.610 CHF.

2. În data 20.12.2006 a fost cesionat 1 contract de credit în moneda EUR în valoare de 104.797 EUR.

3. În data 28.12.2006 au fost cesionate 362 contracte de credit în moneda CHF în valoare de 20.545.384 CHF.

Serviciile care pot fi furnizate în mod direct pe teritoriul României trebuie să aibă în vedere *licența, autorizația de funcționare* emisă de către autoritatea competentă din țara în care se află sediul băncii, în speță Ungaria.

Prin cesiunile realizate de către OTP Bank România S.A. către OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) în datele 30.05.2007, 14.12.2007, 30.07.2008 și 29.09.2008 se constată că cesionarul OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) a achiziționat contracte de credit în moneda CHF (franci elvețieni), pentru care nu s-a prezentat licență de funcționare, existând licență de funcționare pentru desfășurare activități de servicii financiare într-un mod profesional doar în moneda HUF (forinți maghiari).

Și din cercetarea Hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene din data 30.04.2014 în cauza C-26/13 Árpád Kásler și Hajnalka Káslerné Rábai împotriva OTP Jelzálogbank Zrt. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-26/13&language=RO>) (*anexa nr. 17*), reiese modalitatea legală, conform autorizației de funcționare, prin care OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) a acordat credite consumatorilor din Ungaria, OTP Jelzálogbank Zrt. (engleză: OTP Mortgage Bank Ltd.) fiind o companie deținută de OTP Bank Nyrt conform informațiilor prezentate online la adresa www.otpbank.hu/OTP_JZB/online/Introduction.jsp și conform Raportului Anual OTP pe anul 2009, (*anexa nr. 18*), pag. 102.

Conform punctelor 21, 22 și 24 din Hotărârea C.J.U.E.:

21. A fost acordat împrumuturilor un împrumut în sumă de 14.400.000 de forinți maghiari (HUF), precizându-se că *„determinarea valorii în valută a împrumutului se realizează la cursul de schimb la cumpărarea valutei aplicat de bancă, în vigoare la data deblocării fondurilor”*. *„Ulterior deblocării fondurilor, cuantumul împrumutului, dobânzile aferente și cheltuielile de administrare, precum și dobânzile de întârziere și celelalte cheltuieli se stabilesc în valută”*.

22. Pe baza cursului de schimb la cumpărarea francilor elvețieni (CHF) aplicat de Jelzálogbank la deblocarea fondurilor, suma împrumutului a fost stabilită la 94.240,84 CHF. Împrumuturile aveau obligația de a rambursa această sumă într-o perioadă de 25 de ani, fiecare rată lunară fiind scadentă în a patra zi a fiecărei luni.

24. *„Împrumutătorul stabilește valoarea în forinți maghiari a fiecăreia dintre ratele lunare datorate pe baza cursului de schimb la vânzare al monedei [străine] aplicat de bancă în ziua anterioară scadenței”*.

Astfel, OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) a acordat credite în urma cărora era îndreptățită să perceapă dobândă și comisioane doar în moneda forinți maghiari (HUF) iar prin prevederi introduse în contract a stabilit că *ulterior deblocării fondurilor, cuantumul împrumutului, dobânzile aferente și cheltuielile de administrare, precum și dobânzile de întârziere și celelalte cheltuieli se stabilesc în valută, respectiv în franci elvețieni (CHF) iar ratele lunare de plată se calculau în franci elvețieni (CHF) pe baza cursului de schimb la vânzare aplicat de bancă în ziua anterioară scadenței*.

Interdicția de a acorda credite direct în moneda CHF, ce reiese din autorizația de funcționare, a determinat OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) să acorde credite în

moneda forint maghiari (HUF), singura monedă în care a fost autorizată a desfășura activități financiare bancare, iar calculul ratelor lunare se realiza în funcție de franci elvețieni (CHF).

Este important a sublinia că prin Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-26/13 s-a hotărât: *„O astfel de clauză, în măsura în care cuprinde o obligație pecuniară a consumatorului de a plăti, în cadrul ratelor împrumutului, sumele care rezultă din diferența dintre cursul de schimb la vânzare și cursul de schimb la cumpărare ale monedei străine, nu poate fi considerată ca cuprinzând o „remunerație” al cărei caracter adecvat în calitate de contrapartidă a unei prestații efectuate de împrumutător să nu poată face obiectul unei aprecieri pentru a se stabili dacă este abuzivă în temeiul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13.”*, iar instanțele naționale pot modifica contractul de împrumut în cazul în care constată că prevederea este abuzivă.

Având în vedere că:

1. Contractele de cesiune în care OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) este cesionar sunt guvernate și interpretate în conformitate cu legile din România.
2. Nu a fost realizată notificarea debitorului privind cesiunea, în conformitate cu legislația română în vigoare, conform art. 3.1 din contractele de cesiune.
3. Principiul specialității capacității de folosință conform căruia 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.
4. OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) deține licență de funcționare pentru desfășurare activități de servicii financiare într-un mod profesional doar în moneda HUF (forinți maghiari) și nu și pentru moneda CHF (franci elvețieni) sau EUR.

Se constată că cesionarea contractelor de credit încheiate de consumatori, în urma cărora au fost percepute dobânzi și comisioane până pe data de 31.08.2009, data cesionării creditelor către OTP Financing Solutions B.V., este realizată cu încălcarea prevederilor legale, OTP Bank Nyrt nefiind autorizată pentru desfășurarea de activități de servicii financiare într-un mod profesional în moneda CHF și EUR, perceperea de dobânzi, comisioane și penalități pentru creditele în monedele menționate realizându-se cu depășirea autorizației de funcționare.

Deși până în prezent nu au fost primite documente privind autorizarea OTP Mortgage Bank (Ungaria), concluzia este probabil aceeași și în cazul acestei persoane juridice pentru contractele de credit cesionate prin cesiunile prezentate la punctul I.3.4., având în vedere că face parte din OTP Group.

V. Prezentare cesionar: OTP Financing Solutions B.V.

V.1 Prezentare generală

În cazul cesiunilor din data 31.08.2009 prezentate la punctul I.3.2 contractele de credit încheiate de consumatori au trecut din patrimoniul OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) în patrimoniul OTP Financing Solutions B.V..

În cazul cesiunilor din data de 27.11.2009 prezentate la punctul I.3.3 contractele de credit încheiate de consumatori au trecut din patrimoniul OTP Bank România S.A. în patrimoniul OTP Financing Solutions B.V..

Se constată cesionarea directă a contractelor de credit de OTP Bank România S.A. către OTP Financing Solutions B.V..

OTP Financing Solutions B.V. este o societate privată cu răspundere limitată, înregistrată la Registrul Comerțului din Amsterdam cu numărul 24446304, cu sediul social în Rotterdam, Olanda și sediul fiscal în Fred. Roeskestraat 123 Olympic plz, 1076 EE Amsterdam, Olanda, capital 18000 EUR.

Activitatea principală a OTP Financing Solutions 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 Olandei, în anul 2009 (*anexa nr. 19a*) și în anul 2015 (*anexa nr. 19b*).

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 online la adresa 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 aceasta 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."

În concluzie, companiile de tip holding au ca activitate 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.

Acționarul principal al OTP Financing Solutions B.V. este OTP Financing Netherlands B.V. companie deținută de OTP Bank Nyrtr (OTP Bank Plc.) conform Raportului Anual OTP pe anul 2009, [\(anexa nr. 18\)](#), pag. 102.

Conform Extraselor din Registrul Comerțului în cadrul consiliului de administrație în anul 2009 este înregistrată compania ATC Management B.V. iar în anul 2015 este înregistrată compania Intertrust Management B.V., fără a se putea identifica anul în care a intervenit schimbarea, companie asupra căreia se va reveni ulterior, cu mențiunea că în contractul de cesiune încheiat la data 05.07.2012 între OTP Financing Solutions B.V și OTP Faktoring Zrt. [\(anexa nr. 7\)](#) compania ATC Management B.V. este reprezentant al OTP Financing Solutions B.V astfel încât se deduce că în perioada 05.07.2012-17.04.2015 a intervenit schimbarea.

V.2 Regimul juridic al holdingului în România

Având în vedere codul CAEN 6420 "Participare la capitalul social al altor entități" al cesionarului, pentru o identificare și mai exactă a activităților care sunt permise unei persoane juridice cu acest cod CAEN, va fi prezentat în continuare 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.

Punctele de vedere ale Guvernului României asupra Legii privind holdingurile au fost exprimate în anii 2010 ([Anexa 20a](#)), 2013 ([Anexa 20b](#)) și 2016 ([Anexa 20c](#)).

Aceste puncte de vedere ale Guvernului României conțin 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*^x (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 impunerii).

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*".

V.3 Statutul societății

Din cercetarea actului constitutiv al OTP Financing Solutions B.V., actualizat la data de 07.05.2009 (*anexa nr. 19a*), se constată menționarea următoarelor activități (art. 3):

a) *"contractarea și punerea la dispoziție de împrumuturi și/sau credite (facilitarea acestor operațiuni), inclusiv toate tipurile de credite ipotecare, dobândirea, deținerea, administrarea și înstrăinarea de creanțe care țin sau rezultă din credite acordate persoanelor fizice sau juridice, acoperite sau nu prin drepturi de garanție (se includ aici ipotecile și ale garanții), asumarea calității de codebitor (principal) sau ca girant sau implicarea financiară în alte modalități în alte persoane juridice, societăți și întreprinderi, precum și girarea în alte modalități (prin garanții și ipoteci) pentru datoriile terților."*

b) *"înființarea de alte societăți și întreprinderi, orice participații în acestea, gestiunea și supravegherea acestora și desfășurarea de activități ale holdingurilor";*

c) *"finanțarea societăților și întreprinderilor";*

d) *"acordarea de consultanță și furnizarea de servicii persoanelor juridice și societăților afiliate grupului din care face parte societatea terților";*

e) "contractarea și acordarea de împrumuturi și comasarea de fonduri, inclusiv emisiunea de obligațiuni sau alte hârtii de valoare, precum și perfectarea contractelor ce stau la baza acestora";

f) "acordarea de garanții, obligarea societății și grevarea activului societății în folosul societăților și întreprinderilor afiliate grupului din care face parte societatea și în folosul terților";

g) "dobândirea, administrarea, exploatarea și înstrăinarea de bunuri";

h) "tranzacții cu valută, efecte și valori patrimoniale în general și investiții în acestea";

i) "exploatarea de patente, drepturi de autor, autorizații, know-how și alte drepturi de proprietate industrială";

j) "desfășurarea tuturor tipurilor de activități industriale, financiare și comerciale";

"și desfășurarea tuturor activităților ce au legătură cu cele de mai sus sau care le facilitează, în cel mai larg sens al cuvântului."

În forma inițială, statutul societății din data de 27.11.2007 ([anexa nr. 19b](#)), în limba engleză, OTP Bank România refuzând punerea la dispoziție a traducerii autorizate în limba română, menționa la art. 3, lit. a) următorul obiect de activitate:

a) „to (cause third parties) to take out and to (cause third parties) to grant money loans and/or credits, to bind itself as (several) co-debtor or to stand surety for and to take a financial interest in any other way in other legal entities, companis and enterprises, as well as to provide securities (such as garantees and mortgages) in any other way, for debts of third parties”.

Pentru a identifica și mai exact prevederea conform căreia se pretinde că OTP Financing Solutions B.V. a avut drept obiect de activitate achiziția și derularea contractelor de credit "standard", în care calitatea de împrumutați este deținută de consumatori, constatăm că acest obiect de activitate este conținut în următoarele mențiuni din cadrul art. 3, lit. a) din statut: „contractarea și punerea la dispoziție de împrumuturi și/sau credite (facilitarea acestor operațiuni), inclusiv toate tipurile de credite ipotecare, dobândirea, deținerea, administrarea și înstrăinarea de creanțe care țin sau rezultă din credite acordate persoanelor fizice sau juridice, acoperite sau nu prin drepturi de garanție (se includ aici ipotecile și ale garanții).”

Se constată menționarea obiectului de activitate reprezentând administrare creanțe care rezultă din credite acordate persoanelor fizice ca obiect de activitate în cadrul statutului societății din data de 07.05.2009, spre deosebire de cel inițial din data de 27.11.2007, obiect de activitate ce nu se regăsește în definiția companiei de tip holding, persoană juridică cu activitatea principală de "Participare la capitalul social al altor entități", ce corespunde cu descrierea activității principale pentru cod CAEN 6420, companie prezentată în cadrul Glosarului Organizațiilor Economice emis de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (O.E.C.D) la punctul **V.1.**

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 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.

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 securizate în baza unui portofoliu de creanțe, ori în cazul nostru OTP Financing Solutions B.V. nu a făcut dovada acestei autorizări.

Prin obiectul de activitate, *administrare de creanțe rezultate din credite acordate persoanelor fizice*, OTP Bank România pretinde că OTP Financing Solutions B.V. avea dreptul de a percepe dobândă, comisioane și penalități, de a hotărî privind modificarea dobânzii și de a declara credite scadent anticipate și de a declanșa procedura de executare silită.

VI. 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 Vanzător/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 Vanzător/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.

VI.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 Regulamentul (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 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, OTP Bank România S.A. nu a pus la dispoziție o autorizație oficială emisă pentru OTP Financing Solutions 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.

VI.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 de 31.08.2009, data cesionării contractelor de credit către OTP Financing Solutions B.V., 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.

OTP Bank România 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.”*

OTP Bank România S.A. nu a pus la dispoziție documente care să ateste pentru OTP Financing Solutions B.V. 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. 33¹, 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 avea 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 verificarea respectării menționăm art. 26 ce prevedea obligativitatea notificarea debitorului cedat prin scrisoarea recomandată în termen de 10 zile de la încheierea contractului de cesiune.

OTP Bank România 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 contextul în care Banca Națională a României a emis normele de aplicare a Legii nr. 190/1999, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, bază legislativă menționată în mod expres în contractele de credit, 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, OTP Bank România S.A. nu a pus la dispoziție, documente din care să reiasă că OTP Financing Solutions B.V. reprezintă o instituție de credit sau entitate autorizată și reglementată în acest sens prin legi speciale.

Din documentele puse la dispoziție de către OTP Bank România nu s-a putut constata cu exactitate numărul și valoarea contractelor de credit cesionate care intră sub incidența Legii nr. 190/1999, dar din documentele anexe la contractul de cesiune din încheiat la data 23.11.2015 între OTP Financing Solutions B.V., în calitate de vânzător, și OTP Bank România S.A. în calitate de cumpărător (*anexa nr. 8*), s-a constatat că au fost răscumpărate un număr de 289 credite în valoare de 8.510.404 EUR și 3516 credite în valoare de 139.833.076 CHF.

VI.3 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 OTP Bank România S.A. nu se poate determina cu exactitate cuantumul creditelor care intră sub incidența fiecărei legislații specifice sau a legislației generale privind protecția consumatorilor.

Conform art. 2, alin. (3) Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare: *„Achiziționarea portofoliilor de credite, cu excepția situației în care creditele sunt încadrate în categoria pierdere, conform reglementărilor în materia clasificării creditelor, sau a cazului în care portofoliile achiziționate sunt afectate garantării emisiunii de instrumente financiare securizate, este permisă doar entităților prevăzute la alin. (1).”*

Art. 2, alin. (1) Legea nr. 93/2009 prevede: *„Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la art. 1 alin. (3), în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, precum și prin instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi.”*

Instituțiile financiare prevăzute la art 1, alin. (3), pentru care nu se aplică prevederile Legii nr. 93/2009, sunt instituțiile financiare care intră sub incidența secțiunii a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

Capitolul IV al titlului I al părții I din O.U.G. nr. 99/2006 reglementează *regimul instituțiilor de credit și al instituțiilor financiare din alte state membre* iar secțiunea 2, prin art. 54-58, reglementează *instituțiile financiare din alte state membre*.

OTP Bank România S.A. 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, care să ateste că OTP Financing Solutions B.V. este *instituție de credit sau instituție financiară din alt stat membru*.

Prin cesiunea în data de 31.08.2009, către OTP Financing Solutions B.V., a tuturor creditelor performante au fost încălcate prevederile art. 2, alin. (3) Legea nr. 93/2009, în vigoare din data 24.04.2009, prin care se legifera interdicția expresă a achiziționării portofoliilor de credite performante doar către instituții de credit și instituțiilor financiare, entități care pot desfășura activitate de creditare cu titlu profesional.

Încălcările prevederilor art. 2, alin. (3) Legea nr. 93/2009, instituite pentru ocrotirea unui interes general, au fost confirmate și de Banca Națională a României prin adresa nr. XX/1/2969/20.04.2018 ([anexa nr. 22a](#)) și prin adresa nr. FG/1075/01.11.2018 ([anexa nr. 22b](#)).

VII. Cercetarea legalității cesiunii și a operațiunilor efectuate ulterior

VII.1 Cesiunea - prezentare juridică

Legalitatea cesiunilor se judecă prin prisma prevederilor legale în vigoare la data încheierii contractelor de cesiune.

OTP Bank România S.A. a invocat ca temei legal în baza căruia a fost realizată cesiunea de creanță 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 înlăptuiesc 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.

Cesonarul 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.

VII.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.

Privind OTP Bank Nyrt s-a constatat că nu deține autorizație pentru desfășurarea de activități de servicii financiare într-un mod profesional în moneda CHF și EUR, astfel încât încheierea de contracte de cesiune în urma cărora au fost percepute dobânzi, comisioane și penalități pentru creditele în monedele menționate s-a realizat cu depășirea autorizației de funcționare, respectiv fără a avea capacitatea de a contracta.

Privind existența capacității juridice a societății OTP Financing Solutions B.V., OTP Bank România S.A. prin adresele nr. 33211/20.08.2018, 33212/20.08.2018, 35948/05.09.2018 și 38120/21.09.2018, a comunicat următoarele:

- OTP Financing Solutions B.V. avea capacitatea de a acorda și de a lua credite conform art. 2, lit. a) din actualizarea statutului societății din data 07.05.2009, actualizare ce a fost certificată de către un notar public din Amsterdam, a fost înregistrată la entitatea echivalentă Registrului Comerțului din Olanda, actualizarea realizându-se prin declarația ministerială privind lipsa de obiecțiuni înregistrată sub nr. BV 1519492, declarație ministerială care nu a fost prezentată Autorității OTP Bank afirmând că nu se află în posesia acesteia.

- Capacitatea juridică acoperă cerința stabilită prin art. 24 din Legea nr. 190/1999.

- OTP Financing Solutions B.V. este o instituție financiară în sensul art. 7, alin. (1), punctul 14 din O.U.G. nr. 99/2006

OTP Bank România S.A. nu a pus la dispoziție declarația ministerială privind lipsa de obiecțiuni înregistrată sub nr. BV 1519492 dar, chiar și în cazul în care aceasta ar fi fost pusă la dispoziție, aceasta nu reprezintă o 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.

OTP Bank România S.A. nu a pus la dispoziție, documente din care să reiasă că OTP Financing Solutions B.V. reprezintă o instituție de credit sau entitate autorizată și reglementată în acest sens prin legi speciale.

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

Or, în cazul nostru atât OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) cât și OTP Financing Solutions B.V. reprezintă persoane juridice care au contractat fie cu depășirea autorizației emise de autoritatea competentă, fie fără a deține niciun fel de autorizație.

Cesionarii OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) și OTP Financing Solutions B.V. au încheiat acte juridice de cesiune creanțe, în urma cărora au transferat în patrimoniu contracte de credit pentru care s-au perceput dobânzi, comisioane și penalități de la consumatori persoane fizice, 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 în data de 31.08.2009, către OTP Financing Solutions B.V., a creditelor performante reprezentând contracte de credit ipotecare acordate în baza legii nr. 190/1999, au fost 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 în data de 31.08.2009, către OTP Financing Solutions B.V., a tuturor creditelor performante au fost încălcate prevederile art. 2, alin. (3) Legea nr. 93/2009, în vigoare din data 24.04.2009, prin care se legifera interdicția expresă a achiziționării portofoliilor de credite performante doar către instituții de credit și instituțiilor financiare, entități care pot desfășura activitate de creditare cu titlu profesional.

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

Se constată cauza ilicită în cazul contractelor 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, atât privind capacitatea de folosință cât și privind cauza ilicită.

VII.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.

Toate contractele de cesiune de creanțe încheiate 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 cedat.

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 înscrisului 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 contractelor de cesiune de creanțe menționate nu au realizat demersurile pentru publicitatea cesiunii în conformitate cu dispozițiile legale sus menționate. Într-un singur caz s-a constatat notificarea privind cesiunea către OTP Financing Solutions B.V. la data 01.09.2009, doar printr-o adresă din data 28.12.2010, la un an de la realizarea cesiunii.

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, nejustificându-se calitatea de creditori a cesionarilor față de debitorii cedați.

VII.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 adekvarea 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 noutății 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 succesor 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 judecății, 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 doctrin

arilor, 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 rezolatorie), 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

suple, simplificate, pentru recuperarea sumelor împrumutate de la debitorii de re-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 principal 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 unei 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 cărei 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.

OTP Bank România S.A. 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, care să ateste că OTP Financing Solutions B.V. este instituție de credit sau instituție financiară

din alt stat membru, 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 OTP Financing Solutions B.V. dreptul de a desfășura activitatea de *"acordare de credite, incluzând printre altele: credite de consum, credite ipotecare"*.

OTP Financing Solutions 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.

Cesionarul OTP Financing Solutions B.V. a încasat de la consumatori periodic, prin intermediul OTP Bank România S.A., 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.

VII.5 Operațiuni specifice unei instituții de credit realizate de către cesionarul OTP Financing Solutions B.V.

S-a cercetat legalitatea perceperii de dobândă de către OTP Financing Solutions B.V., persoană juridică, cod CAEN 6420, "Participare la capitalul social al altor entități", parte dintr-un domeniu de activitate diferit de domeniul "Intermedieri 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)."

OTP Financing Solutions 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 OTP Financing Solutions B.V. *ar reprezenta cel mult o instituție financiară* în accepțiunea art. 7, alin. (1), punctul. 14 din 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."*

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 acestora pe teritoriul României, supravegherea prudențială 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, prin intermediul OTP Bank România S.A. următoarele activități:

- a încheiat acte adiționale la contracte de credit, fie prin care s-a pretins a se realiza alinierea la O.U.G. 50/2010 (din motive care vor fi expuse ulterior), fie s-a realizat suspendarea plății principalului pentru anumite perioade de timp, fie s-a realizat diminuare dobânzii.

- a încasat, prin intermediul angajaților OTP Bank România S.A. și în cadrul sediilor sucursalelor și agențiilor OTP Bank România S.A. aflate pe teritoriul României, sume de bani reprezentând dobânzi și dobânzi penalizatoare percepute în baza unor contracte de credite;

Menționăm doar aceste activități, dar din cercetarea Contractului de Administrare se poate constata că practic OTP Bank România S.A., în numele și pentru OTP Financing Solutions B.V. a realizat în general acele activități ce sunt specifice instituțiilor de credit, din punctul de vedere al unui consumator, în condițiile inexistenței unei autorizării, activități specifice unei instituții de credit supuse reglementării și supravegherii prudențiale a unei autorități competente.

S-a constatat că OTP Financing Solutions B.V. a perceput în mod ilegal dobânzi penalizatoare la întreg soldul creditului fără a declara scadent anticipat creditul.

Privind contractele de credit ce fac obiectul reclamațiilor s-au constatat cereri și notificări prin care consumatorii aveau acces la operațiuni de restructurare a creditelor după cesionarea creditelor către OTP Financing Solutions 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.

S-a constatat acordarea unor perioade de grație de până la 12 luni prin care era suspendată plata principalului și dobânzii și se achita lunar doar o anumită sumă prestabilită, mai mică decât valoarea anterioară a ratei, iar sumele rămase neachitate de către client erau cumulate iar suma rezultată (diferența de plată) era împărțită în mod egal pe numărul de luni rămase.

Prin înghețarea soldului creditului pe perioada creditului și plata ulterior lunară a unei sume de bani împărțită în mod egal pe numărul de luni rămase, astfel încât plata principalului se realiza lunar în sumă mai mică decât dacă această sumă nu ar fi fost inclusă în rată, pe lângă principal și dobândă, se realizează o creștere a valorii dobânzilor lunare, și implicit o majorare a costului creditului, acordarea unei perioade de grație fiind în fapt o acordare disimulată de credit.

VII.6 Sistemul Conturilor Naționale în standardul SEC 1995 & SEC 2010

Un alt argument care vine să confirme concluzia conform căreia OTP Financing Solutions 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 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:

- 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 ⁽²⁾].⁽²⁾ 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); ..

Prin prisma prevederilor art. 2.04 OTP Financing Solutions 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 OTP Financing Solutions B.V. a desfășurat activități pe teritoriul economic al României.

Prin prisma prevederilor art. 2.06 OTP Financing Solutions 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 OTP Financing Solutions B.V. a avut pe teritoriul României, în perioada 01.09.2009 - 23.11.2015 un centru de interes economic exercitând activități și operațiuni economice, prin reprezentanți autorizați sau administratorul OTP Bank România S.A., în cadrul cărora s-a realizat încasarea de sume de bani reprezentând dobânzi și penalități în cadrul unor contracte de credit și s-au inițiat 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 OTP Financing Solutions B.V. a desfășurat activitate în România.

Se constată că activitatea desfășurată este specifică domeniului de activitate "Intermedieri monetară", cod CAEN 641, fără a exista o autorizație în acest sens și deasemenea și fără supraveghere prudențială 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 OTP Financing Solutions B.V. nu este o entitate autorizată de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.

VII.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*”.

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

Din verificările registrelor publicate pe siteul web www.dnb.nl aparținând Băncii Naționale a Olandei, precum și pe siteul web www.afm.nl aparținând Autorității Olandeze pentru Piețele Financiare (Dutch Authority for the Financial Markets), nu a s-a înregistrarea OTP Financing Solutions B.V.

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 transmis notificarea Autorității competente din statul membru de origine, Olanda, transmisă Băncii Naționale a României, privind *activitățile pe care OTP Financing Solutions B.V. în calitate de 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 enumerate, 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.

OTP Financing Solutions B.V. nu a înființat sucursală pe teritoriul României și nici nu este înregistrată în "Lista instituțiilor de credit care au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României" și în niciunul din Registrele B.N.R., fapt confirmat și de către Banca Națională a României.

VII.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*, (anexa 23) (sursa web: www.aippimm.ro/files/otimmc_files/6/612/tratat-instituire.pdf), 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 prevederilor art. 43, 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 prevederilor 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 această țară propriilor resortisanți."

Libertatea de circulație a serviciilor în România, prin libertatea de stabilire sau prin libertatea de a presta servicii în mod direct, presupune prestarea serviciilor în aceleași condiții care sunt impuse de legislația românească propriilor resortisanți.

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 OTP Financing Solutions 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 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 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 OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul reprezentanților autorizați și al personalului și infrastructurii OTP Bank România 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, în perioada 31.08.2009-23.11.2015.

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 OTP Financing Solutions B.V., respectiv a consumatorilor stabiliți în România, OTP Financing Solutions B.V. poate presta servicii financiare consumatorilor, fie în baza libertății de stabilire, caz în care era necesară înființarea unei 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, se constată menționarea acesteia la art. 3, lit. a), într-o formă diferită de prevederile art. 18, alin. (1), lit. b) din O.U.G. nr. 99/2009, deși codul CAEN 6420, "Participare la capitalul social al altor entități", face parte dintr-un domeniu de activitate diferit de domeniul "Intermedieri monetară", cod CAEN 64, în care se derulează activitatea de creditare "Alte activități de intermediieri monetare", cod CAEN 6419, specifică instituțiilor de credit.

Privind condițiile prevăzute la art. art. 54, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006, care trebuie îndeplinite în mod cumulativ, se constată privind OTP Financing Solutions B.V. următoarele:

a) conform Extrasului de la Registrul Comerțului, se constată că societatea mamă este OTP Financing Netherlands B.V., societate cu răspundere limitată, care nu este o instituție de credit, conform definițiilor art. 7, alin. (1), punctul 10 și 11 din O.U.G. nr. 99/2006.

b) nu s-a constatat desfășurarea de către OTP Financing Netherlands B.V. de activități specifice unei instituții de credit în statul membru, Olanda.

c) societatea mamă OTP Financing Netherlands B.V. este asociat unic.

Astfel, se constată că OTP Financing Solutions 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 BNR 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, OTP Financing Solutions 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, prevederile Legii nr. 190/1999, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, și prevederile Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, în vigoare la data cesionării contractelor de credit către OTP Financing Solutions B.V., prin care era reglementată legalitatea cesionării creditelor numai în anumite condiții, care s-au constatat a nu fi îndeplinite de către OTP Financing Solutions B.V..

Banca Națională a României a publicat în cadrul "**Precizărilor din 25.05.2007 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**" ([anexa 24a](#)), referitoare

la dreptul de stabilire și de liberă prestare a serviciilor în cadrul Comunității Europene”, adresa web: www.bnr.ro/files/d/Legislatie/Reglementarea_inst_credit/Prec_070525.pdf următoarele:

1. *Stabilirea pe teritoriul unui stat membru* presupune desfășurarea unei activități economice (în sens larg) cu caracter permanent, în mod stabil și continuu, pentru o durată nedeterminată, prin intermediul unei prezențe permanente (sucursală, agenție, birou, persoană fizică împuternicită etc.) pe teritoriul aceluia stat.
2. *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).
4. În acord cu principiile din tratat, Directiva 48/2006/CE și, subsecvent, O.U.G. nr.99/2006 prevăd că o instituție de credit înființată și autorizată într-un stat membru al Uniunii Europene (denumit *stat membru de origine*) poate desfășura oricare dintre activitățile - pentru care a fost autorizată în statul membru de origine și care beneficiază de recunoaștere mutuală - în oricare alt stat membru, fie în mod direct, fie prin intermediul unei sucursale, fiind necesară în acest sens doar notificarea autorității competente din statul de origine în legătură cu intenția de desfășurare a activității pe teritoriul altui stat membru (denumit *stat membru gazdă*).
8. 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.

Având în vedere precizările B.N.R. menționate, care doar reflectă prevederile *Tratatului de instituire a Comunității Europene*, în condițiile în care OTP Financing Solutions B.V. a desfășurat activități pe teritoriul României, prin achiziționarea de contracte de credit cu perioade de rambursare de zeci de ani este evident că activitatea desfășurată presupune un caracter *permanent, în mod stabil și continuu*, și nu caracter temporar, astfel încât societatea trebuia să se prevaleze de dreptul de stabilire, spre deosebire de prestarea de servicii în mod direct, ce presupune un caracter de regulă temporar.

OTP Financing Solutions B.V. a desfășurat pe teritoriul României prin intermediul OTP Bank România S.A. activitate permanent, în mod stabil și continuu, pe perioade de timp de ani de zile, dar nu s-a prevalat nici de dreptul de stabilire pe teritoriul unui stat, nici de dreptul de a presta servicii în mod direct.

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 sucursală sau în mod direct” (anexa 24b), în forma publicată în anul 2010, la adresa web:

http://bnro.ro/files/d/Legislatie/Reglementarea_inst_credit/lista_acte_norm_R10_v5.pdf

Lista este întocmită de către Banca Națională a României în conformitate cu prevederile art. 48, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 și cu prevederile art.10 alin (2) din Regulamentul Băncii Naționale a României nr.10/2006, fiind transmisă instituțiilor de credit care înființează o sucursală în România sau prestează servicii în mod direct.

Lista nu are caracter exhaustiv și nu exonerează instituțiile de credit cărora le este adresată de obligația de a se supune prevederilor adoptate în scopul protejării interesului general care nu sunt specificate.

Lista conține 7 acte normative privind protecția consumatorilor, 47 acte normative privind serviciile bancare, alături de alte acte normative din legislația națională.

Din legislația specifică protecției consumatorilor menționăm: O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice, iar din legislația specifică menționăm Legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare.

Atât OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), care figurează în registrul Băncii Naționale a României reprezentând *”Lista privind băncile care au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României”*, trebuia să respecte prevederile actelor normative menționate cât și OTP Financing Solutions B.V., care nu figurează în registrele Băncii Naționale a României, aveau obligația de a se supune prevederilor adoptate în scopul protejării interesului general care nu sunt specificate.

Directiva 2006/48/CE privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit, menționează în acest sens în preambul:

(17)Statul membru gazdă ar trebui să aibă posibilitatea ca, în ceea ce privește libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii, să impună respectarea dispozițiilor speciale de drept intern instituțiilor care nu sunt autorizate ca instituții de credit în statul membru de origine și în ceea ce privește activitățile care nu sunt cuprinse în anexa 1, cu condiția ca, pe de o parte, asemenea dispoziții să fie compatibile cu dreptul comunitar și să apere interesul general și ca, pe de altă parte, aceste instituții sau activități să nu fie supuse unor norme echivalente prevăzute de dreptul intern al statului membru de origine.

(18)Statele membre trebuie să se asigure că nu există nici un obstacol pentru desfășurarea unor activități care beneficiază de recunoaștere reciprocă în aceleași condiții ca și în statul membru de origine, atât timp cât aceste activități nu intră în conflict cu dispozițiile legale care apără interesul general în statul membru gazdă.

Conform art. (24) din Directiva 2006/48/CE: *„Statele membre adoptă dispoziții în conformitate cu care pot fi desfășurate pe teritoriul lor activitățile prevăzute de anexa 1, în conformitate cu articolele 25, 26 alineatele (1)-(3), 28 alineatele (1) și (2) și 29-37, fie*

prin înființarea unei sucursale, fie prin prestarea de servicii de către orice instituție de credit autorizată și supravegheată de către autoritățile competente dintr-un alt stat membru, cu condiția ca activitățile respective să facă obiectul autorizației.

În cazul nostru, prin cesionarea de contracte de credit standard, fără întârzieri la plata ratelor, către OTP Financing Solutions B.V., persoană juridică neautorizată, au fost încălcate prevederile Legii nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice, Legii nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare și Legi nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, dispoziții legale care apără interesul general în România.

Furnizarea de servicii în mod direct, reglementată de art. 28, alin. (1) din Directiva 2006/48/CE (în vigoare la data cesionării) este transpusă în legislația națională printr-o redactare neinspirată a art. 54, alin. (1) din OUG nr. 99/2006, care poate da naștere la interpretarea nejustificată că o instituție financiară, conform definiției de la art. 7, punctul 14 din O.U.G. nr. 99/2006, poate furniza servicii în mod direct din următoarele considerente:

1. Însăși definiția instituției financiare de la art. 7, punctul 14 din O.U.G. nr. 99/2006 stabilește instituția financiară ca fiind o entitate, alta decât o instituție de credit.
2. Art. 28, alin. (1) din Directiva 2006/48/CE prevede: „Orice instituție de credit care dorește să își exercite pentru prima dată libertatea de a presta servicii pe teritoriul unui alt stat membru înștiințează în acest sens autoritățile competente din statul membru de origine în legătură cu activitățile menționate de anexa 1 pe care dorește să le desfășoare.”

Această concluzie se poate verifica prin cercetarea registrelor Băncii Naționale a României (www.bnr.ro/Registre-si-Liste-717.aspx) din secțiunea „*Instituții din alte State Membre UE pentru care autoritățile competente au notificat BNR furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României*”, structurată astfel: V. *Instituții de credit*, VI. *Instituții de plată*, VII. *Instituții emitente de monedă electronică*, VIII. *Instituții financiar nebancare*. Astfel:

- categoria V. *Instituții de credit* corespunde băncilor definite conform art. 3, lit. a) din O.U.g. nr. 99/2006;
- categoria VI. *Instituții de plată* corespunde instituțiilor de plată definite conform art. 5, punctul 16 din O.U.G. nr. 113 /2009 privind serviciile de plată;
- categoria VII. *Instituții emitente de monedă electronică* corespunde instituțiilor emitente de monedă electronică definite conform art. 3, lit. e) din O.U.g. nr. 99/2006;
- categoria VIII. *Instituții financiar nebancare* corespunde instituțiilor financiar nebancare definite conform art; 5, lit. c) din Legea nr. 93/2009;

Având în vedere aceste considerente, prin expresia ”instituții financiare” din cadrul art. 54 din O.U.G. nr. 99/2006, se înțelege instituții de credit.

Conform art. 9 din Regulamentul nr. 10/2006 privind notificarea sucursalelor instituțiilor de credit si a prestarii de servicii în mod direct: „*Instituțiile de credit autorizate*

și supravegheate de autoritățile competente din alte state membre pot desfășura în România, printr-o sucursală sau în mod direct, una sau mai multe activități prevăzute în autorizația acordată de autoritatea competentă din statul membru de origine, pe baza notificării transmise Băncii Naționale a României - Direcția supraveghere de către autoritatea competentă din statul membru de origine, cu respectarea dispozițiilor din secțiunea 1 a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006.”

În contextul în care OTP Financing Solutions B.V. nu este instituție de credit autorizată se constată că aceasta reprezintă o persoană juridică neautorizată care nu intră sub incidența prevederilor art. 54 din O.U.G. nr. 99/2006 și care nu se poate folosi de libertatea de prestare a serviciilor prin furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României, iar prestarea de servicii financiare pe teritoriul României, prin intermediul OTP Bank România S.A., s-a realizat prin eludarea prevederile legale specifice, naționale cât și europene.

VII.9 Declarații realizate în cadrul contractelor de cesiune

În contextul în care OTP Financing Solutions B.V nu este o instituție de credit sau entitate autorizată și reglementată prin lege specială, se constată declararea *falsă, cu rea credință, pentru fraudarea legii*, a următoarelor declarații:

În contractele de cesiune încheiate între OTP Bank România S.A. în calitate de cedent și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc) în datele 14.12.2007 și 30.07.2008:

5.1 Prin prezentul document, Cedentul declară și garantează Cesionarului că: D. În temeiul reglementărilor legislației din România, Creanțele Transferate sunt cesionate împreună cu garanțiile care asigură Împrumutul.

În contractul de cesiune încheiat la ata 31.08.2009 între OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc), în calitate de vânzător, OTP Bank România S.A. în calitate de Vânzător inițial și OTP Financing Solutions B.V.:

1. Declarația vânzătorului inițial, OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc), de la art. 5.1:

(iv) Nici executarea și nici livrarea acestui Acord de către Cumpărător si nici finalizarea celei de-a Doua Vânzări cu amănuntul în CHF avute în vedere prin prezenta nu intră în conflict cu (a) niciun tratat, lege sau reglementare sau orice hotărâre judecătorească sau ordin judecătoresc, prin care Vânzătorul este obligat.”

2. Declarația vânzătorului inițial, OTP Bank România, de la art. 5.3, (A):

(iv) ”Nici executarea și nici livrarea acestui Acord de către Vânzătorul inițial, nici finalizarea celei de-a Doua Vânzări cu amănuntul în CHF avute în vedere prin prezenta nu intră în conflict cu (a) niciun tratat, lege sau reglementare sau orice hotărâre judecătorească sau ordin judecătoresc, prin care Vânzătorul este obligat.”

3. Declarația cumpărătorului, OTP Financing Solutions B.V., de la art. 5.5:

(ii) *"Cumpărătorul are capacitatea și autoritatea de a încheia și execută prezentul acord care constituie obligații legale, valabile și obligatorii ale cumpărătorului, opozabile față de cumpărător, în conformitate cu termenii lor"*

(iv) *"Nici executarea și nici livrarea acestui Acord de către Cumpărător și nici finalizarea celei de-a Doua Vânzări cu amănuntul în CHF avute în vedere prin prezenta nu intră în conflict cu (a) niciun tratat, lege sau reglementare sau orice hotărâre judecătorească sau ordin judecătoresc, prin care Cumpărătorul este obligat."*

OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc) și OTP Financing Solutions B.V. aveau obligația respectării prevederilor legislative menționate în **"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 sucursală sau în mod direct"** (anexa 24b).

VIII. 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 (anexa nr. 25), prin intermediul cărora se comunica clienților în mod înșelător următoarele:

- faptul că, în calitate de *clienți persoane fizice ai OTP Bank România*, în contextul în care împrumutații nu mai aveau această calitate, fiind *clienți ai OTP Financing Solutions B.V.*, vor beneficia de avantaje oferite în baza noului act normativ;
- actul normativ transpune în legislația internă Directiva 2008/48/CE;
- prin semnarea actului adițional se vor duce la îndeplinire prevederile actului normativ;
- în cazul în care nu clienții nu optau pentru această variantă, Banca urma să se conformeze O.U.G. nr. 50/2010, urmând a aplica prevederile acesteia, în condițiile în care OTP Financing Solutions B.V. nu avea calitatea de bancă, iar OTP Bank România S.A., care avea calitatea de bancă dar nu era creditor al contractelor de credit, a implementat în mod fals și înșelător prevederile O.U.G. nr. 50/2010;

Prin faptul că OTP Financing Solutions B.V. era la momentul notificării creditorul contractului se afirmă în mod înșelător că actul adițional urma să transpună Directiva 2008/48/CE menționată în legislația internă și că prin semnarea actului adițional se vor duce la îndeplinire prevederile O.U.G. nr. 50/2010, din considerente care vor fi prezentate ulterior.

Împrumutații erau invitați la sediul unității teritoriale OTP Bank România S.A. de la care s-a contractat creditul, în vederea semnării actului adițional.

Se constată că în cadrul notificării de implementare a O.U.G. nr. 50/2010 nu se menționează nicăieri societatea OTP Financing Solutions B.V. fiind menționată doar OTP Bank România S.A..

La sediul unității OTP Bank România S.A. s-a constatat, pentru unii împrumutați, înmânarea unei alte notificări (anexa nr. 26) prin care împrumutaților li se aducea la

cunoștință cesiunea contractului de credit către OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) și cesiunea către OTP Financing Solutions B.V., *fără a informa privind datele la care au fost realizate cesiunile.*

În cadrul acestei notificări se invocă prevederile contractuale conform cărora banca, OTP Bank România, putea cesa contractul de credit către *alte instituții de credit*, lăsând să se înțeleagă în mod înșelător că OTP Financing Solutions B.V., este instituție de credit alături de OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.).

În cadrul actului adițional (*anexa nr. 27*) de implementare a O.U.G. nr. 50/2010 folosit de OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A. se constată menționarea societății cu răspundere limitată OTP Financing Solutions B.V., în calitate de creditor, în cadrul secțiunii de prezentare a "Părților" cu denumirea "*Creditor*" numită în continuare "*OTP Bank*" pe întreg cuprinsul actului adițional "*Creditor*", OTP Bank România S.A. instituție de credit autorizată, fiind menționată în calitate de *Administrator al Activelor și Agent de Colectare a Activelor* (numită în continuare "OBR").

În cadrul preambulului se menționează următoarele:

- actul adițional la contractul de credit are ca *scop exclusiv asigurarea conformității Contractului de credit cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010* privind contractele de credit pentru consumatori
- având în vedere *prevederile art. 95 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2010* privind contractele de credit pentru consumatori, de transpunere în legislația internă a *Directivei 2008/48/CE* a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului, *părțile contractante* au convenit asupra semnării prezentului act adițional

Art. I prevede completarea contractului de credit cu dispozițiile prevăzute în Anexa -*„Clauze specifice, conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010”*

La rubrica semnăturilor se menționează doar OTP Bank România S.A., fără a menționa și OTP Financing Solutions B.V.

S-a constatat folosirea denumirii "*Creditor*", de 6 ori în cadrul următoarelor prevederi contractuale din cadrul anexei „Clauze specifice, conforme Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 50/2010”:

1. Art. 2 *„În sensul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010. termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: a) costul total al creditului pentru consumatori - toate costurile, inclusiv dobânda, comisioanele, taxele și orice alt tip de costuri pe care trebuie să le suporte consumatorul în legătura cu contractul de credit și care sunt cunoscute de către creditor, cu excepția taxelor notariale.”*
2. Art. 4.11 *„Toate informațiile în legătura cu contractul de credit incluzând acele servicii în privința cărora consumatorul nu dispune de libertate de alegere, sunt prevăzute în contract, fără a se face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului, la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris.”*

3. Art. 5.1 „În cazul imposibilității consumatorilor de a accepta majorarea dobânzii, creditorul nu are dreptul să denunțe unilateral sau să rezilieze contractul fără o propunere, transmisă în scris, de reeșalonare sau refinanțare a creditului, în raport cu veniturile actuale ale consumatorului, în măsura în care o asemenea reeșalonare sau refinanțare este posibilă potrivit reglementărilor interne ale creditorului.”

4. Art. 6.1 „Pentru soluționarea pe cale amiabilă a eventualelor dispute si fără a se aduce atingere dreptului consumatorilor de a iniția acțiuni in Justiție împotriva creditorilor si a intermediarilor de credit care au încălcat dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență ori dreptului acestora de a sesiza Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, consumatorii pot apela la mecanisme extrajudiciare de reclamatie si despăgubire pentru consumatori, potrivit prevederilor Legii nr. 192/2006 privind medierea si organizarea profesiei de mediator, cu modificările si completările ulterioare”

5. Art. 6.3 „În cazurile în care drepturile creditorului în temeiul unui contract de credit sau contractul însuși se cesionează uneitei persoane, consumatorul are dreptul să invoce împotriva cesionarului orice mijloc de apărare la care putea recurge împotriva creditorului inițial, inclusiv dreptul la compensare.”

S-a constatat folosirea denumirii "Banca", în diferite forme, de 43 ori în cadrul următoarelor prevederi contractuale din actul adițional:

1. Art. IV: „În cazul în care clauzele introduse prin prezentul act adițional au un înțeles divergent sau sunt în contradicție cu prevederile exprese stipulate în contractul de credit preexistent, încheiat între Bancă și Client, vor prevala dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, astfel cum au fost preluate prin prezentul act adițional.”

2. La finalul actului adițional: „Prezentul Act adițional s-a semnat astăzi -..., în 4 exemplare originale, toate având valoare juridică egală, din care 2 exemplare originale pentru Banca, 1 exemplar original pentru iraprumutat, si 1 exemplar(e) original(e) pentru co-debitor(i).”

și în următoarele articole din cadrul anexei „Clauze specifice, conforme Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 50/2010.”

3. Art. 3.1 „La data încheierii prezentului act adițional, rata dobânzii curente este de % si va fi variabilă trimestrial conform următoarei formule de calcul: dobânda de referință + marja băncii. La data semnării prezentului act adițional valoarea dobânzii de referință de%, iar marja băncii de%.”

4. Art. 3.4 „Marja băncii este fixă pe toată durata creditului si poate fi modificată doar ca urmare a modificărilor legislative sau micșorată doar în acord cu politica comercială a Băncii. Marja băncii reprezintă acel element din componenta formulei ratei de dobânda care se adaugă dobânzii de referință ROBOR/ EURIBOR/ LTBOR, si reflectă elementele de cost adiționale pe care Banca le suportă pentru acordarea creditului: costurile cu menținerea surselor de finanțare pe toată perioada derulării creditului, riscul de țară, costurile cu rezerva minimă obligatorie, rata de risc de neplată asociată creditului respectiv si altele asemenea, inclusiv marja de profit a Băncii.”

5. Art. 3.7: „Dobânda datorată se calculează de către Banca de la data retragerii creditului și până la data rambursării integrale a creditului. Dobânda se calculează la soldul creditului și se achită lunar, o dată cu rambursarea ratelor de principal. Dobânda penalizatoare se aplică la suma ce reprezintă credit restant și, după caz, la sumele restante prevăzute în contract, altele decât cele aferente creditului.”

6. Art. 3.8 „Rata dobânzii aplicabilă în cazul creditelor restante nu poate depăși cu mai mult de 2 puncte procentuale rata dobânzii aplicată atunci când creditul nu înregistrează restanță, în cazul în care consumatorul sau soțul/soția acestuia notifica Banca despre faptul că se află în una dintre următoarele situații: șomaj, suferă o reducere drastică a salariului, concediu de boală prelungit, divorț, deces (prin documente justificative)..”

7. Art. 3.10 „Dobânda anuală efectivă (DAE), la data semnării contractului de credit a fost de %. În determinarea DAE s-a avut în vedere ipoteza potrivit căreia contractul de credit urmează să rămână valabil pentru perioada convenită conform contractului de credit, iar Banca și Clientul își vor îndeplini obligațiile în condițiile și în termenele convenite în contractul de credit.”

8. Art. 3.13 „Marja băncii este fixă pe toată durata creditului și poate fi modificată doar ca urmare a modificărilor legislative sau micșorată doar în acord cu politica comercială a Băncii. Marja băncii reprezintă acel element din componenta formulei ratei de dobândă care se adaugă dobânzii de referință ROBOR/ EURIBOR/ LIBOR, și reflectă elementele de cost adiționale pe care Banca le suportă pentru acordarea creditului: costurile cu menținerea surselor de finanțare pe toată perioada derulării creditului, riscul de țară, costurile cu rezerva minimă obligatorie, rata de risc de neplata asociată creditului respectiv și altele asemenea, inclusiv marja de profit a Băncii.”

9. Art. 4.5 „Prima anuală de asigurare imobil aferentă primului an de asigurare stabilită în funcție de compania de asigurare aleasă de client și agreeată de către banca, conform prevederilor contractului de credit.”

10. Art. 4.6 „Prima anuală de asigurare de viață (dacă este cazul) stabilită în funcție de compania de asigurare aleasă de client și agreeată de către banca, conform prevederilor contractului de credit.”

11. Art. 4.11 „Pentru orice alte servicii prestate de către Bancă, la solicitarea Clientului în privința cărora acesta are libertate de alegere, Clientul datorează Băncii, corespunzător Condițiilor Generale de Afaceri ale acesteia, speze, taxe și comisioane calculate conform Tarifului de taxe și comisioane al Băncii în vigoare la data efectuării operațiunii/ prestării serviciului respectiv, în conformitate cu legislația în vigoare.”

12. Art. 5.2 „În situația în care Clientul nu acceptă niciuna din posibilitățile oferite de Banca, acesta are obligația de a rambursa anticipat creditul în condițiile prevăzute în contractul de credit.”

13. Art. 6.1, lit. a) „Clientul este obligat să notifice Banca conform art. 7.2 din prezentul act adițional în termen de 15 zile calendaristice de la primirea notificării referitoare la majorarea dobânzii dacă se afla în imposibilitatea de a accepta/plăti ratele de credit.”

14. Art. 6.1, lit. c) „Clientul are dreptul sa adreseze orice reclamație in legătura cu prezentul contract: in atenția Băncii la sediul acesteia menționat in preambulul prezentului contract, in Centrala Băncii, in oricare din unitățile teritoriale ale Băncii, sau la datele de contact publicate pe site-ul Băncii www.otpbank.ro.”

15. Art. 6.2 „Obligațiile si drepturile Băncii. a) In cazul imposibilității Clientului de a accepta majorarea dobânzii, daca acesta notifica Banca conform art. 7.2, Banca are obligația de a propune in scris Clientului o reeșalonare sau refinanțare a creditului, in raport cu veniturile actuale ale Clientului, in măsura in care o asemenea reeșalonare sau refinanțare este posibila potrivit reglementarilor interne ale Băncii; b) Banca va lua toate măsurile necesare pentru a răspunde la reclamațiile depuse de Client in legătura cu prezentul contract de credit, în termen de maximum 30 de zile de la înregistrarea acestora la Banca și va depune diligentele necesare în vederea reparării eventualelor prejudicii cauzate Clientului.”

16. Art. 7.1 „Orice notificare sau comunicare in legătura cu contractul de credit si cu contractele accesorii acestuia din partea Băncii către Client se vor face in scris prin una dintre metodele de mai jos, aleasa de client, cu cel puțin 30 de zile calendaristice inainte de data aplicării noilor prevederi/ valori.”

17. Art. 7.2 „Orice notificare sau comunicare in legătura cu prezentul contract din partea Clientilor catre Banca se va face in scris, prin scrisoare recomandata cu confirmare de primire sau prin inregistrarea cererii la sediul Băncii. Comunicările catre Banca vor fi considerate ca efectuate dupa cum urmează: a) la data inscrisa pe confirmarea de primire a scrisorii recomandate; b) la data primirii lor efective de catre Banca, certificata de semnătura persoanei autorizate din partea Băncii care a primit respectivele documente sau prin acordarea unui număr de înregistrare.”

18. Art. 7.3 „Orice modificare a adresei de corespondenta, adresei de e-mail sau numărului de telefon mobil al Clientilor va fi comunicata Băncii, aceasta modificare urmând sa producă efecte in termen de maxim 10 zile lucratoare de la data primirii acesteia de catre Banca. In caz contrar, orice modificare nu este opozabila Băncii.”

19. Art. 8.4 „Prezentul act adițional s-a semnat astăzi in 4 exemplare originale, toate având valoare juridica egala, din care 2 exemplare originale pentru Banca, 1 exemplar original pentru imprumutat. si 1 cxemplar(e) original(e) pentru co-debitor(i).”

Folosirea termenilor "creditor" și "bancă" în formele și contextele menționate a indus consumatorilor ideea înșelătoare că OTP Financing Solutions B.V. are calitatea de instituție de credit din categoria bancă conform art. 3, lit. a) din O.U.G. nr. 99/2006 .

Având în vedere considerentele prezentate, prin implementarea actelor adiționale de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010, privind contractele de credit pentru consumatori, încheiate de OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România 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 nebankare 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. OTP Financing Solutions 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. OTP Financing Solutions 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*, conform definiției prevăzute de O.U.G. nr. 50/2010, OTP Financing Solutions B.V. a 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”* OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A. a indus în mod fals consumatorilor ideea că reprezintă o 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.

Eventualul argument că OTP Financing Solutions 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.

OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A., a încheiat și alte acte adiționale în afara actelor adiționale de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010.

Actele adiționale se încheiau în urma unei cereri ([Anexa 28](#)) completate de împrumutat. În cadrul cererii se constată posibilitatea solicitării prelungirii perioadei de rambursare, suspendarea parțială a ratei lunare cu prelungirea perioadei de creditare, operațiuni care implică deasemenea majorarea costului creditului și sunt specifice unei instituții de credit.

La sfârșitul cererii, se constată în cadrul declarației privind Legea nr. 677/2001, pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal, următoarele: „în scopul îndeplinirii de către Bancă a obligațiilor legale și a realizării intereselor legitime ale acesteia precum și în vederea derulării oricăror raporturi juridice între Bancă și Client”, inducând în mod înșelător consumatorii că derularea contractului se realizează cu o instituție de credit din categoria băncilor.

În cadrul actelor adiționale ([Anexa 29a](#), [Anexa 29b](#), [Anexa 29c](#)) emise de OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul Otp Bank România S.A, altele decât cele de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010, s-au constatat următoarele:

1. Menționarea în preambul a societății cu răspundere limitată OTP Financing Solutions B.V., în calitate de creditor, în cadrul secțiunii de prezentare a "Părților" cu denumirea "Creditor" numită în continuare "OTP Bank" în calitate de "Creditor", OTP Bank România S.A, instituție de credit autorizată, fiind menționată în calitate de *Administrator al Activelor și Agent de Colectare a Activelor* (numită în continuare "OBR").
2. Menționarea în preambul a următoarei afirmații: Împrumutatul, Co-debitorul, Creditorul, și respectiv, OBR, vor fi numiți în continuare colectiv „Părți”. Oriunde în contractul de credit nr. prin denumirea „Bancă” se va înțelege „Creditorul.”

Prin această afirmație se induce în mod înșelător ideea că OTP Financing Solutions B.V., „Creditor” are și calitatea de *bancă*, instituție de credit autorizată.

Pe parcursul actelor adiționale denumirea „bancă” este întâlnită de mai multe ori în redactarea prevederilor contractuale. De exemplu, în actul adițional ([Anexa 29a](#)) în

următoarele prevederi: Art. I care modifică următoarele articole din contract: art. 8.1, art. 8.3, art. 8.4, art. 8.5, art. 8.7, art. 8.8 și la final la enumerarea împărțirii exemplarelor de contract. Se constată că la finalul actului adițional, la semnături OTP Financing Solutions B.V. nu apare nicăieri, existând doar semnătura OTP Bank România S.A..

OTP Financing Solutions B.V. prin intermediul OTP Bank România S.A. a trimis răspunsuri la sesizările consumatorilor. În cadrul unui asemenea răspuns (*anexa 30a*), după partea de început care se pretinde a fi răspuns la aspectele sesizate, un răspuns extrem de lapidar, care de fapt nu comunică nimic concret, specific instituțiilor bancare, se constată următoarea afirmație:

„Apreciam faptul că ne oferiți posibilitatea să lămurim aspecte care pot contribui la satisfacția dumneavoastră ca și client OTP Bank România S.A..”

Răspunsul la sesizare este emis în luna octombrie 2010 astfel încât se face trimitere suplimentară și la pretinsa implementare a O.U.G. nr. 50/2010, informând consumatorul privind dobânda variabilă în funcție de Libor la 3 Luni și de marja băncii comunicându-se totodată că în cazul acceptării propunerii băncii este invitat la sediul acesteia. În final, același limbaj specific instituțiilor bancare, care numai speranță nu aduce consumatorului și este departe de a lămuri consumatorul, cu exprimarea speranței de a apela și în viitor, cu *încredere*, la produsele și serviciile bancare, adresa fiind semnată doar de reprezentanții OTP Bank România S.A..

OTP Financing Solutions B.V. prin intermediul OTP Bank România S.A. a trimis și alte răspunsuri (*anexa 30b, anexa 30c și anexa 30d*), emise în date diferite din perioada 2011-2015, în care fie a comunicat consumatorilor reducerea dobânzii cu până la un procent pe perioade de până la un an, fără a emite acte adiționale în acest sens, fie a răspuns la sesizările acestora.

În cadrul acestor răspunsuri se constată deasemenea folosirea denumirii bancă și de expresii precum *„ca și client OTP Bank România S.A.”*, *„serviciile noastre bancare”* dar și oferta către consumator a unor servicii specifice instituțiilor de credit bancare, precum: rescadențare credit, reeșalonare credit, refinanțare credit în Ron.

Se constată astfel că a fost indusă consumatorilor, și prin intermediul răspunsurilor la sesizări, în mod înșelător ideea că în continuare sunt clienții unei instituții de credit autorizate.

Conform art. 969, alin. (1) din Vechiul Cod Civil “Convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante” astfel încât consumatorii, 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 legală de a percepe dobânzi, comisioane de administrare și penalități, în condițiile în care există norme specifice foarte stricte privind autorizarea instituțiilor de credit și exercitarea activității de creditare.

Prin modalitatea prin care OTP Financing Solutions B.V. prin intermediul OTP Bank România 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 solicitate de lege.

Având în vedere aspectele menționate, prin încheierea de acte, OTP Financing Solutions B.V. prin intermediul OTP Bank România S.A. s-a folosit în mod înșelător de denumirea "creditor" și de cea de "bancă" în sensul unei instituții de credit autorizate conform prevederilor legale, și prin toate activitățile derulate pe perioada cesionării, a indus consumatorului mediu aparența de legalitate în ceea ce privește autorizarea cesionarului, astfel încât acesta a fost determinat să continue relația contractuală prin acceptarea derulării normale a contractului și încheierea de acte adiționale, luând astfel o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o, în contextul în care piața financiară a cunoscut o scădere a costurilor creditului existând astfel oferte de creditare/refinanțare mult mai avantajoase decât creditul în derulare, oferte pe care consumatorul a fost împiedicat, prin înșelare, a le accesa.

OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A., 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.

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 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.

Prevederile art. 70 din O.U.G. nr. 52/2016 legiferează într-o altă formă interdicția expresă a achiziționării portofoliilor de credite performante doar către instituții de credit și instituțiilor financiare, ceea ce anterior era legiferat de art. 2, alin. (3) din Legea nr. 93/2009 abrogat în mod expres de prevederile art. 131 din OUG nr. 52/2016,

Din documentele transmise nu s-a constatat raportarea contractelor de credit către Biroul de Credit conform Deciziei nr. 105/2007, cu privire la prelucrările de date cu caracter personal efectuate în sisteme de evidență de tipul birourilor de credit, și raportarea către Centrala Riscului de Credit (fosta Centrala Riscurilor Bancare) conform prevederilor Regulamentului B.N.R. nr. 2/2012, respectiv Regulamentului B.N.R. nr. 4/2004.

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 bunei-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 agreeat, aprobat sau autorizat fără a respecta condițiile de agreeare, aprobare sau autorizare.

Astfel, se constată că OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A., contrar diligenței profesionale, a transmis adrese către consumatori, a încheiat acte adiționale, inclusiv privind aducerea la conformitate a contractelor cu prevederile O.U.G. nr. 50/2010, și a desfășurat activitatea în relația cu consumatorii, astfel încât și-a atribuit în mod înșelător calitatea de "creditor", conform definiției de la art. 7, punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010, fără să fie îndeplinite condițiile legale de aprobare sau autorizare, determinând astfel consumatorii să încheie în continuare acte adiționale și să deruleze în continuare relația contractuală. Prin această practică comercială consumatorul mediu a fost indus în eroare și a fost determinat 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 periculozitate (inclusiv prin raportare la frecvența cu care sunt săvârșite).

Or, în cazul nostru OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A., în mod intenționat și conștient, repetitiv, pe perioada de timp cuprinsă între datele 31.08.2009 și 23.11.2015, 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 și să continue relația contractuală, să plătească sume de bani reprezentând dobânzi 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.”*

IX. Prevederi legale privind protecția consumatorilor și prevederile contractuale

IX.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. 9³ 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, justete, 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."

IX.2 Constatări privind redactarea contractelor referitoare la costul creditelor, rambursarea creditului și cesiunea

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" consumatorul, în calitate de împrumutat, și-a exprimat acordul de încheiere a contractului de credit.

Exemple de prevederi contractuale constatate privind dobânda:

5.1 *"La data încheieri prezentului contract, rata dobânzi curente este de 5,7%. Dobânda se stabilește în formă procentuală, ca rată anuală de dobândă."*

5.2 *"Dobânda este variabilă în conformitate cu politica Băncii. Dobânda curentă poate fi modificată în mod unilateral de către Bancă, luând în considerare valoarea dobânzii de referință pentru fiecare valută (ex: Euribor(EUR)/Libor (CHF)/Rubor (RON) etc), fără a exista consimțământul Clientului. Noul procent de dobândă se va aplica la soldul creditului rămas de rambursat începând cu data de aplicare stabilită de Bancă. Modificarea dobânzii va duce la recalcularea dobânzii datorate."*

6.7 *"Dobânda datorată se calculează de către Bancă de la data treagerii creditului și până la data rambursării integrale a creditului."*

6.1 *"Pentru creditul acordat, Clientul datorează și va plăti Băncii o rată de dobândă revizuiabilă în conformitate cu art. 6.2, 6.3 și 6.4."*

6.4 *"Începând cu data de 01.09.2008 inclusiv, Banca își rezervă dreptul să revizuiască rata dobânzii în funcție de politica Băncii și de evoluția indicatorului Libor (CHF) la 3 luni, dispozițiile art. 6.10 nefiind aplicabile."*

7.1 *"Pentru întârzierile la plata ratelor de capital și/sau a dobânzilor, Clientul datorează Băncii dobânzii penalizatoare."*

Exemple de prevederi contractuale constatate privind rambursarea creditului:

9.2 *"Rambursarea ratelor lunare se va efectua de către client în conturile curente ale împrumutatului deschise la Bancă în aceeași monedă în care a fost acordat creditul."*

9.3 "Clientul va efectua plata ratelor lunare către Bancă integral, fără niciun fel de deducere sau reținere cum ar fi, dar fără a se limita la, taxe, comisioane, impozite, cheltuieli, litigii."

10.2 "Rambursarea ratelor lunare se va efectua de către client în conturile curente ale împrumutatului deschise la Bancă în aceeași monedă în care a fost acordat creditul."

10.3 "Clientul autorizează Banca, în mod irevocabil și necondiționat, să debiteze contul său curent în valuta creditului și orice alte costuri în alte valute deținute de către Client la Bancă, pe întreaga durată a prezentului contract în vederea plății ratelor lunare datorate, a dobânzilor, comisioanelor și a oricăror altor sume, inclusiv din executarea silită datorate conform prezentului contract."

10.7 "Sumele achitate la scadență de Client sau încasate prin debitarea conturilor acestuia deschise la Bancă vor fi utilizate în scopul acoperirii datoriei Clientului, în următoarea ordine de prioritate: comisioane, speze, taxe datorate Băncii, dobânda curentă, rata de principal curentă."

12. "Obligațiile și drepturile clientului și garantului ipotecar (dacă este cazul): - să restituie băncii creditului, dobânda și comisioanele aferente în conformitate cu termenii și condițiile prezentului contract."

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

12.1 "În cazul în care Clientul nu rambursează datoriile față de Bancă în 90 de zile de la data scadenței, întreg creditul împreună cu toate celelalte obligații devine exigibil, Banca fiind îndreptățită să procedeze la recuperarea creanțelor sale pe cale executării silite, prin valorificarea garanțiilor care însoțesc creditul, conform legii."

12.2 "În cazul în care sumele datorate băncii nu au fost achitate la scadență, sumele achitate de Clienți cu întârziere sau recuperate de către Bancă vor fi utilizate în scopul acoperirii datoriei Clientului în următoarea ordine de prioritate: comisioane și alte sume datorate Băncii, inclusiv cheltuielile de executare silită, dobânda penalizatoare, dobânda restantă, rata de principal restantă, dobânda curentă, rata de principal curentă."

15.1 "Nerespectarea de către Client a oricărei obligații asumate prin prezentul Contract și/sau contractele accesorii acestuia constituie un caz de culpă și acordă Băncii dreptul de a declara întregul credit scadent anticipat și de a lua orice măsură pe care o consideră necesară pentru a-și recupera pagubele cauzate în acest mod, iar ca efect prezentul contract se consideră desființat de plin drept, fără intervenția vreunei instanțe de judecată, fără alte formalități de punere în întârziere/somație sau orice altă formalitate prealabilă cu excepția notificării prevăzute de art. 15.3 și 15.5."

11.1 "În cazul în care Clientul nu rambursează datoriile față de Bancă în 90 de zile de la data scadenței, întreg creditul împreună cu toate celelalte obligații devine exigibile, Banca fiind îndreptățită să procedeze la recuperarea creanțelor sale pe cale executării silite, prin valorificarea garanțiilor care însoțesc creditul, conform legii."

11.2 "În cazul în care sumele datorate băncii nu au fost achitate la scadență, sumele achitate de Clienți cu întârziere sau recuperate de către Bancă vor fi utilizate în scopul

acoperirii datoriei Clientului în următoarea ordine de prioritate: comisioane și alte sume datorate Băncii, inclusiv cheltuielile de executare silită, dobânda penalizatoare, dobânda restantă, rata de principal restantă, dobânda curentă, rata de principal curentă.”

12.2 *”Dacă în 30 de zile data scadenței, împrumutatu/co-debitorul nu rambursează datoriile față de Bancă, Banca este îndreptățită să declare creditul, împreună cu toate celelalte obligații, exigibil, și să procedeze la recuperarea creanțelor sale pe cale executării silite, prin valorificarea garanțiilor care însoțesc creditul, conform legii.”*

IX.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 „*politică băncii*” 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, Euribor 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 expresiei *"politica 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

OTP Bank România S.A., cât și OTP Financing Solutions B.V. au modificat și menținut dobânzile la contractele de credit, conform prevederilor contractuale,

X. Alte încălcări ale legislației specifice protecției consumatorilor

X.1 Privind dobânda curentă

X.1.1 Privind contractul de credit ipotecar

În cadrul unui contract de credit ipotecar s-au constatat următoarele prevederi privind dobânda:

Art. 6.1 "La data încheierii prezentului Contract, rata dobânzii curente este de 7,79%. Dobânda se stabilește în formă procentuală ca rata anuală de dobânda. "

Art. 6.2 "Dobânda este variabilă în conformitate cu politica Băncii. Dobânda poate fi modificată în mod unilateral de către Bancă, luând în considerare valoarea dobânzii de referință pentru fiecare valută (ex. Euribor (EUR)/ Libor (CHF)/Robor (RON) fără a exista consimțământul Clientului. Noul procent de dobândă se va aplica la soldul creditului rămas de rambursat, începând cu data de aplicare stabilită de Bancă. Modificarea dobânzii va duce la recalcularea dobânzii datorate."

Prin destinația creditului, achiziția unui imobil, contractul de credit intră sub incidența legii nr. 190/1999, și în preambul specificându-se în mod clar următoarele: *"a intervenit prezentul contract de credit ipotecar (Denumit în continuare "Contract"), în baza Legii nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, cu modificările și completările ulterioare"*

Confirm prevederile art. 14, lit. a) din Legea nr. 190/1999, în forma în vigoare la data încheierii contractului de credit: *"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 legată de fluctuațiile unui indice de referință menționat în contract. "*

Or, conform art. 6.2 din contract dobânda este variabilă dar în conformitate cu politica băncii și nu în conform de fluctuațiile unui indice de referință menționat în contract conform art. 14, lit. a) din Legea nr. 190/1999.

Menționarea Legii 190/1999 în preambulul contractului a indus în mod înșelător consumatorului ideea că prevederea contractuală privind dobânda, cel mai important element al contractului, prin care se specifica dobânda variabilă în funcție de politica băncii, este în conformitate cu prevederile legale.

Din evoluția dobânzii s-a constatat că, deși era prevăzută ca fiind variabilă, în perioada 27.03.2008 - 26.10.2010, data pretensei implementări a O.U.G. nr. 50/2010 prin act adițional, dobânda a rămas constantă - 7,79% - la valoarea dobânzii de la data încheierii contractului, în contextul în Libor CHF la 3 luni a avut următoarea evoluție:



Din evoluție extragem următoarele date:

- la data 27.03.2008 (data contractului) Libor CHF la 3 Luni a fost 2,86667
- la data 31.12.2008 Libor CHF la 3 Luni a fost 0,66167
- la data 31.12.2009 Libor CHF la 3 Luni a fost 0,25167
- la data 26.10.2010 Libor CHF la 3 Luni a fost 0,16833

În contextul în care Libor CHF la 3 Luni a scăzut cu 94,12% de la 2,86667 la 0,16833, de aproximativ 17 ori, dobânda a rămas constantă 7,79% deși aceasta trebuia să fie variabilă în funcție de un indice de referință menționat în contract.

Niciun consumator mediu nu și-ar fi exprimat acordul de voință de încheiere a unui contract de credit cu o dobândă variabilă care să fie variabilă dar numai în sens crescător sau să rămână constantă, indiferent de evoluția costului de finanțare a instituției de credit.

Dobânda trebuia să evolueze în funcție de fluctuațiile unui indice de referință menționat în contract conform legii, respectiv art. 14, lit. a) din Legea nr. 190/1999 astfel încât dobânda nu putea fi modificată în mod unilateral de către Bancă decât luând în considerare valoarea dobânzii de referință Libor, conform art. 6.2 din contract.-

a Ținând seamă că în actul adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010 a fost folosit în calculul dobânzii indicatorul financiar Libor CHF la 3 Luni, acest indicator trebuia menționat în contractul de credit ipotecar și trebuia să fie cel a cărui fluctuație determina variabilitatea dobânzii conform prevederilor 14, lit. a) din Legea nr. 190/1999.

Prin nerespectarea legii nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare s-a constatat afectarea intereselor economice ale consumatorilor, păstrând constantă dobânda care ar fi trebuit să fie variabilă conform legii și percepend o dobândă mai mare decât cea care ar fi trebuit percepută conform prevederilor legale.

Implicațiile sunt cu atât mai mari cu cât nivelul dobânzii de 7,79% a fost avut în vedere la implementarea O.U.G. nr. 50/2010, stabilindu-se o marjă fixă de 7,57%

valabilă până la rambursarea integrală a creditului, mai mare cu 2,65 p.p. decât marja de 4,92% care ar fi trebuit să fie avută în vedere la implementarea O.U.G. nr. 50/2010 dacă s-ar fi respectat prevederile art. 14, lit. a) din Legea nr. 190/1999.

Dobânda a rămas constantă și în condițiile în care OTP Financing Solutions B.V., cesionarul creditului în perioada 31.08.2009-26.10.2010, nu a avut calitatea de bancă, instituție de credit autorizată.

Având în vedere considerentele menționate s-a constatat prestarea de servicii prin care au fost afectate interesele economice ale consumatorului încălcându-se astfel art. 7, lit. c, liniuța a 2-a din O.G. nr. 21/1992.

X.1.2 Privind contractul de credit de nevoi persoane garantat cu ipotecă

În cadrul unui contract de credit de nevoi persoane garantat cu ipotecă s-au constatat următoarele prevederi privind dobânda:

8.1 *“La data încheierii prezentului contract, dobânda curentă este de 5,7%. Dobânda se stabilește în forma procentuală ca rată anuală de dobândă. Dobânda este variabilă în conformitate cu politica Băncii. Dobânda poate fi modificată în mod unilateral de către Bancă, luând în considerare valoarea dobânzii de referință pentru fiecare valută (ex: Euribor/Libor/Rubor etc), fără a exista consimțământul împrumutatului. Noul procent de dobândă se va aplica la soldul creditului rămas de rambursat începând cu data de aplicare stabilită de Bancă. Modificarea dobânzii va duce la recalcularea dobânzii datorate.”*

Din evoluția dobânzii s-a constatat că aceasta a rămas constantă 5,70% în perioada 23.08.2007-21.05.2008, iar în data de 22.05.2008 dobânda a fost majorată la 6,9% valoare care a rămas constantă până la data 21.09.2010, data implementării actului adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010), în contextul în care Libor CHF la 3 luni a avut evoluția prezentată în graficul anterior.

Din evoluție extragem următoarele date:

- la data 23.08.2007 (data contractului) Libor CHF la 3 Luni a fost 2,88
- la data 31.12.2007 Libor CHF la 3 Luni a fost 2,75667
- la data 22.05.2008 Libor CHF la 3 Luni a fost 2,77833
- la data 31.12.2008 Libor CHF la 3 Luni a fost 0,66167
- la data 31.12.2009 Libor CHF la 3 Luni a fost 0,25167
- la data 21.09.2010 Libor CHF la 3 Luni a fost 0,17667

La data 22.05.2008 banca a modificat unilateral dobândă, de la 5,70% la 6,99%, cu 1,29 p.p., o creștere cu 22,6% în contextul în care Libor CHF la 3 Luni a scăzut de 2,88% la 2,77833%, cu 0,10 p.p., o scădere cu 3,5%.

Or conform art. 8.1 din contract dobânda putea fi modificată în mod unilateral de către Bancă "luând în considerare valoarea dobânzii de referință pentru fiecare valută", în speță Libor CHF la 3 Luni.

În contextul în care Libor CHF la 3 Luni a scăzut în continuare cu 93,64% de la 2,77833 (la data 22.05.2008) la 0,17667 (la data 21.09.2010) de aproximativ 16 ori, dobânda a rămas constantă 6,99% deși aceasta trebuia să fie variabilă.

Niciun consumator mediu nu și-ar fi exprimat acordul de voință de încheiere a unui contract de credit cu o dobândă variabilă care să fie variabilă dar numai în sens crescător sau să rămână constantă, indiferent de evoluția costului de finanțare a instituției de credit. Cu atât mai mult cum este în cazul nostru în care dobânda a crescut chiar și în cazul în care indicile de referință Libor CHF la 3 Luni a scăzut.

Având în vedere considerentele menționate la punctul **IX.1 Prevederi legale privind protecția consumatorilor și la punctul IX.3 Considerente privind redactarea clauzelor contractuale prin prisma legislației**, în condițiile în care, deși au fost solicitate, nu au comunicate criteriile și factorii care au determinat păstrarea constantă a dobânzii variabile, în vederea respectării legislației privind protecția consumatorilor dobânda trebuia să evolueze corespunzător conform unui factor ce influențează costul resurselor de finanțare, precum indicele Libor CHF la 3 Luni, indicator care a fost luat în considerare în calculul dobânzii la implementarea O.U.G. nr. 50/2010.

Or, în cazul nostru evoluția indicelui Libor CHF la 3 luni a cunoscut o continuă scădere până în luna septembrie 2010, dar dobânda a crescut cu 1,29 p.p. și ulterior a rămas constantă, 6,99 %.

Dobânda a rămas constantă și în condițiile în care OTP Financing Solutions B.V., cesionarul creditului în perioada 31.08.2009-21.09.2010, nu a avut calitatea de bancă, instituție de credit autorizată.

Nivelul dobânzii de 6,99% a fost avut în vedere la implementarea O.U.G. nr. 50/2010, stabilindu-se o marjă fixă de 6,77% care a fost valabilă doar o lună de zile până în data de 21.10.2010.

La data 21.10.2010 a fost încheiat un act adițional prin care marja dobânzii a fost diminuată cu 0,5 p.p. de la 6,99% la 6,77%, marjă în vigoare până la rambursarea integrală a creditului, mai mare decât marja care ar fi trebuit să fie avută în vedere la implementarea O.U.G. nr. 50/2010 dacă evoluția dobânzii ar fi urmat evoluția indicelui Libor CHF la 3 luni.

Având în vedere considerentele menționate s-a constatat prestarea de servicii prin care au fost afectate interesele economice ale consumatorului încălcându-se astfel art. 7, lit. c, liniuța a 2-a din O.G. nr. 21/1992.

X.2 Perceperea de dobânzi penalizatoare la întreg soldul creditului

X.2.1 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 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 constea 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 quantumul 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 oarecari 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 inainte si in momentul formarii unei conventiuni alta decat o conventiune comerciala, se va stipula dobanda la dobanzile 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 excepțional, numai în cazul “convențiunilor comerciale”. Excepția 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 penalităților 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 căruia sumele de bani plătite de către consumatori pe perioada executării silit, 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 dobânda legală, se constată astfel încălcarea prevederilor legale și manifestarea în rândul consumatorilor a fenomenului extrem de sclavie financiară perpetuă prin care, pe perioada executării silit 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.

X.2.2 Calculare și reținere penalități la întreg soldul creditului

În cazul unui credit ipotecar acordat în baza Legii nr. 190/1999 s-a constatat declararea scadent anticipată a creditului în contextul în care conform prevederilor contractuale doar o “bancă” instituție de credit autorizată, avea dreptul să realizeze această acțiune.

S-a constatat calcularea și reținerea de către OTP Financing Solutions B.V., persoană juridică neautorizată, prin intermediul OTP Bank România, de dobândă penalizatoare, mai mare cu 10 p.p. decât dobânda curentă, calculată la întreg soldul creditului în condițiile în care creditul nu a fost declarat scadent anticipat, astfel încât în 14 luni au fost înregistrate dobânzi penalizatoare de 25813 CHF.

În lumina considerentelor menționate la punctul X.2.1 această calculare și reținere de dobândă penalizatoare era interzisă și instituțiilor de credit, cu atât mai mult unei persoane juridice neautorizate care a trecut în restanță întreg soldul creditului și fără declararea scadenței anticipate a creditului.

XI. Împiedicarea actului de control

XI.1 Refuz punere la dispoziție documente solicitate

Deși au fost solicitate în mod repetat următoarele documente acestea nu au fost puse la dispoziția Autorității:

1. Traducerea autorizată în limba română a contractului de cesiune către OTP Bank Nyrt din data 30.05.2007.
2. Traducerea autorizată în limba română a contractului de cesiune către OTP Bank Nyrt din data 29.09.2008.
3. Traducerea autorizată în limba română a declarației ministeriale privind lipsa de obiecțiuni la data 24.10.2008, înregistrată sub numărul BV 1519492, menționată în adresele OTP Bank România S.A..
4. Extrasele de cont analitice, în format electronic care să nu fie editabil, în cazul tuturor petenților/clientilor, cu CNP-urile corespunzătoare, respectiv evidența tuturor conturilor principale și subconturilor (cont curent, cont de credit, cont dobânzi, dobânzi penalizatoare, cont de comision de risc/administrare, conturile în afara bilanțului, etc), denumite de bancă conturi tehnice care au fost deschise/utilizate în baza Ordinului B.N.R. nr. 27/2010, în vederea derulării tuturor contractelor de credit, așa cum sunt emise din sistemul informatic al Băncii cu care se ține evidența conturilor.

XI.2 Extrase de cont falsificate

Deși au fost solicitate în mod repetat extrase de cont corespunzătoare contractelor de credit încheiate de petenți OTP Bank România nu a pus la dispoziție extrase de cont care să prezinte realitatea, punând la dispoziție extrase de cont falsificate susținând că acestea reprezintă extrase de cont *emise din sistemul de gestiune al clienților băncii care corespund situațiilor financiare ale clienților, cu toate tranzacțiile financiare efectuate pe conturi*”.

Astfel, în cazul unui contract de credit a fost primit următoarele extras de cont pentru același IBAN RO36OTPV120000182164CH01, pentru care se va prezenta pentru fiecare doar borderoul și prima pagină, corespunzătoare aceleiași perioade:

1. extrasul de cont (Anexa 31a) în care se constată următoarele:

- coloana a 3-a soldul creditului reprezintă în mod incorect soldul creditului (principalului) acordat care este înregistrat eronat pe credit, conturile privind creditele acordate fiind conturi de activ încep să funcționeze prin a se debita, or în cazul nostru contul începe prin se credita cu suma de 46400 CHF, păstrând pe întreaga perioadă un sold creditor, corect ar trebui să fie un sold debitor întreaga perioadă, împrumutații fiind debitori și nu creditori pentru o instituție de credit;
- există înregistrate sume pe debit cu explicația „*rambursare dobândă credit*” care scad în mod incorect, fals, contrar realității, soldul creditului, numai sumele cu explicația „*rambursare credit*” putând avea drept rezultat scăderea soldului creditului; sumele în cauză sunt următoarele: 220,4 - 220,11 - 219,82 - 219,53 - 219,24 - 218,95;

Extrasul de cont încearcă să inducă în mod fals ideea că reprezintă un extras de cont de credit prin care se evidențiază periodic soldul datoriei și rambursarea acesteia, după terminarea contului CHF01 reieșind faptul că reprezintă un cont curent și nu un cont de credit.

Pe credit este înregistrat soldul creditului, soldul datoriei împrumutatului către instituția de credit, dar în mod corect trebuia pe debit, iar pe debit sunt înregistrate plățile prin care se realizează plata periodică a creditului, datoriei.

2. extrasul de cont ([Anexa 31b](#)), pus la dispoziție de către petent, în care se constată următoarele:

- coloana a 3-a reprezintă în mod corect soldul disponibilului din contul curent, care este un cont de pasiv astfel încât în mod corect începe să funcționeze prin a se credita, păstrând un cont creditor pe întreaga perioadă;
- prima înregistrare reprezintă tragerea/acordarea contului prin care instituția de credit a pus la dispoziția, în contul curent la împrumutatului, suma de bani solicitată de 46400 CHF; reprezintă o alimentare a contului fiind astfel o operațiune înregistrată pe credit;
- a 2-a înregistrare reprezintă perceperea comisionului de administrare de 928 CHF, banii fiind retrași din cont, soldul creditor al contului, respectiv soldul banilor din cont scăzând în mod corespunzător la 45472 CHF; reprezintă o plată fiind astfel o operațiune înregistrată pe debit;
- a 3-a înregistrare reprezintă realizarea unui schimb valutar, a sumei de 37122,69 CHF în 22110 EUR, scăzând astfel disponibilul din contul curent în CHF la 8349,31 CHF; reprezintă o plată fiind astfel o operațiune înregistrată pe debit;
- a 4-a înregistrare reprezintă realizarea unui schimb valutar, a sumei de 8349 CHF în 16372 RON, scăzând astfel disponibilul din contul curent în CHF la 0,31 CHF; reprezintă o plată fiind astfel o operațiune înregistrată pe debit;
- a 5-a înregistrare reprezintă alimentarea contului curent cu suma de 220,09 CHF, tot prin intermediul unui schimb valutar al sumei de 462,57 RON; soldul disponibilului din contul curent crește la 220,40 CHF; reprezintă o alimentare a contului fiind astfel o operațiune înregistrată pe credit;
- a 6-a înregistrare reprezintă rambursarea dobânzii, înaintea principalului (conform contractului), suma de 220,4 CHF scăzând soldul disponibilului din contul curent la zero; reprezintă o plată fiind astfel o operațiune înregistrată pe debit;
- a 7-a înregistrare reprezintă alimentarea contului curent cu suma de 60,5 CHF, tot prin intermediul unui schimb valutar al sumei de 125,4 RON; soldul disponibilului din contul curent crește la 60,5 CHF; reprezintă o alimentare a contului fiind astfel o operațiune înregistrată pe credit;
- a 8-a înregistrare reprezintă rambursarea principalului, suma de 60,5 CHF scăzând soldul disponibilului din contul curent la zero; reprezintă o plată fiind astfel o operațiune înregistrată pe debit;

Înregistrările 5,6,7 și 8 reprezintă cumulat practic operațiunea prin care împrumutatul s-a prezentat la sediul instituției de credit pentru a plăti rata la credit, softul instituției de credit fiind conceput astfel încât alimentarea contului să se realizeze separat pentru dobândă și separat pentru principal, în realitate această distincție nu există, împrumutatul plătind suma totală a ratei menționată în graficul de rambursare.

Softul instituției putea fi conceput astfel, prin alimentarea contului cu valoarea totală, din care ulterior se retrag la scadență sumele datorate comisioane, penalități, dobânzi restante, principal restant, dobândă curentă, principal credit, conform ordinii întâlnite în majoritatea contractelor de credit, un astfel de soft fiind întâlnit în mod normal la instituțiile de credit.

Începând cu suma de 60,16 din a 9-a înregistrare se reia în luna următoare, octombrie 2007, procedul menționat anterior.

Întotdeauna soldul contului va reflecta disponibilul din contul curent și nu soldul creditului/principalului cum insinuează OTP prin prezentarea extrasului de la punctul 1.

Între extrasul de cont curent și extrasul de cont de credit există o corelație în sensul că sumele de bani evidențiate în extrasul de cont curent cu explicația „rambursare credit” pe debit trebuie să se regăsească în extrasul de cont de credit pe credit.

Or, în cazul nostru extrasul de la punctul 1. prezentat de către OTP Bank România nu reprezintă nici extras de cont curent, nici extras de cont de credit, un extras care în mod fals și cu rea credință a fost pus la dispoziția Autorității ca fiind un document „emis din sistemul de gestiune al clienților băncii care corespund situațiilor financiare ale clienților, cu toate tranzacțiile financiare efectuate pe conturi”.

În cazul prezentat varianta corectă a extrasului de cont a fost pusă la dispoziție de petent dar însăși OTP Bank România a pus la dispoziție extrase de cont diferite pentru același client, pentru același IBAN, pentru aceeași perioadă.

Menționăm că extrasele de cont falsificate au fost puse la dispoziție prin intermediul poștei electronice de către OTP Bank România, banca centrală din București.

Având în vedere aspectele menționate nu s-au putut cerceta pe deplin aspectele reclamate de către petenți și nu s-a putut realiza pe deplin controlul respectării dispozițiilor legale privind protecția consumatorilor, astfel încât Autoritatea a fost pusă în imposibilitatea de a-și deplini atribuțiile prevăzute prin H.G. nr. 700/2012.

XII. Constatări finale încălcări ale prevederilor legale

1. Având în vedere punctele III. și IV. s-a constatat calcularea și reținerea, prin intermediul OTP Bank România S.A., cu încălcarea prevederilor legale, respectiv fără a fi autorizată pentru desfășurarea de activități de servicii financiare într-un mod profesional în moneda CHF și EUR, de sume de bani reprezentând dobânzi curente de către OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), respectiv 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.

2. Având în vedere punctele I., II., III., V., VI. și VII. s-a constatat calcularea și reținerea, prin intermediul OTP Bank România S.A., cu încălcarea prevederilor legale, a sumelor de bani reprezentând dobânzi curente și dobânzi penalizatoare de către OTP Financing Solutions B.V., persoană juridică neautorizată din afara României, respectiv 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.

3. Având în vedere punctul X. s-a constatat afectarea intereselor economice ale consumatorilor, încălcându-se art. 7, lit. c, liniuța a 2-a din O.G. nr. 21/1992.

4. Având în vedere punctul VIII. 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.

5. Având în vedere punctul XI. s-a constatat împiedicarea sub orice formă a organelor administrației publice însărcinate cu protecția consumatorilor de a exercita atribuțiile de serviciu referitoare la prevenirea și combaterea faptelor care pot afecta viața, sănătatea sau securitatea consumatorilor ori interesele economice, conform prevederilor art. 51, alin. (1) din OG nr. 21/1992.

XIII. 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 delictuale 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 durată, 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. Prolungirea 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 singură dată, la un anumit moment în trecut, nu conduce la concluzia că fapta ar avea caracter *uno actu*, întrucât încălcarea legii are caracter continuu iar *legiuitorul 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.

În conformitate cu prevederile punctului 9.1.2, lit. b) din Procedura cadru privind activitatea de supraveghere și control, aprobată prin Ordinul Președintelui A.N.P.C. nr. 247/08.08.2016, „data săvârșirii faptelor” coincide cu „data constatării faptelor” în cazul contravențiilor continue.

XIV. Privind amenzile contravenționale aplicate

Prin Legea nr. 203/2018 privind măsuri de eficientizare a achitării amenzilor contravenționale, a fost modificată Ordonanța nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor astfel încât conform art. 28, alin. (1): *„Contravenientul poate achita, în termen de cel mult 15 zile de la data înmânării sau comunicării procesului-verbal, jumătate din minimul amenzii prevăzute de actul normativ, agentul constator făcând mențiune despre această posibilitate în procesul-verbal.”*

În urma acestei modificări legislative o bancă, instituție financiară de credit, în cazul constatării unei practici comerciale înșelătoare interzisă prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii, are posibilitatea de a achita jumătate din minimul amenzii prevăzute de actul normativ, adică jumătate din minimul de 7000 lei prevăzut de art. 15, alin. (1), lit. b), coroborat cu

art. 17, alin. (2), lit. c), adică suma de 3500 lei, indiferent de prejudiciul creat consumatorilor.

Amenda de 3500 lei care poate fi plătită de către o *bancă* în cazul unei practici comerciale înșelătoare este mai mică decât amenzile de 5000 lei care au fost plătite anul trecut de către operatori economici care comercializau legume și fructe în cadrul unor *tarabe* din piețe agroalimentare pentru practici comerciale înșelătoare constând în comercializarea unor legumelor și fructelor etichetate în mod înșelător cu țara de origine România.

În noile condiții legislative cel mai mare quantum al amenzii care poate fi plătit de către o bancă, este jumătate din minimul de 20000 prevăzut de art. 86, alin. (2) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori și de art. 121, alin. (1), lit. c), alin. (2), alin. (3) și alin. (4) din O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, adică suma de 10000 lei, indiferent de prejudiciul creat consumatorilor.

Amenzile contravenționale prevăzute de O.U.G. nr. 50/2010 și de O.U.G. nr. 52/2016 sunt amenzi care, cu excepția anumitor articole, nu pot fi aplicate pentru contractele de credit în derulare la data intrării în vigoare a actelor adiționale.

În cazul acestor contracte de credit se aplică sancțiuni contravenționale prevăzute de O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor în care cea mai mare amendă este jumătate din minimul de 5000 lei prevăzut de art. 50, alin. (1), lit. e), adică suma de 2500 lei, indiferent de prejudiciul creat consumatorilor.

Dar privind aceste contracte una dintre cele mai constatate încălcări privind O.G. nr. 21/1992, în cazul unei bănci, este prestarea de servicii prin care au fost afectate interesele economice, conform art. 7, lit. c), liniuța a 2-a, faptă contravențională ce se sancționează prin prevederile art. 50, alin. (1), lit. a) iar banca poate achita jumătate din minimul prevăzut de 3000 lei, adică suma de 1500 lei, indiferent de prejudiciul creat consumatorilor.

Prin comparație, o tarabă dintr-o piață agroalimentară, în cazul constatării unei practici comerciale înșelătoare interzisă prin Legea nr. 363/2007, achită în prezent jumătate din minimul de 5000 lei, adică suma de 2500 lei, mai mult cu 1000 lei decât amenda aplicată unei bănci în cazul afectării intereselor economice ale consumatorilor și cu numai 1000 lei mai puțin decât pentru practică comercială înșelătoare în cazul unei bănci.

Având în vedere regimul juridic al contravențiilor din prezent, în cazul unei bănci poate fi chiar profitabilă sfidarea și încălcarea legii.

Concluzia nu poate fi decât una singură: prin prisma sancțiunilor contravenționale aplicate pentru încălcarea legislației specifice privind protecția consumatorilor, în prezent în România este mult mai riscant pentru o tarabă dintr-o piață agroalimentară pentru a opera decât pentru o bancă, deși pericolul social al faptelor contravenționale în cazul băncilor este mult mai ridicat decât în cazul unei tarabe.

XV. Privind măsurile dispuse în conformitate cu prevederile legale

Ținând seama:

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 referitoare la apărarea drepturilor legitime ale consumatorilor de către prestatorii 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) recalculare sold credit și restituire sume de bani încasate în plus, dacă a fost cazul;

b) recalcularea sold credit prin calcularea dobânzii penalizatoare fără raportare la întreg soldul creditului ci doar în funcție de principalul restant, dacă a fost cazul;

c) restituirea sumelor de bani reprezentând dobândă, dobânzi penalizatoare, penalități calculate și reținute în perioada 30.07.2008-01.09.2009, când cesionar a fost OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.) Ungaria;

d) restituirea sumelor de bani reprezentând dobândă, dobânzi penalizatoare, penalități calculate și reținute în perioada 01.09.2009-05.07.2012, când cesionar a fost OTP Financing Solutions B.V. Olanda;

e) repunerea în starea anterioară declarării scadente anticipate a creditului la data 05.07.2012, dacă a fost cazul;

f) începând cu data procesului verbal calcularea dobânzii în funcție de o dobândă și marjă calculate pornind de la nivelul dobânzii din data încheierii contractului, cu revizuire trimestrială în funcție de evoluția indicelui 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 Libor CHF la 3 Luni în vigoare la data implementării actului adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010;

e) transmiterea către împrumutați a unui grafic de rambursare actualizat rezultat din implementarea măsurilor anterioare.

XVI. Punctul de vedere OTP Bank România S.A.

Punctul de vedere OTP Bank România S.A. este exprimat în răspunsul la o reclamație către Banca Națională a României ([Anexa 32a](#)) și în răspunsurile către Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor ([Anexa 32b](#), [Anexa 32c](#), [Anexa 32d](#), [Anexa 32e](#) și [Anexa 32e](#)), răspunsuri ce reprezintă o selecție reprezentativă a adreselor transmise de către OTP Bank România S.A..

În răspunsul OTP Bank România din data 25.09.2018 ([Anexa 32e](#)) la pag. 3 se comunică că Banca Națională a României, în cadrul controlului anual pentru perioada 2014, în calitate de entitate autorizată să efectueze controlul privind respectarea prevederilor legislației din domeniul financiar bancar, deci și al Legii nr. 93/2000 și O.U.g. nr. 99/2006, a verificat și analizat toate aspectele aferente cesiunilor de creanță intervenite și în urma definitivării controlului nu au fost descoperite nereguli și nici aplicate sancțiuni privind aceste operațiuni.

În cadrul aceluiași răspuns se comunică, la pag. 5, că dovada legalității cesiunilor intervenite de către organele de inspecție fiscală este reprezentată de procesul verbal nr. 360512/06.12.2016 ([Anexa 33](#)) întocmit în urma unui control inopinat în vederea verificării aspectelor privind cesiunea unui contract de credit acordat unei persoane fizice iar reprezentanții A.N.A.F. au analizat întreaga documentație privind cesiunile intervenite și au concluzionat că au fost respectate prevederile legale.

S-a constatat invocarea eronată a puterii de lucru judecat și a unei decizii a Curții de Justiție Europene privind caracterul abuziv al prevederilor contractuale privind cesiunea.

XVII. Alte constatări privind cesiunea creditelor

XVII.1 Convenția pentru evitarea dublei impunerii România - Olanda

Prin Legea nr. nr. 85/1999 a fost ratificată Convenția dintre România și Regatul Olandei pentru evitarea dublei impunerii și prevenirea evaziunii fiscale cu privire la impozitele pe venit și pe capital.

Convenția este menționată în procesul verbal ([Anexa 33](#)) încheiat de Agenția Națională de Administrare Fiscală în data de 06.12.2016 la pag. 6 ca fiind baza legală care a fost aplicată pentru suma de 29407,15 CHF reprezentând venituri din dobânzi realizate în România de către OTP Financing Solutions B.V. Olanda rezultate din derularea contractului de credit care a făcut obiectul sesizării, respectiv veniturile din dobânzi pentru care nu a fost reținut impozit pe venit, acestea urmând a fi impozitate în Olanda, țara de reședință OTP Financing Solutions B.V..

În primul rând prin aplicarea convenției de către OTP Financing Solutions B.V. rezultă faptul că veniturile din dobânzi au fost obținute în România așa cum este definită, ca termen în cadrul convenției la art. 3, punctul 1, lit. c): „*termenul România înseamnă teritoriul României, inclusiv marea sa teritorială și spațiul aerian de deasupra*

teritoriului și mării teritoriale asupra cărora România își exercită suveranitatea, precum și zona contiguă, platoul continental și zonele economice exclusive asupra cărora România își exercită jurisdicția, respectiv drepturile suverane, în concordanță cu propria sa legislație și cu dreptul internațional;”

În al doilea rând pentru a se prevala de scutirea de la plata impozitului pe venit veniturile trebuie să fie încadrate într-o categorie de venit stabilită prin convenție, această categorie fiind în cazul nostru dobânzi prevăzută de art. 11 din convenție după cum au fost încadrate și în procesul A.N.A.F. ca fiind venituri din dobânzi realizate în România.

Conform definiției din doctrina economică, 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”*.

Prevederile Convenției dintre România și Regatul Olandei pentru evitarea dublei impuneri și prevenirea evaziunii fiscale cu privire la impozitele pe venit și pe capital, puteau fi aplicate numai în condițiile în care veniturile care au făcut obiectul impunerii, scutirii de la plata impozitului, reprezintă venituri din dobânzi, or încasarea de dobânzi pe teritoriul României nu se poate realiza decât de instituții de credit autorizate, calitate care s-a constatat a nu fi îndeplinită de către OTP Financing Solutions B.V.

Având în vedere considerentele menționate nu există oare suspiciunea rezonabilă că a fost înfăptuită infracțiunea de evaziune fiscală pentru veniturile din dobânzi obținute de OTP Financing Solutions B.V. pe teritoriul României dar neimpozitate?

XVII.2 Trucarea prețurilor de transfer

În cazul anexelor la contractele de cesiuni din data de 23.11.2015 în urma cărora OTP Bank România a răscumpărat contractele de credit de la OTP Financing Solutions B.V. și de la OTP Bank Nyrt s-au constatat următoarele:

1. În cadrul anexei la contractul de cesiune încheiat cu OTP Financing Solutions B.V. (Anexa 8), pentru creditele răscumpărate în valuta CHF, prețul total cu care au fost răscumpărate creditele (*Price occy(CHF)*) este 263.352.661,98 CHF din care scăzând 6.428.742,79 CHF reprezentând dobânzi calculate dar neachitate (*Interest occy*) și 28.694,64 CHF reprezentând comisioane calculate dar neachitate (*Comissions occy*), rezultă 256.895.224,55 CHF care ar trebui să reprezinte totalul soldurilor creditelor (principalurilor) achiziționate.

Suma de 256.895.224,55 CHF reprezentând prețul plătit pentru achiziționarea principalurilor este mai mică decât 340.052.344,37 CHF (*Principal occy*) care reprezintă totalul efectiv soldurilor creditelor achiziționate, cu suma de 83.157.119,82 CHF.

2. În cadrul anexei la contractul de cesiune încheiat cu OTP Bank Nyrt (Anexa 9), pentru creditele răscumpărate în valuta CHF, prețul total cu care au fost

răscumpărate creditele (*Price occy(CHF)*) este 18.672.402,08 CHF din care scăzând 1.831.176,22 CHF reprezentând dobânzi calculate dar neachitate (*Interest occy*) rezultă 16.841.225,86 CHF care ar trebui să reprezinte totalul soldurilor creditelor (principalurilor) achiziționate.

Suma de 16.841.225,86 CHF reprezentând prețul plătit pentru achiziționarea principalurilor este mai mică decât 24.564.715,59 CHF (*Principal occy*) care reprezintă totalul efectiv soldurilor creditelor achiziționate, cu suma de 7.723.489,73 CHF.

Cumulând diferențele, de 83.157.119,82 CHF și 7.723.489,73 CHF rezultă suma de 90.880.609,55 CHF.

Practic OTP Bank România în urma cesiunii a achiziționat credite în valoare de 364.617.059,96 CHF (340.052.344,37 CHF + 24.564.715,59 CHF) pentru care a achitat suma de 273.736.450,41 CHF, mai puțin cu 90.880.609,55 CHF.

Întregul circuit al creditelor acordate de OTP Bank România S.A. poate fi prezentat într-o perioadă mai mică astfel:

Ziua 1 - se acordă credite în valoare de 90.880.609,55 CHF.

Ziua 2 - se cesionează creditele pentru valoarea justă a creditelor acordate 90.880.609,55 CHF, astfel încât portofoliul creditelor acordate este zero dar a fost încasată suma de 90.880.609,55 CHF

Ziua 3 - se răscumpără toate creditele în valoare de 90.880.609,55 CHF cu suma de 1 CHF, astfel încât portofoliul creditelor acordate este 90.880.609,55 CHF iar suma din cont a scăzut cu doar 1 CHF la 90.880.608,55 CHF. Practic au fost acordate credite de 90.880.609,55 CHF cu doar 1 CHF.

Partea care a vândut credite în valoare de 90.880.609,55 CHF cu doar 1 CHF este teoretic în pierdere și nicio parte nu ar accepta o asemenea tranzacție.

Din acest motiv se constată că tranzacțiile au fost efectuate cu încălcarea principiului valorii juste sau principiul tranzacțiilor pe picior de egalitate conform căruia o tranzacție trebuie să fie perfectată exact în aceleași condiții în care s-ar fi făcut cu o terță parte oarecare, în caz contrar existând suspiciunea evaziunii fiscale.

Evaziunea fiscală prin neplata impozitului pe venit se realizează în general prin intermediul a două mari tehnici.

Prima, cea a împrumuturilor dintre grupuri, constă în a îndatora masiv filialele situate în țările ce impozitează mult beneficiile în scopul de a reduce profiturile acolo sunt taxate pentru a le face să apară acolo unde nu sunt impozitate.

Cea de-a doua se realizează prin manipularea, trucarea prețurilor de transfer a prețurilor cu care filialele își cumpără unele altora propriile produse.

Media "discountului" cu care au fost răscumpărate de OTP Bank România S.A. creditele în moneda CHF la data 23.11.2015 este 24%, valoare apropiată de discountul oferit ulterior, începând cu luna decembrie 2015, de OTP Bank România în cadrul ofertelor de conversie a creditelor CHF în moneda Lei.

Au fost cercetate și Reglementările contabile conforme cu Standardele Internaționale de Raportare Financiară, aplicabile instituțiilor de credit, și nu s-a constatat nicio înregistrare contabilă prin care să se permită instituțiilor de credit să se crească activul, reprezentat de credite acordate, fără a exista corespondență cu pasivul, reprezentat de surse de finanțare.

Având în vedere considerentele menționate nu există oare suspiciunea rezonabilă că a fost înfăptuită infracțiunea de evaziune fiscală prin trucarea prețurilor de transfer pentru contractele răscumpărate de OTP Bank România S.A.?

XVII.3 Intertrust Management B.V.

Conform Extrasului din Registrul Comerțului din anul 2015 ([Anexa 19b](#)) în cadrul consiliului de administrație este înregistrată compania Intertrust Management B.V. care este o instituție tip *trust*.

Conform art. 2, alin. (2) din Regulamentul B.N.R. nr. 11/2007 privind autorizarea instituțiilor de credit ([Anexa 14](#)), trustul reprezintă o „*instituție, specifică dreptului anglo-saxon, reprezentând o operațiune juridică prin care o persoană, denumită constitutor, încredințează unei alte persoane, denumită administrator, bunuri ale sale, pentru a le deține, administra și preda unor beneficiari arătați de constitutor, fie în timpul vieții, fie după moartea sa.*”

Intertrust Management B.V. este cel mai mare trust înregistrat în Olanda și este menționat în cadrul raportului publicat în anul 2016 de către Institutul Transnațional (The Transnational Institute) intitulat „*Tax evasion and weapon production. Mailbox arms companies in the Netherlands.*” – „*Evaziunea fiscală și producția de armament. Companii producătoare de armament, cutii poștale în Olanda*”, ([Anexa34](#)) accesibil în engleză la adresa www.tni.org/files/publication-downloads/issue-brief-arms-trade-web.pdf, la pag. 36, în cadrul anexei intitulată „*The use of Trusts in tax avoidance*”, „*Folosirea trusturilor în evitarea taxelor*”, astfel:

„Intertrust, the largest of the Dutch trusts with two thirds of the biggest 500 companies world wide amongst its clientele, is located at the Prins Bernardplein 200. Intertrust has a turnover of €100 million. Searching the Dutch Chamber of Commerce for this address 3,210 (about the same as found the journalists Reijn and Kooistra) hits surfaced for companies. After eliminating double mentions, almost 2,000 are left.”

Conform google translate, cu mici corecții:

"Intertrust, cel mai mare dintre trusturile olandeze, cu două treimi din cele mai mari 500 de companii din întreaga lume, se află la Prins Bernardplein 200. Intertrust are o cifră

de afaceri de 100 de milioane de euro. Căutând la Camera de Comerț Olandeză pentru această adresă, au rezultat 3,210 de companii (cam la fel cum au găsit jurnaliștii Reijn și Kooistra). După eliminarea mențiunilor duble, au rămas aproape 2000.“

”Buck admits that not all clients produce in the Netherlands: “Some companies only are active in finance activities. (...) But there are also real activities”

Conform google translate:

„Buck admite că nu toți clienții produc în Țările de Jos: ”Unele companii activează doar în activități financiare. (...) Dar există și activități reale”

David the Buck este fostul CEO (Director General Executiv) al Intertrust și confirmă ceea ce a fost constatat și în cazul OTP Financing Solutions B.V., că există companii care activează în domeniul financiar, dar există și activități reale, exceptând activitățile menționate anterior, cele din domeniul financiar.

OTP Financing Solutions B.V. nu a desfășurat nicio activitate reală pe teritoriul Olandei, cel puțin privind contractele de credit în care împrumutați sunt consumatorii, contracte ce au intrat în portofoliul OTP Financing Solutions B.V. prin încălcarea prevederilor legale și eludarea legislației privind principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor, dar a încasat sume de bani reprezentând venituri din dobânzi obținute pe teritoriul României.

În cadrul capitolului II din raportul Institutului Transnațional, intitulat „*Tax evasion in the Netherlands*”, „*Evaziunea fiscală în Olanda*” se menționează:

„The Netherlands has designed a “highly competitive fiscal climate” said a 2013 European Parliament study. There are 6,200 foreign companies with a Dutch branch held for fiscal reasons. Together they have established between 12,500 to 20,000 companies (figures vary considerably differ in different publications) in the Netherlands to profit from tax evasion. Roughly ninety per cent of these companies only exist on paper. €10.2 trillion has been flowing in and out of the Netherlands in 2010. For comparison, the GNP of the Netherlands in that year was €602 billion. Tax revenues were low: €402 million in corporate income tax, €83 million from sales tax or VAT and €164 million in payroll tax.”

Conform google translate:

„Olanda a creat un ”climat fiscal extrem de competitiv”, a declarat un studiu al Parlamentului European din 2013. Există 6.200 de companii străine cu o sucursală olandeză ținută din motive fiscale. Împreună, au stabilit între 12.500 și 20.000 de companii (cifrele diferă considerabil în diferite publicații) în Țările de Jos pentru a profita de evaziunea fiscală. Aproximativ nouăzeci la sută dintre aceste companii există doar pe hârtie. 10,2 trilioane de euro au intrat și ies din Țările de Jos în 2010. Pentru comparație, PIB-ul Țărilor de Jos în acel an a fost de 602 de miliarde de euro. Veniturile fiscale au fost scăzute: impozitul pe venitul societăților în valoare de 402 milioane euro, 83 milioane euro din impozitul pe vânzări sau TVA și 164 milioane euro în impozitul pe salarii”

„Dutch multinationals end up having an effective tax rate (ETR) of 8% to 20%, while the European average corporate tax is 22.6%. Abuse of taxes in the European Union cost the EU countries 1 trillion euros a year, according to former EU-commissar Algirdas Šemeta.¹¹ It is a sector which creates almost no employment and income. According to recent estimates the Dutch state earns roughly €2-3 billion annually because of tax constructions. Letterbox offices in the Netherlands are offered for only €63.75 monthly at zakenadres.nl, for example. Some are also available with a telephone and someone to answer it for you.”

Conform google translate:

„Companiile multinaționale olandeze au o rată efectivă de impozitare (ETR) de 8% până la 20%, în timp ce media europeană a impozitului pe profit este de 22,6%. Abuzul impozitelor în Uniunea Europeană a costat țările UE 1 trilion de euro pe an, potrivit fostului comisar UE Algirdas Šemeta. Este un sector care nu creează aproape nici un loc de muncă și venituri. Conform estimărilor recente, statul olandez câștigă anual aproximativ 2-3 miliarde de euro din cauza construcțiilor fiscale. Birourile ”Căsuțe poștale” din Olanda sunt oferite pentru doar 63,75 € lunar la zakenadres.nl, de exemplu. Unele sunt de asemenea disponibile cu un telefon și cu cineva care să-i răspundă.”

„Most of the tax evasion involving the Netherlands has to do with cheaply shifting capital in and through its territory using the Dutch tax treaty system. The jargon used to describe the methods include participation exemption, transfer pricing and interest routes. The routes, laws and methods are complicated and inventively used, but research by a number of NGOs working together in the Tax Justice Network, and also by journalists and European Parliamentarians, have tried to make the system more transparent in order to expose its flaws. A European Parliament study explains why the Netherlands is a favourite for tax evasion”

Conform google translate, cu mici corecții:

„Cea mai mare parte a evaziunii fiscale care implică Țările de Jos are legătură cu schimbarea ieftină a capitalului pe teritoriul său și prin intermediul acestuia, prin intermediul sistemului olandez de impozitare. Jargonul folosit pentru a descrie metodele include scutirea de participare, prețurile de transfer și rutele de interes. Traseele, legile și metodele sunt complicate și inventive, dar cercetările unui număr de ONG-uri care lucrează împreună în Rețeaua de Justiție a Impozitelor, precum și de către jurnaliști și parlamentarii europeni au încercat să facă sistemul mai transparent pentru a-și expune defectele. Un studiu al Parlamentului European explică de ce Olanda este o țară preferată pentru evaziunea fiscală.”

În continuare se prezintă extrase din studiul Parlamentului European prezentând motivele celor afirmate.

Având în vedere aspectele menționate privind compania Intertrust Management B.V., care a fost în consiliul de administrație al OTP Financing Solutions B.V., persoană juridică neautorizată ca instituție de credit, *cesionar, prin încălcarea prevederilor legii*, prin intermediul OTP Bank România S.A., al contractelor de credit încheiate de către consumatori în perioada 31.08.2009-23.11.2015, perioadă în care OTP Financing Solutions B.V. s-a prevalat de prevederile Convenției pentru evitarea dublei impuneri încheiată între România și Regatul Olandei, pentru neplata impozitului pe venituri din dobânzi, ținând seama și de celelalte aspecte constatate privind cesiunea creditelor și de faptul că OTP Bank România a refuzat să pună la dispoziția Autorității rapoartele anuale ale OTP Financing Solutions B.V. pentru perioada 2009-2015, nu există oare suspiciunea rezonabilă că a fost înfăptuită infracțiunea de evaziune fiscală pentru veniturile din dobânzi încasate de OTP Financing Solutions B.V. în sumă de 169.016.770,03 CHF și 15.261.880,73 EUR?

Sumele menționate au fost comunicate de OTP Bank România în data de 27.08.2018 ([anexa 32c](#)).

XVII.4 Privind instrumentele financiare derivate

Conf. art. 2 din Norma B.N.R. nr. 10/2002 instrumentele financiare derivate reprezintă „*instrumente a căror valoare depinde de evoluția unuia sau a mai multor elemente suport, cum sunt: rata dobânzii, cursul de schimb, indicii bursieri, valoarea acțiunilor și obligațiilor etc.*”

Prezentări ale instrumentelor financiare derivate sunt realizate în cadrul următoarelor documente:

1. Conferința "Piața instrumentelor financiare derivate" - Petre Tulin, directorul Direcției reglementare și autorizare, BNR ([anexa 35a](#)), prezentare care poate fi accesată la adresa web

www.bnr.ro/DocumentInformation.aspx?idInfoClass=6885&idDocument=2027&directLink=1

2. „Introducere in instrumente financiare derivate” publicat Bursa de Valori București ([anexa 35b](#)), prezentare care poate fi accesată la adresa web www.bvb.ro/info/Introducere%20in%20IFD.pdf

Un instrument financiar derivat poate fi folosit în următoarele scopuri:

1. Acoperirea riscurilor - izolarea și transferul unui anumit risc – de dobândă, de curs de schimb, de credit etc
2. Arbitraj - exploatarea dezechilibrelor dintre diverse piețe (ex. dintre piața valutară și piața monetară - de dobândă) - rol important în echilibrarea piețelor
3. Scop speculativ - confirmarea previziunilor privind evoluția pieței

În funcție de elementele suport instrumentele financiare pot fi de mai multe tipuri printre care și "swap pe rata dobânzii și pe devize", swap (schimb) încrucișat în același timp și pe dobândă și pe devize (moneda).

"Swap-ul pe rata dobânzii și pe devize" poate fi folosit în scop speculativ sau pentru acoperirea riscurilor (atât privind dobânda cât și privind cursul valutar).

Instrumentul financiar derivat "swap pe rata dobânzii și pe devize" (eng. "Cross Currency Swaps") este prezentat, în limba engleză și la adresa web: www.clarusft.com/mechanics-of-cross-currency-swaps/, Aici se menționează și un alt scop al acestui instrument financiar derivat, care poate fi asimiliat scopului speculativ:

To transfer a funding position in one currency for a funding position in another currency.

What do we mean by a "funding" position? It is the requirement to physically make loans and deposits. Whilst most OTC derivatives trade as contracts for difference, the exchange of funding makes a Cross Currency Swap a physical swap."

Conform google translate, cu mici corecții:

„Pentru a transfera o poziție de finanțare dintr-o monedă pentru o poziție de finanțare în altă monedă.

Ce înseamnă o poziție de "finanțare"? Este cerința de a face fizic împrumuturi și depozite. În timp ce majoritatea tranzacțiilor cu instrumente financiare derivate extrabursiere sunt contracte prin diferență (notă: în sensul decontării, fără a avea loc schimbul fizic efectiv) schimbul de fonduri face ca schimbul valutar să aibă loc un schimb fizic."

"Swapul pe rata dobânzii și pe devize" poate reprezenta în acest sens o sursă de finanțare într-o altă monedă..

Sunt mai multe modalități prin care poate fi înfăptuit „swapul pe rata dobânzii și pe devize”, printre care chiar și prin fără a se face swap-ul (schimbul) de noțional (valoarea surselor de finanțare), se realizează doar plata periodică a dobânzii (cupoanelor), și chiar și fără plata periodică a cupoanelor.

În cazul OTP Bank România s-a constatat că există posibilitatea folosirii ca sursă de finanțare pentru acordarea creditelor în moneda CHF a „swapului pe rata dobânzii și pe deviza CHF”, din următoarele considerente:

1. În cadrul CV-ului Directorului Piețe de Capital din cadrul OTP Bank România în perioada 2007-2008, care poate fi accesat la adresa web www.sifm.ro/diverse/CV%20membri%20CA/lancu%20Catalin.pdf se constată următoarea mențiune:

“am fost co-autorul strategiei de schimbare a finantarii intragroup (noțional de CHF 1 miliard) rezultand economii de EUR 5m si lichiditate crescuta cu EUR 100m“

2. Pentru a prezenta ceea ce se înțelege prin noțional vom apela la prevederile art. 2, alin. (1), lit. b) din Normele B.N.R. nr. 10/2002 privind instrumentele financiare derivate, în care se definește swapul pe rata dobânzii, astfel: contract prin care părțile acceptă să schimbe la momente viitoare în timp fluxuri de dobândă stabilite pe baza unei sume

noțional (principal). Suma noțională (principalul pe baza căruia se calculează dobânzile) nu se schimbă, ci are loc numai decontarea periodică (schimb de dobânzi) a diferenței dintre fluxurile de dobânzi.

3. Prin noțional de CHF 1 miliard din care au rezultat economii de 5 milioane Eur și lichiditate crescută cu 100 milioane EUR, se înțelege că a fost o obținută o finanțare intragroup de 1 miliard CHF, prin încheierea unui contract de swap atât pe rata dobânzii cât și pe deviza (moneda) CHF, respectiv swapul pe rata dobânzii și pe deviza CHF. Din afirmația că au rezultat economii și lichiditate în moneda EUR se concluzionează că moneda EUR a fost deviza de schimb în cadrul swapul pe rata dobânzii și pe deviza CHF folosit de OTP Bank România.

4. În exemplul practic de pe www.clarusft.com/mechanics-of-cross-currency-swaps, (anexa 36), în cazul unei părți care are nevoie ca sursă de finanțare de 1 miliard EUR făcând schimbul în acest sens cu o altă parte care are nevoie de USD. Schimbul fizic s-a realizat la cotația de curs dintre cele 2 monede de la data încheierii contractului, în exemplul prin schimbul a 1,1 miliarde USD contra 1 miliard EUR, urmând ca pe perioada derulării contractului să se realizeze doar plata periodică a dobânzii (a cuponului) de către fiecare parte, în moneda împrumutată.

Plata periodică a cupoanelor se realizează conform prevederilor contractuale, în general în funcție de evoluția ratei dobânzii practică pe piața interbancară, în cazul nostru partea care a primit EUR va plăti în funcție de evoluția indicelui Euribor, iar plata părții care a primit USD în funcție de evoluția indicelui Libor USD.

Partea care a avut nevoie de EUR în cazul nostru va transmite la sfârșitul perioadei suma de 1 miliard EUR primită inițial și va primi în schimb suma de 1,1 miliard USD la care se adaugă suma tuturor dobânzilor (cupoanelor) efectuate în moneda USD, în total suma de 1.159.585.938 USD în exemplul nostru.

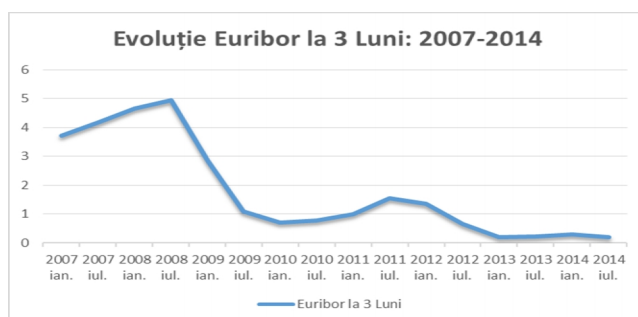
5. Swapul pe rata dobânzii și pe deviza CHF folosit de OTP Bank România folosit de OTP Bank România poate fi înțeles prin analogie cu exemplul prezentat, partea care a avut nevoie de EUR în exemplu fiind înlocuită de OTP Bank care a avut nevoie de CHF, iar schimbul a fost făcut prin transmiterea sumei în EUR și nu în USD cum a fost în exemplu.

Astfel OTP Bank România a primit 1 miliard de CHF și a transmis suma corespunzătoare în EUR conform cursului de schimb între cele 2 devize.

Pe întreaga perioadă OTP Bank România a plătit cupoane (dobânzi) în funcție de evoluția indicelui Libor CHF, care indiferent că fost la 3 Luni, sau 6 Luni, a avut o evoluție asemănătoare cu următoarea evoluție a indicelui Libor CHF la 3 luni:



În schimb OTP Bank România a primit periodic cupoane (dobânzi) de la partea care a avut nevoie de EUR în funcție de evoluția indicelui Euribor, care indiferent care ar fi, nu poate fi decât asemănătoare cu următoarea evoluție a indicelui Euribor la 3 Luni:



Există și varianta astfel încât să nu fie plătite cupoane (dobânzi) în cadrul instrumentelor financiare intragrup și să fie plătite numai în cazul instrumentelor financiare contractate de banca mamă, OTP Bank Nyrt.

Doar pe datele și derularea contractului de swapul pe rata dobânzii și pe deviza CHF se poate verifica în mod exact modalitatea prin care OTP Bank România a ajuns să obțină economii de 5 milioane Eur și lichiditate crescută cu 100 milioane EUR dar din compararea graficelor evoluției celor 2 indicatori se poate observa că în perioada 2010 ianuarie – 2011 iulie indicele Euribor a cunoscut o creștere, spre deosebire de indicele Libor CHF la 3 Luni care a avut o creștere insignifiantă, apropiată de zero, într-o perioadă mai mică, 2010 iulie – 2011 iulie, ceea ce înseamnă că OTP Bank România a plătit cupoane (dobânzi) pentru moneda CHF mai mici față de cupoanele (dobânzile) primite în EUR.

6. O altă sursă a economiei și lichidității obținute de OTP Bank România este cauzată și de evoluția cursului devizei (monedei) CHF.

La data încheierii contractului de swapul pe rata dobânzii și pe deviza CHF s-a prestabilit prin contract cursul de schimb la care se va realiza plata cupoanelor, astfel încât plata cupoanelor (dobânzile) în moneda CHF a fost realizată fie la cursul istoric de la data încheierii contractului, fie la un curs apropiat acestui curs.

Evoluția raportului dintre moneda EUR și moneda CHF în prima zi din an în perioada 2007-2015 este următorul:

Început an:	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
EUR (curs Lei)	3,356	3,5971	4,0296	4,2265	4,2698	4,3219	4,4153	4,4812	4,4973
CHF (curs Lei)	2,0787	2,1911	2,6745	2,8419	3,4242	3,5456	3,6523	3,6498	3,7428
Raport curs EUR/CHF	1,61	1,64	1,51	1,49	1,25	1,22	1,21	1,23	1,20
Raport curs CHF/EUR	0,62	0,61	0,66	0,67	0,80	0,82	0,83	0,81	0,83

Dacă contractul de swap pe rata dobânzii ar fi fost încheiat în prima zi din anul 2007 cursul istoric posibil la care s-a realizat schimbul de devize este 0,62 CHF/EUR indiferent de evoluția ulterioară a cursului de schimb dintre cele 2 monede.

Previziunea aprecierii monedei CHF în raport cu moneda EUR și a scăderii indicelui Libor CHF reprezintă un imbold posibil speculativ de a încheia un contract swapul pe rata dobânzii și pe deviza CHF.

7. În cadrul raportului OTP Bank România pe anul 2008 ([anexa 37](#)) se constată următoarele:

"The Treasury Directorate increased the volume of derivatives transactions portfolio and diversified the type of traded products, including CIRS transactions in relation to its new funding strategy." (pag. 22)

Conform google translate:

„Direcția Trezorerie a mărit volumul portofoliului de instrumente financiare derivate și a diversificat tipul de produse tranzacționate, inclusiv tranzacțiile CIRS în legătură cu noua sa strategie de finanțare.”

În cadrul raportului OTP Bank România pe anul 2009 ([anexa 4](#)) se constată următoarele:

„In the ordinary course of business, the Bank is a party to contracts for derivative financial instruments, which represent a very low initial investment compared to the notional value of the contract. Generally, derivative financial instruments include currency forward and swap agreements. The Bank mainly uses these financial instruments for business purposes and to hedge its currency exposures associated with transactions in financial markets.” (pag. 64)

Conform google translate:

„În cursul normal al activității, Banca a încheiat contracte pentru instrumente financiare derivate, care reprezintă o investiție inițială foarte mică comparativ cu valoarea noțională a contractului. În general, instrumentele financiare derivate includ acorduri forward și swap. Banca utilizează în principal aceste instrumente financiare în scopuri comerciale și pentru a-și acoperi expunerile în valută asociate tranzacțiilor pe piețele financiare.”

8. În cadrul raportului OTP Bank Nyrt pe anul 2008 ([anexa 38](#)) se constată următoarele:

„The Group issued fixed rate mortgage bonds with the face value of EUR 1,000 million to finance its mortgage lending activity. Since the Group grants most of its mortgage loans in CHF, the Group entered into cross currency interest rate swap (CCIRS) contracts to hedge its exchange rate risk exposure. The hedging relationship is proved and documented.” (pag. 79)

Conform google translate:

„Grupul a emis obligațiuni ipotecare cu rată fixă cu valoarea nominală de 1.000 milioane EUR pentru a-și finanța activitatea de creditare ipotecară. Întrucât Grupul acordă cea mai mare parte a împrumuturilor ipotecare în CHF, Grupul a încheiat contracte swap pe rata dobânzii (CCIRS) pentru a-și acoperi expunerea la riscul de schimb valutar. Relația de acoperire este dovedită și documentată.”

„Cross-currency interest rate swap. The Bank enters into cross-currency interest rate swap (CCIRS) transactions which have special attributes, i.e. the parties exchange the notional amount at the beginning and also at the maturity of the transaction. A special type of these deals are the mark-to-market CCIRS agreements. At this kind of deals the parties – according to the foreign exchange prices – revalue the notional amount during lifetime of the transaction.” (pag. 94)

Conform google translate:

„Swap pe rata dobânzii transfrontaliere (sau swap pe rata dobânzii și pe deviza.) Banca încheie tranzacții swap pe rata dobânzii (CCIRS) care au attribute speciale, adică părțile schimbă valoarea inițială și, de asemenea, la scadența tranzacției. Un tip special al acestor tranzacții sunt acordurile CCIRS de tip mark-to-market. La astfel de tranzacții, părțile - în funcție de prețurile de schimb valutar - revaluează valoarea noțională pe durata de viață a tranzacției.”

În aceste condiții, în care se constată că OTP Bank în calitate de profesionist, instituție de credit autorizată, a beneficiat de instrumente financiare derivate moderne, complexe, de genul contractului swap pe rata dobânzii și pe devize, pentru a-și acoperi expunerea la riscul de schimb valutar, în timp ce împrumutații, consumatori persoane fizice, nu au fost informați în acest sens și nu au avut instrumentele necesare pentru a se proteja de expunerea la riscul de schimb valutar, nu este rezonabil a raționa că au fost încălcate prevederile legale privind protecția consumatorilor și că se impune conversia creditelor la cursul istoric, principiul nominalismului monetar invocat, existent și în Vechiul Cod Civil, fiind un argument demodat, invocat cu rea credință de către instituția de credit, contrar principiului bunei credințe care ar trebui să guverneze relațiile contractuale?

XVIII. Competențe Banca Națională a României

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.

În contextul în care prestarea serviciilor pe teritoriul României s-a constatat a se realiza de către OTP Financing Solutions B.V., prin intermediul OTP Bank România S.A., prin eludarea eludarea legislației privind principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor, neprevalându-se nici de libertatea de stabilire prin intermediul unei sucursale sau prin libertatea de prestare a serviciilor în mod direct, având în vedere **Precizările din 25.05.2007** 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” (anexa 24a), referitoare la dreptul de stabilire și de liberă prestare a serviciilor în cadrul Comunității Europene, și **”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 sucursală sau în mod direct”** (anexa 24b), publicate de Banca Națională a României se constată următoarele prevederi legale din O.U.G. nr. 99/2006:

Art. 60

(1)Dacă Banca Națională a României constată că o instituție de credit din alt stat membru, care are o sucursală sau furnizează servicii în mod direct în România, nu respectă dispozițiile legale adoptate în România în legătură cu care este competentă Banca Națională a României, aceasta solicită instituției de credit în cauză să ia măsuri de remediere a situației, stabilind și termenul de remediere a acesteia.

(2)Dacă instituția de credit în cauză nu întreprinde măsurile necesare pentru conformare, Banca Națională a României informează în consecință autoritatea competentă din statul membru de origine în vederea dispunerii de către aceasta a măsurilor considerate corespunzătoare.

(3)Dacă instituția de credit persistă în încălcarea legislației românești în vigoare, contrar măsurilor luate în statul membru de origine, comunicate Băncii Naționale a României, sau datorită faptului că aceste măsuri se dovedesc a fi inadecvate sau nu se pot aplica în România, Banca Națională a României, după informarea autorității competente din statul membru de origine, poate dispune măsurile corespunzătoare pentru a preveni sau sancționa faptele de încălcare a dispozițiilor legale și, dacă este cazul, pentru împiedicarea instituției de credit în culpă de a iniția noi tranzacții pe teritoriul României. Banca Națională a României comunică aceste măsuri instituției de credit în cauză.

Art. 61

Dispozițiile art. 59 și 60 nu afectează competențele altor autorități române de a dispune măsurile corespunzătoare pentru prevenirea sau sancționarea faptelor comise pe teritoriul României, care sunt contrare dispozițiilor legale în vigoare adoptate în scopul protejării interesului general și altor dispoziții de ordine publică, astfel de măsuri putând include interzicerea desfășurării de către instituția de credit în culpă a oricăror activități viitoare pe teritoriul României.

Având în vedere inacțiunea Băncii Naționale a României, în temeiul art. 60 din O.U.G. nr. 99/2006, Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor a cercetat și sancționat faptele contravenționale comise pe teritoriul României, care sunt contrare dispozițiilor legale în vigoare adoptate în scopul protejării interesului general.

Prin adresa nr. SS4523/05.11.2018, FG/1075/01.11.2018 (Anexa 22b) Banca Națională a României, la întrebarea Autorității privind baza legală a dreptului OTP Bank România S.A. în calitate de administrator de contract al OTP Financing Solutions B.V.,

societate cu răspundere limitată, de a încasa dobânzi contractuale bancare alături de această societate din afara țării, invocă prevederile art. 20, alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr. 99/2006: *„Instituțiile de credit pot desfășura și alte activități, permise potrivit autorizației acordate de Banca Națională a României, după cum urmează: a) operațiuni ne-financiare în mandat sau de comision, în special pe contul altor entități din cadrul grupului din care face parte instituția de credit.”*

Banca Națională a României a emis **Precizările din 07.08.2007** referitoare la regimul aplicabil activităților - altele decât cele supuse recunoașterii mutuale potrivit Anexei I la Directiva nr.48/2006/CE privind accesul la activitate și desfășurarea activității de către instituțiile de credit - desfășurate pe teritoriul României de instituții de credit autorizate în alte state membre ale Uniunii Europene ([Anexa 39](#)), conform cărora:

1. *Activitățile prevăzute la art.18 alin.(1) lit.o)-r) și la art.20 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 pot fi desfășurate de către instituțiile de credit autorizate în alte state membre, pe teritoriul României, fără a fi necesară autorizarea formală din partea Băncii Naționale a României, cu condiția ca respectivele activități să fie acoperite de autorizația acordată de autoritatea de supraveghere din statul membru de origine și ca cerințele de ordine publică prevăzute de legislația română pentru desfășurarea lor să fie respectate.*

2. *În sensul celor arătate la pct.1, 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 sucursală sau în mod direct, publicată pe website-ul Băncii Naționale a României, se completează cu prevederile de ordine publică ale art.20 alin.(2) și (3) din O.U.G. nr.99/2006, care stabilesc cerințele calitative și limitele cantitative ce trebuie respectate pentru desfășurarea de către instituțiile de credit a activităților ne-financiare prevăzute la art.20 alin.(1) din ordonanță.*

Chiar și desfășurarea activităților prevăzute de art. 20, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 puteau fi desfășurate pe teritoriul României de instituții de credit autorizate în alte state membre.

Conform art. 20, alin. (2) din O.U.G. nr. 99/2006:

(2) *Activitățile prevăzute la alin. (1) trebuie să fie compatibile cu cerințele activității bancare, în special cu cele referitoare la menținerea bunei reputații a instituției de credit și protejarea intereselor deponenților.*

În cadrul precizărilor se constată, în preambulul precizărilor B.N.R., și menționarea distinctă a activității de „dobândire de participații la capitalul altor entități” (art.18 alin.(1) lit.p) din O.U.G. nr. 99/2006), exact activitatea specifică codului CAEN 6420 cesionarului OTP Financing Solutions, față de activitățile care pot fi desfășurate de instituțiile de credit în baza pașaportului unic, și care sunt enumerate la art.18 alin.(1) lit.a)-n) din O.U.G. nr.99/2006.

Din răspunsul evaziv al autorității competente cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit reiese faptul că încasarea dobânzii la credite este operațiune nefinanciară, încasarea dobânzii realizându-se conform legii.

În Capitolul 5 al Regulamentului (UE) NR. 549/2013 privind Sistemul european de conturi naționale și regionale din Uniunea Europeană Europeană, accesibil la adresa <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=RO&t=PDF&f=PE+77+2012+ADD+5+REV+1> operațiunile financiare sunt reglementate astfel:

5.01. *Definiție: operațiunile financiare (F) sunt operațiuni cu active (AF) și pasive financiare care se desfășoară între unități instituționale rezidente, precum și între acestea și unități instituționale nerezidente.*

5.02. *O operațiune financiară între unități instituționale este crearea sau lichidarea simultană a unui activ financiar și a pasivului său de contraparte sau o schimbare de proprietate asupra unui activ financiar sau subscrierea unui angajament.*

5.03. *Definiție: activele financiare cuprind toate creanțele financiare, participațiile și componenta fizică a aurului monetar reprezentată de lingouri.*

5.05. *Definiție: o creanță financiară este dreptul creditorului de a primi o plată sau o serie de plăți de la debitor. Creanțele financiare sunt active financiare care au în contraparte angajamente.*

5.06. *Definiție: pasivele se constituie atunci când un debitor este obligat să efectueze o plată sau o serie de plăți către un creditor.*

5.42. *Dobânda (D.41) este de primit de către creditori și de plătit de către debitori pentru anumite tipuri de creanțe financiare clasificate în aur monetar și drepturi speciale de tragere (AF.1), numerar și depozite (AF.2), titluri de natura datoriei (AF.3), credite (AF.4) și alte categorii de conturi de primit/de plătit (AF.8).*

5.43. *Dobânda se înregistrează ca acumulare continuă în timp la creditor raportat la valoarea principalului aflat în stoc. Operațiunea în contraparte a unei înregistrări reprezentând o dobândă (D.41) este o operațiune financiară care generează o creanță financiară a creditorului asupra debitorului. Acumularea dobânzii se înregistrează în contul financiar corespunzător instrumentului financiar căruia îi este aferentă. Efectul acestei operațiuni financiare este reinvestirea dobânzii. Plata efectivă a dobânzii nu este înregistrată ca dobândă (D.41), ci ca o operațiune în numerar și depozite (F.2) însoțită de o rambursare echivalentă a activului respectiv care reduce creanța financiară netă a creditorului asupra debitorului.*

5.44. *Atunci când dobânda acumulată nu este plătită la data scadentă, ea generează arierate de dobânzi. Din moment ce dobânda acumulată este cea care este înregistrată, arieratele de dobânzi nu modifică totalul activelor sau pasivelor financiare.*

Din reglementările menționate reiese în mod clar că operațiunea de încasare dobândă este o operațiune financiară.

Instituțiile de credit pot desfășura următoarele operațiuni nefinanciare, cu menționarea instituțiilor de credit în cadrul cărora se regăsesc în actul constitutiv:

1. Raiffeisen Bank - <https://www.raiffeisen.ro/wps/wcm/connect/3fac8202-5b50-418b-a941-26dd9193fed9/29.04.2008+Completare+la+Convocare.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-3fac8202-5b50-418b-a941-26dd9193fed9-k.aAMm9>

Art. 2, lit. B Operațiuni nefinanciare în mandat sau de comision, în special pe contul altor entități din cadrul grupului Raiffeisen

a) negocierea și încheierea de contracte de asigurare și reasigurare pentru societăți de asigurări și/sau reasigurări, precum și prestarea altor servicii în legătură cu încheierea și executarea unor astfel de contracte (CAEN 6629;6622)

b) acordarea și administrarea de credite ipotecare în numele și pe conturile societăților de credit ipotecar, Agenției Naționale de Locuințe, alte instituții de credit autorizate în condițiile legii (CAEN 6499;6492)

c) promovarea, distribuirea, negocierea și încheierea de contracte pentru societățile de economisire și creditare în sistem colectiv pentru domeniul locativ, precum și prestarea altor servicii conexe în legătură cu încheierea și executarea unor astfel de contracte (CAEN 6419)

d) marketingul fondului de pensii administrat privat (CAEN 6629)

e) servicii de intermediere telefonică/call center incluzând dar fără a se limita la furnizarea de date, informații și referințe cu privire la servicii și/sau produse specifice domeniului financiar-bancar și/sau din domeniile conexe domeniului financiar-bancar (CAEN 8220).

2. B.R.D.-G.S.G. - [/www.brd.ro/_files/pdf/act-constitutiv-reactualizat-feb-2012.pdf](http://www.brd.ro/_files/pdf/act-constitutiv-reactualizat-feb-2012.pdf)

Art. 6, lit. a) – efectuarea operațiunilor de recuperare a creanțelor, în numele și pe seama filialelor Băncii sau a unor terți (cod CAEN 6419).

Acestea sunt în general operațiunile nefinanciare în mandat sau de comision, în special pe contul altor entități din cadrul grupului din care face parte instituția de credit, care sunt prevăzute în actele constitutive ale băncilor din România.

Încasarea de dobândă nu poate fi asimilată niciunei operațiuni nefinanciare din cele prezentate, cu excepția operațiunii nefinanciare care este prevăzută și la art. 2, lit. B, c) din actul constitutiv Raiffeisen Bank: acordarea și administrarea de credite ipotecare în numele și pe contul unor entități din cadrul grupului care sunt instituții de credit autorizate în condițiile legii.

Or, în cazul nostru OTP Financing Solutions B.V. reprezintă o persoană juridică neautorizată care nu are calitatea de instituție de credit, astfel încât baza legală a dreptului OTP Bank România S.A. în calitate de administrator de contract al OTP Financing Solutions B.V., societate cu răspundere limitată, de a încasa dobânzi contractuale bancare alături de această societate din afara țării, este neîntemeiată.

În cadrul "**Precizărilor din 25.05.2007** 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" ([anexa 24a](#)), se precizează următoarele:

„În domeniul bancar Comisia Europeană a făcut publică perspectiva sa în ceea ce privește interpretarea noțiunii de liberă prestare a serviciilor încă din 1997. Deși documentul avea în vedere prevederile celei de-a doua directive bancare în vigoare la acea dată (a doua Directivă a Consiliului nr.646/1989/CEE privind coordonarea prevederilor legale, regulamentare și administrative referitoare la accesul la activitate și desfășurarea activității de către instituțiile de credit și privind modificarea Directivei 780/1977/CEE) punctul de vedere exprimat de comisie rămâne de actualitate și în contextul adoptării Directivei 48/2006/CE.”

Punctul de vedere al Comisiei Europene emis în 1997, în engleză, ([anexa 40](#)) poate fi accesat la următoarea adresă web:

https://web.archive.org/web/20160710134937/http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/sec-1997-1193/sec-1997-1193_en.pdf

Din cercetarea secțiunii B. din Partea I, se constată opinia Comisiei Europene privind cazurile în care o activitate bancară poate intra fie sub incidența dreptului de stabilire, fie sub incidența libertății de a presta servicii.

La pag. 12 a opiniei se precizează:

„On the basis of these precedents, the Commission considers that, for the use of an intermediary to result in a bank possibly falling within the scope of the right of establishment, three criteria must be met at one and the same time:

- the intermediary must have a permanent mandate;*
- the intermediary must be subject to the management and control of the credit institution he represents. In order to ascertain whether this condition is met, it is necessary to check whether the intermediary is free to organize his own work and to decide what proportion of his time to devote to the undertaking. A final pointer is whether the intermediary can represent several firms competing to provide the service concerned or whether he is, on the contrary, bound by an exclusive agreement to one credit institution;*
- the intermediary must be able to commit the credit institution. A credit institution may be committed via an intermediary even if that intermediary cannot sign contracts. For example, if the intermediary can make a complete offer on behalf of an institution but only the bank itself has the power to sign the contract, the criterion of commitment may still be met. If the credit institution can reject the proposal submitted by the intermediary and signed by the customer, the criterion of the commitment capacity is not met.”*

Conform google translate:

„Pe baza acestor precedente, Comisia consideră că, pentru utilizarea unui intermediar pentru a avea ca rezultat o bancă care ar putea intra în domeniul de aplicare al dreptului stabilirii, trei criterii trebuie îndeplinite în același timp:

- intermediarul trebuie să aibă un mandat permanent;
- intermediarul trebuie să facă obiectul gestionării și controlului instituției de credit pe care o reprezintă. Pentru a verifica dacă această condiție este îndeplinită, este necesar să se verifice dacă intermediarul este liber să-și organizeze propriile lucrări și să decidă ce proporție din timpul acordat întreprinderii. Un indicator final este dacă intermediarul poate reprezenta mai multe firme care concurează să furnizeze serviciul în cauză sau dacă, dimpotrivă, el este obligat printr-un acord exclusiv unei instituții de credit
- intermediarul trebuie să poată angaja instituția de credit. O instituție de credit poate fi angajată printr-un intermediar, chiar dacă respectivul intermediar nu poate semna contracte. De exemplu, dacă intermediarul poate face o ofertă completă în numele unei instituții, dar numai banca însăși are competența de a semna contractul, criteriul angajamentului poate fi totuși îndeplinit. Dacă instituția de credit poate respinge propunerea prezentată de intermediar și semnată de client, criteriul capacității de angajare nu este îndeplinit. "

La finalul paginii se menționează următoarele:

„Finally, if a bank's services are marketed in another Member State through the intermediary of another bank, notification should not, logically speaking, be necessary. The fact that the intermediate bank is itself subject to supervision in the Member State where it is established should offer that Member State sufficient guarantees for it to consider notification unnecessary. If the intermediate bank is acting on its own behalf, notification should not take place, since such a situation does not fall within the scope of the freedom to provide cross-border services.”

Conform google translate:

„În cele din urmă, dacă serviciile unei bănci sunt comercializate într-un alt stat membru prin intermediul unei alte bănci, notificarea nu ar trebui, din punct de vedere logic, necesară. Faptul că banca intermediară este ea însăși supusă supravegherii în statul membru în care este stabilită ar trebui să ofere acestui stat membru garanții suficiente pentru a considera că notificarea este inutilă. În cazul în care banca intermediară acționează în nume propriu, notificarea nu ar trebui să aibă loc, deoarece o astfel de situație nu intră sub incidența domeniului libertatea de a furniza servicii transfrontaliere.”

Bancpost S.A. și OTP Bank România S.A. sunt două dintre instituțiile de credit care au administrat contracte de credit pentru persoane fizice cu eludarea legislației privind principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor, fără a se prevala nici de dreptul de stabilire, nici de cel de prestare servicii în mod direct iar în prezent First Bank administrează contracte de credit în care Eurobank Ergasias S.A. are calitatea de creditor iar ERB New Europe Funding II B.V. (fosta EFG New Europe Funding II B.V.) are calitatea de beneficiar/sbuparticipant, prin prestarea de servicii în mod direct.

Din punct de vedere fiscal diferența privind veniturile din dobânzi obținute prin intermediul unui sediu permanent, respectiv prin stabilire și cele obținute prin prestarea

de servicii în mod direct, este dată de faptul că primele venituri se impozitează (art. 36 Codul fiscal) iar ultimele nu, așa cum a fost arătat.

Având în vedere considerentele menționate în cadrul opiniei Comisiei Europene nu există oare suspiciunea rezonabilă că instituțiile de credit menționate au înfăptuit sau înfăptuiesc infracțiunea de evaziune fiscală, eludând direct sau în numele unor societăți, obligativitatea de a presta servicii prin stabilire, printr-un sediu permanent?

Prin comunicatul de presă emis de Banca Națională a României din data 17.12.2015 intitulat „BNR respectă responsabilitatea instituțională de informare publică” (*anexa 41*), (sursa web: www.bnr.ro/page.aspx?prid=10998), au fost oferite în spațiul public, cât și în cadrul dialogului instituțional, informații corecte, coerente și de bună calitate, conform mandatului B.N.R..

Conform comunicatului, informațiile sunt rezultate din raportările și datele statistice de care instituția a dispus conform cadrului legal în vigoare, iar argumentarea și evaluările realizate de către banca centrală au la bază o *documentare solidă, expertiza și cunoașterea în profunzime a problematicii specifice domeniului său de activitate*.

Comunicatul a fost făcut cu respectarea principiului *transparenței și al responsabilității instituționale*, pentru o informare cât mai bună și operativă a publicului larg, întrucât în spațiul public s-au exprimat unele luări de poziție privind corectitudinea, calitatea și veridicitatea datelor, informațiilor și evaluărilor realizate de BNR.

În cadrul primului punct din comunicat Banca Națională a României precizează următoarele:

„În ceea ce privește situația creditelor „externalizate”, pentru început, subliniem că procedura este legală și normală. Legalitatea se bazează pe principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor în întreg spațiul european. În aplicarea acestui principiu, odată cu aderarea la Uniunea Europeană, instituțiile de credit, ca și orice persoană fizică sau juridică, au libertatea deplină să primească și să cesioneze credite, cu respectarea legislației în vigoare. Reamintim că asigurarea liberei circulații a capitalurilor a fost o condiție, implementată încă din anul 2006, pentru aderarea României la UE.

Normalitatea mișcărilor libere de capital înspre și în afara României contrazice speculația potrivit căreia în cazul acestor credite „ies bani din țară”. Banca ce transferă creditele primește în schimb contravaloarea în bani a acestora, bani pe care îi utilizează pentru rambursarea depozitelor sau pentru acordarea de noi credite.”

În cadrul audierii direcțiilor de specialitate B.N.R. în Parlamentul României de către membrii Comisiei pentru Buget, Finanțe și Bănci din Camera Deputaților, în ședința din 21.01.2015 (*anexa 42*) (sursa web: www.bnr.ro/Raspunsurile-directiilor-de-specialitate-din-BNR-12055.aspx) o parte din întrebarea nr. 6 a doamnei deputat Andreea Paul a fost:

„Are cunoștință BNR de faptul că multe bănci din România (exemple : OTP, Credit Europe, Bancpost) își exportă contractele la societățile mamă sau la SPV-uri

înregistrate în Olanda? Dacă da, de ce permite acest comerț? Dacă nu, de ce nu sunt sancționați responsabilii cu supravegherea sistemului?”

Răspunsul direcției de specialitate B.N.R. a fost următorul:

„Cesiunea de creanțe se efectuează potrivit prevederilor legale aplicabile. Valoarea la care aceste creanțe sunt cesionate este rezultatul negocierii dintre cumpărători și instituțiile de credit care își asumă și pierderile corespunzătoare.”

Trecând peste faptul că simplul argument „*potrivit prevederilor legale aplicabile*”, fără a le menționa în detaliu, este departe de a putea fi numit răspuns de specialitate, totuși răspunsul general la o întrebare specifică, în care sunt menționate în mod exact instituții de credit, denotă poziția oficială a Băncii Naționale a României în fața Parlamentului României, iar coroborat cu comunicatul B.N.R. menționat anterior, se deduce faptul că *principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor* reprezintă baza legală a cesiunii creditelor în afara țării către societăți cu răspundere limitată.

Având în vedere considerentele menționate nu este rațional a concluziona că Banca Națională a României nu și-a îndeplinit atribuțiile prevăzute de lege, și a protejat interesele instituțiilor de credit, în detrimentul intereselor și drepturilor legale ale cetățenilor cărora li se prezintă a fi Bancă Națională?

XIX. Prejudiciul creat consumatorilor

Având în vedere considerentele menționate s-au constatat următoarele:

1. Prin calcularea și reținerea, de către OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc) prin intermediul OTP Bank România S.A, de sume de bani reprezentând dobânzi, a fost creat un prejudiciu consumatorilor stabiliți în România de 73.875.106 CHF și 2.301.231 EUR conform date comunicate de OTP Bank România în data de 27.08.2018 ([anexa 32c](#)), fără a se lua în calcul prejudiciul creat ca urmare a procedurilor de executare silită.

2. Prin calcularea și reținerea, de către OTP Financing Solutions B.V. prin intermediul OTP Bank România S.A, de sume de bani reprezentând dobânzi și comisioane, a fost creat un prejudiciu consumatorilor stabiliți în România de 169.742.255 milioane CHF și 18.083.387 milioane EUR conform date comunicate de OTP Bank România în data de 27.08.2018 ([anexa 32c](#)), fără a se lua în calcul prejudiciul creat ca urmare a procedurilor de executare silită.

XX. Privind Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor

Deși aspectele privind legalitatea cesiunii creditelor performante realizată de către OTP Bank România 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.

Astfel, în data de 12.11.2016 a fost primită de la Direcția Națională Anticorupție o adresă (*Anexa 43*) de solicitare documente privind plângeri formulate de anumiți petenți referitoare la cesionarea decătre OTP Bank România S.A., începând cu anul 2007, a creditelor acordate acestora către următoarele persoane juridice: OTP Bank Ungaria, OTP Faktoring Zrt, OTP Financing Solutions B.V. și OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.), cu observația că OTP Bank Ungaria este OTP Bank Nyrt (OTP Bank Plc.).

Deși a fost primită această sesizare Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor s-a limitat doar la a răspunde solicitării fără a iniția cercetarea aspectelor sesizate de petenți.

Direcția Națională Anticorupție a dispus în data de 02.02.2017 clasarea cauzei cu privire la plângerea formulată și a dispus disjungerea și declinarea cauzei către Parchetul de pe lângă Tribunalul București, organ de urmărire penală competent a efectua cercetări privind săvârșirea infracțiunilor de *camătă*, faptă prevăzută și pedepsită de art. 351 din Codul Penal, *evaziune fiscală*, conform prevederilor Legii nr. 241/2005 și *înșelăciune*, faptă prevăzută și peepsită de art. 244, alin. (1) din Codul Penal.

În data de 26.11.2018 a fost întocmit proces verbal de constatare a contravenției, în urma primirii documentelor finale transmise de către Serviciul Produse și Servicii Financiare din cadrul Autorității, pentru reclamațiile în care s-a sesizat legalitatea cesionării, proces verbal în care s-au constatat încălcările menționate la punctul **XII**. și au fost dispuse măsurile menționate la punctul **XV**. 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,
Manțu Dumitru

Data,
28.11.2018