

DREPT BANCAR

Lect. univ. dr. NEACȘU DĂNUȚ
Prep. univ. drd. ing. HENȚ EMANUELA IULIA

DREPT BANCAR



EDITURA UNIVERSITARĂ
București, 2014

Colecția ȘTIINȚE JURIDICE ȘI ADMINISTRATIVE

Redactor: Gheorghe Iovan
Tehnoredactor: Ameluța Vișan
Coperta: Monica Balaban

Editură recunoscută de Consiliul Național al Cercetării Științifice (C.N.C.S.) și inclusă de Consiliul Național de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare (C.N.A.T.D.C.U.) în categoria editurilor de prestigiu recunoscut.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
NEACȘU, DĂNUȚ

Drept bancar / Dănuț Neacșu, Henț Emanuela Iulia. - București : Editura
Universitară, 2014
Bibliogr.
Index
ISBN 978-606-28-0067-3

336.71

DOI: (Digital Object Identifier): 10.5682/9786062800673

© Toate drepturile asupra acestei lucrări sunt rezervate, nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul Editurii Universitare

Copyright © 2014
Editura Universitară
Editor: Vasile Muscalu
B-dul. N. Bălcescu nr. 27-33, Sector 1, București
Tel.: 021 – 315.32.47 / 319.67.27
www.editurauniversitara.ro
e-mail: redactia@editurauniversitara.ro

Distribuție: tel.: 021-315.32.47 / 319.67.27 / 0744 EDITOR / 07217 CARTE
comenzi@editurauniversitara.ro
O.P. 15, C.P. 35, București
www.editurauniversitara.ro

CUPRINS

CUPRINS	5
INTRODUCERE	7
CAPITOLUL I. INSTITUȚIILE DE CREDIT	9
1.1. Dispoziții generale cu privire la instituțiile de credit în dreptul comunitar	13
1.1.1. Considerente generale cu privire la piața bancară	17
1.1.1.1. Directiva bancară	21
1.1.1.2. Aspecte legislative cu privire la libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii	26
1.1.1.3. Societatea cooperativă europeană - instituție de credit	30
1.1.2. Instituțiile de credit din spațiul european vs. sucursalele instituțiilor de credit din alte state	33
1.2. Activitățile instituțiilor de credit din România	36
1.3. Constituirea și funcționarea instituțiilor de credit	40
1.3.1. Dispoziții generale	40
1.3.2. Reglementarea de către Noul Cod Civil a modului de autorizare și înregistrare a instituțiilor de credit	45
1.3.3. Evaluatorul și rolul lui în cadrul instituțiilor de credit	46
1.3.3.1. Considerații generale ANEVAR	46
1.3.3.2. Activitatea de evaluare	46
1.3.3.3. Ghid de evaluare	47
1.3.3.4. Evaluarea imobilizărilor corporale	49
CAPITOLUL II. ACORDURILE BASEL LA NIVEL MONDIAL	52
2.1. Răspunderea băncii pentru nerestituirea depozitelor și a soldurilor conturilor curente	52
2.1.1. Conceptul de risc al nerambursării	52
2.2. Conceptul de risc de credit	52
2.2.1. Evaluarea riscului de credit	53
2.2.2. Prevenirea riscului de credit	55
2.2.3. Reguli speciale de limitare a riscului de creditare	56
2.2.4. Riscuri comerciale și politice garantate	57
2.3. Acordurile Basel la nivel mondial	60
2.3.1. Acordurile Basel – participanți și obiective	64
2.3.1.1. Acordul de capital Basel I	64
2.3.1.2. Acordul de capital Basel II	69
2.3.2. Structura și pilonii Acordului de capital Basel II	73
2.4. Noțiuni de risc operațional, prevăzute de Acordul Basel II	83
2.4.1. Noțiuni de risc operațional, prevăzute de Acordul Basel II. Scurtă prezentare	83

2.4.2. Regândirea riscului operațional după implementarea Acordului Basel II și către un apropiat Acord Basel III	85
2.4.2.1. Identificarea și tratarea datelor privind riscul operațional	87
2.4.2.2. Culegerea datelor de risc operațional	88
2.4.2.3. Datele de risc în luarea deciziilor	90
2.4.2.4. Reglementări ale sectorului bancar prin măsurile propuse de Acordul Basel III	93
2.4.3. Priorități de gestionare a riscului operațional	96
CAPITOLUL III. INSTITUȚIA JURIDICĂ A FALIMENTULUI	99
3.1. Instituția juridică a falimentului în dreptul internațional	99
3.1.1. Falimentul internațional al instituțiilor de credit și legea de aplicare	104
3.1.2. Elementele speciale ale falimentului instituțiilor de credit vs. falimentul de drept comun	108
3.2. Instituția juridică a falimentului în dreptul intern	116
3.3. Procedura falimentului	121
3.3.1. Condițiile inițierii procedurii falimentului instituțiilor de credit	121
3.3.2. Organele care aplică procedura falimentului instituțiilor de credit	123
3.3.2.1. Instanțele judecătorești	123
3.3.2.2. Lichidatorul - atribuții	124
3.4. Desfășurarea procedurii falimentului instituțiilor de credit	126
3.5. Riscul de răspundere patrimonială contractuală și extracontractuală	128
3.5.1. Răspunderea contractuală și delictuală	128
3.5.2. Răspunderea extracontractuală	130
CAPITOLUL IV. ASPECTE DE DREPT COMPARAT CU PRIVIRE LA RISCURILE ACTIVITĂȚII INSTITUȚIILOR DE CREDIT ÎN DREPTUL EUROPEAN	134
4.1. Regimul instituțiilor de credit din Uniunea Europeană	134
4.1.1. Baza de reglementare a activităților de creditare în Franța	135
4.1.1.1. Riscurile activității instituțiilor de credit în Franța	139
4.1.2. Baza de reglementare a activităților de creditare în Germania	140
4.1.2.1. Riscurile activității instituțiilor de credit în Germania	143
4.1.3. Baza de reglementare a activităților de creditare în Italia	143
4.1.3.1. Riscurile activității instituțiilor de credit în Italia	147
CONCLUZII	150
BIBLIOGRAFIE	152
GRAFICE ȘI TABELE	166

INTRODUCERE

Lucrarea de față a fost aleasă plecând de la convingerea că necesitatea abordării corespunzătoare a riscului la nivel bancar este, în condițiile actualei crize internaționale, prea puțin conștientizată de state și implicit de managerii bancari. Seismul produs de criza financiară actuală, cu epicentrul în inima sistemului financiar internațional - industria bancară - a necesitat intervenția guvernelor pentru salvarea băncilor prin injecții masive de fonduri, preluări parțiale, restructurări, fuziuni și planuri de salvare prin investiții directe sau indirecte în sistemul bancar, miza fiind stimularea creditării și îndepărtarea incertitudinilor. Această situație este generată de ingineria financiară modernă care, cu ajutorul noilor tehnologii, permite crearea de noi produse financiare extrem de complexe. Obiectivul acestora este convertirea riscului asociat unui activ într-un activ care va face ulterior obiectul unei tranzacții. Dacă obiectivul era inițial dispersarea riscului în vederea stabilizării piețelor, situația actuală demonstrează că acesta este departe de a fi atins.

Aparatul teoretic complex necesar unui astfel de demers este deocamdată mai degrabă apanajul instituțiilor financiare, decât al statului. De asemenea, o serie de instrumente și modele care se aplică în acest moment cu foarte mare succes pe piața financiară au un potențial încă nesesizat și ar putea să contribuie într-o măsură mai mare la îmbunătățirea performanțelor bancare și statale, prin adaptarea lor în condiții bine stabilite la alte piețe - ca de exemplu piața bunurilor de consum final și intermediar.

Ab initio doresc să clarific faptul că, instituțiile de credit sunt considerate deosebit de importante pentru creșterea economică și bunăstarea socială. Pentru a asigura viabilitatea sectorului bancar și pentru a reduce riscul eșecurilor bancare (fie că este vorba despre risc de credit, risc operațional, insolvență, etc), industria a făcut obiectul unor reglementări detaliate și supravegherii prudențiale timp de mulți ani. Comitetul de la Basel pentru supraveghere bancară este organul central care dezvoltă și standardizează reglementările bancare. Primul cadru standardizat în domeniul serviciilor bancare, Basel I, a fost lansat în 1988 și obiectivul central al documentului îl reprezentau nivelurile minime de capital din cadrul industriei.

CAPITOLUL I

INSTITUȚIILE DE CREDIT

Ab initio, analizând terminologic noțiunea de *instituție de credit*, aceasta ne este prezentată ca fiind de origine comunitară, mai precis a fost recunoscută prin intermediul dispozițiilor art. 1 din cadrul Directivei nr. 77/780 adoptată la data de 12 decembrie 1977 de către Consiliul¹, renumită sub denumirea de „prima directivă de coordonare bancară.”² Astfel, prin intermediu acestei directive, se stipula semnificația instituției de credit, care consta în „întreprindere a cărei activitate constă în primirea de fonduri de la public și în acordarea de credite în cont propriu.”³

Mai târziu, ca urmare a reglementărilor comunitare conceptul de instituție de credit a căpătat o semnificație mai extinsă⁴, mai exact aceea de „întreprindere a cărei activitate constă în primirea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu”⁵ și/sau de instituție de monedă electronică⁶ în sensul de „o întreprindere sau orice altă persoană juridică, diferită de instituția de credit definită în accepțiunea anterioară, care emite mijloace de plată sub forma banilor electronici.”⁷ La momentul actual (nivelul anului 2013), conform dreptului Uniunii Europene instituțiile emitente de monedă electronică sunt delimitate de instituțiile de credit.⁸

Literatura juridică de specialitate globală a analizat motivația optării în favoarea sintagmei *instituție de credit*.⁹ Cu strictă referire la această opțiune, subliniem că selecționarea conceptului de instituție de credit, în defavoarea conceptului clasic de bancă, a concretizat dorința statelor membre U.E. de a întrebuița reguli similare la toate instituțiile care practică acte bancare, indiferent de statutul lor. S-a plecat de la ideea că, în foarte multe țări, numele

¹ Directivă Bancară nr. 77/780 din 12 decembrie 1977 a Consiliului, JO L 322, 17.12.1977, p. 30; Directiva a fost amendată ultima dată prin Directiva 89/646/CEE - JO L 386, 30.12.1989, p. 1 de pe http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=1989&T3=646&RechType=RECH_naturel&Submit=Search accesat la data 11.02.2012.

² Turcu, I., *Operațiuni și contracte bancare. Tratat de drept bancar*, vol. I, ed. a 5-a, Ed. Lumina Lex, București, 2004, . p. 137.

³ Cassou, P., H., *La réglementation bancaire*, Edition Societe Educative Financiere Internationales Inc, Quebec, 1998, pp. 122-123.

⁴ Conform art. 1 pct. 1 lit. a) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2000/12/CE din 20 martie 2000 privind inițierea activității instituțiilor de credit, publicată în Jurnalul Oficial L 126 din 12 mai 2000, cu modificările ulterioare de pe http://eur-lex.europa.eu/ro/dossier/dossier_71.htm accesat la data 11.02.2012.

⁵ Conform art. 1 pct. 3 lit. a) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului 2000/46/CE din 18 septembrie 2000 privind inițierea, exercitarea și supravegherea prudențială a activității instituțiilor de bani electronici, de pe http://eur-lex.europa.eu/ro/dossier/dossier_71.htm accesat la data 11.02.2012.

⁶ Dispozițiile art. 3 lit. e) din OUG nr. 99/2006 a fost abrogată începând cu 30.04.2011 conform art. 1 pct. 1 din OUG nr. 26/2010

⁷ Ibidem.

⁸ Art. 1 alin. 1 și 2 din Directiva Parlamentului European și a Consiliului 2009/110/CE privind accesul la activitatea, desfășurarea și supravegherea prudențială a activității instituțiilor emitente de monedă electronică, de modificare a Directivelor 2005/60/CE și 2006/48/CE și de abrogare a Directivei 2000/46/CE, de pe http://eur-lex.europa.eu/ro/dossier/dossier_71.htm accesat la data 11.02.2012.

⁹ Cassou, P., H., *La réglementation bancaire*, Edition Societe Educative Financiere Internationales Inc, Quebec, 1998, pp. 122-123.

de bancă este, de drept sau de fapt, păstrat pentru instituțiile care sunt formate sub modelul societăților comerciale, fără a fi însă valabil și pentru instituțiile de tip cooperative sau mutuale precum băncile populare, casele de credit mutual sau cele de credit agricol etc., instituțiile de factură publică, cele fără scop lucrativ sau casele de economii. Optarea pentru conceptul general de instituție de credit îngăduie înglobarea tuturor instituțiilor, anterior menționate, fără să se aducă prejudicii naturii lor juridice sau formei proprietarilor capitalului.

Definiția europeană nu cuprinde însă ansamblul instituțiilor care realizează operațiuni cu specific bancar. Mai cu seamă, definiția europeană a instituțiilor de credit nu cuprinde nici un fel de îngrădire a activității, fie ea directă sau indirectă. De o manieră implicită, reglementarea bancară europeană permite prin urmare existența tipologiei băncilor universale. Această interpretare în sens larg cu referire la vocația instituțiilor de credit este atestată de opțiunile prevăzute în foarte multe prevederi comunitare. Opțiunea prezintă două privilegii: pe de o parte, instituțiile de credit își păstrează astfel libertatea de a selecționa serviciile pe care doresc să le ofere consumatorilor, iar pe de altă parte nicio delimitare nu le îngrădește abilitatea de a se acomoda la necesitățile pieței și de a propaga o inovație.

Totodată, în literatura juridică națională a fost exprimată opinia potrivit căreia „denumirea instituție de credit este cea mai adecvată pentru că include și instituții de altă natură decât băncile care, însă, trebuie să fie spuse acelorași exigențe ca și băncile.”¹⁰

Prin intermediul reglementării juridice naționale, susținută de O.U.G. nr. 99/2006¹¹ cu referire la instituțiile de credit și adecvarea capitalului, definiția conceptului de instituție de credit a fost implementată, definiție adoptată de Directiva 2006/48/CE¹² „a Parlamentului și a Consiliului European din 14 iunie 2006 privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit”¹³. În anul 2011, dreptul Uniunii Europene a schimbat accepțiunea oferită *instituțiilor de credit*, în scopul de a avea certitudinea că, instituțiile emitente de monedă electronică nu sunt văzute ca și instituții de credit.¹⁴ Această nouă modificare legislativă a fost transpusă și la nivel național, primul pas fiind făcut prin adoptarea O.U.G. nr. 26/2010¹⁵ care a înglobat deja noua definiție a *instituției de credit* și care abrogă dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006 referitoare la instituțiile care emit moneda electronică începând cu data de 30 aprilie 2011.

Până la intrarea în vigoare a prevederilor O.U.G. nr. 26/2010, instituția de credit desemna, conform O.U.G. nr. 99/2006, „atât 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

¹⁰ Turcu, I., *Recenta reformă legislativă în domeniul activității bancare*, Revista de Drept Comercial, nr. 3/2004, p. 10.

¹¹ O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007.

¹² Directiva 2006/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 14 iunie 2006 privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit Directiva 2006/48/CE de pe <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006L0048:20080321:RO:PDF> accesat la data 22.01.2012.

¹³ Wilusz, D., *Legal determinants of electronic money systems development in European Union*, în: Prawny i ekonomiczny przegląd prawa gospodarczego, vol. 2, ed. Dubiński, Ł., Wydawnictwo Naukowe UAM, 2011, pp. 125-134, ISBN 978-83-232-2315-3, p. 129.

¹⁴ Dispozițiile art. 3 lit. e) din OUG nr. 99/2006 a fost abrogată începând cu 30.04.2011 conform art. 1 pct. 1 din OUG nr. 26/2010

¹⁵ O.U.G. nr. 26/2010 pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului și a altor acte normative, publicat în Monitorul Oficial 208 din 1 aprilie 2010 de pe [http://legestart.ro/Ordonanta-de-urgenta-26-2010-modificarea-completarea-Ordonantei-urgenta-Guvernului-99-2006-instituțiile-credit-adecvarea-capitalului-altor-acte-normative-\(MzQ5NjU1\).htm](http://legestart.ro/Ordonanta-de-urgenta-26-2010-modificarea-completarea-Ordonantei-urgenta-Guvernului-99-2006-instituțiile-credit-adecvarea-capitalului-altor-acte-normative-(MzQ5NjU1).htm) accesat la data 11.11.2011

propriu, cât și o entitate, alta decât cea prevăzută anterior, care emite mijloace de plată în formă de monedă electronică, denumită instituție emitentă de monedă electronică”¹⁶, însă, din momentul intrării în vigoare a prevederilor analizate din O.U.G. nr. 26/2010, instituția de credit desemnează doar „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.”¹⁷

De fapt, termenul legal studiat are un caracter specific, făcând referire la persoanele juridice care realizează cu titlu profesional, în mod regulat, activitate bancară, fiind constatat doar un fundament comun pentru această categorie de subiecte de drept, mai exact cel redat prin prisma naturii operațiunilor care reprezintă baza activităților autorizate de instituțiile de credit în accepțiunea legislativă anterior menționată.

În ciuda faptului că există un ansamblu de norme comune, general admise pentru întregul ansamblu al instituțiilor de credit, persoane juridice române, fiecare tip în parte din ele își păstrează însă caracterele particulare care pot surveni sub diferite moduri, de la alcătuire, funcționare, până la procesele exacte pe care le poate realiza ori consumatorilor cărora li se adresează.

Totodată, observăm consfințirea la nivel juridic a unor semnificații exacte pentru înseși conceptele de: instituție de credit-mamă la nivelul unui stat membru, instituție de credit-mamă la nivelul României și instituție de credit-mamă la nivelul Uniunii Europene.

Astfel, instituția de credit-mamă la nivelul unui stat membru reprezintă acea instituție de credit autorizată într-un stat membru, care are ca filială o instituție de credit sau o instituție financiară sau care deține o participație într-o astfel de entitate, și care nu este ea însăși o filială a unei alte instituții de credit autorizate în același stat membru sau o filială a unei societăți financiare holding înființate în același stat membru. Pe structura acestei definiții este determinat și înțelesul accepțiunii de instituție de credit-mamă la nivelul României, pentru orice instituție de credit autorizată în România.

În schimb, va avea statut de instituție de credit-mamă la nivelul Uniunii Europene orice instituție de credit-mamă la nivelul unui stat membru, care nu este o filială a unei instituții de credit autorizate în oricare dintre statele membre sau o filială a unei societăți financiare holding înființate în oricare dintre statele membre.

Instituțiile de credit, persoane juridice române, sunt entități titulare, fiind constituite și funcționând în considerarea dispozițiilor generale și a cerințelor specifice instituite normativ pentru acest tip de subiecte de drept.

Dintre acestea, băncile au o vocație universală, în sensul că legea le conferă posibilitatea de a desfășura oricare din activitățile permise categoriei instituțiilor de credit, dar numai după obținerea autorizațiilor aferente, respectiv atât cea acordată de Banca Națională a României, cât și, dacă este cazul, a autorizărilor, aprobărilor sau avizelor specifice instituite prin legi speciale, și numai în limitele prevăzute de acestea.

După cum se stipulează în doctrină, „băncile apar ca un paznic al depunerilor, creatoare și distribuitoare de monedă, gestionare a mijloacelor de plată, prestatoare de servicii

¹⁶ Art. 7 pct. 10 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007.

¹⁷ O.U.G. nr. 26/2010 pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului și a altor acte normative, Publicat în Monitorul Oficial 208 din 1 aprilie 2010 de pe [http://legestart.ro/Ordonanta-de-urgenta-26-2010-modificarea-completarea-Ordonantei-urgenta-Guvernului-99-2006-instituțiile-credit-adecvarea-capitalului-altor-acte-normative-\(MzQ5NjU1\).htm](http://legestart.ro/Ordonanta-de-urgenta-26-2010-modificarea-completarea-Ordonantei-urgenta-Guvernului-99-2006-instituțiile-credit-adecvarea-capitalului-altor-acte-normative-(MzQ5NjU1).htm) accesat la data 11.11.2011

financiare, iar gestiunea bancară implică rentabilitate și prevenție, divizarea și acoperirea riscurilor, asigurarea de lichidități.”¹⁸

Cu excepția băncilor, ansamblul celorlalte instituții de credit prezintă o vocație specializată. Ea este determinată de natura activităților pe care le pot dezvolta, ele însele specializate, respectiv, un anumit tip de operațiuni înadins și restrictiv stipulate legislativ. Obligativitatea obținerii de către aceste subiecte de drept a autorizațiilor menționate mai sus și exercițiul activităților în limitele acestora își păstrează valabilitatea.

Conform art. 288 din O.U.G. nr. 99/2006 „băncile de economisire și creditare în domeniul locativ sunt instituții de credit specializate în finanțarea pe termen lung a domeniului locativ, al căror obiect principal de activitate constă în economisirea și creditarea în sistem colectiv pentru domeniul locativ.”¹⁹

Art. 318 din O.U.G. nr. 99/2006 definește băncile de credit ipotecar ca fiind „instituții de credit specializate care au ca obiect principal de activitate desfășurarea cu titlu profesional a activității de acordare de credite ipotecare pentru investiții imobiliare și atragerea de fonduri rambursabile de la public prin emisiune de obligațiuni ipotecare.”²⁰

Conform art. 333 din O.U.G. nr. 99/2006, „organizațiile cooperatiste de credit se pot constitui, organiza și funcționa doar sub forma cooperativelor de credit și a caselor centrale ale cooperativelor de credit la care acestea sunt afiliate, afilierea la o casă centrală fiind obligatorie.”²¹ „Organizațiile cooperatiste de credit sunt asociații autonome, apolitice și neguvernamentale, care desfășoară activități specifice instituțiilor de credit în scopul întrajutorării membrilor acestora.”²²

Mai exact, dintre acestea „cooperativa de credit reprezintă acea instituție de credit constituită ca o asociație autonomă de persoane fizice unite voluntar în scopul îndeplinirii nevoilor și aspirațiilor lor comune de ordin economic, social și cultural, a cărei activitate se desfășoară, cu precădere, pe principiul întrajutorării membrilor cooperatori.”²³

În schimb, „casa centrală a cooperativelor de credit desemnează acea instituție de credit constituită prin asocierea de cooperative de credit, în scopul gestionării intereselor lor comune, urmării centralizate a respectării dispozițiilor legale și a reglementărilor cadru, aplicabile tuturor cooperativelor de credit afiliate, prin exercitarea supravegherii și a controlului administrativ, tehnic și financiar asupra organizării și funcționării acestora.”²⁴

¹⁸ Florescu, C., N., *Condițiile generale de bancă, instrument juridic necesar în activitatea bancară*, în Revista de drept comercial nr. 6/2000, p. 183.

¹⁹ Art. 288 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011

²⁰ Art. 318 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011

²¹ Art. 333 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011

²² Art. 335 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011

²³ Art. 334 litera a) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011.

²⁴ Art. 334 litera b) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011.

Conform O.U.G. nr. 99/2006, instituțiile emitente de monedă electronică sunt „instituții de credit specializate al căror obiect de activitate este limitat la desfășurarea activității de emisie de monedă electronică și la prestarea anumitor servicii limitativ prevăzute normativ.”²⁵ În concepția actuală a dreptului Uniunii Europene, instituția emitentă de monedă electronică înseamnă „acea persoană juridică care a fost autorizată în temeiul reglementării europene să emită monedă electronică.”²⁶

Instituțiile de credit, între care stipulăm băncile, băncile de economisire și creditare în domeniul locativ, băncile de credit ipotecar cu delimitările menționate, se organizează sub forma juridică de societate pe acțiuni. Cu referire la cadrul legislativ incident, vor avea aplicabilitate dispozițiile din Noul Cod Civil în materia societății, al căror caracter este de drept comun, și dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006, care au caracter special, cu respectarea principiului de drept *specialul care derogă de la general* și se aplică cu prioritate.

1.1. Dispoziții generale cu privire la instituțiile de credit în dreptul comunitar

Legislația comunitară, în general, și cea bancară, în special, a „cunoscut unele modificări profunde în ultimele decenii”²⁷, „modificând piețele financiare ale statelor membre.”²⁸ În acest context, „statele membre trebuie să emită o legislație corespunzătoare care să respecte regulile stabilite pentru integrarea piețelor financiare ale statelor membre.”²⁹ Deși pare că în prezent integrarea a fost încheiată, obiectivul principal al Uniunii Europene rămâne crearea unei piețe financiare unice. În acest sens, Comisia Europeană a întocmit un cadru special de acțiune în aria serviciilor de natură financiară.

Libera circulație a serviciilor financiare este strâns legată de libera circulație a capitalului: „Atingerea obiectivului liberei circulații a capitalului implică și realizarea în paralel a pieței interne europene a serviciilor financiare.”³⁰ Reguli în materia serviciilor financiare au fost emise de OECD³¹, de către Uniunea Europeană, de către FTA (The Canada - US Free Trade Agreement³²), de NAFTA (The North American Free Trade Agreement³³), de OMC (în timpul rundei Uruguay prin Acordul cu privire la Servicii). În scopul obținerii unei piețe unice a serviciilor în cadrul UE este necesar ca reglementarea acestora să se facă

²⁵ Art. 331-332 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, publicat în Monitorul Oficial 480 din 18 iulie 2007 de pe http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act?ida=69057 accesat la data de 11.09.2011

Dispozițiile art. 3 lit. e) din OUG nr. 99/2006 a fost abrogată începând cu 30.04.2011 conform art. 1 pct. 1 din OUG nr. 26/2010

²⁶ Directiva 2009/110/CE din 16 septembrie 2009 privind accesul la activitate, desfășurarea și supravegherea prudențială a activității instituțiilor emitente de monedă electronică, de modificare a Directivelor 2005/60/CE și 2006/48/CE și de abrogare a Directivei de pe 2000/46/CE, OJ L 267 din 10.10.2009 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:267:0007:0017:ro:PDF> accesat la data 11.05.2012.

²⁷ James W. Scott, José Carlos Arias, *Banking profitability determinants*, Business Intelligence Journal, July, 2011 Vol.4 No.2, p. 209.

²⁸ Diego, Romero-Ávila, *Finance and growth in the EU: New evidence from the harmonisation of the banking industry*, Journal of Banking & Finance, vol. 31, nr. 7, iulie 2007, pp. 1937-1954.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Gautron, Jean, *Droit europeen*, Dalloz, Mementos, 12eme edition, Paris, 2004, pp 212-213.

³¹ Codul OECD stabilește obligațiile cuprinzătoare cu privire la mișcările de capital internaționale, Jan Brockmeijer, David Marston, and Jonathan D. Ostry în International Monetary Fund, *Liberalizing Capital Flows and Managing Outflows-Background Paper*, 2012, p. 21.

³² Acordul de Liber Schimb Canada-SUA, Cooper, William H., Free Trade Agreements: Impact on U.S. Trade and Implications for U.S. Trade Policy, Congressional Research Service, 2012, p. 1.

³³ Acordul Nord-American de Comerț Liber a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1994, în Robert A. Blecker, *The North American Economies, After NAFTA, A Critical Appraisal*, Int'l. Journal of Political Economy, vol. 33, no. 3, Fall 2003, pp. 5-27.

într-o manieră unitară în întreaga Uniune Europeană. „Dependența excesivă a unor state membre cu privire la abilitățile de auto-reglementare ale piețelor financiare a dus la întâzieri și nepotriviri în conceperea și punerea în aplicare a unui cadru adecvat de reglementare și supraveghere care să însoțească în mod eficient procesul de liberalizare financiară și de creare a pieței unice pentru serviciile financiare”³⁴, ceea ce a condus la creșterea fragilității acestei componente esențiale a pieței unice.

Atingerea scopului unei piețe financiare complete și a unor servicii financiare omogene implică pe de o parte, armonizarea standardelor prudențiale fixate pentru instituțiile financiare și pe de altă parte, protejarea investitorilor (fie că este vorba despre investitorii care investesc în schemele de pensii, sau despre cei care investesc pe piața valorilor mobiliare), protejarea asiguraților (concept din care sunt excluși asigurații din contractele de asigurare de viață întrucât mecanismul acestor contracte seamănă foarte mult cu cel al unei scheme de pensii), a deponenților (fie că este vorba despre deponenții propriu-ziși, sau de membrii cooperativelor de credit) și a consumatorilor (clienții acelor instituții care emit monedă electronică). Validarea reciprocă a competențelor autorităților de supraveghere precum și a standardelor minime fixate într-o manieră omogenă la nivel comunitar reprezintă componentele unei piețe financiare integrate. Primordial se dovedește a fi și principiul controlului statului de origine. Acesta ar putea fi redus în unele cazuri de supravegheri limitate realizate de către autoritățile însărcinate cu supravegherea în statele gazdă.

Directiva 2006/123/CE a Parlamentului și a Consiliului emisă în data de 12 decembrie 2006³⁵ cu referire la serviciile prestate pe piața internă comunitară, cunoscută și sub numele informal de Directiva Bolkenstein³⁶ exclude serviciile financiare din aria sa de aplicare. În acest sens, punctul 18 din Preambulul acestei directive stipulează faptul că este necesar ca serviciile financiare să fie eliminate din sfera aplicativă a Directivei 2006/123/CE. Astfel, se stipulează că „serviciile financiare sunt obiect al unei reglementări specifice la nivel comunitar, prin care se urmărește realizarea unei piețe interne reale pentru servicii.”³⁷ Prin urmare, această eliminare ar trebui să acopere serviciile financiare, între care amintim operațiunile bancare, cele ce țin de creditare, fiind incluse reasigurările, pensiile personale sau ocupaționale, valorile mobiliare, fondurile de investiții, plățile și consilierea în sfera investițiilor, fiind incluse serviciile stipulate în Anexa I la Directiva bancară.

³⁴ Monti, Mario, *A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society*, 2010, p. 14, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf, accesat la data 11.05.2012.

³⁵ Directiva 2006/123/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind serviciile în cadrul pieței interne: având în vedere Tratatul de instituire a Comunității Europene, în special articolul 47 alineatul (2) prima și a treia teză și articolul 55, având în vedere propunerea Comisiei, având în vedere avizul Comitetului Economic și Social European - JO C 221, 8.9.2005, p.113, având în vedere avizul Comitetului Regiunilor - JO C 43, 18.2.2005, p. 18, hotărând în conformitate cu procedura prevăzută la articolul 251 din tratat.

Comunitatea Europeană are ca obiectiv stabilirea unor legături din ce în ce mai strânse între statele și popoarele Europei și asigurarea progresului economic și social. În conformitate cu articolul 14 alineatul (2) din tratat, piața internă cuprinde un spațiu fără frontiere interne, în cadrul căruia este asigurată libera circulație a serviciilor. În conformitate cu articolul 43 din tratat, libertatea de stabilire este asigurată. Articolul 49 din tratat stabilește dreptul de a presta servicii în cadrul Comunității. Eliminarea barierelor în calea dezvoltării activităților de servicii dintre statele membre este esențială în vederea consolidării integrării popoarelor Europei și promovării unui progres economic și social echilibrat și durabil. În eliminarea acestor bariere este esențial să se asigure că dezvoltarea activităților de servicii contribuie la îndeplinirea misiunii menționate la articolul 2 din tratat, și anume de a promova în întreaga Comunitate o dezvoltare armonioasă, echilibrată și durabilă a activităților economice, un nivel ridicat de ocupare a forței de muncă și de protecție socială, egalitatea între bărbați și femei, o creștere durabilă și neinflaționistă, un grad ridicat de competitivitate și de convergență a performanțelor economice, un nivel ridicat de protecție și de ameliorare a calității mediului, creșterea nivelului și calității vieții și coeziunea economică și socială și solidaritatea între statele membre.

³⁶ JO L 376, 27/12/2006, pp. 36-68 de pe <http://eur-lex.europa.eu>

³⁷ JO L 177, 30.6.2006, p. 1 de pe <http://eur-lex.europa.eu>

Directiva bancară face parte din legislația secundară ce determină condițiile necesare în scopul exercitării libere a dreptului de stabilire în sfera bancară și a libertății de furnizare a serviciilor financiare. Într-o manieră indirectă este protejată și libera circulație a capitalului, în cazul în care vor fi ridicate probleme ce țin de restricțiile aduse libertăților fundamentale.

Prin urmare, nu se poate să se ducă la îndeplinire o sistematizare a abordării pe care Curtea de Justiție o are în ceea ce privește succesiunea în care dispozițiile potențial aplicabile trebuie transpuse în practică. Adesea, Curtea se abține de la analiza regulilor în ceea ce privește mișcările de capital în raport cu regulile naționale de acest tip care sunt în discuție la nivelul unei instanțe naționale care a formulat o cerere referitoare la pronunțarea unei hotărâri preliminare. Astfel, Curtea preferă în aceste cazuri doar să ia în considerare regimul juridic pe care îl au aceste reguli în raport cu libertatea de furnizare a serviciilor ori referitor la dreptul de stabilire. În acest sens, Curtea de Justiție crede că „atâta timp cât o incompatibilitate cu dreptul comunitar a apărut, nu se mai impune examinarea implicațiilor regulilor naționale incompatibile cu dreptul de stabilire sau cu dreptul de furnizare a serviciilor, față de libera circulație a capitalului. Există o lipsă de voință din partea Curții de Justiție de a oferi reguli de principiu cu privire la prioritatea unei libertăți în raport cu alta. Apare astfel riscul ca într-un număr semnificativ de cauze să nu se cunoască cu certitudine care este analiza corectă a compatibilității regulii naționale cu prevederile dreptului comunitar.”³⁸ În același timp, „rațiunea pentru care Curtea de Justiție a considerat că nu se mai impune analiza încălcării dreptului la libera circulație a capitalului rezidă în faptul că aceleași principii sunt aplicabile în materia celor patru libertăți fundamentale. De aceea, o distincție cu privire la regulile de bază nu se impune decât în situații ce se justifică în mod obiectiv.”³⁹

În contextul exprimat, scopul fundamental fixat de către Uniunea Europeană constă în realizarea pieței financiare unice având în același timp „efectul de stimulare a creării unor grupuri financiare care să activeze în toate sectoarele pieței financiare. Se impune reglementarea activității acestora în mod distinct pentru că existența conglomeratelor financiare dă naștere unor riscuri specifice pe piața financiară.”⁴⁰

Totodată, „creșterea concurenței și restrângerea profiturilor pe subpiețele de investiții, asigurări și bancare a impus realizarea unor strategii de consolidare cu două obiective majore. În primul rând, pentru protejarea cotelor de piață deja existente, instituțiile financiare dominante pe fiecare sector își absorb competitori tradiționali. În al doilea rând, pentru a atrage și surse suplimentare de venituri, liderii subpiețelor achiziționează firme pe alte sectoare ale pieței financiare.”⁴¹

De subliniat faptul că, „probleme specifice apar ca urmare a activității derulate de către conglomeratele financiare la nivel transfrontalier în cadrul Uniunii Europene, fie prin exercitarea dreptului de stabilire, fie prin intermediul libertății de furnizarea serviciilor financiare.”⁴²

Includerea conceptului de conglomerat financiar s-a dovedit indispensabilă în scopul asigurării corelării legislației cu orientarea domeniilor pieței financiare de concentrare și

³⁸ Flynn, Leo, *Coming of age: the free movement of capital case law*, Common Market Law Review, no. 4, August 2002 p. 804.

³⁹ Olivier, Peter, *Wulf Henning-Roth, The internal market and the four freedoms*, Common Market Law Review no. 2, vol. 41, 04/2004, p. 441.

⁴⁰ Mohamed, Nurullah, *Towards a single regulatory/supervisory system for financial conglomerates: evidence from ten countries*, Journal of Insurance Regulation, 06/2005, vol. 23, no. 4

⁴¹ Wilmarth, Arthur, *Controlling systemic risk in an era of financial consolidation*, IMF Legal Department and IMF Institute Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law, Paper no. 3. p. 2

⁴² Callum Me Carthy, *How should international financial companies be regulated*, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 12, no. 4, 11/ 2004, p. 294.