



Structuri complexe de garantare a creditelor bancare (agent de garanție, beneficiar al ipotecii, trust/ fiducie). Codul civil față în față cu practica națională și internațională



Alina Radu, Partener NNDKP
Coordonator Practica de Drept Bancar și Finanțări

22 octombrie 2021

De ce este importantă flexibilitatea în desemnarea beneficiarului unei ipoteci? Când este utilă numirea unui "beneficiar" al ipoteci, distinct de creditorul obligației garantate?

- **Soluția tradițională:** toți creditorii sunt și semnatori ai contractelor de ipotecă în calitate de creditori ipotecari

Această soluție nu este însă întotdeauna potrivită în cazul împrumuturilor cu părți finanțatoare multiple – în mod tipic, în cazul împrumuturilor cu valori foarte mari sau structură complexă, rolurile părților finanțatoare sunt împărțite, existând instituții financiare care preiau funcțiile administrative de gestionare a facilităților de credit, respectiv atribuții cu privire la constituirea și menținerea ipotecilor, monitorizarea obligațiilor din contractele de ipotecă și executarea ipotecilor.

Mai mult, împrumuturile sindicalizate presupun includerea de la bun început în documentația de finanțare a prevederilor ce permit accesul altor bănci sau instituții financiare în calitate de creditori ulterior semnării contractului de credit și contractelor de ipotecă (uneori creditorii nu sunt cunoscuți în proporție de 100% la momentul semnării contractelor și constituirii ipotecilor).

Notă:

În practică am întâlnit syndicate formate din zeci de bănci/instituții financiare – concret, într-unul din proiectele de finanțare erau implicate peste 70 de instituții financiare naționale și internaționale în acordarea unui credit de valoare foarte mare. În plus, situația este foarte dinamică, având loc modificări multiple în cadrul sindicatului.

Abordarea înainte de apariția noului Cod Civil în finanțările în care era aplicabilă legea română

- Ipoteca era constituită direct în favoarea creditorilor
 - Când era desemnat un agent de garanție, acesta acționa ca un mandatar în temeiul unui mandat cu reprezentare
- În consecință, toți creditorii erau menționați în contractele de ipotecă, iar publicitatea ipotecilor se realiza pe numele tuturor creditorilor - toți creditorii erau înscriși în Cartea Funciară și în Arhiva Electronică de Garanții Mobiliare.
- Acest mecanism a ridicat o serie de probleme practice – realizarea formalităților de publicitate în cazul transferurilor de participații între creditori și cooptarea unor noi creditori; necesitatea obținerii *de procuri speciale* pentru diverse demersuri ale agentului (procura generală inițială fiind insuficientă pentru aspectele de executare a ipotecilor sau înscriere la masa credală)

Notă:

Modificarea înscrierilor în registrele de publicitate necesită obținerea de procuri autentice de la toți creditorii înscriși.

Abordarea tipică în finanțările internaționale (1/4)

- ❑ Desemnarea de către creditorii a unui agent de garanție (în engl. **security agent**) care este împuternicit prin prevederi contractuale ca agent al creditorilor cu privire la ipotecă. Numirea se face în temeiul contractului de facilitare de credit și/sau în temeiul contractului între creditorii (în engl. **Intercreditor Agreement**). Tipic, acesta are ca atribuții să "primească beneficiul" ipotecii, să mențină și să administreze aspectele legate de ipotecă în beneficiul tuturor creditorilor
- ❑ Contractul de facilitare de credit este încheiat de cele mai multe ori pe lege străină (engleză, franceză, germană, etc.), dar legea care guvernează contractele de ipotecă va fi în cele mai multe cazuri legea statului în care este localizat debitorul ipotecar și/sau bunurile ce fac obiectul ipotecii (conform prevederilor de drept internațional privat)
- ❑ Desemnarea/numirea agentului de garanție se face în contractele guvernate de lege străină, în conformitate cu principiile fundamentale ale acelei legi
- ❑ Pe de altă parte, contractele de ipotecă trebuie să respecte cerințele de validitate și publicitate conform legii aplicabile ipotecilor
- ❑ **Poate fi beneficiar al ipotecii o persoană care nu e creditor?** În mod tradițional în dreptul românesc (similar cu multe alte sisteme de drept continental) ipoteca era constituită (cel puțin înainte de noul cod civil) în favoarea creditorului față de care există obligația garantată, ipoteca fiind accesorie contractului dintre creditor și debitor din care derivă obligația garantată.

Abordarea tipică în finanțările internaționale (2/4)

- Pentru a răspunde acestei preocupări fundamentale pentru structura de garantare, soluțiile larg utilizate în finanțările internaționale presupun în principal:

Desemnarea unui *security trustee* acolo unde legislația ce guvernează creditul recunoaște instituția *trust-ului* – o instituție proprie sistemelor de drept anglo-saxon – contractele de facilitate guvernate de legea engleză includ în mod tipic prevederi prin care creditorii desemnează un *security trustee* în favoarea căruia se constituie ipotecile și care exercită drepturile și prerogativele sale pe seama și în beneficiul creditorilor.

Notă:

*În dreptul românesc au existat hotărâri judecătorești care au confirmat recunoașterea efectelor *trust-ului* de drept anglo-saxon încă din anii 1970 (hotărâre Tribunal Suprem din 1973). Noul Cod civil prevede expres că ”dacă legea română nu cunoaște o instituție juridică străină sau o cunoaște sub o altă denumire ori cu un alt conținut, se poate lua în considerare calificarea juridică făcută de legea străină”.*

Limita aplicării legii străine este încălcarea ordinii publice de drept internațional privat român. Conform art. 2.564 Cod civil: ”aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului”

Abordarea tipică în finanțările internaționale (3/4)

Conceptul de "parallel debt" – acolo unde instituția trust-ului nu este recunoscută în sistemul de drept aplicabil contractului de facilitare de credit, pentru a răspunde cerințelor din anumite state ca persoana care deține creanța să fie și persoana în favoarea căreia se constituie ipoteca, s-a dezvoltat în practica internațională conceptul de *parallel debt*.



Parallel Debt

crearea prin prevederi contractuale a unei obligații paralele de plată în favoarea agentului de garanție corespunzătoare obligațiilor garantate, ca temei pentru constituirea ipotecii (urmând ca debitorul să fie descărcat de obligațiile față de creditorii la momentul încasării plății obligațiilor garantate de către agentul de garanție).

Îndeplinește o astfel de structură cerința cauzei licite și morale, ca o condiție de validitate a ipotecii ? Sau este mai degrabă o cauză artificială, fictivă ?

Abordarea tipică în finanțările internaționale (4/4)

Argumentele care susțin o structură cu agent de garanție sunt:

- cauza încheierii contractului de ipotecă cu agentul de garanție (și nu cu toți creditorii) nu este fictivă, artificială - obligățiile garantate sunt reale, sumele fiind efectiv datorate, iar debitorul e descărcat de obligație indiferent dacă plătește creditorului sau agentului de garanție, neexistând o dublare a obligațiilor debitorului ipotecar
- încheierea în această manieră a contractului de ipotecă este mai degrabă rezultată din necesitatea gestionării centralizate a pachetului de garanții de către o instituție care își asumă acest rol în beneficiul tuturor creditorilor
- legea străină permite o astfel de structură, iar aceasta nu încalcă ordinea de drept internațional privat român fiindcă agentul de garanție nu poate recupera mai mult decât ar fi recuperat creditorii (dacă ipoteca ar fi fost constituită direct în favoarea lor) și niciun terț nu este prejudiciat (nefiind într-o situație diferită de cea în care ipoteca s-ar constitui în favoarea tuturor creditorilor)



A se vedea argumentația din *Belvedere* jurisprudence, *Arrêt 840 du 13 septembre 2011, Cour de cassation – chambre commerciale, financière et économique* cu privire la o structură de *parallel debt* - în situația în care agentul de garanție a depus declarație de creanță (în calitate de creditor garantat/ipotecar) în cadrul unei proceduri de insolvență, atât în nume propriu, cât și pe seama creditorilor care l-au desemnat ca agent de garanție

De ce se dorește desemnarea unui agent de garanție în loc de a avea toți creditorii parte la contractele de ipotecă în calitate de creditori ipotecari?

- ❑ Centralizarea atribuțiilor aferente constituirii ipotecii, monitorizarea respectării obligațiilor din contractele de ipoteca, menținerea rangului ipotecilor prin reînnoire înscrieri, executarea ipotecilor; centralizarea și managementul costurilor
- ❑ Agentul de garanție va acționa conform instrucțiunilor primite de la creditori în conformitate cu prevederile contractuale care stabilesc reguli de majoritate pentru luarea deciziilor de accelerare și executare ipotecii – în astfel de structuri este nefezabil ca fiecare creditor să poată acționa separat
- ❑ Sunt situații în care la momentul semnării contractelor de ipoteca nu sunt cunoscuți încă toți creditorii ipotecari – e.g., garantarea emisiunilor de obligațiuni la care nu sunt cunoscuți la momentul semnării documentelor cei ce vor subscrie obligațiunile
- ❑ Aspecte legate de politici interne ale instituțiilor financiare
- ❑ Aspecte logistice – (i) semnarea contractelor între multe părți, mai ales dacă sunt în state diferite, (ii) înscrierea tuturor creditorilor în Registrul Național de Publicitate Mobiliară și modificarea înscrierilor în situația transferurilor de participații între creditori când sunt implicate multe părți finanțatoare (mai ales dacă sunt din state diferite și sunt necesare procuri autentice; există state în care forma de notarizare nu este echivalentă cu autentificarea cerută de legea română; în plus, recent se aplică și o serie întregă de restricții date de situația Covid).

Uneori modificarea unei înscrieri în care sunt implicați creditori străini poate dura luni de zile (situație dificil de înțeles pentru creditorii internaționali)

Situația după apariția noului Cod Civil (1/4)

- ❑ **Fiducia** – așa cum a fost concepută și reglementată în noul cod civil, nu este proprie utilizării în structurile de garantare, ci mai degrabă pentru crearea unor mase patrimoniale distincte ale constitutorului, pentru a corespunde unor scopuri determinate dorite de constitutor.



Fiducia

operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi ... către unul sau mai mulți fiduciar care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari.

Conform definiției, fiduciarul devine titularul unui drept real (poate fi vorba de un drept de proprietate sau de un drept de ipotecă) sau titularul unei garanții, ca urmare a transferului respectivului drept sau garanție de către titularul acestuia - așadar, de către creditorul/creditorii ipotecari ... ceea ce presupune constituirea anterioară a ipotecii în favoarea creditorilor și apoi transferul către fiduciar

În plus, fiducia nu are un regim juridic complet și clar delimitat și impune și o serie de costuri

Nu am văzut-o utilizată niciodată în practică pentru scopul garantării.

Situația după apariția noului Cod Civil (2/4)

□ Beneficiarul ipotecii – concept introdus în art. 164 din legea 71/2011

1. Ipoteca mobilă poate fi constituită în favoarea creditorului obligației ipotecare sau a unui terț desemnat de către acesta.
2. Atunci când beneficiarul ipotecii mobiliare este un terț, el va exercita drepturile creditorului ipotecar și va fi ținut de obligațiile acestuia.
3. Ipoteca mobilă convențională poate fi constituită în favoarea unui singur beneficiar sau a mai multor beneficiari simultan.
4. Atunci când sunt mai mulți beneficiari ai aceleiași ipotecii mobiliare, ei vor primi același rang, fie prin înregistrarea simultană a ipotecii mobiliare în registrele de publicitate, fie prin desemnarea unui agent.
5. Agentul va putea să exercite toate drepturile creditorilor ipotecari care l-au desemnat. El va putea singur să asigure perfectarea ipotecii mobiliare și menținerea sau modificarea înregistrării acesteia.
6. Agentul va răspunde față de beneficiarii ipotecii mobiliare pentru actele întreprinse.

Situația după apariția noului Cod Civil (3/4)

□ Beneficiarul ipotecii introdus în art. 164 din legea 71/2011 (cont.)



Avantaje clare:

- art. 164 reprezintă un pas mare înainte în adaptarea și modernizarea regimului juridic al ipotecilor
- permite decuplarea calității de creditor de cea a persoanei în favoarea căreia se constituie ipoteca (“*beneficiarul ipotecii*”), acesta din urma exercitând însă toate prerogativele și drepturile în pe seama creditorului/creditorilor
- devine posibilă implementarea și în tranzacțiile de finanțare în care este aplicabilă legea română structura de garantare utilizată în finanțările internaționale prin desemnarea unui agent de garanție
- facilitează realizarea formalităților de publicitate – doar beneficiarul este înscris în Registrul Național de Publicitate Mobiliară și este cel care va putea executa ipoteca, urmând să împartă fondurile rezultate conform înțelegerii contractuale dintre creditor
- simplifică foarte mult procesul în caz de transfer de drepturi și obligații și în caz de executare

Situația după apariția noului Cod Civil (4/4)

❑ Beneficiarul ipotecii introdus în art. 164 din legea 71/2011 (cont.)



Puncte de îmbunătățit:

textul se referă doar la ipotecile mobiliare

- creează o diferență de regim între ipoteci mobiliare și imobiliare, care nu este justificată și care poate reprezenta o piedică în finanțările în care pachetul de garantare conține și ipoteci imobiliare
- consider că ar trebui luată în considerare o modificare legislativă pentru a permite același regim și pentru ipotecile imobiliare
- în finanțările internaționale, se vor utiliza în continuare conceptele de *trust* și de *parallel debt* pentru desemnarea beneficiarului ipotecii, dar finanțatorii români sunt dezavantajați în ceea ce privește constituirea ipotecilor imobiliare (neavând un mecanism similar în legea română)

regimul beneficiarului ipotecii este sumar reglementat, ridicând un număr de întrebări:

- regimul ipotecilor și sumelor ce urmează a fi încasate de beneficiar în contextul unei executări a ipotecilor, în caz de insolvență a beneficiarului ipotecii
- regimul juridic aplicabil în situația în care se dorește înlocuirea beneficiarului ipotecii după constituirea ipotecii în favoarea acestuia – putem găsi aici o aplicație practică a cesiunii ipotecii?

Scurtă analiză comparativă cu dreptul francez

- ❑ În octombrie 2017 legiuitorul francez a adoptat legislație specifică cu privire la regimul juridic al agenților de garanție (“*agent des sûretés*”) în finanțări sindicalizate prin includerea unor prevederi în acest sens în codul civil francez.



Scopul principal

stabilirea unui regim juridic clar, simplu, pentru a permite fără dubiu unui agent de garanție să devină beneficiar al ipotecilor pe seama multiplelor părți finanțatoare care pun la dispoziție fondurile bănești.

- ❑ Conform prevederilor din dreptul francez, agentul de garanție este autorizat prin lege să ”dețină” ipotecile în nume propriu, dar pe seama creditorilor și poate efectua formalitățile de publicitate, gestiona și executa ipotecile, poate lua orice măsuri și poate demara orice procedură cu privire la bunurile ipotecate și să reprezinte interesele creditorilor în procedura insolvenței debitorului ipotecar.
- ❑ Un punct foarte important este recunoașterea distinctă în patrimoniul agentului de garanție a bunurilor ipotecate și a banilor obținuți din executarea ipotecilor – care sunt dedicate creditorilor ce l-au desemnat ca agent de garanție, fără a fi afectate de alte obligații de plată ale agentului de garanție în favoarea creditorilor proprii sau altor categorii de creditori.

Concluzii



Codul civil a făcut pași importanți în direcția modernizării și flexibilizării unor instituții tradiționale de drept românesc, permițând **aliniera** (chiar dacă parțială pentru moment) la practicile internaționale în materie de finanțări prin utilizarea agentului de garanție.



Este important să se elimine diferența nejustificată dintre ipotecile mobiliare și cele imobiliare și să fie permisă constituirea de ipoteci imobiliare **în favoarea unui terț** desemnat de creditori.



De asemenea, este important să fie **consfințite legislativ** toate atributele relevante pentru funcționarea acestui concept de terț beneficiar al ipotecii/agent de garanție (inclusiv recunoașterea explicită a separării patrimoniale pentru a păstra nealterate drepturile diferitelor categorii de creditori).



NNDKP

Str. Barbu Văcărescu nr. 201,
Globalworth Tower et. 18, Sector 2,
București, 020276, România

T: +40 21 201 12 00 | **F:** +40 21 201 12 10

E: office@nndkp.ro | www.nndkp.ro

Birouri regionale: Timișoara | Cluj-Napoca

Afilieri internaționale:

