



AVIZ
**referitor la proiectul de Ordonanță privind unele
contracte de garanție financiară**

Analizând proiectul de **Ordonanță privind unele contracte de garanție financiară**, transmis de Secretariatul General al Guvernului cu adresa nr.9 din 21.01.2004,

CONSILIUL LEGISLATIV

În temeiul art.2 alin.1 lit.a din Legea nr.73/1993 și art.48(2) din Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Legislativ,

Avizează favorabil proiectul de ordonanță, cu următoarele observații și propuneri:

1. Prezentul proiect de ordonanță are ca obiect de reglementare instituirea cadrului juridic privind unele contracte de garanție financiară.

2. Normele privind contractele de garanție financiară fac parte integrantă din *acquis-ul* comunitar în domeniul liberei circulații a serviciilor – capitolul de negociere nr.3, pe care România și-a propus să îl încheie în semestrul I al anului 2004. Obiectul proiectului prezintă de asemenea tangențe cu libera circulație a capitalurilor - capitolul de negociere nr.4.

Așa cum rezultă din Nota de fundamentare, inițiatorul își propune transpunerea legislativă a actului de drept comunitar derivat care constituie sediul materiei, respectiv: Directiva 2002/47/CE a Parlamentului european și a Consiliului din 6 iunie 2002 privind contractele de garanție financiară.

Potrivit Programului Național de Aderare la Uniunea Europeană din anul 2003, adoptarea proiectului de lege pentru transpunerea Directivei 2002/47/CE era prevăzută ca o prioritate pe termen scurt (decembrie 2003). Din perspectiva documentelor programatice adoptate la nivel național, armonizarea legislativă la normele cu comunitare privind unele contracte de garanție financiară reprezintă un pas important pe calea armonizării legislative în domeniul liberei circulații a serviciilor, în perspectiva încheierii negocierilor privind capitolul nr.3.

3. Semnalăm faptul că proiectul nu menționează temeiul legal pentru emiterea prezentei ordonanțe. Dacă inițiatorii au în vedere promovarea prezentului proiect ca ordonanță simplă, atunci vor fi invocate ca temei legal art.108 din Constituția republicată, în redactarea prevăzută de art.39 alin.(3) din Legea nr.24/2000 și textul normativ corespunzător din Legea nr.559/2003 privind abilitarea Guvernului de a emite ordonanțe, respectiv art.1 pct.II poz.3 din acest act normativ, care se referă la reglementarea unor măsuri **financiare** și contabile.

4. La **art.1 alin.(1)**, recomandăm eliminarea, ca inutilă în context, a expresiei ”precum și al garanțiilor financiare”.

Având în vedere faptul că încheierea unui contract de garanție se face în scopul garantării executării unei obligații, opinăm că textele de debut ale proiectului ar trebui să prevadă care obligații pot fi garantate prin contractele de garanție financiară.

La **alin.(2)**, precizăm că poate fi recunoscută validitatea unui contract de garanție încheiat pe suport electronic, doar dacă există și semnătura electronică extinsă, conform art.7 din Legea nr.455/2001 privind semnătura electronică.

5. La **art.2 la lit.e)**, conform căreia contractul de report este calificat drept contract de garanție financiară cu transfer de proprietate, precizăm că, potrivit art.74-76 Cod Comercial, contractul de report constă în cumpărarea pe bani cash a unor titluri de credit circulând în comerț și în **revânzarea simultană, la termen și cu un preț determinat, către aceeași persoană, a unor titluri de aceeași specie**, proprietatea titlurilor transferându-se la cumpărător. Aceeași definiție este conținută și de art.2 alin.(1) pct.8 din Ordonanța de urgență a Guvernului privind valorile mobiliare, serviciile de investiții financiare și piețele reglementate, aprobată prin Legea nr.525/2002, cu modificările ulterioare.

Apreciem, deci, că titlurile de credit deținute cu titlu de report nu prezintă suficientă certitudine în privința dreptului de proprietate, deoarece, dacă la scadență, cumpărătorul nu poate revinde vânzătorului inițial titluri de aceeași specie, acesta ar putea fi obligat să îi revândă la scadență aceleași titluri de credit.

Totodată, apreciem că definiția contractului de garanție financiară cu transferul dreptului de proprietate asupra bunului/bunurilor, obiect al garanției este discutabilă deoarece, potrivit dreptului comun, creditorul obligației devine proprietar al bunului afectat garanției, în caz de neexecutare de către debitor a obligațiilor contractuale, și nu anterior acestui fapt. Eventual, se poate prevedea că

transmiterea către creditor a dreptului de proprietate asupra bunului afectat garanției este sub condiția suspensivă a neîndeplinirii de către debitor a obligațiilor sale contractuale.

În actuala redactare, natura respectivului contract nu ar putea fi calificată ca fiind de contract de garanție.

6. La **lit.f)** a **art.2**, considerăm că, din moment ce furnizorul garanției păstrează nuda proprietate asupra bunului afectat garanției, se poate deduce că proprietarul bunului transmite creditorului numai dreptul de folosință și de a culege fructele bunului în cauză, nu și faptul că respectivul bun se pune la dispoziția creditorului. Totodată, propunem ca textul să se refere la creditor, nu la beneficiarul garanției. În același timp, apreciem că ne aflăm în prezența unei garanții atipice, deoarece textul nu distinge dacă dreptul de folosință și de a culege fructele al creditorului se poate exercita înainte de momentul executării garanției sau după acest moment.

La **lit.o)**, ar fi util ca norma să detalieze conceptul de concordat.

7. La **art.2 lit.q)**, trimiterea la Legea nr.58/1998 trebuie reformulată astfel "Legea bancară nr.58/1998, cu modificările și completările ulterioare."

Observația este valabilă și pentru situațiile similare din proiect.

8. La **art.3 lit.c) pct.2**, propunem reformularea finalului trimiterii la Ordonanța de urgență a Guvernului nr.28/2002, astfel:

"... aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.525/2002, cu modificările ulterioare".

Trimiterea la Ordonanța de urgență a Guvernului nr.27/2002 va avea următoarea redactare:

"... aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.512/2002".

La **pct.5**, propunem plasarea expresiei "cu modificări și completări", postpusă termenului "aprobată".

La **lit.d)**, sugerăm explicitarea sintagmei "contraparte centrală".

La același articol, este necesară eliminarea marcajului "(1)", deoarece art.3 are un singur alineat.

9. La **art.4 alin.(1)**, apreciem că respectiva garanție se va afla în custodia/deținerea creditorului, nu în posesia acestuia. De asemenea, expresia "surplusul de instrumente financiare" este incorectă, aceste instrumente fiind titluri de valoare.

10. La **art.6 alin.(1)**, apreciem că norma ar trebui să prevadă dacă, în situațiile respective, cauzele de executare silită sunt cele prevăzute de dreptul comun sau nu.

11. La **lit.a)** a **art.6**, precizăm că nu reprezintă o modalitate de executare silită compensația, ci aceasta este un mod de stingere a obligațiilor.

12. Propunem eliminarea **alin.(6) al art.6**, deoarece Ordonanța de urgență a Guvernului nr.61/2002 a fost abrogată expres prin Ordonanța de urgență nr.92/2003 privind Codul de procedură fiscală.

13. La **art.7 alin.(6)**, sugerăm ca norma să vizeze piețele reglementate de capital/mărfuri.

14. La **art.10**, apreciem că soluția propusă este discutabilă, deoarece creditorii din contractele de garanție financiară își pot valorifica creanțele, în caz de lichidare judiciară a furnizorului garanției, numai cu respectarea **priorității** dreptului de creanță al tuturor creditorilor.

15. La **art.11 alin.(1)** textul nu prevede împotriva cui au fost cerute măsurile de reorganizare sau lichidare judiciară.

Cele două cauze, enumerate la **lit.a)-b)** sunt discutabile, sub raportul soluțiilor propuse și insuficient de clar formulate.

16. La **art.12 alin.(1) lit.a) și b)** nu rezultă cine are drepturile și obligațiile enumerate.

La **lit.a)** textul ar trebui să prevadă despre care valoare este vorba (valoarea de tranzacționare, valoarea de circulație etc.)

La **lit.b)**, opinăm că norma ar trebui să prevadă și posibilitatea instituirii unei sancțiuni pentru retragerea garanției, precum și cazurile în care această operație poate avea loc.

17. La **art.14 alin.(1)**, sugerăm eliminarea acestuia, deoarece, potrivit **art.15, alin.(2)** din Constituție, republicată, legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile.

18. La **art.15**, trebuie eliminată sintagma "Partea I", deoarece legile se publică numai în Partea I a Monitorului Oficial al României, conform **art.5** din Legea nr.202/1998 privind organizarea Monitorului Oficial al României.

PREȘEDINTE

Dragoș ILIESCU


București

Nr. 97/23.01.2004