

De ce nu le place bancherilor insolventa

Mircea Cotiga, Director, Directia Recuperare Creante si Prevenirea Fraudelor

Bucuresti, 3 Iulie 2013

Agenda

- Legea 64 / 1995
- Legea 85 / 2006
- Insolventa – Drept Comparat
- De ce nu le place bancherilor insolventa

Legea 64/1995

1. Istoric.

Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizarii judiciare si a falimentului.

Privire comparativa

Legea nr. 64/1995 (L 64) - Modificata substantial de mai multe ori.

Art. 2 L 64, forma initiala – “**obiectul**” **legii**: instituirea unei proceduri de reorganizare, având ca scop redresarea debitorului și plata pasivului sau lichidarea averii debitorului.

Art. 2 modificat prin Legea 99/1999 - " **Scopul legii** este instituirea unei proceduri **pentru plata pasivului** debitorului, în incetare de plati, fie prin reorganizarea întreprinderii și activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la acoperirea pasivului, fie prin faliment."

Preeminenta reorganizarii debitorului ar rezulta din definitia obiectului/scopului legii = concluzie falsa.

Concluzia inversa, dar conforma realitatii: reorganizarea = modalitatea (procedura) de exceptie instituita de L 64, pe cand lichidarea (falimentul) era procedura comuna.

Legea 64/1995

Argumente (I)

Art. 55 alin. (2) din L 64: *Planul va prevedea fie reorganizarea și continuarea activității debitorului, conform acestuia, **fie vânzarea averii debitorului** în mod ordonat, parțial sau total ca un ansamblu în stare de funcționare, pentru a obține valoarea maximă, **fie lichidarea**.*

Vanzarea averii debitorului in totalitate SAU lichidarea acesteia = modalitate de redresare !

Scopul legii – specifica expres posibilitatea reorganizarii prin lichidarea bunurilor din averea debitoarei.

Legea 64/1995

Argumente (II)

Procedura reglementata de L 64 = o **procedura mult prea “judiciarizata”**.

Tribunalul - atributii de control si de desemnare (art. 6 al L 64, forma initiala).

Judecatorul - sindic - atributii administrative sau de lichidare, specifice activitatii de astazi a administratorului judiciar sau a lichidatorului (art. 8 si art. 10 din L 64).

Atributiile de supraveghere si de control de oportunitate a activitatii administratorului judiciar / debitorului - in sarcina instantei pana la abrogarea L 64.

Procedura aditerii de principiu a planului de reorganizare - mentinuta, desi cu modificari, pana la abrogarea L 64.

Procedura era stufoasa, cronofaga si inutila / redundanta, in cele mai multe cazuri.

Prea mare grad de implicare a instantelor in realizarea reorganizarii, cu efect contraproductiv.

Agenda

- ✓ Legea 64 / 1995
- Legea 85 / 2006
- Insolventa – Drept Comparat
- De ce nu le place bancherilor insolventa

Legea 85

2. REFORMA. LEGEA 85/2006 privind procedura insolventei

Legea 85/2006 (L 85) a adus imbunatatiri semnificative, dar unele dintre ele cu caracter contradictoriu.

- restransa sfera implicarii organelor judecatoresti in procedura de insolventa (art. 11 alin. 2 din L 85)
 - controlul instantelor asupra masurilor administratorului judiciar/lichidatorului sau a actelor debitoarei - limitat strict la cel de legalitate.
 - controlul de oportunitate al acestor acte sau masuri - dat in sarcina creditorilor, prin organele acestora: adunarea creditorilor sau comitetul creditorilor.
 - sfera masurilor de redresare a societatii debitoare - extinsa si explicitata
 ➡ grad mai ridicat de flexibilitate
 - implicarea creditorilor in realizarea planului de reorganizare - mai clar reglementata.
 - eliminarea fazei redundante a admitterii de principiu a planului de reorganizare.
-

Legea 85

- EFECT MAJOR al reformei = transfer masiv al deciziei manageriale de la judecatorul-sindic / administrator judiciar la creditorii in cadrul procedurii
 - creditorii sunt de regula finantatori ai activitatii debitoarei – fie institutii financiare fie furnizori care cunosc afacerea
 - printre cei mai avizati dintre participantii la procedura, atat in a propune masuri concrete de redresare, cat si in a evalua sansele reale de reorganizare sau masurile propuse in acest sens de debitoare sau de administratorul judiciar
 - cresterea teoretica a sanselor de reorganizare a debitoarei
-

Agenda

- ✓ Legea 64 / 1995
- ✓ Legea 85 / 2006
- Insolventa – Drept Comparat
- De ce nu le place bancherilor insolventa

Insolventa – Drept Comparat

3. Drept comparat – cateva legislatii in domeniul insolventei la nivel European; legislatia americana (Chapter 11)

Sisteme de drept la nivel mondial:

- sisteme de common law (45%; ex. USA, Marea Britanie, etc)
- sisteme de civil law (romano-germanice; 10%; – Germania, Rusia, etc)
- sisteme avand la baza Codul civil francez (Codul Napoleon - 25%; Franta, Belgia, etc)
- sistemul islamic
- alte sisteme mixte.

Sistemele de common law si cele romano-germanice tind sa favorizeze creditorul (cu exceptia importanta a SUA, asa dupa cum vom vedea), pe cand cele “napoleoniene”, sa le zicem, tind sa favorizeze debitorul.

Insolventa – Drept Comparat

3.1. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Franta (I)

In Franta, **Legea nr. 85-98 din 25 ianuarie 1985** a creat un sistem prin care a creat o ordine expresa de prioritate a obiectivelor sale:

- salvarea intreprinderii
- mentinerea locurilor de munca
- plata datoriilor si mijloacele de realizare.
- a prevazut instituirea perioadei de observatie, pentru realizarea diagnosticului intreprinderii si pentru intocmirea bilantului economic si social al acesteia, urmate de o posibila propunere de plan de redresare.
- in centrul procedurii este mentinerea intreprinderii, adica a debitorului, iar nu satisfacerea intereselor creditorilor.
- delimitarea atributiilor si sferelor administratorului-judiciar de cele ale mandatarului-lichidatorul.

Insolventa – Drept Comparat

3.1. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Franta (II)

Prin reformele succesive, incepand cu Legea din 10 iunie 1994 s-a ameliorat situatia creditorilor si s-au simplificat si accelerat procedurile de redresare sau de lichidare voluntara.

S-a introdus un statut de „*super-priority*” (super-prioritate), pentru creditorii cu creante curente.

Orice creditor ale carui creante s-au nascut in perioada de observatie are prioritate la satisfacerea acestora fata de orice alte creante (chiar garantate), cu exceptia creantelor salariale neasigurate si a cheltuielilor de procedura.

Aceste creante au un drept de garantie prioritar asupra bunurilor debitoarei. Mai mult, nu este necesar acordul creditorilor „istorici”.

Insolventa – Drept Comparat

3.2. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in SUA (I)

Codul federal al insolventei in SUA - Titlul 11 al US Code.

BANKRUPTCY REFORM ACT din 1978

Insolventa entitatilor cu personalitate juridica - reglementata de Capitolul 11
“Reorganizarea” al Titlului 11 al US Code, celebrul Chapter 11.

- debitorul ramane in posesia bunurilor sale si continua sa isi desfasoare activitatea ca orice alta firma, dar sub supravegherea comitetului creditorilor si a instantei competente.
- de cele mai multe ori debitorului ii este permis sa-si conduca activitatea (“*debtor in possession*”)
- beneficiaza de stoparea curgerii accesoriilor la creantele sale
- poate exercita cele mai multe dintre puterile unui administrator judiciar (*trustee*) in aceasta perioada.
- Chapter 11 asigura debitorului o larga influenta, precum si multe drepturi, in cadrul procedurii.

Insolventa – Drept Comparat

3.2. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in SUA (II)

- debitorul are la dispozitie o perioada de 120 de zile (posibil a fi extinsa la 180 de zile) in care sa elaboreze un proiect de plan de redresare.
- pentru adoptare = majoritate calificata de creditor
- planul poate propune plati catre creditor din profituri viitoare, lichidari ale unora dintre bunuri, o fuziune sau o recapitalizare.
- pentru a fi valid, planul trebuie sa indeplineasca o serie de **conditii**: sa fie fezabil, sa satisfaca in cel mai inalt grad creantele creditorilor, adica la un nivel mai inalt sau cel putin egal cu cel pe care l-ar fi primit acestia din lichidarea bunurilor si recuperarea creantelor in caz de faliment (tratamentul corect si echitabil).

ASPECTE CRITICABILE:

- rata de succes a reorganizarilor derulate conform acestei reglementari este sub 10%.
 - in anumite industrii, cum ar fi cele de transporturi aeriene sau de telecomunicatii, firmele insolvente reusesc sa ajunga la un nivel al datoriei care poate fi gestionat si intra in competitie cu concurenti sanatosi, pe care ii silesc la randul lor sa ceara protectia legii insolventei.
 - regula care da controlul reorganizarii debitorului, adica exact acelor manageri care au fost initial responsabili tocmai pentru intrarea in stare de insolventa.
-

Insolventa – Drept Comparat

3.2. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in SUA (III)

- in practica, judecatorii de cele mai multe ori extind perioada necesara propunerii planului.
- managerii unora dintre companii, cum au fost Polaroid ori Enron au primit autorizarea de a vinde bunuri inainte de elaborarea planului de redresare, evitand astfel obtinerea acordului creditorilor.
- costuri foarte mari asociate cu restructurarea judiciara a companiilor.
- super-prioritatea creantelor creditorilor „curenti” - creditorii „istorici” trebuie sa beneficieze de protectie adecvata.

COMPARATIE FRANTA – SUA:

- in SUA instanta de insolventa joaca rolul unui arbitru intre diferitii creditori si debitor, in procesul de realizare a unui plan de reorganizare
 - instanta franceza similara supervizeaza dar si controleaza procedura de insolventa, putandu-i determina insesi efectele.
 - instanta franceza poate alege, fara aprobarea creditorilor, un plan de reorganizare care reduce valoarea distribuirilor catre creditori, in numele prezervarii locurilor de munca, o actiune care nu beneficiaza nici debitorului, nici creditorilor.
-

Insolventa – Drept Comparat

3.3. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Germania (I)

Codul Insolventei (Insolvenzordnung), in vigoare din 1 ianuarie 1999.

Noua lege a inlocuit Codul Falimentului din 1877 si a avut ca intentie schimbarea accentului dinspre lichidare spre reorganizare.

Legea este de fapt un compromis intre cele doua mari tendinte.

Instrumentele majore pentru asigurarea pre-eminentei reorganizarii sunt:

- planul de reorganizare (echivalent cu cel din Chapter 11)
 - stoparea curgerii penalitatilor si a altor accesorii dupa deschiderea procedurii
 - cresterea atributiilor si puterilor administratorului judiciar, cum ar fi “*avoiding powers*” (e. g. introducerea actiunilor in anulare a transferurilor frauduloase; ignorarea garantiilor care nu au fost perfectate anterior intrarii in procedura, etc) si prerogativa de a denunta contractele debitorului
 - in general, legea protejeaza debitorul de actiuni si pretentii individuale din partea creditorilor, pentru a asigura initierea reorganizarii
-

Insolventa – Drept Comparat

3.3. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Germania (II)

- toate aceste prevederi permit administratorului judiciar sa prezeve activele intreprinderii, pentru a incuraja salvarea acesteia.
 - drepturile angajatilor sunt un obstacol major in calea succesului unei reorganizari.
 - acestia pot insista ca relatiile de munca sa continue sau sa fie transferate odata cu activele catre noua entitate care le preia. De multe ori, restructurarea fortei de munca nu se poate realiza sau este prea scumpa, ceea ce duce la esuarea planului de redresare.
 - super-priority, similar cu Chapter 11 US Code, dar nu in totalitate. Este necesar de ex., acordul creditorilor “istorici”.
-

Insolventa – Drept Comparat

3.4. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Austria (I)

Anterior reformei din 2009 - doua proceduri separate de insolventa:

- (i) proceduri de compromis / intelegere (*composition*) avand ca unic scop restructurarea debitorului
- (ii) proceduri de faliment, care se terminau fie in procedura de compromis / intelegere obligatoriu/e (*compulsory composition*) sau in lichidarea debitorului.

Legea privind reforma insolventei din 2009

(*Insolvenzrechtsänderungsgesetz* 2009; IRÄG 2009 – a intrat in vigoare la 1 iulie 2010)

- a inlaturat aceasta dualitate si a creat o singura procedura de insolventa.
-

Insolventa – Drept Comparat

3.4. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Austria (II)

Compromisul obligatoriu a devenit plan de reorganizare

- noua procedura a insolventei are ca finalitate fie lichidarea, fie reorganizarea judiciara a debitorului.
- reorganizarea judiciara este bazata pe un plan de restructurare.
- pentru acceptarea planului de catre creditorii, este necesara doar o majoritate simpla a creditorilor inscrisi in tabelul de creante, sau o simpla majoritate a creantelor inscrise in tabel (*spre deosebire de majoritatea calificata de 75% din totalul creantelor, cum era anterior reformei*).

Conducerea activitatii curente a debitoarei:

- va fi incredintata managerului/ilor companiei debitoare
 - va putea fi transferata unui administrator judiciar desemnat de instanta competenta.
-

Insolventa – Drept Comparat

3.4. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Austria (III)

Conducerea activitatii de catre organele de conducere ale debitoarei.

Necesare indeplinirea unor conditii:

- in principal, este necesar ca minim 30% din creantele asupra averii debitoarei sa fie acoperite
- un plan de reorganizare sa fie depus si acceptat de creditorii in termen maxim de 90 de zile de la deschiderea procedurii.

In cazul in care debitoarea nu indeplineste anumite conditii sau isi retrage proiectul de plan de redresare, instanta competenta poate:

- sa desemneze un administrator judiciar care preia dreptul de administrare al debitoarei
 - sa transforme reorganizarea in procedura de faliment.
-

Insolventa – Drept Comparat

3.4. Drept comparat – legislatia in domeniul insolventei in Austria (IV)

ASPECTE CRITICABILE:

- legea austriaca a insolventei inca nu asigura o protectie adecvata si rapida a debitorului fata de creditorii.

De exemplu, nu asigura proceduri de pre-insolventa, prin care debitorul sa isi poata realiza in timp util un proiect de plan de reorganizare, iar dupa deschiderea procedurii de insolventa fixeaza termene prea scurte pentru depunerea unui plan de redresare.

- nu ofera posibilitatea creditorilor de a participa la succesul reorganizarii prin masura de restructurare prin achizitia partilor sociale/actiunilor debitoarei in schimbul creantelor lor (*debt-for-equity swap*).

Agenda

- ✓ Legea 64 / 1995
- ✓ Legea 85 / 2006
- ✓ Insolventa – Drept Comparat
- De ce nu le place bancherilor insolventa

De ce nu le place bancherilor insolventa ?

Insolventa – o situatie normala intr-o economie de piata – agravata de criza

Legea 85 – nu e departe de legislatiile europene si internationale in domeniu

Si totusi ...

- lipsa de echilibru intre debitor si creditor la solicitarea deschiderii procedurii insolventei
- perioada de observatie ce se poate prelungi semnificativ – timp in care compania este intr-o situatie incerta
- votul planului de reorganizare pe categorii
- creantele “inventate” pentru a numi administratorul judiciar si / sau pentru a vota planul de reorganizare “ostil” creditorilor majoritari
- schimbarea sediului companiei urmata de deschiderea procedurii insolventei
- lipsa unei protectii reale a creditorului garantat cu creante sau stocuri