

# **SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRII ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI**

**MIHAELA SĂRĂCUȚ  
JUDECĂTOR  
CURTEA DE APEL CLUJ**

“Insolvența este eșecul sau chiar catastrofa întreprinzătorului, starea, de cele mai multe ori iremediabilă, pe care întreprinzătorul ar fi trebuit, dar nu a putut, să o evite; procedura insolventei este modul în care legea și tribunalele organizează eșecul în afaceri.(...)”

Dacă afacerea este o aventură, atunci insolvența este consecința aventurii care s-a terminat prost.”

## SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

- **super-priority**

”The rights of certain creditors of a bankrupt debtor to receive payment before others that would seem to have superior claims to money or assets; typically granted when a creditor provides much-needed financing after the filing of the bankruptcy petition. Attorneys and bankruptcy trustees have a de facto superpriority because they will always be paid from estate assets before any other creditors.”

- <http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/superpriority>

# SUPERPRIORITATEA FINANȚARILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

- **SPEȚA:**

Administratorul special al Soc. A SRL - în procedură de insolvență, în perioada de observație, se confruntă cu mari dificultăți financiare; apelează la ajutorul unei societăți bancare căreia îi solicită un împrumut, pentru finanțarea activității și implementarea planului de reorganizare. Împrumutul solicitat este obținut, societatea bancară punând la dispoziția societății suma solicitată, însă, întrucât debitoarea nu mai avea bunuri libere de sarcini, se constituie o garanție asupra sumelor din conturile acesteia.

Împrumutul este utilizat pentru plata unor datorii istorice iar planul de reorganizare întocmit și depus de debitoare nu este votat astfel că societatea intră în faliment.

Societatea bancară care a asigurat finanțarea debitoarei solicită plata sumei acordate invocând faptul că această creanță beneficiază de o prioritate la restituire potrivit art.159 alin.1 pct.2 respectiv art.161 pct.2.

- **Judecătorul sindic a respins cererea formulată de către creditorul bancar.**

# **SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI**

- **SECTIUNEA 1: Principii**

## **Art. 4**

- Prevederile prezentei legi se bazează pe următoarele principii:

**8. asigurarea accesului la surse de finanțare în procedurile de prevenire a insolvenței, în perioada de observație și de reorganizare, cu crearea unui regim adecvat pentru protejarea acestor creanțe;**

- **Art.87 alin.4 din LPPII**

(4) Finanțările acordate debitorului în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, cu aprobarea adunării creditorilor, beneficiază de prioritate la restituire, potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 2 sau, după caz, potrivit prevederilor art. 161 pct. 2.

Aceste finanțări se vor garanta, **în principal**, prin afectarea unor bunuri sau drepturi care nu formează obiectul unor cauze de preferință, iar **în subsidiar**, dacă nu există astfel de bunuri sau drepturi disponibile, cu acordul creditorilor beneficiari ai respectivelor cauze de preferință.

În ipoteza în care acordul acestor creditori nu va fi obținut, prioritatea la restituire a acestor creanțe, prevăzută de art. 159 alin. (1) pct. 2, va **diminua** regimul de îndeplinire al creditorilor beneficiari ai cauzelor de preferință, **proporțional**, prin raportare la întreaga valoare a bunurilor sau drepturilor care formează obiectul acestor cauze de preferință.

În cazul inexistenței sau al insuficienței bunurilor care să fie grevate de cauze de preferință în favoarea creditorilor ce acordă finanțare în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, pentru partea negarantată a creanței, aceștia vor beneficia de prioritate potrivit prevederilor art. 161 pct. 2.

# SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

- **Art.5 pct. 2 Legea nr.85/2014**

**activitățile curente** reprezintă acele activități de producție, comerț sau prestări de servicii și operațiuni financiare, **propuse a fi efectuate de debitor** în perioada de observație și în perioada de reorganizare, **în cursul normal al activității sale**, cum ar fi:

- a) continuarea activităților contractate și încheierea de noi contracte, conform obiectului de activitate;
- b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora;
- c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente;

## SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

- **art.159 alin.1 pct.2 din LPPII**

Fondurile obținute din vânzarea bunurilor și drepturilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de cauze de preferință, vor fi distribuite în următoarea ordine:

2. creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință născute în timpul procedurii de insolvență. Aceste creanțe cuprind capitalul, dobânzile, precum și alte accesorii, după caz;

- **art.161 pct.2**

Creanțele se plătesc, în cazul falimentului, în următoarea ordine:

2.creanțele provenind din finanțări acordate potrivit art. 87 alin. (4);



# SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

- **Art.133 alin.5 lit.F din Legea nr.85/2014**

(5) Planul va specifica măsurile adecvate pentru punerea sa în aplicare, cum ar fi:

F) lichidarea parțială sau totală a activului debitorului în vederea executării planului.

Sumele de bani obținute după vânzarea unor bunuri asupra cărora poartă cauze de preferință, potrivit prevederilor Codului civil, vor fi distribuite, obligatoriu, creditorilor titulari ai acelor cauze de preferință, cu respectarea dispozițiilor art. 159 alin. (1) și (2);

# **SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI**

- **”Ca să obții un împrumut trebuie să dovedești mai întâi că nu ai nevoie de el”**

**Eduard A. Murfy (1918-1990)**

## SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

Reorganizarea este preferată falimentului întrucât:

- valoarea proprietăților aflate în garanție a scăzut;
- se dorește menținerea unui client pe perioada reorganizării dar și după ieșirea din reorganizare;
- are loc achitarea dobânzilor curente;
- se obține prelungirea termenului în care vor fi eventual valorificate anumite active, în speranța unui reviriment al pieței

# SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

## **Art. 87**

(1) În perioada de observație, debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, după cum urmează:

a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare, în sensul art. 67 alin. (1) lit. g), și nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;

b) sub conducerea administratorului judiciar, dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

**(2) Actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile prevăzute la alin. (1) vor putea fi autorizate în exercitarea atribuțiilor de supraveghere de administratorul judiciar; (...)**

# **SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI**

- **cauza C-156/15,  
„Private Equity Insurance Group” SIA împotriva „Swedbank” AS,**

**Directiva 2002/47/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 6 iunie 2002 privind contractele de garanție financiară trebuie interpretată în sensul că nu conferă beneficiarului unei garanții financiare precum cea în discuție în litigiul principal, potrivit căreia asupra fondurilor depuse într-un cont bancar se constituie o ipotecă mobilă a băncii pentru a garanta toate creanțele acesteia împotriva titularului contului, dreptul de a executa această garanție independent de deschiderea unei proceduri de insolvență față de cel care constituie garanția decât dacă, pe de o parte, fondurile care fac obiectul garanției menționate au fost vărsate în contul în cauză înainte deschiderii acestei proceduri sau dacă fondurile respective au fost vărsate în acesta în ziua deschiderii menționate, având în vedere că banca a dovedit că nu a cunoscut și nici nu putea să cunoască faptul că respectiva procedură a fost deschisă, și dacă, pe de altă parte, titularul contului respectiv a fost împiedicat să dispună de fondurile menționate după vărsarea lor în același cont.**

# **SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI**

## **ICCJ - Decizia nr.18 din data de 30.05.2017**

- Admite sesizarea formulată (...) și, în consecință, stabilește că:

În sensul legii penale, **funcționarul bancar**, angajat al unei societăți bancare cu capital integral privat, autorizată și aflată sub supravegherea Băncii Naționale a României, **este funcționar public, în accepțiunea dispozițiilor art.175 alin.(2) din Codul penal.**

- **Art. 175 cod penal**

Funcționar public

(1) Funcționar public, în sensul legii penale, este persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație:

a) exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești;

b) exercită o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură;

c) exercită, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia.

(2) De asemenea, **este considerată funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.**

- **Abuzul în serviciu**

(1) Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.

(2) Cu aceeași pedeapsă se sancționează și fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, îngreuește exercitarea unui drept al unei persoane ori creează pentru această o situație de inferioritate pe temei de rasă, naționalitate, origine etnică, limba, religie, sex, orientare sexuală, apartenența politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA.



## Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

In **Franta**, Legea a instituit ordine expresă de prioritate a obiectivelor sale:

- salvarea întreprinderii
- menținerea locurilor de muncă
- plata datoriilor și mijloacele de realizare.
- instituirea perioadei de observație, pentru realizarea diagnosticului întreprinderii și pentru întocmirea bilanțului economic și social al acesteia, urmate de o posibilă propunere de plan de redresare.
- în centrul procedurii este menținerea întreprinderii, adică a debitorului, iar nu satisfacerea intereselor creditorilor.
- delimitarea atribuțiilor și sferelor administratorului-judiciar de cele ale mandatarului-lichidatorului.

# Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței SUA

- (I) Codul federal al insolvenței în SUA - Titlul 11 al US Code. BANKRUPTCY REFORM ACT din 1978 Insolvența entităților cu personalitate juridică - Capitolul 11 “Reorganizarea” al Titlului 11 al US Code ( Chapter 11).
  - debitorul rămâne în posesia bunurilor sale și continuă să își desfășoare activitatea ca orice altă firmă, dar sub supravegherea comitetului creditorilor și a instanței competente
  - de cele mai multe ori debitorului îi este permis să-și conducă activitatea (“debtor in possession”)
  - beneficiază de stoparea curgerii accesoriilor la creanțele sale
  - poate exercita cele mai multe dintre puterile unui administrator judiciar (trustee) în această perioadă
  - Chapter 11 asigură debitorului o largă influență, precum și multe drepturi, în cadrul procedurii.

## Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

- debitorul are la dispoziție o perioadă de 120 de zile (posibil a fi extinsă la 180 de zile) în care să elaboreze un proiect de plan de redresare
- pentru adoptare = majoritate calificată de creditori
- **planul poate propune plăți către creditori din profituri viitoare, lichidări ale unora dintre bunuri, o fuziune sau o recapitalizare**
- pentru a fi valid, planul trebuie să îndeplinească o serie de condiții: să fie fezabil, să satisfacă în cel mai înalt grad creanțele creditorilor (tratamentul corect și echitabil).

### ASPECTE CRITICABILE:

- rata de succes a reorganizărilor este sub 10%.
- în anumite industrii, cum ar fi cele de transporturi aeriene sau de telecomunicații, firmele insolvente reușesc să ajungă la un nivel al datoriei care poate fi gestionat
- controlul reorganizării aparține debitorului

## Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

- în practică, se extinde perioada necesară propunerii planului.
- managerii unora dintre companii, cum au fost Polaroid ori Enron au primit **autorizarea de a vinde bunuri înainte de elaborarea planului de redresare, evitând astfel obținerea acordului creditorilor**
- costuri foarte mari asociate cu restructurarea judiciară a companiilor
- super-prioritatea creanțelor creditorilor „curenți” - **creditorii „istorici” trebuie să beneficieze de protecție adecvată.**

### COMPARATIE FRANTA – SUA:

- în SUA instanța de insolvență joacă rolul unui arbitru între diferiții creditori și debitor, în procesul de realizare a unui plan de reorganizare
- instanța franceză similară supervizează dar și controlează procedura de insolvență, putându-i determina înseși efectele
- instanța franceză poate alege, fără aprobarea creditorilor, un plan de reorganizare care reduce valoarea distribuțiilor către creditori, în numele prezervării locurilor de muncă

# Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

## Germania

(I) Codul Insolvenței (Insolvenzordnung), în vigoare din 1 ianuarie 1999.

- noua lege a înlocuit Codul Falimentului din 1877 și a schimbat orientarea dinspre lichidare spre reorganizare

- planul de reorganizare (echivalent cu cel din Chapter 11)
- stoparea curgerii penalităților și a altor accesorii după deschiderea procedurii
- creșterea atribuțiilor și puterilor administratorului judiciar
- în general, legea protejează debitorul de acțiuni și pretenșii individuale din partea creditorilor, pentru a asigura inițierea reorganizării

## **Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței**

- administratorul judiciar poate să prezeve activele întreprinderii,
- drepturile angajaților sunt un obstacol major în calea succesului unei reorganizări
- relațiile de muncă pot să continue sau să fie transferate cu activele către noua entitate care le preia.
- super-priority, similar cu Chapter 11 US Code, dar nu în totalitate - ex., acordul creditorilor “istorici”.

## Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

- **Austria**
- anterior reformei din 2009 - două proceduri separate de insolvență:
  - proceduri de compromis / înțelegere (composition) având ca unic scop restructurarea debitorului
  - proceduri de faliment, care se terminau fie în procedura de compromis/înțelegere obligatoriu/e (compulsory composition) sau în lichidarea debitorului.

**Legea privind reforma insolvenței din 2009**  
(Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2009; IRÄG 2009 – a intrat în vigoare la 1 iulie 2010) - a creat o singură procedură de insolvență.

## Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

- compromisul obligatoriu a devenit plan de reorganizare
- noua procedura a insolvenței are ca finalitate fie lichidarea, fie reorganizarea judiciară a debitorului
- reorganizarea judiciară este bazată pe un plan de restructurare
- pentru acceptarea planului de către creditorii = o majoritate simplă a creditorilor înscrși în tabelul de creanțe, sau o simplă majoritate a creanțelor înscrise în tabel (majoritatea calificată de 75% din totalul creanțelor, anterior reformei).
- conducerea activității curente a debitoarei:
  - ✓ va fi încredințată managerului/ilor companiei debitoare
  - ✓ va putea fi transferată unui administrator judiciar desemnat de instanța competentă.



## Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

- conducerea activității de către organele de conducere ale debitoarei dacă:
  - ❑ minim 30% din creanțele asupra averii debitoarei sunt acoperite
  - ❑ un plan de reorganizare sa fie depus si acceptat de creditorii in termen maxim de 90 de zile de la deschiderea procedurii.
- ❖ Dacă debitoarea nu îndeplinește anumite condiții sau își retrage proiectul de plan de redresare, **instanța competentă**:
  - ✓ desemnează un administrator judiciar care preia dreptul de administrare al debitoarei
  - ✓ transformă reorganizarea în procedura de faliment

# Drept comparat – legislația în domeniul insolvenței

## ASPECTE CRITICABILE:

- nu asigură o protecție adecvată și rapidă a debitorului față de creditori (e.g. nu asigură proceduri de pre-insolvență)
- după deschiderea procedurii de insolvență *fixează termene prea scurte pentru depunerea unui plan de redresare*
- nu oferă posibilitatea creditorilor de a participa la reorganizare (e.g. prin restructurare, achiziția părților sociale/acțiunilor debitoarei în schimbul creanțelor lor)

## SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

- Insolvența – o situație normală într-o economie de piață
- Legea 85/2014 – nu e departe de legislațiile europene și internaționale în domeniu
- ” ... sistemul adoptat este unul relativ modern și cuprinzător, prin comparație cu alte legislații europene (...)” - **Banca Mondială în Raportul privind Respectarea Standardelor și Codurilor (ICR – ROSC) - aprilie 2014.**

# SUPERPRIORITATEA FINANȚĂRILOR ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI



