

Institutul European din România

Studiul nr. 8

ASPECTE ALE FALIMENTULUI ÎN ECONOMIA ROMÂNEASCĂ

-perspectivă comparativă și analiză-

Autori:

Prof. univ. dr. Daniel Dăianu - coordonator

Lect. univ. drd. Dragoș Pîslaru

Conf. univ. dr. Liviu Voinea

SUMAR

INTRODUCERE	3
1. INSTITUȚIA FALIMENTULUI	5
1.1. PRINCIPII, SCOPURI, EFICIENȚĂ.....	5
<i>Rațiunea falimentului</i>	5
<i>Principiile și scopurile falimentului</i>	6
<i>Efectele falimentului</i>	8
<i>Premize necesare pentru eficiența unui sistem de insolvență</i>	9
1.2. FALIMENTUL SISTEMIC.....	12
2. ANALIZĂ INTERNAȚIONALĂ COMPARATIVĂ	15
2.1. TIPOLOGII LEGISLATIVE: CARACTERISTICI ȘI EFICIENȚA.....	15
<i>Tabel 1. Marile tipologii legislative privind falimentul pe plan internațional</i>	16
2.2. DIRECȚII DE REFORMĂ PE PLAN INTERNAȚIONAL.....	22
2.3. EXPERIENȚA STATELOR MEMBRE ÎN MATERIA INSOLVENȚEI ȘI FALIMENTULUI (FRANȚA, GERMANIA, SPANIA, ITALIA, MAREA BRITANIE).....	24
<i>Franța</i>	24
<i>Germania</i>	26
<i>Spania</i>	27
<i>Italia</i>	28
<i>Marea Britanie</i>	30
2.3. EXPERIENȚA ȚĂRILOR ÎN TRANZIȚIE ÎN MATERIA INSOLVENȚEI ȘI FALIMENTULUI (REPUBLICA CEHĂ, POLONIA, UNGARIA, SLOVACIA, BULGARIA ETC.).....	33
<i>Inițierea procedurii de insolvență</i>	37
<i>Lichidare vs. reorganizare</i>	40
<i>Împărțirea activelor rezultate în urma intrării în insolvență</i>	43
<i>Cadrul instituțional al insolvenței în țările în tranziție</i>	44
<i>Analiza comparativă și clasificarea BERD</i>	47
2.5. CADRUL LEGAL PRIVIND FALIMENTUL PRIN PRISMA ACQUIS-ULUI COMUNITAR.....	51
<i>Domeniul de aplicare</i>	51
<i>Armonizarea legislației românești cu Regulamentul CE privind insolvența</i>	54
2.6. RECOMANDĂRI DE BUNĂ PRACTICĂ ÎN DOMENIUL INSOLVENȚEI ÎN UE.....	55
3. ROMÂNIA: UNDE NE SITUĂM?	58
3.1. CADRUL LEGAL PRIVIND FALIMENTUL.....	58
<i>Figura 2: Studii de caz – lichidare parțială și vânzare în urma intrării în faliment</i> 61	
3.2. INSOLVENȚĂ, FALIMENT ȘI STATUL ÎN CALITATE DE ACȚIONAR ȘI CREDITOR.....	62
<i>Lichidare și faliment în cazul firmelor din portofoliul APAPS</i>	64
3.3. INSOLVENȚĂ, FALIMENT ȘI POLITICA PRIVIND AJUTOARELE DE STAT.....	66
<i>Ajutoarele de stat în România</i>	66
4. IDEI PRINCIPALE ȘI RECOMANDĂRI	73
REFERINȚE	77

Introducere

În contextul procesului de aderare la Uniunea Europeană, criteriul cheie¹ pe care România trebuie să le îndeplinească este cel economic, care presupune existența unei economii de piață funcționale. Chiar dacă termenul de economie funcțională este destul de ambiguu și subiectiv, este însă unanim acceptat că între trăsăturile fundamentale ale unei economii de piață se enumeră și ieșirea de pe piață, în sensul inexistenței unor bariere legale, administrative, politice sau de orice altă natură care să mențină pe piață întreprinderi neviabile. Procesul de ieșire de pe piață este definit mai ales prin instituția falimentului, care are un rol important în realocarea resurselor și primenirea mediului de afaceri.

Plecând de la perspectiva aderării României la UE și condițiile dezvoltării unei economii sănătoase studiul de față încearcă să evalueze prevederile în domeniul insolvenței; se caută să se explice starea de fapt existentă și să se surprindă posibile îmbunătățiri care ar putea contribui la creșterea competitivității și funcționalității economiei românești.

Din punct de vedere metodologic, studiul își propune o analiză a legislației privind procedura de faliment, atât la nivel național, cât și la nivel comunitar și internațional. Pe lângă textele legale, și interpretarea lor juridică, lucrarea ofera și o perspectivă economică asupra falimentului și a stării de insolvență, bazată pe o documentare care să permită o analiză comparativă a procedurii de faliment la nivel regional și internațional;

Studiul de față trebuie privit în conexiune cu alte studii din cadrul programului Pre-Accession Impact Studies - PAIS II – coordonat de Institutul European din România. Spre exemplu, studiul numărul 10 „Politica de control al ajutoarelor de stat acordate în sectoare specifice”, aprofundează perspectivele viitoare ale implicării statului în susținerea anumitor sectoare industriale importante. Așa cum vom observa în studiul nostru, politica privind ajutoarele de stat are un efect direct asupra procesului de ieșire de pe piață, prin componenta legată de ajutoarele de salvare-restructurare, dar și de sprijinire a unor domenii care pot dezvolta avantaje comparative dinamice².

¹ Criteriile de aderare stabilite de Consiliul European de la Copenhaga, 1993;

² O altă componentă relevantă este politica activă de sprijinire a unor poli de excelență – spre exemplu cazul Nokia în Finlanda;

Din punct de vedere al structurii prezentării, studiul începe printr-o analiză a implicațiilor economice ale falimentului, care explică raționalitatea economică a procedurii, prezintă premisele unei proceduri de insolvență eficiente și, nu în ultimul rând, evaluează efectele potențiale ale falimentului.

O a doua parte a studiului se concentrează pe o investigație comparativă privind armonizarea procedurii de faliment la nivel internațional. Analiza se oprește cu mai mare atenție asupra prevederilor armonizate din spațiul comunitar, surprinzând aspecte specifice ale legislației privind insolvența din cinci state membre. Mai apoi, se face o trecere în revistă a particularităților procedurii de insolvență pentru economiile în tranziție, surprinzându-se comparativ șase țări, inclusiv România.

A treia parte a lucrării se oprește pe situația României în domeniul insolvenței. Pe lângă explorarea prevederilor legale, care oferă cadrul juridic și procedural, sunt scoase în evidență probleme legate de rolul și implicarea statului român în procedura de faliment, precum și consecințele pe care această politică le are asupra procesului de ieșire de pe piață.

1. Instituția falimentului

1.1.Principii, scopuri, eficiență

Rațiunea falimentului

În ultimele două decenii, un număr tot mai mare de specialiști în drept comercial, cât și de economiști interesați de cadrul legal al proceselor economice și-au îndreptat atenția asupra conceptului de faliment. Acest efort de analiză s-a materializat într-un număr considerabil de lucrări, atât la nivel teoretic, cât și empiric, concentrate mai ales pe funcționalitatea procedurilor de faliment și pe procesul de reformă în domeniul insolvenței. Așa cum vom vedea în cele ce urmează, deși literatura în domeniu este extrem de variată în opinii și abordări, se poate spune că există premisele ajungerii la un consens privind scopul falimentului și cele mai importante caracteristici ale unei proceduri de faliment eficiente. Însă nu se poate pune problema unui sistem unic, armonizat, care să constituie alternativa optimă de adoptat pentru orice țară.

Încă de la început, trebuie subliniat faptul că reforma procedurii de faliment nu trebuie privită în mod izolat, ci trebuie înțeleasă în contextul larg al altor reforme juridice și instituționale, cum ar fi pregătirea judecătorilor, îmbunătățirea guvernanței corporatiste, consolidarea sectorului financiar-bancar, aplicarea legilor în general etc.

Revenind însă la faliment, prima întrebare care trebuie pusă, este de ce este nevoie de instituționalizarea unei astfel de proceduri complicate. Agenții economici ajung în situația de a avea datorii din varii motive. Poate cel mai important motiv este însă posibilitatea de a obține resurse financiare în prezent prin anticiparea veniturilor lor viitoare. Dacă acest proces de anticipare este eronat, sau din oricare alte motive, se poate ajunge în situația de incapacitate de plată sau altfel spus, insolvență. Aceasta din urmă trebuie deosebită de criza de lichiditate, care privește insuficiența temporară a mijloacelor de plată. Legislația privind falimentul este menită în principal să răspundă la problemele generate de insolvență.

În absența unei legislații privind falimentul, creditorul are două remedii alternative (Hart, 2003). În cazul unui împrumut garantat, creditorul poate dispune executarea silită a activelor care servesc drept colateral pentru împrumut. În cazul unui

împrumut fără garanții, creditorul se poate adresa instanțelor de judecată pentru a obține vânzarea parțială sau totală a activelor debitorului.

Această din urmă metodă de colectare a datoriilor se dovedește însă a fi ineficientă atunci când sunt mai mulți creditori și activele debitorului nu acoperă pasivele acestuia. În aceste condiții, creditorii vor intra într-o cursă unii cu ceilalți pentru a fi primii în a-și recupera datoriile. O asemenea întrecere între creditori poate duce însă la dezmembrarea activelor debitorului, care poate avea drept consecință o scădere abruptă a valorii agregate, funcționale a activelor, cu efect negativ asupra posibilității de recuperare a datoriilor de către creditori.

Ca urmare, este în interesul colectiv al creditorilor ca executarea activelor debitorului să se facă în mod ordonat și eficient, prin intermediul unei proceduri de faliment.

În principiu, întreprinzătorii pot stabili între ei, în mod contractual, procedura de faliment pe care ar o considera eficientă și echitabilă. Cu alte cuvinte, debitorul ar fi putut specifica în cadrul unui contract de împrumut ceea ce ar trebui să se întâmple în condițiile ajungerii în stare de insolvență. Pregătirea de astfel de contracte este însă dificilă, dat fiind faptul că debitorul poate achiziționa noi active, respectiv poate avea noi creditori în timp. Analiza empirică, ce arată că marea majoritate a statelor lumii au o procedură de faliment, mai mult sau mai puțin avansată, definită ca instituție publică, sugerează că soluțiile de reglementare privată a procedurii de faliment nu sunt foarte eficiente (Hart, 2003). Cu alte cuvinte, guvernele trebuie să se implice în acest domeniu, cel puțin prin oferirea unei proceduri standard de faliment, care să se aplice atunci când părțile implicate nu decid altfel prin contracte private.

Dacă necesitatea unei legislații privind falimentul este acum mai clară, totuși nu este de loc simplu de stabilit care ar trebuie să fie fundamentele unei astfel de reglementări.

Principiile și scopurile falimentului

Așa cum am anticipat deja, nu există un cod universal al falimentului, o lege unică aplicabilă la nivel mondial. Legislația privind falimentul a cunoscut în multe țări o evoluție în balanța puterii dintre interese diferite, în paralel cu transformarea structurală a economiei și cu dezvoltarea istorică a societății în general. Prevederile legislațiilor

naționale privind falimentul trebuie adaptate specificităților fiecărei țări, deși preluarea unor standarde internațional acceptate ar putea avea avantajele ei. Problema este că astfel de standarde sunt greu de definit; pe plan internațional există astăzi un număr mare de schimbări în legislația privind falimentul și un set de direcții în care aceste schimbări au loc (detaliate în capitolul 2 al acestei lucrări). Stiglitz susține că nu există nici o legislație națională privind falimentul care să fie în mod evident cea mai bună pentru toate părțile interesate din societate, cu alte cuvinte nu există o legislație privind falimentul care să fie Pareto-optimală³. Și totuși, se poate admite că există întotdeauna o legislație mai bună decât celelalte posibile, în condițiile date, din punct de vedere al unei economii naționale. Legislațiile diferite privind falimentul impun diferite costuri informaționale și alocări diferite ale riscului, iar o parte dintre ele se pot dovedi inefficiente.

Dacă regimul privind falimentul nu este universal, și nici legislația nu este, în schimb scopurile falimentului sunt relativ universale. Banca Mondială, în cadrul inițiativelor sale de a dezvolta cooperarea internațională în domeniul insolvenței, și de a stabili o serie de principii și recomandări generale, sugerează trei scopuri fundamentale pe care le are falimentul (Banca Mondială, 2004).

Primul scop este maximizarea valorii totale distribuite creditorilor, acționarilor, angajaților, și celorlalte părți interesate. Firma în cauză poate fi reorganizată, vândută sau lichidată – oricare dintre opțiuni poate fi aleasă dacă generează maximum de eficiență.

Al doilea scop este reabilitarea afacerilor viabile și lichidarea celor neviabile. Legislația privind falimentul nu trebuie să fie nici prea dură cu firmele care pot avea un viitor, nici prea îngăduitoare cu firmele care au doar trecut.

Al treilea scop este prioritizarea cât mai simplă, mai predictibilă, a creanțelor: creditorii cu credite garantate ar trebui plătiți primii. În acest mod se consolidează instituția creditului și se reduc semnificativ costurile de creditare.

Plecând de la premiza că un regim funcțional al falimentului este esențial pentru eficiența unei economii de piață, Stiglitz (2003) rezumă la rândul său trei principii ale falimentului.

În primul rând, rolul central al falimentului în economiile capitaliste moderne este acela de a încuraja reorganizarea firmelor. În multe țări, printre care și Statele Unite, nu

³ Un optim paretian desemnează situația în care alocarea resurselor la nivelul societății să fie de făcută într-o asemenea manieră încât nici o altă alocare să nu poată oferi cuiva o creștere a bunăstării fără să provoace altcuiva o scădere a bunăstării.

mai poate fi pus semnul egal între faliment și lichidare sau simplul transfer de proprietate de la debitor la creditor.

În al doilea rând, falimentul nu îi afectează doar pe debitori și creditori, ci și pe alte părți interesate – în primul rând, pe angajații firmei debitoare. Consumatorii pot fi și ei părți interesate, mai ales în cazul monopolurilor sau utilităților publice. Apare așadar o externalitate importantă: rezolvarea conflictului dintre debitori și creditori afectează și terțe părți.

În al treilea rând, o procedură de faliment ar trebui să asigure alocarea mai eficientă a resurselor după faliment. Aici intervin o serie de factori, uneori cu influențe contradictorii: o procedură înceată ține pe loc activele firmei în cauză, privând-o astfel de posibile șanse de redresare; cea mai rapidă rezolvare implică menținerea managementului existent – cei chemați să rezolve problema sunt cei care au creat-o; managementul existent este cel mai predispus la înțelegere față de terțe părți (non-creditori).

Efectele falimentului

Orice legislație privind falimentul încearcă să realizeze un echilibru între protecția drepturilor creditorilor și celorlalte părți interesate, pe de o parte, și evitarea lichidării premature a unor afaceri viabile, pe de altă parte (Claessens și Klapper, 2002).

Opțiunile de politică economică, care se regăsesc în legislațiile naționale privind falimentul, sunt în mare parte o funcție a perspectivelor normative privind rezultatele așteptate, deși de multe ori aceste alegeri se fac în lipsa unei idei clare referitoare la metodele cele mai bune de atingere a rezultatelor respective (Westbrook, 2003).

Din perspectivă macroeconomică, rezultatul așteptat este recapitalizarea activelor care au ajuns neproductive fiind înconjurate de o masă de datorii ilichide. Unele sisteme economice preferă recapitalizarea prin vânzarea către un cumpărător care să aibă resursele necesare, alte sisteme se orientează către reeșalonarea și refinanțarea datoriei. Important este ca activele tangibile, intangibile și cele organizaționale să fie separate de datorii și să redevină astfel productive (Westbrook, 2003).

O altă alegere controversată de politică economică, în afara modalității de recapitalizare a activelor, se referă la inițierea procedurii de faliment: cine trebuie să aibă inițiativa, și mai ales când. Teoretic, inițierea timpurie a procedurii ar fi benefică. Problema apare însă din reticența debitorilor de a declanșa procedura, și asta pentru că

acționarii sunt, de cel mai multe ori, ultimii care ajung să primească ceva din activele rămase. În plus, există o asimetrie a informațiilor între debitori și creditori: debitorii sunt mai bine informați despre situația lor financiară decât creditorii. Legislațiile privind falimentul care nu rezolvă aceste două probleme, în fapt stimulente contra declarării falimentului, ajung să influențeze creșterea dobânzilor în economia respectivă. Dacă procedura de faliment nu este declanșată la timp, situația financiară a a debitorului se poate agrava și creanțele, chiar cele ale creditorilor garantați, devin mai greu de recuperat. Din cauza dificultăților de recuperare post-faliment a creanțelor, creditorii cresc ex-ante dobânzile, ca e o primă de risc suplimentară. Această problemă este mai puțin importantă în economiile în care finanțarea firmelor se realizează, pe scară largă, prin utilizarea capitalului de risc (venture capital), care presupune o asumare directă a riscului , din poziția de acționar.

Premize necesare pentru eficiența unui sistem de insolvență

Legislația privind falimentul nu funcționează însă de sine stătător. Un sistem juridic corupt sau ineficient poate transforma cele mai bune legi în literă moartă. Mai mult, Westbrook (2003) menționează câteva aspecte conexe foarte relevante pentru eficiența falimentului.

În primul rând, trebuie să existe instituții puternice, funcționale. Faptul că legislația privind falimentul din multe țări cu economie de piață consolidată nu s-a orientat către reforma instituțională și capacitatea administrativă – fapt explicabil prin însăși funcționarea corespunzătoare a instituțiilor în acele economii – poate să fi indus în eroare pe multe dintre țările în curs de dezvoltare și economiile emergente care s-au inspirat, mai mult sau mai puțin, din acele legislații. Aplicarea legislației privind falimentul necesită instituții puternice, independente. Falimentul, mai ales în situația marilor întreprinderi, poate să creeze ample ramificații politice și să implice intervenții politice în cazuri specifice. Iar câtă vreme deciziile politice pot indica și governa în mod adecvat direcțiile de dezvoltare macroeconomică ale unei economii, experiența arată că intervențiile politice în rezolvarea unor situații individuale la nivel micro-economic favorizează ineficiența și corupția (Lam și Kan, 1999).

Administratorii, ca și judecătorii sindici, trebuie să rămână independenți față de presiunile politice, pentru ca procedura de faliment de care se ocupă să aibă premisele

eficienței. Mai mult, administratorii trebuie să fie competenți, în sensul de a avea pregătire economică astfel încât, de exemplu, să poată distinge între un plan de reorganizare eficient și unul ineficient. Dacă lipsește această competență, procedura se îngreunează, durează mai mult și riscă să fie pătinoasă, pentru că se apelează la alte persoane competente sau la creditorii pentru a face aprecierile economico-financiare necesare.

În al doilea rând, legislația privind colectarea datoriilor, prudențialitatea bancară și impozitarea trebuie să fie congruente cu legislația privind falimentul. În special, un sistem eficient de colectare a datoriilor maximizează eficiența falimentului. Dacă un astfel de sistem reușește să lege neplata datoriilor de poprirea activelor, atunci debitorii vor fi stimulați mai degrabă să caute metode de plată a datoriilor decât să tărăgăneze, iar în cazul în care astfel de metode nu pot fi găsite, vor fi stimulați să inițieze chiar ei procedura de faliment. În caz contrar, nici o legislație privind falimentul nu va reuși, activând independent, să rezolve problemele într-o economie cu o cultură comercială a neplătii. Iar dacă este să ne referim aici la România, anticipând puțin capitolele următoare ale lucrării, o economie în care arieratele acumulate în ultimii 14 ani au ajuns la aproximativ 40% din PIB poate fi considerată ca având o astfel de cultură comercială. De aceea, legislația privind falimentul este doar o componentă a trecerii la o economie funcțională, și nu poate acționa eficient decât în conjuncție cu instituții puternice și cu un sistem legislativ armonizat.

În economiile care cunosc o anumită fragilitate instituțională, apare și un efect de demonstrare: un faliment le poate atrage pe altele; o amânare a falimentului, prin varii mijloace, poate încetini funcționarea mecanismelor economiei de piață; iar o reorganizare eficientă poate fi un model pentru alte reorganizări eficiente (Stiglitz, 2003).

Aplicarea falimentului nu depinde însă doar de soliditatea instituțiilor și de legislația asociată. Un factor determinant îl reprezintă și filosofia economică îmbrățișată de guverul fiecărei țări. Astfel, țările din Asia au practicat o politică industrială activă, care a însemnat ajutor de stat masiv și reticență în a închide întreprinderi importante. O astfel de politică a fost favorizată și de posibilitatea utilizării practicii de substituire a importurilor, prin intermediul politicii comerciale, și de o politică a concurenței mai permisivă, care a permis protejarea întreprinderilor autohtone. Pe de altă parte, și în inima Europei avem țări care au practicat o politică industrială în care ajutoarele de stat au jucat un rol important; Franța este o asemenea țară, fiind celebre cazurile Renault (industria

auto), Thomson (industria de apărare), Bull (IT) sau mai recent cazul Alstom. Italia este o altă țară care a adoptat o politică de salvare a marilor companii. Cazul Parmalat este doar un exemplu recent dintr-o listă mai lungă, care include și corporații cum ar fi FIAT, sprijinit statal în situațiile când se afla în dificultate.

1.2. Falimentul sistemic

Legislația privind falimentul, care urmărește să reglementeze situația unor firme individuale, nu poate acționa eficient nici atunci când o mare parte din economie se confruntă cu dificultăți financiare majore. Trebuie, deci, să facem aici, împreună cu Stiglitz (2003), distincția între falimentul individual și falimentul sistemic.

Când o singură firmă dă faliment, se prezumă că firma respectivă a făcut o greșeală (de ex: management prost, datorii prea mari) pe care alte firme nu au făcut-o. Când multe firme nu-și mai pot onora datoriile, greșeala nu mai este individuală, ci ține de sistem. Probabil că foarte multe firme aparent bine conduse din economiile dezvoltate ar da faliment a doua zi după ce rata dobânzii în acele economii ar atinge nivelurile la care aceasta s-a aflat în ultimul deceniu, și în unele cazuri (inclusiv România) încă se mai află, în multe dintre economiile emergente.

Când o singură firmă dă faliment, există o ofertă vastă de alte echipe manageriale. Când însă o bună parte din firmele dintr-o economie sunt în pragul falimentului, devine imposibil să înlocuiești toate echipele manageriale.

Mai mult, când există o criză financiară în sistem, este greu de stabilit valoarea netă a unei firme, ca și evaluarea multora dintre creanțele financiare. Explicația constă în faptul că unele active ale firmei intrată în faliment pot fi creanțe asupra altor firme care sunt și ele în faliment declarat sau în imposibilitatea de a le onora.

Dar poate cel mai important aspect al falimentului sistemic îl reprezintă consecințele sale macroeconomice: șomaj în masă, probleme de fluxuri financiare pentru sistemul bancar, un întreg cerc vicios cuprinzând restrângerea producției și în cele din urmă, după caz, încetinirea creșterii economice sau accelerarea recesiunii. Eficiența sistemului juridic, și implicit a administratorilor desemnați, este de asemenea redusă în cazul unui faliment sistemic. Stiglitz este de aceea de părere că doar o legislație privind falimentul sistemic poate rezolva astfel de cazuri; o legislație care să ofere un cadru de rezolvare a problemelor chiar în afara sistemului juridic și să evite risipirea resurselor de la bugetul public, prin diferite tipuri de ajutoare de stat, pentru cazuri individuale de firme. O rezolvare holistică, sistemică, apare drept necesară pentru o problemă de aceeași natură.

Un loc special în rândul falimentelor sistemice, sau al mediilor favorizante pentru astfel de falimente, îl reprezintă întreprinderile de stat care se confruntă cu dificultăți financiare, în economiile în care ponderea statului în totalul activelor din economie joacă

încă un rol important. Falimentul întreprinderilor de stat în economiile în tranziție are o serie de implicații macroeconomice care exced efectele unei simple situații de incapacitate de plată; Johnson (1999) enumeră o serie dintre acestea.

Atunci când statul este și proprietar, și debitor, și creditorul principal, stimulentele firești și soluțiile de compromis sunt distorsionate. Când statul practică iertarea de datorii pentru a evita lichidarea activelor sale, sistemul financiar este expus unui risc suplimentar, băncile sau ale instituții de credit adoptând măsuri prudențiale adiționale care conduc la creșterea costului creditului. O a doua implicație macroeconomică este potențialul de hazard moral. O politică de iertare de datorii poate să încurajeze și alți debitori, de stat sau privați, să nu își mai plătească datoriile comerciale sau fiscale. Fără iertarea de datorii însă, întreprinderile aflate în dificultate financiară nu pot, de obicei, decât să continue să producă pierderi.

O altă implicație macroeconomică este șomajul – vorbeam la început de modul în care șomajul afectează terțe părți. În cazul întreprinderilor de stat, angajații au o putere de negociere mai mare și pot încetini restructurarea necesară. Pe de altă parte, chiar dacă restructurarea se produce cu reducere de personal, se pune problema absorbției celor disponibilizați pe piața muncii. În multe economii emergente și în tranziție, capacitatea de absorbție este scăzută, mai ales că, muncind ani de zile în întreprinderi care mergeau în pierdere și în sectoare de activitate aflate în ajustare descrescătoare, noii șomeri sunt mai puțin calificați pentru sectoarele care ar putea să creeze locuri de muncă. Aceste redundanțe excesive crează din nou presiune pe buget.

Teoretic, falimentul, ca mecanism de ieșire de pe piață, eliberează resurse care se transferă către utilizări mai productive. În realitatea economiilor în care falimentul are o natură sistemică, piețele riscă să fie incapabile să absoarbă noi resurse. Rezultatul net este fie că activele își pierd din valoare în procesul de lichidare sau în așteptarea unui cumpărător care să ofere o sumă aproape de valoarea lor nominală, fie că sunt vândute la doar o fracțiune din acea valoare. Unul dintre scopurile falimentului, acela de maximizare a valorii totale distribuite, nu mai poate fi atins în cazul falimentului sistemic.

Noțiunea de faliment sistemic s-a dezvoltat în jurul marilor crize financiare, și a născut multă literatură de specialitate după criza asiatică din 1997-1998. Totuși, criza asiatică a fost mai degrabă una de lichiditate, decât una sistemică. Dovadă și faptul că majoritatea țărilor afectate de acea criză și-au revenit într-un timp extrem de scurt. Această noțiune poate contribui la descrierea situației țărilor în tranziție din Europa

Centrală și de Est, care au pornit pe drumul transformărilor economice cu o moștenire dificilă; încordarea structurală (Dăianu, 1996) din aceste sisteme poate fi văzută ca un factor determinant și agravant al falimentului sistemic.

În România, criza sistemică s-a îmbinat cu o criză de lichiditate (mai multe episoade ale acesteia din urmă, printre care 1991 și 1999). Această situație nu a fost încă depășită în totalitate. Aproape jumătate din activele din economie sunt încă proprietate de stat, și multe dintre ele sunt produc pierderi și acumulează datoriile la buget. În plus, în economia românească se regăsește o mare parte din setul de elemente specifice economiilor în tranziție (Johnson, 1999) care obstrucționează rezolvarea eficientă a dificultăților financiare ale întreprinderilor de stat, și anume:

- implicația factorului politic și conflictul de interese;
- sisteme financiare slabe; după criza bancară din 1998-1999, BNR a introdus măsuri adecvate de prudențialitate, dar eficiența acestora nu a apucat să fie încă testată într-un context critic;
- piața internă de capital subdezvoltată; nivelul intermedierei financiare este foarte scăzut (creditele neguvernamentale reprezentau aproximativ 14% din PIB în 2003), capitalizarea Bursei este redusă (aproximativ 7% din PIB în 2003), marja dintre dobânda activă și cea pasivă este încă mare (peste 10 puncte procentuale);
- guvernarea corporativă este precară; un regulament facultativ la Bursă și o ordonanță care introduce câteva principii de guvernare corporativă pentru întreprinderile de stat și regiile autonome sunt acțiuni încă insuficiente și venite destul de târziu;
- mediul de afaceri este încă puțin competitiv și adesea ostil întreprinzătorilor. Ajutoarele de stat sunt o practică foarte răspândită, și în plus în unele sectoare de activitate primii veniți (prin privatizare) au primit puteri suplimentare de piață, care le-au permis și încă le permit un comportament în detrimentul consumatorului. În plus, fenomenul răspândit al arieratelor (arierate cvasi-fiscale), echivalează cu extracția de „rente” de la stat;
- cadrul legislativ cunoaște schimbări frecvente și este insuficient implementat.

2. Analiză internațională comparativă

2.1. Tipologii legislative: caracteristici și eficiența

Legea britanică a falimentului din 1732 a fost prima astfel de lege în epoca modernă. Statele Unite au introdus prima lege privind falimentul în 1800, Franța, Spania și Germania de asemenea la începutul secolului al 19-lea. Falimentul se pedepsea cu închisoarea, și era văzut ca un mijloc de lichidare financiară a companiilor cu dificultăți și de distribuire a activelor rămase între creditorii. Prima procedură, rudimentară, de reorganizare a fost prevăzută în legislația austriacă din 1914. Prima procedură modernă de reorganizare apare abia în 1978, când a fost adoptat “capitolul 11” al legislației americane privind falimentul. În următorii 25 de ani valul de reforme al legislației privind falimentul a atins Italia în 1979, Franța în 1985, Marea Britanie în 1986, Noua Zeelandă în 1989, Australia și Canada în 1992, Germania în 1994 și 1999, Suedia în 1996, Japonia și Mexic în 2000. China, Rusia și majoritatea țărilor post-comuniste au introdus sau au modificat legile privind falimentul după 1990.

Conform Băncii Mondiale (2004), vârsta medie a legislației privind falimentul în primele zece țări cu cea mai bună practică în domeniu - Belgia, Canada, Finlanda, Irlanda, Japonia, Republica Coreea, Letonia, Olanda, Norvegia, Singapore – este de numai șase ani.

În aceste condiții, eforturile legislative ale României în direcția reglementării falimentului, în special prin reactualizarea Legii 64/1995, prin adoptarea recentă a Legii 149/2004, se înscriu în dinamica internațională. Prevederile legislațiilor naționale diferă însă de la caz la caz, la fel și eficiența acestora.

Literatura internațională recunoaște câteva tipologii de legislații privind falimentul: cea britanică (din care fac parte și legislațiile din Australia, Africa de Sud, Canada, SUA), cea franceză (din care fac parte jumătate din statele membre ale UE-15), cea germanică (din care face parte și Japonia) și cea scandinavă (sau nordică). După cum se poate observa din tabelul 1, legislația privind falimentul în țările membre ale UE are rădăcini și reprezentanți în toate aceste mari tipologii; o lege unitară nu există, și nici un regim standard la nivel european privind falimentul.

Tabel 1. Marile tipologii legislative privind falimentul pe plan internațional

	Nu se păstrează automat activele	Creditorii garanțați sunt plătiți primii	Restricții asupra posibilității managerilor de a se proteja în justiție de creditori	Înlocuirea managerilor în procesul de reorganizare
<i>(0 pentru nu, 1 pentru da)</i>				
Irlanda	0	1	0	0
Marea Britanie	1	1	1	1
Legislații de origine britanică - medie	0,72	0,89	0,72	0,78
Belgia	1	1	0	0
Franța	0	0	0	0
Grecia	0	0	0	1
Italia	0	1	1	0
Olanda	0	1	1	0
Portugalia	0	1	0	0
Spania	1	1	0	0
Legislații de origine franceză - medie	0,26	0,65	0,42	0,26
Austria	1	1	1	0
Germania	1	1	1	0
Legislații de origine germană - medie	0,67	1,00	0,33	0,33
Danemarca	1	1	1	0
Finlanda	0	1	0	0
Norvegia	0	1	1	0
Suedia	0	1	1	0
Legislații de origine scandinavă - medie	0,25	1,00	0,75	0,00

Notă: au fost analizate în total 49 de economii. Mediile reflectă toate economiile analizate, dar am evidențiat separat doar țările membre ale UE-15

Sursa: La Porta și alții (1997,1998), prelucrat după Westbrook (2003)

Analizând așadar după aceste tipologii, sau familii, legislative, mai degrabă decât după legislațiile particularizate din fiecare țară, putem remarca unele trăsături distinctive.

Legislația de sorginte britanică oferă cea mai bună protecție pentru creditorii. 72% dintre țările care o aplică nu păstrează (nu îngheață) automat activele la momentul declanșării procedurii de faliment. Cu mici excepții (dar nu dintre țările europene), se garantează faptul că primii plătiți sunt creditorii garantați; în mod frecvent există restricții asupra posibilității managerilor de a cere unilateral protecție legală față de creditorii și de a rămâne în funcție pe parcursul procedurii de reorganizare. Excepție face SUA, cu o legislație mai degrabă anti-creditori, aceasta permițând înghețarea activelor, declanșarea unilaterală a procedurii de faliment de către debitor și păstrarea managementului existent la momentul declanșării procedurii. Dimpotrivă, în Marea Britanie, debitorii pot cere declanșarea procedurii de faliment doar cu acordul creditorilor.

Legislația de inspirație franceză se situează la polul opus față de cea britanică, oferind cea mai slabă protecție pentru creditorii. Numai 26% dintre țările care o aplică, și numai 2 dintre cele 7 membre ale UE care se regăsesc în această familie legislativă (Spania și Belgia), nu îngheață automat activele. Dintre membrii UE, Franța și Grecia nu garantează plata prioritară a creditorilor garantați; pe ansamblu, 35% dintre țările cu legislație de acest tip au prevederi similare. Doar 42% dintre țări restricționează accesul unilateral al debitorului la protecția legală; dintre membrii UE din această categorie, doar Italia și Olanda operează astfel de restricții. Doar 26% dintre țările cu legislație de tip francez stipulează prin lege înlocuirea managerilor în procesul de reorganizare; dintre membrii UE din această categorie, Grecia este singura cu o astfel de prevedere.

Legislația de origine germană este pro-creditori. Atât Germania cât și Austria nu permit păstrarea automată a activelor și asigură satisfacerea prioritară a creanțelor creditorilor garantați, permițându-le acestora să își însușească activele puse drept colateral de către debitorii. Ușurând astfel procedura de lichidare, și punând mai puțin accent pe reorganizare, legislația de origine germană este mai îngăduitoare cu rolul jucat de managerii, tocmai pentru că rolul acestora este redus.

Legislația de origine scandinavă este și ea mai degrabă în favoarea creditorilor, toate țările din această familie legislativă asigurând accesul prioritar al creditorilor garantați și, cu excepția Finlandei, restricționând dreptul managerilor de a obține protecție legală față de creditorii. Totuși, un oarecare echilibru este păstrat: numai Danemarca nu permite păstrarea automată a activelor și toate țările scandinave permit menținerea managerilor existenți pe perioada reorganizării.

Pe ansamblul Uniunii Europene⁴, majoritatea arată astfel:

- 13 țări din 15 prevăd prioritatea absolută a creditorilor garantați;
- 8 țări din 15 îngheață activele în momentul declanșării procedurii de faliment;
- 8 țări din 15 pun restricții asupra posibilității managerilor de a se proteja în justiție față de creditori prin declanșarea unilaterală a procedurii de faliment;
- 13 țări din 15 permit menținerea managementului existent și pe perioada reorganizării.

Am observat că legislațiile privind falimentul diferă, în unele aspecte semnificative, atât pe plan internațional în general, cât, în particular, și în interiorul Uniunii Europene. Cât de eficiente sunt însă ele?

Un studiu recent al Băncii Mondiale (2004), care include de această dată în calcul și grupul economiilor în tranziție (dar mixează tipologiile legislative scandinavă și germană într-una singură, nordică), conchide că țările nordice sunt cele mai eficiente, procedura de faliment durând în medie doi ani și costând echivalentul a doar 4,5% din active. Urmează țările cu legislație de origine britanică, cu o medie de 2,7 ani. În țările cu legislație de tip francez, procedura durează mai mult, în medie 3,7 ani, și ajunge să coste 15% din active. Țările în tranziție nu stau deloc prost în acest clasament, procedura durând în medie 3 ani și costând 7% din active. Am adăuga că, în țările în tranziție, aceste date sunt valabile pentru firmele carora li se permite să dea faliment...În ceea ce privește România, evaluarea Băncii Mondiale arată că durata medie a procedurii este de 3,2 ani și costurile se ridică la 8% din active.

Pe ansamblu, Canada, Irlanda, Japonia, Norvegia și Singapore rezolvă o procedură de faliment în mai puțin de un an, în timp ce Brazilia și India au nevoie de mai mult de un deceniu. În Norvegia și Singapore procedura costă mai puțin de 1% din active, în timp ce în Republica Cehă, Filipine, Thailanda și Venezuela doar procedura de faliment ajunge să coste jumătate din averea firmei.

Tabelul 2 arată însă și alți indicatori interesați. Astfel, în ce privește ordinea în care sunt plătiți creditorii, România apare drept apropiată de legislațiile de tip francez dând prioritate muncitorilor (Franța, Italia, Grecia) și chiar fiscului (Spania, Portugalia). Eficiența scăzută a procedurii și a rezultatului, comparabile cu cele din unele legislații de tip francez (Franța, Grecia) și cu unele țări în tranziție (Bulgaria, Ungaria, Rep. Cehă), confirmă nu doar necesitatea unei schimbări legislative, ci și faptul că alte aspecte

⁴ Analiza se oprește asupra statelor membre UE15, înaintea extinderii de la 1 mai 2004;

asociate legislației de faliment - cum ar fi instituții puternice, sau administratori și judecători sindici competenți - nu funcționează așa cum ar trebui.

Tabel 2: Eficiența falimentului, comparație la nivel internațional

	Timpul (ani)	Costul (% active)	În ce ordine sunt plăți creditorii	Eficiența rezultatului	Eficiența Procedurii
Bulgaria	3,8	18	1	0	48
Chile	5,8	18	4	0	19
China	2,6	18	1	0	51
Croația	3,1	18	1	0	50
Rep. Cehă	9,2	38	2	0	42
Danemarca	4,2	8	1	1	79
Finlanda	0,9	1	1	1	99
Franța	2,4	18	2	0	43
Germania	1,2	8	1	0	61
Grecia	2,2	8	3	0	42
Japonia	0,6	4	1	1	93
Ungaria	2	38	2	0	38
Irlanda	0,4	8	1	1	88
Italia	1,3	18	2	0	46
Letonia	1,2	4	1	1	92
Polonia	1,5	18	2	1	70
Portugalia	2,6	8	3	1	66
România	3,2	8	3	0	39
Fed. Rusă	1,5	4	2	0	58
Rep. Slovacă	4,8	18	1	1	71
Spania	1,5	8	3	1	68
Turcia	1,8	8	2	0	51
Marea Britanie	1	8	1	1	86
SUA	3	4	1	1	88

Note: a.) ordinea în care sunt plăți creditorii: 1-primii, 2-după muncitori, 3-după muncitori și fisc, 4-după muncitori, fisc și acționari

b.) eficiența rezultatului: 1-procedura de faliment se finalizează fie cu lichidarea prin vânzare sau cu reabilitarea firmei, 0-procedura nu se finalizează cu unul din scopurile amintite

c.) eficiența procedurii: media celorlalți patru indicatori, de la 0-eficiență minimă la 100-eficiență maximă
Sursa: Doing Business in 2004, pe baza unui sondaj în rândul unui număr reprezentativ de birouri de avocatură și consultanță din fiecare țară

O măsură indirectă a eficienței unui regim de faliment este și numărul de firme care apelează formal la acesta. Tabelul 3 prezintă o imagine comparativă, cu accent pe țările Uniunii Europene. Pentru comparație, conform unei estimări a Comisiei Europene, în perioada 1997-2002 în România s-au înregistrat aproximativ 40.000 de falimente

ajunse în justiție, ceea ce înseamnă o medie de aproximativ 6700 pe an, adică mai puțin de 1% din totalul firmelor înregistrate. Aceste evidențe ne apropie iarăși de o parte din țările cu legislație de tip francez (Italia, Spania, Portugalia, Grecia), ca și de poate singura țară post-comunistă care ne este comparabilă prin prisma dificultăților moștenite și a problemei marilor companii de stat nerentabile (Polonia). Firește, această statistică nu include firmele care nu s-au mai înregistrat legal prin mărirea capitalului social ulterior modificărilor legislative în acest sens.

Tabel 3: Statistica privind cazurile de faliment, comparație la nivel internațional

	Perioada	Număr anual de falimente	Ponderea firmelor care au dat faliment în total firme, %
Austria	1990-1999	2065	1,33
Belgia	1990-1999	4850	2,59
Rep. Cehă	1992-1996	1729	1,49
Danemarca	1990-1999	2375	1,53
Finlanda	1990-1998	5106	4,14
Franța	1990-1999	51671	2,62
Germania	1992-1998	21152	1,03
Grecia	1990-1994	857	0,29
Ungaria	1992-1996	8425	1,99
Irlanda	1990-1999	788	2,64
Italia	1990-1996	8663	0,54
Olanda	1990-1999	4154	1,30
Norvegia	1990-1998	3546	1,83
Polonia	1990-1996	3319	0,23
Portugalia	1991-1999	516	0,08
Spania	1990-1999	518	0,02
Suedia	1990-1999	13916	7,61
Marea Britanie	1923-1998	46583	1,85
SUA	1990-1999	55752	3,65

Sursa: Claessens și Klapper, 2002

Claessens și Klapper (2002) au verificat econometric o serie de determinanți ai falimentului și au ajuns la următoarele concluzii:

- țările cu un nivel de dezvoltare mai dezvoltat, reflectat prin nivelul PIB/locuitor, au o frecvență mai mare a cazurilor de faliment. Explicația poate fi că un nivel de dezvoltare mai ridicat implică și o eficiență mai mare a sistemului juridic.

- frecvența cazurilor de faliment este mai mare în economiile care au o piață dezvoltată a instrumentelor financiare și sunt astfel mai puțin bazate doar pe

intermedierea bancară. Explicația poate fi că un număr mai mic de creditori reduce necesitatea apelării la justiție.

- există o corelație pozitivă și semnificativă între timpul necesar deschiderii unei afaceri și frecvența cazurilor de faliment – țările unde există restricții și dificultăți, formale sau informale, la deschiderea unei afaceri au o rată mai scăzută de falimente. Altfel spus, dacă există bariere la intrarea pe piață, se înregistrează o frecvență mai mică a ieșirilor de pe piață. Pot fi oferite mai multe explicații, printre care și existența unui proces natural de selecție la intrarea pe piață, sau faptul că barierele la intrare mențin artificial în viață firme neperformante care funcționează de mai mult timp (de obicei firme de stat). Pentru economiile în tranziție mai ales, poate fi avansată și explicația conform căreia ambele proceduri, de intrare și respectiv de ieșire de pe piață, necesită un sector public eficient – ori multe dintre economiile în tranziție, inclusiv România, mai au de lucrat la acest capitol.

- țările cu o pondere mai mare a întreprinderilor mici și mijlocii în totalul firmelor au un număr mai mic de falimente care ajung în justiție. Explicația poate fi costul deseori prohibitiv al procedurilor formale privind falimentul.

Având în vedere frecvența încă redusă a cazurilor de faliment ajunse în justiție, concluziile anterioare par să se verifice și în România: nivelul PIB/locuitor nu este mare, instrumentele financiare nu sunt sofisticate, există încă în practică bariere la intrarea pe piață, iar marea majoritate a firmelor înregistrate sunt mici și mijlocii.

2.2. Direcții de reformă pe plan internațional

Pe plan internațional, Westbrook (2003) identifică o serie de elemente majore comune ale reformelor legislative privind falimentul:

- punerea accentului mai degrabă pe reorganizare decât pe lichidare;
- limitarea priorităților de recuperare a creanțelor la muncitori și la creditorii garantați;
- implicarea creditorilor garantați în planurile de reorganizare;
- creșterea cooperării internaționale în cazul falimentelor unor corporații transnaționale.

La rândul său, un raport recent al Comisiei Europene (2003) recomandă creșterea accentului pus pe sisteme de prevenire timpurie a problemelor financiare, pe profesionalizarea sistemului judiciar în direcția creșterii competenței de rezolvare a cazurilor de faliment și, nu în ultimul rând, pe îndepărtarea stigmatului social asupra întreprinzătorilor care au dat faliment și pe oferirea de noi șanse acestora.

O presiune legislativă crescândă este exercitată însă cu privire la reforma legislației privind falimentul, și a unor prevederi ale legislației conexe, în urma scandalurilor corporatiste din ultimii ani. Astfel, peste Ocean, falimentul Enron (la momentul declanșării procedurii de faliment, pierderile pentru investitori au fost de peste 60 miliarde dolari), falimentul Worldcom (la momentul declanșării procedurii de faliment, pierderile pentru investitori au fost de peste 150 miliarde dolari), sau falimentul moral de la Arthur Andersen (care a sfârșit prin a fi achiziționată de Ernst&Young), - pentru a menționa doar o parte din valul de falimente spectaculoase- au ridicat numeroase semne de întrebare cu privire la etica corporatistă și la așa-numita contabilitate creativă, și mai mult decât orice cu privire la posibilitatea investitorilor și a creditorilor de a se proteja față de comportamentul potențial fraudulos al managerilor de top și al auditorilor. Pe plan european, falimentul recent al corporației Parmalat se înscrie în aceeași ordine de idei.

Ca răspuns la aceste scandaluri corporatiste, în SUA a fost inițiată o schimbare importantă a legislației privind falimentul. Propunerea legislativă a trecut de Camera Reprezentanților (în martie 2003) și urmează să fie dezbătută și în Senat. Una dintre principalele modificări, susținută și de analiștii economici (Krugman, 2004), prevede înregistrarea contabilă a opțiunilor de acțiuni acordate managerilor de top ca pe un cost. Aceste opțiuni au stimulat managerii să ascundă realitățile financiare ale corporațiilor pe

care le conduceau, pentru a crește valoarea acțiunilor. Această prevedere, încă în stadiu de propunere, a fost deja adoptată ca normă standard în Canada, chiar de către asociația profesională care reprezintă interesele contabililor.

Administrația americană⁵ are în vedere o reformă corporatistă mai largă, care își propune, printre altele, să atace contabilitatea creativă, plecând de la principiul că firmele trebuie să atragă investiții prin demonstrarea punctelor lor tari, nu prin ascunderea slăbiciunilor. Este de menționat în acest sens crearea unui organism independent cu rol de supraveghere a îndeplinirii standardelor etice de către firmele de contabilitate. Un alt scop al reformei corporatiste se referă la protecția micilor investitori, inclusiv a investitorilor în fondurile de pensii, în special prin creșterea accesului acestora la informațiile financiare ale corporațiilor în care au investit.

Pe plan european, Comisia Europeană se pregătește să adopte o directivă care să oblige firmele înregistrate în UE să își schimbe o dată la șapte ani firma care le realizează audit-ul. Marea Britanie și Suedia aplică deja o astfel de regulă.

În plus, ca reacție directă la scandalul Parmalat (Delaney, 2004), ministrul italian de finanțe intenționează să propună înființarea unei autorități, care să răspundă în fața Parlamentului, și care să supervizeze activitatea a trei instituții pe care le consideră răspunzătoare de neprevenirea și nerezolvarea corespunzătoare a unor eșecuri de piață, și anume banca națională, comisia de valori mobiliare (Consob) și autoritatea anti-trust. Alte propuneri de reformă vizează crearea unui fond care să acopere o parte din pierderile investitorilor afectați de falimente, și creșterea gradului de responsabilizare – prin creșterea sancțiunilor aplicabile- la toate nivelurile: manageri, auditori, băncile de investiții, agențiile de reglementare.

⁵ Firește, se cuvine poate menționat faptul că administrația Bush a fost asociată, în media americană, scandalului Enron: 34 de angajați ai Casei Albe, în frunte cu vice-președintele, au avut legături de afaceri cu Enron, iar Enron sponsorizase trei campanii electorale republicane, între care și pe ultima;

2.3. Experiența statelor membre în materia insolvenței și falimentului (Franța, Germania, Spania, Italia, Marea Britanie)

Franța

În Franța, procedura de insolvență este reglementată de Cartea a șasea din Codul Comercial – „Despre dificultățile întreprinderilor” („*Des difficultes des entreprises*”). Trei proceduri sunt astfel reglementate: o primă procedură de redresare pe cale amiabilă a unei întreprinderi ce se confruntă cu dificultăți financiare fără a fi încă în insolvență; o procedură judiciară pentru întreprinderile insolvabile, dar care pot fi reorganizate și, a treia procedură, lichidarea judiciară cu vânzarea activelor.

Atât lichidarea judiciară, cât și reorganizarea judiciară sunt decise de tribunalul comercial (dacă debitorul este un comerciant, o societate comercială sau un artizan) sau de tribunalul de primă instanță (dacă debitorul este un agricultor sau un ONG). Procedura de lichidare poate fi deschisă în urma sesizării făcute de un creditor, de conducerea societății aflate în insolvență, de către procurorul Republicii sau din oficiu, de către președintele tribunalului. Lichidarea este condiționată atât de incapacitatea de plată, cât și de imposibilitatea de reorganizare a societății sau de încetarea totală a activității.

Lichidarea este pronunțată fie de la deschiderea procedurii, fie la sfârșitul unei perioade de observație (*periode d'observation*), timp în care administratorul judiciar nu a reușit să stabilească un plan de reorganizare sau acel plan a fost respins de tribunal. De asemenea, lichidarea este pronunțată dacă un plan de reorganizare aprobat de tribunal nu a fost respectat de debitor. Debitorul este privat de toate drepturile sale și este înlocuit de un lichidator – numit de tribunal – pe toată durata procedurii.

Creditorii trebuie să declare lichidatorului creanțele lor într-o perioadă de două luni de la publicarea oficială a deschiderii procedurii. Creditorii domiciliați în afara teritoriului metropolitan beneficiază de încă două luni timp în care pot declara creanțele lor.

Lichidarea pe cale amiabilă este decisă de asociații sau de acționarii societății comerciale. Adunarea asociaților sau a acționarilor desemnează un lichidator – care poate fi chiar fostul director – ce se va ocupa de lichidarea activelor și de plata datoriilor sociale.

În cazul reorganizării (*redressement*), planul trebuie aprobat de tribunal după o perioadă de observație, fixată prin lege la șase luni, maxim un an. În această perioadă,

administratorul judiciar numit de tribunal asistă debitorul la conducerea întreprinderii, la efectuarea de disponibilizări urgente, dar numai cu acordul unui judecător-comisar, stabilește bilanțul întreprinderii pentru a descrie cauzele insolvenței și soluțiile de reorganizare.

Creditorii trebuie să declare creanțele lor unui mandatar desemnat de tribunal – reprezentantul creditorilor (*representant des creanciers*). Acesta verifică creanțele și hotărăște dacă le acceptă sau le respinge. De asemenea, el trebuie să consulte fiecare creditor cu privire la planul de reorganizare propus de debitor, în ceea ce privește termenele de plată și informează administratorul judiciar de răspunsurile lor

Planul de reorganizare trebuie să conțină fie o soluție prin care întreprinderea își continuă activitatea, fie o soluție de cesiune a activelor. Modalitatea de reorganizare este decisă de tribunal, durata nu poate să depășească 10 ani, plata dividendelor fiind eșalonată pe această perioadă. Adoptarea unui plan de reorganizare pune capăt limitării drepturilor debitorului. El poate din nou să gestioneze activitatea societății, cu condiția să plătească prețul stabilit prin planul de reorganizare (dividendele, în cazul continuării activității, fie prețul activelor cedate, în cazul cesiunii). Dacă debitorul nu execută planul de reorganizare, planul poate fi denunțat de orice creditor și se redeschide o nouă procedură de insolvență.

În ceea ce privește situația creditorilor, legea franceză nu îi avantajează, accentul punându-se pe salvarea întreprinderii. Dreptul francez nu recunoaște garanția reală asupra unui activ ce poate evolua, ci numai asupra unui bun determinat. O garanție reală dă dreptul creditorului de a vinde bunul respectiv, de a-și păstra dreptul de garanție în cazul revânzării bunului sau de a cere în justiție dreptul de proprietate asupra bunului, ca plată a creanței.

Aceste drepturi nu se aplică în cazul procedurii de reorganizare sau de lichidare judiciară. Există o singură excepție – dreptul de proprietate, prevăzut prin contract și poate să dispună de el în următoarele trei luni de la publicarea deschiderii procedurii.

În cazul reorganizării, în principiu, bunurile sunt păstrate de către întreprinderea insolubilă. În cazul lichidării, numai lichidatorul poate să recurgă la vânzarea bunurilor în decurs de trei luni de la deschiderea procedurii. După această perioadă, creditorii individuali pot să recurgă la urmăriri individuale, cu condiția ca respectivele creanțe să fie declarate în pasivul bilanțului. Plata creditorilor titulari de garanții reale poate fi amânată după plata altor creditori (cum ar fi creanțele fiscale sau salariale).

Creditorii chirografari sunt plătiți după creanțele apărute în cursul procedurii de insolvență, după cei care beneficiază de privilegii și după cei care beneficiază de garanții. De aceea, ei au cea mai mică șansă de a fi plătiți în cazul lichidării judiciare.

Germania

Toate procedurile de insolvență începute după 1 ianuarie 1999 sunt guvernate de Legea Insolvenței din 1994 (*Insolvenzordnung* - InO). Procedura de insolvență poate începe numai la cererea unui creditor sau a debitorului. Dacă Tribunalul Local consideră că într-adevăr există o situație de insolvență, va deschide procedura propriu-zisă și numește un administrator. Administratorul trebuie să acționeze în interesul colectiv al debitorului și al creditorilor și administrează bunurile debitorului pe toată durata procedurii.

După declararea stării de insolvență, există mai multe alternative de a continua activitatea. O primă alternativă se concretizează într-o înțelegere în afara tribunalului, între creditorii și debitorii pentru a încerca să salveze întreprinderea. O astfel de înțelegere poate fi mai favorabilă creditorilor decât inițierea procedurilor de insolvență judiciară. Avantajul major al înțelegerilor în afara tribunalului o reprezintă executarea mai rapidă, pentru că nu este nevoie stabilirea unei baze legale. În același timp, din cauza faptului că nu există o reglementare legală, contractul de reorganizare trebuie aprobat de toți creditorii. Atât debitorul cât și creditorii au dreptul să pună capăt negocierilor și să înceapă procedurile de insolvență judiciară. În cazul înțelegerilor în afara tribunalului se aplică tratamentul egal al tuturor creditorilor, astfel încât preferința pentru creditorii individuali nu se aplică.

A doua procedură este reorganizarea bazată pe un plan de insolvență (*Insolvenzplan*). Înainte de a începe procedura de insolvență, reorganizarea se poate face de manieră informală. De cele mai multe ori, reorganizarea se bazează pe o înțelegere voluntară între debitor și creditorii, ca urmare a negocierii dintre ei.

Planul de reorganizare judiciară trebuie mai întâi să fie aprobat de Tribunal. Legea germană prevede puține restricții cu privire la planul de reorganizare. Totuși, planul de reorganizare trebuie să facă distincția între creanțele garantate și cele negarantate și să le listeze pe clase de creditorii. Planul trebuie aprobat de fiecare clasă de creditorii, după care Tribunalul decide dacă confirmă sau nu planul.

O a treia modalitate de a continua activitatea este reprezentată de înțelegerea asupra activelor. Aceasta înseamnă că societatea aflată în dificultate vinde toate activele sau o parte a lor unui cumpărător care este dispus să continue activitatea. Părțile unei înțelegeri asupra activelor, trebuie să decidă care active vor fi transferate cumpărătorului. Creditorii sunt plătiți fie din veniturile obținute din vânzarea activelor, fie dintr-un surplus ce va fi realizat de întreprindere. Potrivit legislației germane, adunarea creditorilor decide dacă activitatea debitorului va continua sau dacă va fi, parțial sau total, întreruptă. De aceea este la latitudinea creditorilor să agreeze o înțelegere privind activele.

Spania

Cadrul legal privind insolvența în Spania a fost aspru criticat pentru că se bazează încă pe reguli stabilite în secolul al XIX-lea și la începutul anilor 1990. Ca urmare, în iulie 2003, Spania a adoptat o lege care modifică radical procedurile de faliment și care va intra în vigoare la 1 septembrie 2004. Noua lege, inspirată și de Modelul de Lege UNCITRAL cu privire la insolvența transfrontalieră, urmărește să simplifice și să unifice toate aspectele legate de insolvență.

Până în prezent s-a făcut distincția între faliment (*quibera*) și suspendarea plăților (*suspension de pagos*), în timp ce prin noua lege se definește numai starea de insolvență (*concurso*) ca acea situație în care un debitor nu mai poate îndeplini, în mod regulat, obligațiile comerciale.

Procedura de insolvență poate fi cerută fie de debitor (insolvență voluntară), fie de creditor (insolvență obligatorie). Prin noua lege, debitorul este obligat să declare starea de insolvență înainte a ajunge la această situație dacă anticipează că va deveni insolubil în viitor. Dacă debitorul nu cere insolvența, există premiza că a acționat cu neglijență sau chiar cu rea-credință. Ca o consecință, managerilor firmelor debitoare li se poate interzice pe o perioadă de până la 15 ani de a mai desfășura o activitate economică.

Orice creditor poate să ceară tribunalului ca debitorul său să fie declarat insolvent. Pentru a nu se ajunge la această situație, debitorul trebuie să facă dovada că a plătit creditorul și astfel își poate continua activitatea. Pe de altă parte, dacă cererea creditorului se dovedește a fi nefondată, el va trebui să plătească cheltuielile de judecată și să plătească daune debitorului.

Dacă debitorul nu își plătește creanțele și procedura de insolvență este inițiată, creditorul care a inițiat procedura este îndreptățit să primească 25% din creditul său înaintea celorlalți creditori chirografari.

După începerea procedurii de insolvență, creanțele negarantate trebuie declarate judecătorului comercial care se ocupă de caz. Legea interzice deținătorilor de creanțe negarantate să acționeze separat în justiție debitorul, iar orice astfel de proceduri care se află în derulare sunt suspendate automat la declararea insolvenței.

În ceea ce privește creanțele garantate, noua lege spaniolă suspendă pe o perioadă de un an drepturile creditorilor asupra activelor debitorului. În această perioadă, creditorii trebuie să suspende orice acțiune începută împotriva debitorului și să nu înceapă nici o acțiune nouă. Din punctul de vedere al legiuitorului, această măsură balansează, în mod cinstit, interesele tuturor părților implicate în procedura de insolvență.

În cazul în care creditorii nu declară creanțele lor într-o anumită perioadă de timp, ei vor fi clasificați drept creditori secundari, creanțele lor urmând a fi plătite printre ultimele, iar creditorii nu au dreptul de a vota în adunările creditorilor.

De asemenea, creditori secundari sunt considerați și cei care au o „relație specială” cu debitorul, cum ar fi partenerii cu răspundere nelimitată pentru datoriile companiei, acționarii ce dețin mai mult de 5% din acțiuni, în cazul companiilor listate etc.

Legea insolvenței prevede proceduri specifice în cazul în care administratorul numit, debitorul sau angajații cer judecătorului suspendarea, amendarea sau încheierea contractelor de muncă. Având în vedere că scopul principal al acestei proceduri este de a proteja interesele angajaților, dar, în același timp, de a favoriza continuarea activității, trebuie menționat că personalul de conducere nu se bucură de această protecție. Administratorul are dreptul să ceară judecătorului suspendarea sau anularea contractelor de muncă cu personalul executiv și să ceară reducerea indemnizațiilor considerate excesive.

Italia

Procedura de insolvență este încă reglementată de legea falimentului din 1942. Falimentul este declarat de tribunalul în a cărui arie de jurisdicție se află comerciantul. Micii întreprinzători (dacă activitatea întreprinderii este realizată de întreprinzător și de familia acestuia) și agricultorii nu sunt supuși procedurii de insolvență. Aceștia vor fi însă

incluși în sfera de acțiune a unei noi legi asupra procedurii de insolvență, asupra căreia au început oficial dezbaterile în toamna anului 2003. Noua lege va aduce îmbunătățiri substanțiale în domeniu, având un caracter modern și bazat pe eficiență. Totuși, întrucât nu a fost aprobată încă, ne vom concentra pe câteva din trăsăturile legislației curente.

Conform cadrului legal actual, debitorul pierde dreptul de a dispune de bunurile sale, iar Tribunalul numește un judecător sindic ce trebuie să intre în posesia bunurilor și să le vândă, sub îndrumarea unui judecător delegat de Tribunal. Bani obținuți din vânzarea bunurilor sunt distribuiți de către judecător, respectându-se creanțele prioritare.

În practica italiană, există o serie de proceduri extra-judiciare de execuție, nereglementate de lege, prin care debitorul încearcă să evite insolvența. Problema este că plățile astfel efectuate pot fi revocate în cazul deschiderii procedurii de insolvență.

Legea prevede că atât debitorul cât și creditorii, ministerul de resort și chiar Tribunalul pot cere declanșarea procedurii. De cele mai multe ori, deschiderea procedurii este cerută de creditorii chirografari, care, de altfel, sunt cei mai numeroși.

Legea italiană demonstrează că principalul scop al diverselor proceduri este protecția intereselor creditorilor.

Reorganizarea întreprinderii este posibilă numai în cadrul procedurilor de administrație controlată – *amministrazione controllata*, a procedurii preventive a creditorilor – *concordato preventivo* (ce poate fi inițiată numai de debitor) și a procedurii de administrație extraordinară – *amministrazione straordinaria* (ce se aplică numai întreprinderilor mari, cu mai mult de 200 de angajați și numai pentru un anumit nivel al datoriei).

Procedura de administrație controlată constă în posibilitatea întreprinzătorului de a amâna plata creditorilor pentru o perioadă de maxim 2 ani. Acest beneficiu poate fi acordat numai de Tribunal, la cererea debitorului, care, aflat într-o situație temporară de criză financiară, demonstrează că poate să își reorganizeze activitatea. De asemenea, Tribunalul numește un Comisar Judiciar (*Commissario giudiziale*) pentru a supraveghea activitatea debitorului și pentru a-i acorda asistență, dacă este cazul, în administrarea afacerilor.

Procedura preventivă este admisă numai oferă garanții că poate plăti creanțele în procentaj de 40%. Propunerea trebuie agreată de majoritatea creditorilor și de Tribunal. Dacă planul nu este aprobat de creditorii, sau dacă debitorul nu îndeplinește planul, întreprinderea intră în procedura de faliment.

Procedura de administrație extraordinară comportă două etape. Prima etapă este obligatorie și presupune recunoașterea de către Tribunal a situației de insolvență. În următoarele două luni, tribunalul supraveghează întreprinderea pentru a decide dacă să deschidă procedura de administrație extraordinară – ceea ce va duce la reorganizare, sau dacă va deschide procedura de faliment.

A doua etapă are loc numai dacă Tribunalul este de acord cu reorganizarea întreprinderii, etapă ce este supervizată de Ministerul Industriilor. Ministerul numește un Comisar Extraordinar, însărcinat cu realizarea unui plan de reorganizare ce este supus aprobării Ministerului. După aprobarea lui, Comisarul Extraordinar va întreprinde toate acțiunile necesare punerii lui în aplicare.

În acest caz, creditorii nu mai sunt solicitați să voteze planul pentru recunoașterea procedurii. Ei au doar dreptul să ceară deschiderea procedurii și să ceară Tribunalului recunoașterea creanțelor lor.

Marea Britanie

Legea Insolvenței din 1986 (*Insolvency Act*) se aplică atât lichidărilor voluntare cât și celor obligatorii, completată de legislația secundară dată de Regulile de aplicare (*Insolvency Rules*). Ultima modificare a legii insolvenței a avut loc în anul 2000.

Curtea Supremă a Angliei și Scoției are puterea de a lichida orice companie înregistrată în Anglia sau în Scoția. De asemenea, în anumite cazuri, Tribunalul districtual are jurisdicție împreună cu curtea Supremă. În cazul lichidărilor voluntare, poate fi cerută asistența unui tribunal. Lichidarea voluntară este de două tipuri:

- Lichidarea voluntară a membrilor (*Members' voluntary liquidation - MLV*), care se desfășoară sub controlul efectiv al acționarilor
- Lichidarea voluntară a creditorilor (*Creditors' voluntary Liquidation - CVL*), care se desfășoară sub controlul creditorilor.

Lichidarea voluntară începe în momentul în care rezoluția de insolvență este aprobată de acționari. Puterile directorilor iau sfârșit la acea dată. În plus activitatea companiei ia sfârșit cu excepția activităților necesare lichidării.

Lichidarea obligatorie poate începe la cererea unui creditor, a directorilor companiei aflată în incapacitate de plată sau a acționarilor. De asemenea, dacă este în

interesul public, procedura de lichidare poate începe la cererea Secretarului de Stat pentru Comerț și Industrie sau la cererea administratorului judiciar.

Creanțele negarantate și creditorii nepreferențiali au dreptul să solicite activele disponibile al companiei, în proporție strictă cu creanțele lor. Toți creditorii trebuie să declare creanțele lor lichidatorului, făcând dovada datoriei (*proof of debt*). Lichidatorul poate respinge, parțial sau în întregime, creanța, dar trebuie să motiveze creditorului opțiunea sa. Creditorii ce dețin creanțe garantate au dreptul de a fi despăgubiți în întregime din vânzarea activelor.

Creditorii sunt împărțiți în categorii distincte (creanțe garantate, creditorii preferențiali, creanțe negarantate etc.), iar creditorii unei categorii sunt plătiți în întregime înainte de a se trece la categoria următoare. Cum creanțele negarantate sunt pe ultimul loc, aceasta înseamnă că, de cele mai multe ori, creditorii deținători de creanțe garantate sunt plătiți în întregime, iar cei care au creanțe negarantate nu primesc nimic.

Reorganizarea companiei este posibilă și se poate face fie fără implicarea tribunalului – restructurare informală, fie cu implicarea acestuia. Restructurarea informală se poate realiza sub forma unui înțelegeri contractuale între firmă și creditorii principali. Prin această procedură, băncile sau creditorii principali asigură, de comun acord, că există suficiente lichidități pentru continuarea activității.

O a doua modalitate de restructurare informală o reprezintă înțelegerea între companie, acționari și creditorii, ceea ce presupune un plan de reorganizare propus de managerii firmelor debitoare, implicând o întârziere a plăților sau o reducere a acestora sau restructurarea capitalului.

A treia formă de restructurare informală este dată de încheierea unei înțelegeri decompromis între companie și creditorii săi (sau acționari). Compania poate alege categoriile de creditorii la care să aplice această schemă.

Restructurarea cu implicarea tribunalului implică procedura de administrare, urmărindu-se salvarea companiei și obținerea de rezultate mai bune pentru creditorii, decât în cazul în care compania ar fi lichidată.

Administratorul, numit numai de tribunal, trebuie să aibă ca obiectiv principal salvarea companiei. Administratorul are puterea de a plăti creditorii preferențiali sau deținătorii de creanțe garantate. De asemenea, poate plăti orice altă categorie de creditorii, cu sau fără permisiunea tribunalului, dacă consideră că aceste plăți îl ajută în îndeplinirea

obiectivelor de administrație. Legea nu prevede modalitățile prin care administratorul ajunge la aceste concluzii, ceea ce presupune puteri semnificative ale administratorului.

2.3. Experiența țărilor în tranziție în materia insolvenței și falimentului (Republica Cehă, Polonia, Ungaria, Slovacia, Bulgaria etc.)

Este bine cunoscut faptul că una dintre cauzele procesului lent al tranziției în fostele țări socialiste este nivelul scăzut de dezvoltare a unora dintre instituțiile de bază dintr-o economie de piață. Una dintre schimbările majore din aceste țări a fost introducerea unui nou cadru legal, bazat pe proprietatea privată și pe instituțiile aferente. Acest cadru legal este menit să încurajeze, să faciliteze, să protejeze și să reglementeze funcționarea noului sistem. Oricum, în multe domenii schimbarea s-a făcut foarte lent și instituțiile aferente nu s-au dezvoltat suficient, devenind bariere importante în calea dezvoltării sistemului de piață. Legea falimentului, element de bază, *sine qua non* al sistemului de drept privat, este unul dintre aceste domenii care nu s-au dezvoltat suficient, cu implicații majore în procesul de transformare.

O caracteristică importantă a sistemului de piață este mecanismul dinamic de selecție prin care unități puternice și eficiente le înlocuiesc pe cele mai puțin eficiente și prin care produse și procese noi le înlocuiesc pe cele vechi. Unii întreprinzători și unele firme nu pot să facă față presiunii concurenței și părăsesc piața, permițând resurselor de care au dispus să se reorienteze către o utilizare mai eficientă. Conceptul Schumpeterian de „distrugere creativă” înglobează acest dinamism. Înființarea noilor sisteme în țările în tranziție a accentuat procesul de selecție care a căpătat astfel o importanță mult mai mare decât în economiile de piață mature. Structura economică moștenită era nepotrivită cu un sistem de piață și a trebuit să sufere o schimbare dramatică, fiind necesară transformarea sau închiderea multor întreprinderi și un masiv proces de restructurare. Dezvoltarea extensivă a sectorului privat în perioada de început a tranziției, precum și ratele crescute ale intrărilor și ieșirilor de pe piață au subliniat acest mecanism de selecție.

Obiectivul legii falimentului (sau a procedurilor de insolvență) este de a reglementa mecanismul de selecție. Legea stabilește procedurile de ieșire de pe piață a întreprinderilor falimentare și reintroducerea activelor lor și a celorlalte resurse în noi firme și activități. Mai mult, procedurile de insolvență conferă asigurarea legală pentru potențialii creditori și investitori, conform căreia chiar și în caz de tulburări financiare sau de faliment vor exista acele procese legale care să împiedice goana dezlănțuită după active și care să reglementeze distribuirea valorii firmei falimentare între creditorii săi.

Transformarea sistemică din țările din Europa Centrală și de Est este strâns legată de schimbările de comportament ale firmelor și ale managerilor și crearea mediului propice pentru investiții noi (investitori străini sau locali). Din această cauză, procedurile de insolvență joacă un rol și mai important decât în economiile de piață existente. Cu cât este mai mare incertitudinea, lipsa de experiență și asimetria informațională cu atât se află în dezavantaj acționarii, instituțiile financiare și creditorii față de managerii firmelor aflate în dificultate. Mai mult, oportunitatea pentru comportament fraudulos, care este mai importantă în țările în tranziție, în comparație cu economiile de piață consolidate, descurajează indivizii și companiile să dezvolte relații cu firmele nou-înființate.

În economiile în tranziție, procesul de insolvență este legat de alte două procese fundamentale: restructurarea și privatizarea. Restructurarea presupune schimbarea fostelor întreprinderi de stat în firme orientate către piață, prin transformarea comportamentului de unitate administrativă pasivă din aparatele de planificare în agenți activi independenți, care să fie capabili să ia propriile decizii de maximizare a profitului.

De asemenea, a fost nevoie de schimbări radicale în abordarea guvernului față de companiile de stat pentru a le orienta către piață, să nu mai fie protejate de guvern pe cheltuielile contribuabililor. Invariabil, procesul de restructurare a implicat probleme financiare și potențială sau actuală insolvență, precum și recuperarea de factori de producție (reducerea producției de bunuri nedorite și a resurselor folosite în aceste activități, concedieri sau chiar închiderea întreprinderilor).

Pe de altă parte, procesul de privatizare (care, de asemenea, este de o importanță fundamentală pentru transformarea sistemică) a pus în evidență dilema firmelor îndatorate care nu puteau fi privatizate. Legea falimentului a oferit posibilitatea de a ajuta rezolvarea problemei arieratelor și a insolvabilității, și de a accelera privatizarea firmelor falimentare (de exemplu, procedura specială de lichidare în Polonia). Această opțiune radicală nu a fost folosită în toate țările în tranziție.

În afara celor amintite mai sus, legea falimentului joacă un rol important pentru însuși procesul de transformare: oferă credibilitate schimbărilor de regim, semnalizând întreprinderilor că dacă nu pot face față singure presiunilor concurenței, nu vor supraviețui. Numai în acest caz, managerii întreprinderilor își schimbă așteptările și se supun constrângerilor impuse de faliment.

În cazul în care legea falimentului este deficitară sau capacitatea administrativă este sub-dezvoltată, managerii și alți acționari vor avea un comportament fraudulos și vor folosi procesul de insolvență în scopuri frauduloase.

Deși guvernele din majoritatea economiilor în tranziție au adoptat legi moderne cu privire la faliment (similare celor din economiile de piață mature), acestea nu au fost coerente în implementarea principiilor de bază ale procedurii de insolvență. După 10 – 13 ani de experiență, multe din aceste țări încă nu au acceptat faptul că nu toate întreprinderile de dinainte de tranziție pot supraviețui în noul sistem de piață, fie din cauză că stuctura cererii s-a modificat dramatic, fie din cauză că sunt structural ineficiente. În loc să permită acestor întreprinderi mari să dea faliment, făcând astfel loc transferului majorității activelor lor în proprietatea altor firme eficiente, guvernele din unele țări în tranziție au exclus aceste companii din procedura de faliment și au risipit resurse financiare (și așa insuficiente) pentru subvenții ineficiente. În multe cazuri, motivele reale din spatele acestei politici au fost, mai degrabă, de natură politică, decât de natură economică.

Repetata ștergere a datoriilor, exceptarea de la legea falimentului pe parcursul procesului de privatizare și exceptarea întreprinderilor de stat de la legea falimentului, sunt exemplele unor astfel de încercări. În unele țări așa numitele „întreprinderi strategice” au fost transferate unei agenții de restructurare pentru a le redresa financiar. Ele au fost excluse de la operațiunile de insolvență și nu au fost incluse în programul de privatizare. Experiența a fost adesea negativă: subvențiile de stat au fost folosite pentru a întârzia închiderea și falimentul inevitabil al acestor întreprinderi.

Lecția economiilor avansate în tranziție și a experiența celor care au rămas în urmă este că aplicarea universală a procesului de insolvență este esențială pentru: (a) a semnala angajamentul guvernului pentru transformare sistemică; (b) a forța managerii întreprinderilor să își schimbe comportamentul și să se angajeze în restructurări semnificative; (c) a accelera realocarea resurselor de la firmele insolvabile din vechile sectoare la noile firme din noile sectoare.

Tabelul ce urmează prezintă extinderea procedurilor de insolvență în țările în tranziție. El arată că, în timp ce nici una dintre țări nu a rezolvat problema insolvabilității clientului, în unele țări, statul și-a realocat puteri suplimentare și a impus o varietate de excluderi, exceptări și măsuri extra-procedurale. Aceste proceduri, așa cum s-a întâmplat în România și în alte țări care au încercat să protejeze de faliment anumite companii sau

sectoare, sunt adesea contra-productive. Abordarea insolvenței este o problemă de drept privat și toate firmele ar trebui tratate în mod egal, cel puțin în principiu.

Tabel 4: Aplicarea procedurilor de insolvență în țările în tranziție

Țara	Persoane fizice	Persoane juridice: excepții și reguli speciale
Bulgaria	Numai comercianți	Anumite sectoare beneficiază de reguli speciale (persoane juridice non-comerciale)
Croația	Numai comercianți	Persoane juridice în sectorul militar și de apărare sunt exceptate numai cu aprobarea Ministerului de Apărare; fermieri și fondurile private de pensii sunt exceptate
Cehia	Numai comercianți	Partidele politice în timpul alegerilor și firme din sectorul agricol din aprilie în septembrie
Germania	Insolvența consumatorilor / proceduri minore	Nici una
Ungaria		Fondurile private de pensii sunt exceptate
Polonia	Numai comercianții; întreprinzătorii care nu sunt supuși înregistrării (în special fermieri) sunt exceptați	Fonduri de boală, instituțiile și organizațiile create prin legi parlamentare sunt exceptate; 6 întreprinderi de stat sunt exceptate cu aprobarea statului
România	Numai comercianții	Numeroase excepții (întreprinderi care sunt în curs de privatizare; regiile autonome)
Slovacia	Numai comercianții	Firmele din sectorul agricol din aprilie până în septembrie și furnizorii „strategici” sunt exceptați

Sursa: Balcerowicz et al., 2003

Unul dintre argumentele care s-a făcut cel mai des auzit pentru intervenția statului, mai ales în prima parte a deceniului trecut, este pericolul falimentului în masă și șomajul în masă, așa numitul efect „domino” care poate apărea dacă nu există o „frână potențială” în aplicarea automată a procedurilor. În literatura de specialitate, părerile rămân însă împărțite în ceea ce privește efectul pozitiv sau negativ al falimentului în masă asupra procesului de restructurare. În Ungaria, spre exemplu, în ciuda avalanșei de falimente în momentul în care o nouă lege a falimentului a fost introdusă, recesiunea în nu a fost mai mare sau cu mult diferită de cea din alte țări în tranziție. În același timp, sunt însă autori care sugerează că politica adoptată în Ungaria a fost una eronată, întrucât o abordare mai moderată ar fi putut aduce mult mai multe beneficii economiei (Westbrook, 2003).

În cele ce urmează vom prezenta o analiză comparativă a cadrului legal și administrativ privind insolvența în țările în tranziție, plecând de la câteva din reperele esențiale ale procesului de ieșire de pe piață.

Inițierea procedurii de insolvență

Primele repere esențiale ale procedurii de insolvență sunt definirea mecanismelor de declanșare a procedurii, precum și stabilirea responsabilității pentru declararea statutului de insolvență.

Criteriile de declanșare a procedurii de insolvență trebuie să fie clare, obiective și ușor verificabile. În țările în tranziție sunt folosite un număr de trei astfel de criterii de declanșare: criteriul lipsei de lichiditate, criteriul supra-îndatorării, și criteriul insolvenței iminente.

Primul criteriu, cel al incapacității de plată a creanțelor certe, lichide și exigibile, este cel mai larg folosit. În general însă, se constată utilizarea combinată a mai multor criterii de declanșare.

Tabel 5: Criteriile de declanșare a procedurii de insolvență

Țara	Lipsă de lichiditate	Supra-îndatorare	Insolvență iminentă
Bulgaria	✓	✓	-
Republica Cehă	✓	✓	✓
Ungaria	✓	-	-
Polonia	✓	✓	-
Slovacia	✓	✓	-
Romania	✓	-	✓

Sursa: Balcerowicz et al., 2003

Criteriul supra-îndatorării pleacă de la analiza bilanțului, ca documentul de bază ce reflectă situația financiară a unei firme. Teoretic, analiza bilanțului ar trebui să ofere o perspectivă mult mai bine fundamentată asupra existenței unei stări de insolvență, decât neplata, poate accidentală, a unor creanțe. Acest mecanism de declanșare, este folosit cu succes în Germania. Totuși, în țările în tranziție, și nu numai în cazul acestora, o problemă majoră rămâne evaluarea activelor. Procesul de evaluare îngreunat de diferențele considerabile între valoarea contabilă și cea de piață. Tocmai de aceea, țări precum Republica Cehă, au adoptat practica vest-europeană a criteriului de declanșare

bazat pe „metoda celor două niveluri”⁶. Acest mecanism presupune, pe lângă evaluarea aritmetică bazată pe bilanț și valoarea activelor, o corecție pe baza șanselor de „supraviețuire” a firmei, și a valorii activelor sale în condițiile rămânerii pe piață. Pentru țările în tranziție, utilizarea acestei duble evaluări rămâne controversată, datorită dificultății de evaluare a scenariilor de redresare a firmelor, și a estimării precise a valorii de lichidare.

Criteriul insolvenței iminente a apărut relativ recent în legislațiile privind insolvența. Acest criteriu încurajează debitorul, mai exact managerul debitorului, să poată lua măsuri înaintea ajungerii în incapacitate de plată. În acest mod, șansele de salvare a firmei și de revenire pe piață sunt considerabil mai mari decât în cazul în care firma este deja în stare de insolvență. În plus, în anumite legislații, se încurajează un astfel de comportament din partea managementului firmei debitoare prin anularea creanțelor reziduale și prin permisiunea acordată managerilor de a rămâne în funcție. Acest criteriu este folosit cu succes în Germania, și a fost copiat într-o oarecare măsură⁷ și de două țări în tranziție – Croația și România. Există însă și potențiale efecte negative, mai ales atunci când această procedură de declanșare este folosită abuziv, pentru a scăpa de plata anumitor creanțe.

În România criteriul insolvenței iminente a fost introdus în 2002⁸ și se regăsește în articolul 25, alineat 2⁹, care stipulează că un debitor care este amenințat de insolvență poate declanșa procedura conform legii. Formularea este destul de vagă, și nu definește în mod obiectiv ce se înțelege prin „amenințare”. Totuși, amendamentele adoptate în 2004¹⁰ aduc precizări prin alineatul 4 al aceluiași articol, prin care se stipulează că „introducerea prematură și cu rea-credință, de către debitor, a unei cereri de deschidere a procedurii atrage răspunderea patrimonială a debitorului [...] pentru prejudiciile pricinuite”. În acest mod se limitează posibilele abuzuri.

Un alt aspect important al mecanismului de declanșare a procedurii de insolvență este obligativitatea managerului firmei debitoare de a declara starea de insolvență înaintea ajungerii propriu-zise în incapacitate de plată. Cum managerii cunosc cel mai bine situația firmelor pe care le conduc, ei sunt datori să fie transparenți și să nu afunde și

⁶ “Two-Tier Method” (eng.);

⁷ În cele două țări în tranziție legislația nu încurajează în mod explicit folosirea acestui criteriu de declanșare, cum se întâmplă în Germania;

⁸ prin OG 38/2002;

⁹ Legea 64/1995 amendată și republicată după adoptarea Legii 149/2004;

¹⁰ Legea 149/2004;

mai mult firmele în datorii numai din dorința de a-și prelungi mandatul de conducere, afectând în acest mod drepturile creditorilor. Așadar, pe lângă dreptul debitorului de a anticipa și declara starea de insolvență pentru a încerca să salveze firma, există și obligația managementului firmei debitoare de a declara în timp util dificultățile legate de insolvență.

Tabel 6: Dreptul și obligația de declanșare a procedurii de insolvență

Țara	Dreptul de a declanșa procedura	Obligativitatea managerilor de a iniția procedura	Sanțiuni legale
Bulgaria	debitor, creditor, lichidator	înainte cu 15 zile	răspundere patrimonială
Republica Cehă	debitor, creditor	nespecificat, dar obligatoriu fără întârziere	răspundere patrimonială
Ungaria	debitor, creditor, Registrul Comerțului	Nici o obligație	răspundere patrimonială
Polonia	debitor, creditor	înainte cu 14 zile	răspundere civilă și penală
Slovacia	debitor, creditor, lichidator	înainte cu 60 zile	răspundere patrimonială
România	debitor, creditor	înainte cu 30 zile	nespecificat

Sursa: Balcerowicz et al., 2003

Așa cum se poate observa din tabelul de mai sus, există o serie de deosebiri între legislațiile diferitelor țări în tranziție. Multe din aceste deosebiri se bazează pe experiența avută de respectivele țări în trecut. Spre exemplu, în Ungaria, în anul 1991 a fost adoptată o lege privind falimentul care prevedea obligația managerilor de a declara starea de insolvență dacă au arierate de peste 90 de zile. Acest așa-numit „criteriu automat de declanșare”¹¹ a condus apariția unui val de aproximativ 22.000 de declarații de insolvență mai puțin de 2 ani de aplicare a legislației. În 1993, procedura de declanșare automată a fost înlăturată. Efectele acestei proceduri au fost îndelung dezbătute în literatura de specialitate. Pe de-o parte, a existat riscul prăbușirii întregii economii, printr-un faliment sistemic. Pe de altă parte, acumularea de arierate a fost oprită și disciplina financiară mult întărită.

În Republica Cehă, până în 1996 nu a existat obligația managerilor de a declara starea de insolvență. În consecință, numărul de cazuri declarate de insolvență a fost redus. Chiar și după introducerea declarației obligatorii, prin inexistența unui termen clar de

¹¹ “automatic trigger” (eng.);

declarare ex-ante a insolvenței, nu există o presiune prea mare asupra managerilor în acest sens.

În Polonia, reglementările legale sunt cele mai dure în ceea ce privește obligația managerilor firmelor debitoare de a anticipa starea de insolvență. Mai mult, legislația poloneză introduce din 1997 și răspunderea penală pe lângă cea civilă, copiind astfel modelul prevederilor germane în domeniu.

De remarcat că în unele țări în tranziție apar și alți actori care au dreptul să inițieze procedura de insolvență. Lichidatorii au un rol important în țări precum Bulgaria sau Slovacia, putând lua inițiativa prin solicitarea declanșării procedurii.

În România, până în 2004 și Camerele de Comerț aveau dreptul de a solicita demararea procedurii de insolvență. Noile reglementări au anulat însă aceste prerogative ale sistemului camerelor de comerț. Motivația principală a fost faptul că Registrul Comerțului, sursă importantă de date privind activitatea firmelor, a fost mutat în 2002 de la Camerele de Comerț la Ministerul Justiției. De remarcat că Registrul Comerțului nu are în prezent atribuții în ceea ce privește investigarea stării de insolvență a firmelor înregistrate, așa cum este abilitată instituția corespondentă din Ungaria.

În sfârșit, dar nu în cele din urmă, trebuie notat faptul că până în 2004, și în legislația românească era stipulat ca managerii să răspundă patrimonial în cazul în care declară „prea târziu” starea de insolvență¹². În mod bizar, prin amendarea legii în 2004, această mențiune dispare, deși rămâne în continuare obligația efectuării declarării stării de insolvență cu 30 de zile înainte. Aceasta este, fără îndoială, o lacună a legislației actuale, care reduce stimulentele de aplicare a legii.

Lichidare vs. reorganizare

În urma declanșării procedurii de insolvență, acceptată de către instanță, debitorul are două opțiuni fundamentale – lichidarea sau reorganizarea judiciară. În general, atât debitorul cât și creditorii își exprimă opțiunea de urmat, decizia finală fiind stabilită de instanță. În ambele cazuri însă, creanțele față de debitor sunt înghețate, pentru a se putea fie asigura un tratament echitabil al creditorilor, după nivelul de prioritate al creanțelor deținute de aceștia (în cazul lichidării), fie pregăti un plan de reorganizare care să poată avea succes (în cazul reorganizării).

¹² conform art.25 alin.4

În cazul reorganizării însă, înghețarea sau chiar anularea creanțelor poate duce la anumite stimulente perverse, în sensul că debitorii ar fi încurajați să solicite reorganizarea doar pentru a scăpa de datorii, deși salvarea firmelor debitoare este foarte puțin probabilă.

Tratamentul creanțelor în cazul reorganizării variază în rândul țărilor în tranziție. În Ungaria, în vechea legislație exista o perioadă de 90 de zile după aprobarea reorganizării, în care creanțele erau înghețate. După modificarea cadrului legal în 1993, înghețarea creanțelor nu se mai poate face decât cu asentimentul creditorilor, pentru evitarea abuzurilor din partea managerilor firmelor debitoare. De notat este faptul că managerii firmelor debitoare pregătesc planurile de reorganizare.

În Republica Cehă, există o perioadă de 90 de zile în care debitorul are ocazia să propună un plan de „înțelegere”, care trebuie să fie ulterior aprobat de instanță. În acest interval, creanțele sunt oprite, cu excepția celor de natură salarială sau față de stat, provenite din operațiunile curente. În condiții speciale, se poate acorda o extensie de încă 90 de zile. Aceste prevederi au fost folosite îndeosebi în situațiile post-privatizare, când noii proprietari încercau să negocieze cu creditorii găsirea unei soluții de salvare a firmelor privatizate, care de obicei erau grevate de datorii. După 1996, când privatizarea se apropiase de sfârșit, perioada de protecție a fost restricționată numai pentru firmele cu peste 50 de angajați.

În Polonia, debitorul care optează pentru reorganizare poate cere instanței aprobarea unui plan asupra căruia să se ajungă la o înțelegere cu creditorii. Dacă judecătorul acceptă această cerere, se va ajunge la reorganizare doar în cazul în care adunarea creditorilor acceptă acest lucru. Numai în acest caz este posibilă înghețarea creanțelor, și doar dacă planul de reorganizare include prevederi clare privind plata creanțelor garantate.

În general însă, așa cum se va arăta și în capitolul 3, odată cu analiza asupra reglementărilor din România, la nivel internațional persistă dezbaterea privind alegerea între lichidare și reorganizare, ca modalități de finalizare a procedurii de insolvență. Țările dezvoltate, și instituțiile internaționale¹³ sugerează că reorganizarea ar fi de preferat, întrucât revitalizarea firmelor debitoare ar duce la rezultate mai bune atât pentru creditori cât și pentru economie. Deși lichidarea este mai rapidă, ea poate fi uneori prematură. De aceea, în legislațiile statelor dezvoltate, reorganizarea este încurajată¹⁴.

¹³ de exemplu FMI, Banca Mondială sau Comisia Europeană;

¹⁴ vezi Capitolul 11 (Chapter 11) din legislația SUA privind falimentul.

Pentru țările în tranziție, reorganizarea poate fi soluția mai bună întrucât adesea dificultățile financiare întâmpinate de debitori sunt datorate mediului extern și nu managementului intern al firmei. Existența unui volum mare de arierate inter-întreprinderi¹⁵, de natură sistemică, face ca uneori întreprinderi viabile să intre în incapacitate de plată din cauza clienților care nu și-au plătit la rândul lor datoriile.

Tot în țările în tranziție se observă însă și efectele perverse ale unui accent prea mare pus pe reorganizare. Așa cum este arătat și în capitolul 3.2, reorganizarea poate fi o scuză pentru prelungirea unui management incompetent sau a unei firme neviabile (mai ales în cazul firmelor de stat).

Experiența țărilor în tranziție este din nou mixtă. În Ungaria, în ciuda unui val masiv de declarații de insolvență la începutul tranziției, s-a pus accent cu predilecție pe reorganizare, demonstrându-se că riscul unui faliment sistemic, care să ducă la închiderea unui număr mare de firme a fost nefondat. Chiar și în anul 1992, când a fost apogeul insolvenței generalizate, un procent de 67% din firme au reușit să se salveze pe baza unui plan de reorganizare.

În Republica Cehă, prevederile legislative au fost și sunt în continuare mai puțin favorabile reorganizării. Condițiile legale care trebuie îndeplinite pentru a se trece la reorganizare sunt subiective și extrem de severe. Prin urmare, din punct de vedere statistic, doar unul la o mie de cazuri au reușit finalizarea procesului de reorganizare.

În Polonia, situația este similară cu cea din Cehia. Procesul de obținere a unui acord din partea instanței pentru trecerea la reorganizare este destul de inflexibil. Numărul de astfel de acorduri a fost extrem de scăzut în perioada 1990-2003. De amintit însă că întreprinderile din sectorul de stat au beneficiat de un cadru legal distinct, care le-a permis supraviețuirea, pentru a putea fi pregătite pentru privatizare¹⁶.

Tabel 7: Procedura de reorganizare în mai multe firme în tranziție.

Țara	Intervalul de timp pentru elaborarea planului	Perioada de reorganizare	Condițiile de acceptare de către creditorii
Bulgaria	30 zile	30 zile	Majoritate simplă și jumătate din volumul total de cereri
Republica Cehă	90 zile (plus extensie posibilă de încă 90 zile)	30 zile pentru valorificarea activelor	Majoritate simplă și trei pătrimi din volumul total de cereri.

¹⁵ mai ales de stat, dar și private;

¹⁶ situație similară cu cea din România – vezi cap. 3.2;

Ungaria	90 zile (plus extensie posibilă de 60 zile)	neprecizată	Majoritate simplă și două treimi din volumul de cereri
Polonia	în termen de 30 zile de la decizia instanței	neprecizată	Majoritate simplă de două treimi din creanțe
Slovacia	Planul trebuie elaborat și prezentat 15 zile înaintea adunării debitorilor	neprecizată	Majoritate de două treimi.
România	Planul trebuie elaborat în termen de 30 zile după acceptarea sau verificarea acestuia de către instanță.	maximum 3 ani	Vot majoritar de două treimi al creditorilor

Sursa: Balcerowicz et al., 2003

Din tabelul de mai sus se poate vedea că deși condițiile de acceptare variază de la o țară la alta, în cele mai multe cazuri este nevoie de o majoritate de voturi pentru a se evita defavorizarea creditorilor. De remarcat că România a ales limitarea perioadei maxime de reorganizare, fiind un exemplu de urmat.

Un alt element important în procedura de reorganizare este decizia privind schimbarea managementului firmei debitoare sau a menținerii acestuia. Pe de o parte, menținerea managerilor în procesul de reorganizare are avantajul că aceștia cunosc mult mai bine firma decât orice nou venit din exterior. Mai mult, menținerea în funcție a conducerii firmei debitoare încurajează comportamentul preventiv al managerilor, care sunt con interesați ca firma să aibe succes în procesul de revenire pe piață. O astfel de alegere au facut-o Ungaria și Polonia, care s-au inspirat după modelul SUA.

Pe de altă parte însă, experiența arată că managerii firmelor debitoare au tendința să opteze pentru măsuri disperate de redresare, care afectează deseori creditorii. De aceea, în țări ca Republica Cehă sau România, dar și în Germania și alte țări europene dezvoltate, acceptarea stării de insolvență duce automat la înlocuirea managerilor cu profesioniști din exterior – lichidatori sau administartori.

Împărțirea activelor rezultate în urma intrării în insolvență.

În cazul în care reorganizarea nu este posibilă, fie din cauza refuzului planului propus de către creditorii, fie din cauza neviabilității oricăror încercări de salvare a firmei debitoare, procesul de insolvență se finalizează prin lichidare. Un proces eficient de lichidare trebuie să accelereze la maxim împărțirea activelor, dar și să valorifice activele existente cât mai bine cu putiință. Unul din aspectele importante ale lichidării este

stingerea creanțelor în funcție de prioritatea acestora. Spre exemplu, creditorii care au garanții reale, sau altfel spus, dețin creanțe garantate, au prioritate față de alte categorii de creditori. Privilegierea creanțelor garantate pleacă de la premiza că garanțiile depuse au exact rolul de a facilita colectarea datoriilor, precum și menirea de a încuraja creditele.

În țările în tranziție, privilegiile acordate creditorilor cu creanțe garantate nu sunt prioritizate la fel de mult ca în țările dezvoltate. De exemplu, în Polonia și Ungaria nu se respectă așa strict aceste privilegii. În ambele țări creanțele statale au preeminență, chiar dacă nu sunt garantate. Problema principală cu respectarea creanțelor garantate este legată și de faptul că stingerea acestor obligații poate duce la pierderea activelor cheie din cadrul firmei. În acest mod, opțiunea către reorganizare este afectată negativ.

Tabel 8. Prioritizarea creanțelor.

Țara	Prioritatea stingerii creanțelor garantate	Prioritatea creanțelor negarantate asupra celor garantate
Bulgaria	Prioritate absolută	Datoriile către stat
Republica Cehă	Prioritate relativă, 70% se acordă direct, iar 30% se transformă în creanțe negarantate.	Datoriile către stat
Ungaria	Prioritate relativă, 50% se acordă direct, iar 50% se transformă în creanțe negarantate.	Datoriile către stat
Polonia	în termen de 30 zile de la decizia instanței	Datoriile către stat
Slovacia	Prioritate relativă – se poate introduce o reducere 30% a creanțelor	Datoriile către stat
România	Prioritate relativă, după datoriile bugetare.	Datoriile către stat.

Sursa: Balcerowicz et al., 2003

Așa cum se poate observa, în țările în tranziție statul are încă un cuvânt important în ceea ce privește recuperarea arieratelor bugetare, devansând în toate cazurile creanțele Garantate.

Cadrul instituțional al insolvenței în țările în tranziție

O procedură de insolvență nu poate fi eficientă fără dezvoltarea anumitor instituții specifice ale economiei de piață. Sistemul legal, de exemplu, trebuie să funcționeze excelent pentru ca declarațiile de insolvență să poate fi procesate din timp și cu echitate.

Implicarea instanțelor în derularea procedurii de insolvență aduce cu sine toate problemele legale ale țărilor în tranziție. Serioase obstacole persistă încă în diferitele sisteme juridice ale țărilor din Europa Centrală și de S-E.

În Republica Cehă, există experți care afirmă că implicarea tot mai mare a instanțelor încetinește procedura de insolvență. Sistemele judiciare din regiune se confruntă încă cu probleme în ceea ce privește capacitatea lor administrativă. Plecând de la lipsa de personal specializat, și observând lipsa unor dotări materiale minimale, se poate afirma că instanțele țărilor în tranziție sunt aglomerate și greoaie.

Una din soluțiile posibile este aceea de a implica mai mult organisme neutre, terțe, care să preia cea mai mare parte a detaliilor procedurale. Primul astfel de organism este format din practicienii în insolvență, care pot degreva instanțele de o mare parte din atribuții. Practicienii în lichidare sunt remunerați pentru activitatea lor prin valorificarea activelor debitorului, sau de către stat, dacă nu există suficiente resurse la debitorul insolvent. Practicienii sunt în anumite cazuri răspunzători pentru rezultatul lichidării, și au un caracter total imparțial.

Tabel 9. Practicienii în insolvență în țările în tranziție.

Țara	Pregătirea cerută	Remunerația	Răspunderea
Bulgaria	Doar persoane fizice – 3 ani vechime relevantă – listă publică	Flexibilă, determinată de Adunarea Creditorilor	Excludere de pe listă, amenzi și răspundere patrimonială
Republica Cehă	Instanța alege de pe o listă publică de experți competenți	Scară progresivă de compensare în funcție de valoarea activelor.	Excludere de pe listă, răspundere patrimonială, penalități administrative
Ungaria	Licitații publice pentru a intra pe listă, profil profesional reglementat	5% din venituri (lichidare) 1,5% din valoarea contabilă (reorganizare)	
Polonia	Studii universitare contabilitate și management, cinci ani experiență managerială, listă publică la nivelul	Max. 5% din valoarea activelor, instanța decide compensația exactă, se poate plăti în avans	

	instanțelor regionale		
Slovacia	Profil profesional reglementat: numai persoane fizice cu experiență relevantă, listă publică	Determinată de instanță, compensație oficială progresivă în funcție de valoarea activelor	
România	Contabili autorizați sau studii universitare în economie, drept, inginerie și 5 ani experiență, listă publică la nivelul instanțelor regionale	Flexibilă, determinată de majoritatea Adunării Creditorilor	

Sursa: Balcerowicz et al., 2003

De remarcat că în România practicienii în insolvență au format o organizație profesională cu rol autoreglementare a unei profesii, și anume cea de practician în reorganizare și lichidare.

Figura 1: Organizarea și reglementarea instituției lichidatorului în România

Uniunea Națională a Practicienilor în Reorganizare și Lichidare (UNPRL) a fost înființată la 27 noiembrie 1999. Activitatea Uniunii este reglementată prin Legea nr.505/2002 pentru aprobarea Ordonanței Guvernului nr.79/1999 privind organizarea activității practicienilor în reorganizare și lichidare și prin Regulamentul de organizare și funcționare aprobat prin ordin al ministrului justiției.

Potrivit legii Uniunea este persoana juridică de utilitate publică, autonomă și fără scop lucrativ, din care fac parte practicienii în reorganizare și lichidare - administratori judiciari și lichidatori.

Membrii Uniunii au dreptul să desfășoare activitatea de practician în reorganizare și lichidare pe întreg teritoriul României. În virtutea drepturilor conferite de cadrul legal existent în România, numai membrii UNPRL pot desfășura activități specifice operațiunilor de lichidare voluntară, reorganizare judiciară și faliment. S-au creat astfel premisele existenței unei noi profesii reglementându-se activitatea desfășurată de practicienii în reorganizare și lichidare, la alegere, fie individual, fie în cadrul societăților comerciale profesionale, ori salariați în interiorul profesiei. Începând din anul 2000, la solicitarea Uniunii, ocupația de "administrator judiciar" și cea de "lichidator" au fost incluse în Clasificarea Ocupațiilor din România.

Sursa: www.liquidation.ro

Deși activitatea practicienilor în reorganizare și lichidare este doar la început în România, nu este exclus ca în timp lichidatorii să aibe un rol tot mai important în procedura de insolvență, ajungând până acolo încât să poată prevedea situațiile dificile în care ajung diverse firme, și să aibe prerogative în declanșarea anticipată a stării de insolvență.

Analiza comparativă și clasificarea BERD

Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare (BERD) urmărește îndeaproape procesul de ieșire de pe piață, și oferă expertiză pentru îmbunătățirea procedurii de faliment. Viziunea BERD este în concordanță în multe privințe cu recomandările Băncii Mondiale sau FMI, însă spre deosebire de acestea, BERD este implicată în finanțarea pe bază de proiecte menită să susțină și să promoveze procesul de tranziție a 26 de state din Europa Centrală și de Est (ECE) și Comunitatea Statelor Independente (CSI). Această implicare specifică este dată de furnizarea de către BERD de finanțare pentru sectorul privat din țările în tranziție. Ca urmare, perspectiva BERD este oarecum mai favorabilă creditorilor și nu debitorilor, în ceea ce privește procedura de insolvență.

În viziunea BERD, o procedură de insolvență eficientă nu implică numai un cadru legal riguros, ci și eforturi de implementare susținute. Încă din 1997, BERD a demarat o anchetă legislativă care a urmărit investigarea percepțiilor experților și practicienilor în

insolvență din țările ECE și CSI. Ancheta propusă a investigat atât cadrul legal și procedural, cât și gradul de implementare al acestuia.

Pentru fundamentarea anchetei sale, BERD a considerat următoarele trăsături cheie ale unui sistem de insolvență funcțional și eficient:

- ✓ Demararea și durata procedurii;
- ✓ Alternativele la lichidare;
- ✓ Managementul și activitatea întreprinderilor în timpul procedurii de insolvență;
- ✓ Prioritizarea creditorilor;
- ✓ Obstacolele în cadrul procesului de implementare.

În urma anchetei din 1997, BERD a clasificat țările în care operează, din punct de vedere al funcționalității procedurii de insolvență, în cinci categorii: complet funcțională, adecvată, aproape adecvată, inadecvată și respectiv complet nefuncțională.

Tabel 10: Analiza comparativă BERD a funcționalității procedurii de insolvență

Țara	Complet funcțională	Adecvată	Aproape adecvată	Inadecvată	Complet nefuncțională
Cehia		X			
Ungaria		X			
Estonia		X			
Polonia			X		
România			X		
Bulgaria		X			
Slovacia			X		
Rusia			X		
Ukraina				X	
Albania					X

Sursa: Ancheta legislativă BERD, 1999

În anii următori, rezultatele anchetei BERD nu au fost radical diferite, existând doar câteva mici modificări de clasificare, fie în sens pozitiv, fie în sens negativ, ca urmare a schimbărilor de percepție asupra funcționalității regimului de insolvență. Este important de notat că pentru majoritatea țărilor care au primit calificativul de procedură „adecvată”, cum ar fi și România care a progresat recent la acest calificativ, ratingul eficienței cadrului de insolvență din punct de vedere legislativ a fost superior celui acordat pentru implementarea sa efectivă. Prin urmare, una din concluziile anchetei BERD este aceea că definirea sistemului legal de insolvență (design, priorități, trăsături specifice) este deseori mai puțin importantă decât efortul depus în vederea implementării respectivului sistem.

În completarea anchetei sale legislative, BERD a efectuat recent o altă investigație, care de această dată s-a concentrat numai pe dimensiunea legală a insolvenței, neluând în calcul procesul de implementare. Folosind expertiza consultanților locali din 27 de țări în tranziție din Europa și Eurasia, raportul a trecut în revistă legislația privind insolvența din punct de vedere al respectării unor criterii aflate la baza metodologiei de investigare BERD. Abordarea raportului a fost una funcțională, plecându-se de la premiza că legislația privind insolvența trebuie să îndeplinească câteva funcții principale, printre care cele mai importante sunt oferirea de soluții alternative (ex: lichidare sau reorganizare), oferirea libertății de opțiune pentru aceste alternative atât pentru creditor cât și pentru debitor, precum și administrarea într-un mod eficient și cu celeritate al întregii proceduri. În plus, metodologia raportului a definit cinci elemente esențiale ale unei legi privind insolvența:

- ✓ Demararea procedurii și efectele acesteia;
- ✓ Activele existente;
- ✓ Implicarea și tratamentul creditorilor;
- ✓ Procesul de reorganizare;
- ✓ Procesul de lichidare completă/faliment.

Pe lângă aceste cinci elemente-cheie, raportul BERD a investigat și percepția actorilor implicați în procesul de insolvență, plecând de la premiza că legislația trebuie să le fie acestora clară, fără elemente de incertitudine și cu efecte juridice ușor de previzionat. Legislația analizată a fost cea în vigoare la 1 ianuarie 2003.

Tabel 11: Îndeplinirea principiilor BERD privind insolvența în țările în tranziție

Calificativ de îndeplinire a principiilor BERD	Țări
Foarte înalt	Nici o țară
Înalt	Albania, Croația, Moldova, România, Serbia și Muntenegru
Mediu	Bulgaria, Cehia, Estonia, Polonia, Rusia, Slovacia etc.
Jos	Armenia, Belarus, Ungaria, Letonia, Slovenia etc.
Foarte jos	Bosnia-Herțegovina, Lituania, Ucraina etc.

Sursa: Insolvency law assessment project, BERD 2003

O analiză pe componente a respectării elementelor considerate de BERD esențiale pentru o procedură eficientă de insolvență, arată că prevederile legislative românești privind insolvența sunt clar peste media regiunii analizate.

În general, legislația României¹⁷, chiar dacă nu respectă toate criteriile BERD, este totuși notată cu un calificativ maxim în rândul celor 27 de țări investigate. Surprinzătoare, totodată, este diferența între rezultatele acestui raport și ancheta legislativă BERD prezentată anterior. Cum diferența metodologică majoră între cele două cercetări este faptul că ancheta legislativă ia în calcul și implementarea efectivă a legislației, se reîntărește concluzia potrivit căreia problema României nu este de design legislativ ci de implementare propriu-zisă a reglementărilor în vigoare.

¹⁷ la nivelul lunii ianuarie 2003 (L64/1995 republicată în 1999, cu modificările aduse de OG 38/2002, dar fără a se lua în calcul L149/2004);

2.5. Cadrul legal privind falimentul prin prisma acquis-ului comunitar.

Reperul central al reglementărilor la nivelul Uniunii Europene referitoare la faliment este dat de Regulamentul Consiliului (CE) 1346/2000 din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență. Regulamentul este deja direct aplicabil tuturor statelor membre UE, intrând în vigoare la data de 31 mai 2002.

Observând că activitățile antreprenoriale au din ce în ce mai multe componente transfrontaliere, Uniunea Europeană se simte nevoită să reglementeze la nivel comunitar tot mai multe aspecte ale mediului de afaceri. Cum procedura de ieșire de pe piață poate afecta piața internă a UE, s-a considerat necesară adoptarea unui act comunitar care să coordoneze prevederile legate de gestiunea activelor debitorilor insolvenți. Este de altfel clar că dacă regimul de gestiune a activelor ar fi diferit între țările membre, acest fapt ar duce la transferuri între statele UE care ar contraveni principiilor pieței comune.

Regulamentul CE este rezultatul a peste 40 de ani de analiză și pregătire, și prin cele 47 de articole ale sale, reglementează jurisdicția internațională a unei instanțe de judecată dintr-un stat membru vizând demararea procedurii de insolvență, recunoașterea automată a procedurii în celelalte state membre, precum și recunoașterea prerogativelor transfrontaliere ale „lichidatorului” implicat în procedură.

În cele ce urmează vor fi prezentate principalele trăsături ale procedurii de insolvență la nivel comunitar, așa cum sunt definite de Regulamentul CE.

Domeniul de aplicare

Domeniul de aplicare al Regulamentului CE este definit prin Art.1 (1) care precizează că pentru a recunoaște o procedură de insolvență la nivel comunitar este nevoie de patru criterii cumulative:

1. Procedura trebuie să fie cumulativă, astfel încât toți creditorii implicați pot să își satisfacă cererile doar prin intermediul acestei proceduri, nefiind permise acțiunile individuale;
2. Procedura trebuie să fie inițiată la constatarea stării de insolvență a debitorului, și nu datorită altor motive. Testarea insolvenței debitorului se face conform legislației statului în care se deschide procedura;
3. Procedura trebuie să implice privarea, totală sau parțială, a debitorului de anumite active sau prerogative. Ridicarea dreptului debitorului de administrare este un exemplu în acest sens;

4. Procedura trebuie să prevadă numirea unui „lichidator”. Această cerință este, de altfel, consecința logică a condiției anterioare. Transferul de prerogative de la debitor la lichidator se face pentru a se putea controla acțiunile debitorului, în sensul prevenirii deciziilor ce ar putea afecta rambursarea cât mai îndestulătoare a creditorilor.

Pentru aplicarea Regulamentului CE, nu este suficientă îndeplinirea condițiilor de mai sus, ci este necesară și încadrarea într-una din procedurile naționale stipulate în Anexele A și B. Prin urmare, doar procedurile statelor membre menționate în anexe pot beneficia de prevederile Regulamentului.

Scopul general al Regulamentului CE privind insolvența este de a fi o prevedere legală comunitară, cu aplicabilitate generală, obligatorie pentru toți debitorii, fie ei persoană fizică sau juridică, comercianți, intermediari sau indivizi. Ca excepție, instituțiile financiare nu intră sub incidența Regulamentului privind insolvența¹⁸ (Wessels, 2003).

Din punct de vedere al jurisdicției, Regulamentul prevede că aceasta este deținută de instanța de judecată din statul membru pe teritoriul căruia se află centrul principal de interese al debitorului, sau sediul social al acestuia pentru persoane juridice. Instanțele celorlalte state membre vor avea jurisdicție și ele doar în cazul în care debitorul deține un sediu și pe teritoriul lor.

Regulamentul stabilește cadrul juridic privind deciderea legii aplicabile, înlocuind astfel prevederile comune de drept internațional privat. Articolul 4 din Regulament precizează că, în general, legea statului membru unde se deschide procedura va fi legea aplicabilă (*lex concursus*). Există și excepții de la această regulă, în cazurile prevăzute în mod express în Regulamentul CE.

*Tabel 12: Excepțiile de aplicare a legii (diferite de *lex concursus*)*

Subiectul excepției	Aplicarea legii
Contractele privind proprietăți imobiliare (art.8)	Legea statului membru unde este situată proprietatea (<i>Lex rei sitae</i>)
Drepturile și obligațiile părților provenind	Legea statului membru aplicabilă

¹⁸ Procedurile de insolvență pentru societățile de asigurare sunt reglementate prin Directiva 17/2001 a Parlamentului și a Consiliului (OJ L 110, 20/04/2001), iar pentru instituțiile de credit reglementările sunt date de Directiva 24/2001 a Parlamentului și Consiliului (OJ L 125, 05/05/2001). Spre deosebire de regulamente, directivele trebuie să treacă printr-un proces de implementare legislativă la nivelul fiecărui stat membru al UE. Datele limită pentru implementarea acestor directive au fost 20 aprilie 2003 pentru societățile de asigurare și respectiv 5 mai 2004 pentru instituțiile de credit;

din sisteme de plată sau decontare, sau pe pe piețele financiare (art.9)	respectivelor sisteme sau piețe.
Contracte de muncă (art. 10)	Legea statului membru aplicabilă contractului de muncă
Drepturile debitorului asupra proprietăților imobiliare, navelor sau aparatelor de zbor ce sunt înregistrate la nivel național	Legea statului membru unde se află autoritatea de înregistrare
Actele emise de debitor după deschiderea procedurii de insolvență, pentru protejarea terților cumpărători	Legea statului membru unde este situată proprietatea sau unde se află autoritatea de înregistrare
Efectele procedurii de insolvență asupra acțiunilor în justiție aflate în curs	Legea statului membru în care se desfășoară acțiunile în justiție

Sursa: Wessels, 2003

Regulamentul CE privind insolvența este în mod cert un important pas înainte în stabilirea unui cadru juridic care să faciliteze interacțiunea și alinerea diferitelor sisteme de insolvență din cadrul UE. Dată fiind diversitatea legislațiilor referitoare la faliment (vezi cap.2.1 Tipologii legislative), este clar că uniformizarea acestora la nivel comunitar pentru a crea o procedură unică de faliment ar fi un efort nepractic. Prin urmare, scopul Regulamentului este în principal să înlocuiască numeroasele acorduri bilaterale de recunoaștere reciprocă a procedurilor de faliment, și nu să standardizeze un anumit tip de procedură.

Există însă și puncte slabe ale Regulamentului CE. În ciuda faptului că Regulamentul are efect obligatoriu, fiind aplicabilă direct și necondiționat de către statele membre, majoritatea țărilor tot au nevoie să își amendeze legile interne de insolvență pentru a implementa prevederile Regulamentului. Necesitatea acestor amendamente demonstrează că nu putem încă discuta de o armonizare veritabilă și totală în domeniul insolvenței în tot spațiul comunitar. Statele membre nu dau semne prea clare că ar dori să-și alinieze legislația în domeniul insolvenței, urmând mai degrabă o politică proprie în acest domeniu.

În plus, limitarea teritorială a aplicării Regulamentului, numai la nivel comunitar, este un neajuns important, mai ales în contextul dat de tendința de globalizare a afacerilor. Devine astfel dezirabilă o reglementare globală a insolvenței transfrontaliere. Cu numai 6 ani în urmă, a fost dezvoltat un standard mondial de cooperare transfrontalieră, denumit Modelul de lege UNCITRAL¹⁹ privind insolvența

¹⁹ UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law;

transfrontalieră. Deși Modelul de lege nu are un caracter obligatoriu, acesta are ca scop impulsivarea procesului de adaptare a legislațiilor naționale în domeniul insolvenței. Implementarea Modelului de lege UNCITRAL este de altfel susținută de instituții internaționale de prestigiu, cum ar fi Banca Mondială, FMI sau Banca Asiatică de Dezvoltare. Soluțiile oferite de Modelul UNCITRAL par să fie optime în circumstanțele actuale. Conform art.3 al Modelului de lege, obligațiile internaționale ale statelor care adoptă acest model de lege sunt respectate, ceea ce înseamnă că prevederile Regulamentului CE pot avea efect în continuare, în timp ce cadrul juridic propus de UNCITRAL ar reglementa regimul de desfășurare al relațiilor statelor membre UE cu țările asupra cărora prevederile Regulamentului CE nu au putere legală.

Armonizarea legislației românești cu Regulamentul CE privind insolvența

Legislația românească a fost în mare parte deja armonizată cu prevederile Regulamentului 1346/2000, prin adoptarea L637/2002 privind raporturile de drept internațional în domeniul insolvenței și prin recenta adoptare a L149/2004 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

Prin L637/2002 se definesc legea aplicabilă în raporturile de drept internațional privat în domeniul insolvenței, procedura de urmat în astfel de raporturi, precum și procedura de cooperare între autoritățile române și cele străine în rezolvarea cazurilor de insolvență internaționale și europene.

2.6. Recomandări de bună practică în domeniul insolvenței în UE

În anul 2000, Consiliul European de la Lisabona a stabilit ca obiectiv strategic ca până în anul 2010 Uniunea Europeană să devină “cea mai competitivă și dinamică economie bazată pe cunoaștere din lume”. În acest context, Comisia Europeană a primit mandatul de a se implica într-un proces de coordonare deschisă pentru a ajuta Statele Membre să își dezvolte propriile politici economice adecvate. Metodologia procesului de coordonare constă în stabilirea unor recomandări la nivel european pentru atingerea obiectivelor specifice într-un interval de timp stabilit, care mai apoi să fie transpuse în politici naționale și regionale adaptate la condițiile locale.

Ca urmare, cu ocazia Consiliului European de la Feira din iunie 2000, a fost adoptată Carta Europeană a Întreprinderilor Mici, în care se preciza importanța procesului de ieșire de pe piață pentru funcționarea economică competitivă și se considera necesară o evaluare a legislațiilor naționale în domeniul falimentului pentru a se evidenția bunele practici, ca model de urmat.

Directoratul General Întreprinderi din cadrul Comisiei Europene a creat o metodologie cunoscută sub denumirea de cea mai bună procedură²⁰, care se bazează pe procesul de coordonare deschisă amintit anterior. Metodologia propusă constă în efectuarea unor analize asupra elementelor identificate ca esențiale pentru atingerea obiectivelor agendei Lisabona, și definirea indicatorilor de performanță, a poziționării și a țintelor operaționale de îmbunătățire a situației actuale.

În acest sens, în domeniul insolvenței și al falimentului a fost lansat în 2002 un proiect intitulat “Restructurare, Faliment și un nou Început” cu scopul de a se evalua drumul de urmat pentru optimizarea procedurilor de ieșire de pe piață la nivel european.

Proiectul a fost finalizat în septembrie 2003 și a avut ca rezultat o serie de recomandări și observații, care deși nu sunt imperative, pot fi considerate ca făcând parte din așa-numitul *acquis soft* al UE, adică recomandări care nu trebuie ignorate pentru a se îndeplini scopuri comune stabilite de *acquis-ul propriu-zis*²¹.

În principal recomandările amintite anterior vizează patru mari linii de acțiune:

²⁰ Traducere din limba engleză – “Best procedure”;

²¹ România a aderat la Carta Europeană a Întreprinderilor Mici la Maribor, și aspirația de a deveni Stat Membru în anul 2007 face România să fie direct interesată de a se pregăti din timp în ceea ce privește agenda Lisabona.

1. Prevenirea timpurie;
2. Sistemul legal;
3. Posibilitatea unui nou început;
4. Atitudinea socială.

În ceea ce privește prevenirea timpurie, recomandarea principală făcută de experții reuniți sub egida DG Întreprinderi al Comisiei Europene este de a crea mecanisme sau instituții care să permită consilierea întreprinzătorilor aflați în dificultate, pentru evitarea din timp a stării de insolvență. În același timp, este extrem de importantă informarea transparentă asupra căilor de urmat alternative în situația apariției unor dificultăți financiare.

Recomandările privind sistemul legal vizează mai ales fluidizarea și desfășurarea cu celeritate a procedurii de insolvență, astfel încât întreprinzătorii să nu fie descurajați de ideea de a intra în faliment. Evident, în măsura în care este posibil, se sugerează un mai mare accent pe reorganizarea judiciară care să ducă la salvarea firmelor aflate temporar în dificultate.

Un accent important al recomandărilor este pus pe oferirea unei noi șanse celor care au intrat în faliment din cauza unui context general nefavorabil, și nu datorită unor prejudicieri intenționate ale companiilor pe care le conduceau. În acest sens, se recomandă eliminarea oricăror obstacole ce ar putea duce la discriminarea întreprinzătorilor care au trecut prin faliment în încercarea acestora de a începe o nouă afacere. Un studiu comandat de Comisia Europeană și executat de Boston Consulting Group, arată că întreprinzătorii cu o experiență nefastă în ceea ce privește falimentul au mai mare succes în afaceri decât cei aflați la prima afacere.

În sfârșit, dar nu în cele din urmă, recomandările susținute de Comisia Europeană arată necesitatea eliminării stigmatului social în ceea ce privește falimentul. Astfel, ieșirea de pe piață prin faliment trebuie considerată drept un pas normal în viața oricărui agent economic, fiind un act benefic pentru piață și pentru economie întrucât disponibilizează resurse care reintră rapid în circuitul economic, putând fi folosite mai eficient.

Pentru fiecare din aceste linii de acțiune există măsuri specifice propuse. Acestea sunt definite mai mult sau mai puțin concret, însă sunt susținute de exemple de bună practică din statele membre ale UE.

În ceea ce privește România, evaluarea grupului de experți coordonat de Comisia Europeană sugerează că există probleme mai ales în următoarele domenii:

- ✓ Informarea întreprinzătorilor privind procedura de faliment și implicațiile acesteia precum și existența pe piață în condiții accesibile a consilierii privind situațiile de dificultate financiară și a căilor de urmat;
- ✓ Transparența informațiilor contabile și a datelor financiare care ar permite tragerea de semnale de alarmă în ceea ce privește starea financiară a firmelor;
- ✓ Promovarea noului început pentru întreprinzătorii care au dat faliment, schimbarea mentalității negative la adresa celor implicați în falimentul unor firme prin cursuri de pregătire disponibile;
- ✓ Menționarea în cadrul verdictului judecătorului sindic a comportamentului „scuzabil” al întreprinzătorilor care au intrat în faliment din cauze externe, și nu datorită comportamentului lor prejudicios.

3. România: unde ne situăm?

3.1. Cadrul legal privind falimentul

Legislația românească privind falimentul a cunoscut mai multe modificări de substanță în perioada de după 1989. În prezent, cadrul legal este dat de Legea 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, cu modificările și completările ulterioare, din care cele mai importante sunt Legea 99/1999, Legea 82/2003 de aprobare a OG 38/2002 și Legea 149/2004.

De altfel, ultima modificare legislativă este extrem de recentă, Legea 149/2004 intrând în vigoare pe data de 12 mai 2004²². Acest act normativ era așteptat de ceva vreme, fiind rezultatul adoptării unui proiect de lege (PL322/2003) care a fost înaintat de Ministerul Justiției spre dezbateri Camerei Deputaților încă din mai 2003.

Dezbaterea privind legislația referitoare la faliment au legătură cu mai multe din capitolele de negociere cu Uniunea Europeană, printre care Libera circulație a serviciilor, Politica de concurență și Dreptul societăților comerciale.

Prin urmare, dacă dorim să privim în dinamică evoluția legislației privind insolvența și falimentul în România, poate fi util să folosim trei repere legislative:

- cadrul legal de până în anul 2002, dat de vechiul text al Legii 64/1995, consolidat și republicat în 1999 după adoptarea Legii 99/1999;
- cadrul legal din perioada 2002 - 2004, ce conține modificările aduse în 2002/2003 de OG 38/2002 (adoptată prin L82/2003);
- cadrul legal actual, definit prin modificările aduse de L149/2004.

Metodologia de analiză a legislației privind falimentul nu este una unitară, în schimb există între specialiștii în dreptul insolvenței anumite arii comune de cercetare, care au generat anumite repere importante de investigare a eficienței unui anumit cadru legal. În cele ce urmează, ne vom referi, într-o ordine mai mult sau mai puțin aleatoare, la reperele cheie ale unei legislații privind falimentul, însă de această dată prin interpretare directă a legislației din România.

Prima întrebare care trebuie pusă atunci când analizăm legislația privind falimentul în România, este fără îndoială legată de identificarea **scopului acestei legislații** din punct de vedere al politicilor publice. Banca Europeană pentru

²² Fiind publicată în MOF. Nr.424 din 12 mai 2004;

Reconstrucție și Dezvoltare (BERD 2003) identifică trei scopuri posibile ale legislației referitoare la faliment:

1. Politica noului start – care permite unui întreprinzător falimentar, dar onest, redemararea afacerii sale, scutit fiind de datoriile și obligațiile pe care le-a acumulat ca urmare a ghinionului avut în afacerile de până atunci;
2. Politica echității – care promovează distribuirea echitabilă a averii debitorului falimentar între creditorii de același rang;
3. Politica de salvare – care dispune restructurarea și reabilitarea unei întreprinderi pentru a păstra locurile de muncă, a plăti creditorii, a aduce profit și a crea valoare;

Deși legislația română asigură de jure cadrul pentru îndeplinirea tuturor acestor trei scopuri de politică economică, totuși experiența de până acum arată că practica falimentului în România a fost concentrată mai degrabă pe politica de salvare, mai ales în ceea ce privește soarta întreprinderilor de stat intrate în insolvență (vezi 3.2 Ajutoarele de stat).

O a doua problemă se referă la detaliile procedurale ce sunt parte a cadrului legal. În acest sens este necesară dezbaterea **procedurii de inițiere / deschidere** a falimentului. Procedura de reorganizare/faliment în România, în momentul de față, poate începe fie prin cererea adresată chiar de către comerciantul aflat în insolvență, fie de către creditorii, în următoarele condiții:

- creditorii nu au fost plătiți cel puțin de 30 zile;
- datoriile comerciantului provenite din raporturi de muncă sau civile sunt mai mari decât șase salarii medii pe economie²³, stabilite conform legii;
- datoriile comerciantului provenite din raporturi comerciale depășesc suma de 3000 euro²⁴.

Este important de menționat că în legislația românească nu există prevederi legale care să declanșeze automat falimentul, cum există sau au existat în alte țări europene. În

²³ De notat faptul că aceste criterii se aplică pentru toate întreprinderile, indiferent de mărimea acestora. În aceste condiții, pentru firmele mari, o datorie de șase salarii medii reprezintă un prag extrem de scăzut de declanșare posibilă a procedurii de faliment.. Această măsură are ca însă ca scop în principal protecția salariaților;

²⁴ Suma minimă a creanțelor comerciale care pot deschide procedura de faliment a fost recent redusă prin Legea 149/2004 de la 5000 la 3000 de euro. Această modificare este binevenită, în sensul în care va impune fie o mai mare rigoare în plata datoriilor, fie va scoate de pe piață mai rapid agenții economici care nu își pot plăti aceste datorii;

România procedura începe doar pe baza unei cereri introduse la tribunal de către debitor sau de către creditorii.

O a treia problemă importantă în analiza cadrului legal referitor la insolvență și faliment este **alegerea între procesul de lichidare și cel de reorganizare judiciară**. Așa cum am anticipat mai devreme, această alegere poate avea ca fundament priorități de politică economică diferite. În cele din urmă, important este de a asigura un echilibru între protecția intereselor creditorilor și încurajarea reorganizării care este benefică mai ales pentru angajați.

Tendința pe plan european, și pe plan internațional în general, este de a modifica legislația referitoare la faliment în sensul încurajării procesului de reorganizare judiciară²⁵. În România, modificările propuse par să se înscrie într-o direcție diametral opusă, și anume încurajarea creditorilor. Explicația pentru acest proces provine însă din experiența de până acum a țării noastre, care arată că practica reorganizării judiciare nu a fost o soluție de succes în prea multe cazuri, transformându-se adesea într-o adevărată barieră în calea ieșirii de pe piață, dezavantajând astfel atât creditorii cât și ducerea la bun sfârșit a reformelor structurale.

Conform ultimelor modificări legislative aduse de L149/2004, perioada maximă de executare a planului de reorganizare judiciară, în cazul în care acesta a fost aprobat, a fost redusă de la trei la numai doi ani. În același timp, se asigură un mai mare control asupra lichidatorilor și administratorilor, pentru a se evita abuzurile și comportamentul neeconomic al acestora.

Trecând însă peste reglementările juridice propriu-zise, prezente sau viitoare, este important de subliniat faptul că prin lichidare, sunt înlăturați de pe piață comercianții necompetitivi care datorită conjuncturii sau datorită propriilor curenți manageriale nu reușesc să desfășoare o activitate lucrativă. Lichidarea are și un rol de asanare a economiei de piață și de fluidizare a comerțului care, în stadiul actual al țării noastre precum și în perspectiva integrării europene este nu doar necesar ci și indispensabil bunei derulări a economiei de piață. În aceste condiții rolul lichidării trebuie corect înțeles și trebuie delimitat de orice conotații negative care i s-au atribuit în societatea noastră.

În contextul aderării probabile a României la UE în viitorul previzibil (2007), putem aprecia că tendința de favorizare a lichidărilor, în dauna reorganizării judiciare, ar

²⁵ Una din motivațiile acestei reorientări pe plan mondial este faptul că prin reorganizare se pot păstra anumite active intangibile, care ar dispărea altfel prin faliment (Hart, 2003), dar și secțiunea 2.1 Tipologii legislative;

putea fi doar etapă tranzitorie. Ea se poate inversa atunci când sistemul juridic va fi tot mai eficient, administratorii și judecătorii sindici tot mai competenți, instituțiile abilitate să intervină tot mai puternice – pentru a reda încrederea în procedura de reorganizare judiciară. Mai mult, reorganizarea nu trebuie făcută cu orice preț; ea nu trebuie să permită (vezi 1.1. Principii, scopuri, eficiență) salvarea firmelor neviabile – și în România sunt încă multe astfel de firme.

În plus, România se adaptează la standardele procedurale ale Uniunii (Regulamentul CE 1346/2000), și, pe măsura reformei legislației la nivel comunitar (vezi 2.1.), dacă aceasta va avea loc, va încerca probabil să se adapteze noilor practici în domenii conexe, cum ar fi audit-ul corporatist.

Figura 2: Studii de caz – lichidare parțială și vânzare în urma intrării în faliment

Lichidarea societății EUROBIOFORT SA.

În anul 1998 s-a deschis procedura falimentului SC EUROBIOFORT SA la cererea BANCOREX SA. Instanța a desemnat ca lichidator firma SC Reconversie și Valorificare Active SA (în prezent Moore Stephens RVA SA), care împreună cu conducerea executivă a societății, a reușit să conserve activele societății precum și activitatea de producție la nivelul clienților solvabili și a contractelor economice rentabile. În baza legii nr. 64/1995, în cursul anului 2001, lichidatorul a organizat licitații pentru vânzarea de mijloace fixe, terenuri, active mici, vânzând bunuri în valoare de 1930 milioane lei. Acest lucru a permis menținerea salariaților și reducerea datoriilor firmei. La sfârșitul anului 2001, societatea a avut o cifră de afaceri de 9,5 miliarde de lei și un profit brut de 20 milioane de lei din exploatare. (Sursa: www.rva.ro)

Lichidarea judiciară a SC SUINPROD SA

SC SUINPROD SA Popești Leordeni este un complex de creștere și de îngrășare a porcilor, amplasat pe linia de centură a Municipiului București. Suprafața totală este de aproximativ 16ha. Complexul dispune de două miniabatoare, grajduri, staie epurare etc. În momentul intrării în faliment, societatea datora aproximativ 22 miliarde lei, activitatea fiind sistată din 1994. În cadrul procedurii de lichidare, lichidatorul judiciar a adoptat strategia vânzării integrale a complexului. S-a concentrat astfel pe identificarea unui investitor specializat care să fie interesat de relansarea activității și eficientizarea acesteia. Prin eforturile lichidatorului, societatea a fost adjudecată la licitație contra sumei de 400.000 USD de către firma PICOVIT ROM SRL București. În prezent complexul este populat cu peste 20000 porci. Principala piață de desfacere este Municipiul București. Din sumele rezultate s-au acoperit creanțele bugetare în proporție de peste 80% și complexul a fost redat sectorului zootehnic românesc. (Sursa: www.rva.ro)

3.2. Insolvență, faliment și statul în calitate de acționar și creditor

Un aspect cheie ce nu poate să lipsească într-o analiză privind domeniul insolvenței și al falimentului în România este investigarea comportamentului statului în calitate de acționar și/sau creditor. Într-o economie în tranziție, cum este cea a României, participațiile și creanțele statului sunt în mare măsură legate de procesul de privatizare și de restructurare a întreprinderilor publice, așa cum am putut vedea și din analiza asupra țărilor în tranziție (cap. 2.4).

Pe de o parte, există un număr semnificativ de firme care fiind nerentabile, nu se pot privatiza, ele aducând constant pierderi în condițiile în care sunt menținute pe linia de plutire prin infuzii de ajutor de stat. Decizia de politică economică de a menține anumite întreprinderi în proprietate publică, datorită importanței lor strategice sau în speranța restructurării și valorificării lor ulterioare prin privatizare are consecințe directe asupra evitării declanșării procedurii de insolvență.

Pe de altă parte, firmele care au fost privatizate ajung uneori în dificultate, existând presiuni postprivatizare pentru a fi susținute sau chiar preluate înapoi de stat. În toate aceste cazuri, firmele acumulează datoriile importante față de stat, care la nivel macroeconomic se regăsesc într-un volum însemnat de arierate fiscale.

Evitarea falimentului prin menținerea artificială a firmelor în mediul de afaceri este rezultatul unei politici de constrângeri bugetare slabe care a contribuit la lipsa de disciplină fiscală din România. Pe lângă consecințele nefaste asupra mediului de afaceri, manifestate prin concurența neloială între întreprinzătorii corecți, care își plătesc datoriile, și cei care crează arierate, există consecințe negative la nivel macroeconomic, mai ales în ceea ce privește deficitul bugetar, procesul de colectare fiscală și deficitele externe²⁶.

Paradoxal, politica statului atunci când este creditor este una ambivalentă. Fie statul joacă rolul de părinte binevoitor, acceptând greșelile și lipsa de competitivitate a unor întreprinderi și iertându-le de datorii, fie statul își încordează brusc mușchii pentru a demonstra că interesele statului primează, și accentuând importanța recuperării imediate a datoriilor față de sectorul public.

Din păcate, această politică de tip Ianus Bifrons, în care statul își schimbă fața în funcție de conjunctura politică și socială sau ca urmare a presiunilor instituționale

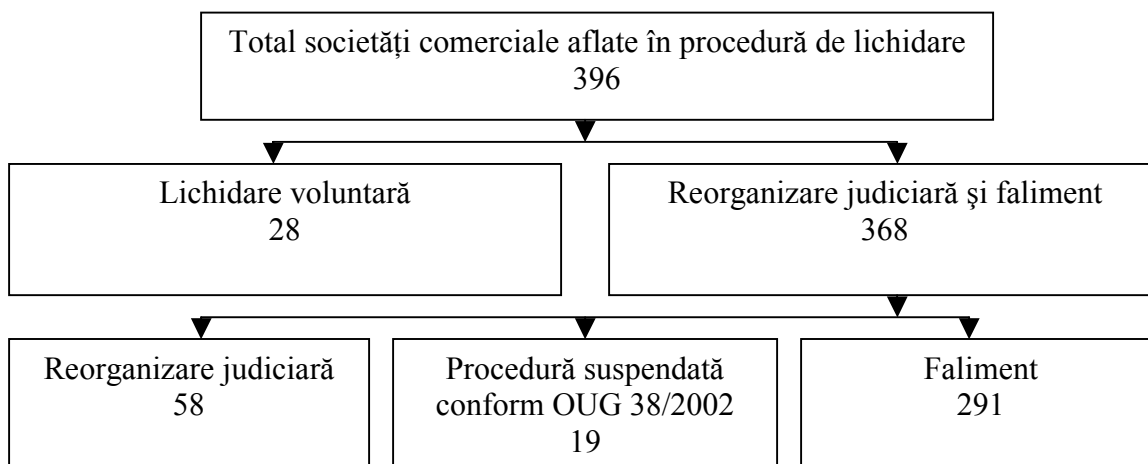
²⁶ Arieratele “umflă” cererea internă și, implicit, deficitele;

externe, atrage după sine o serie de efecte negative, care transformă statul într-un jucător distinct pe piață, ce nu se supune legislației comune.

Altfel spus, atunci când statul decide că o firmă nu trebuie să dea faliment, ea este salvată, fără o motivare extrem de bine argumentată din punct de vedere economic, și fără o procedură transparentă care să poată fi aplicată tuturor cazurilor similare. Avem de-a face cu o selecție arbitrară, în sensul că alegerea firmelor salvate pare să urmărească o logică de la caz la caz, și nu niște obiective clare de politică economică.

Spre exemplu, în cadrul Raportului de activitate APAPS pe perioada 01.01.2001-10.11.2002 (APAPS, 2002), se menționează clar obiectivul instituției de a prevedea clauze speciale care să permită rapid reconsiderarea procesului de privatizare și chiar și anularea unor contracte în cazuri extreme pentru stoparea promptă a declinului societăților comerciale sau intrarea acestora în faliment. Acest arbitrar al statului în a evita sau nu falimentul are consecințe negative asupra competitivității economiei românești.

Figura 3: Situația societăților comerciale din portofoliul APAPS, aflate în lichidare la 30.04.2004



La fel, în extrema opusă, atunci când statul este creditor, legea aplicată este una excepțională. Legislația privind falimentul nu face în România diferența între creditorii privați și statul în calitate de creditor. Falimentul este o procedură colectivă, în care există un arbitru, judecătorul sindic, care urmărește să îndeplinească fiecare creditor, după creanțele pe care le are. Dacă însă între acești creditori este și statul, prin cele două instituții ce au fost reunite de curând în AVAS, APAPS și respectiv AVAB, precum și prin Ministerul Finanțelor, statul își crează un regim privilegiat, protejându-se față de

ceilalți creditori și creând reglementări care transced cadrul juridic oferit de Ministerul Justiției.

Lichidare și faliment în cazul firmelor din portofoliul APAPS

Statul român, prin APAPS, a găsit trei soluții pentru rezolvarea situației firmelor neatractive din portofoliul APAPS, care nu prea au șanse să fie privatizate în întregime: lichidarea voluntară, reorganizarea judiciară și falimentul.

Lichidarea voluntară este soluția pe care o pot alege acționarii atunci când nu mai există nici o posibilitate de restructurare, pentru a stopa deteriorarea continuă a activelor și devalorizarea acestora²⁷. Statul, în calitate de acționar majoritar, a decis în perioada 1994 – 30.04.2004 intrarea în procedura de dizolvare și lichidare voluntară a unui număr de 123 societăți comerciale. Rezultatele procedurii au fost sub așteptări, întrucât în 9 ani de zile doar 51 de firme au fost radiate, ieșind astfel de pe piață. În rest 36 firme au fost silit să intre în lichidare judiciară, 2 societăți s-au salvat prin demersuri de privatizare, 6 firme au fost transferate la ministere de resort, în timp ce 28 întreprinderi sunt încă rămase în procedura de lichidare voluntară (APAPS, 2004). Durata medie de lichidare prin această procedură, incluzând procedura de radiere, este de circa 3 ani, existând însă situații în care procedura durează de peste 5 ani (ex: SC Archim SA Arad – 8 ani, SC Integrata de In SA Botoșani – 7 ani) (APAPS, 2003). Întârzierile cele mai mari au provenit din cauza litigiilor aflate pe rolul instanțelor de judecată în care firmele au calitatea de pârât sau reclamant.

Procedura de lichidare voluntară ar fi trebuit să fie cea mai simplă cale de a dizolva întreprinderile fără șanse de supraviețuire pe piață, însă demersurile administrative și juridice greoaie, combinate cu lipsa unei voințe politice ferme de a încheia procesul cu rapiditate au dus la un semieșec costisitor.

Celelalte două căi de valorificare a activelor statului urmate de APAPS, reorganizarea judiciară și respectiv falimentul, intră sub incidența legislației comune din domeniul insolvenței, definită în principal prin Legea 64/1995 cu modificările ulterioare. Autoritatea instanțelor judecătorești primează în cazul acestor două proceduri decizia politică. În aceste condiții, APAPS monitorizează un număr de 902 societăți comerciale, aflate în procedură de reorganizare judiciară și faliment, dintre care 368 sunt în

²⁷ Baza legală pentru această procedură este dată de Legea 31/1990 republicată, Legea 137/2002 și normele sale metodologice aprobate prin HG 577/2002, și Legea 44/1998 ce aprobă OUG 88/1997;

portofoliul APAPS, iar la restul de 534 APAPS are doar calitate de creditor (APAPS, 2004).

Dintre firmele aflate în portofoliul APAPS, la care statul este acționar majoritar, 310 sunt în procedură de faliment, în timp ce doar pentru 58 de întreprinderi se încearcă reorganizarea judiciară. Demn de notat este faptul că pentru un număr de 19 societăți comerciale care se îndreptau din punct de vedere juridic spre faliment, statul a intervenit cu puterea de derogare dată de Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 32/2002, formulând cereri de suspendare a procedurii, sau de prelungire a termenului de suspendare, în vederea privatizării pe ultima sută de metri. Din această practică reiese din nou politica selectivă a statului, care obține un tratament juridic special. Declarațiile practicienilor în lichidare confirmă faptul că legea falimentului este „mutilată” de intervenția puterii executive în procedura falimentului, în cazul în care societatea este majoritară de stat și peste jumătate din datoriile sale sunt către buget. Fostul președinte al UNPRL, Emilian Radu, arată că statul în permanent are porțițe de scăpare din procedura standard, prin existența cadrului de administrare specială atunci când reapar perspective de privatizare²⁸.

Din cele peste 500 de firme aflate în lichidare la care APAPS este creditor, 254 au fost transferate la ministere de ramură, cum ar fi MAAP, MFP sau MTCT, intrând sub jurisdicția administrativă și procedurală a acestora. În același timp, un număr de 240 de societăți comerciale reprezintă eșecuri rezultate în urma privatizării. Altfel spus, aceste firme sunt societăți privatizate intrate ulterior privatizării în procedură de faliment. Restul de 40 de firme au calitatea de cumpărător de acțiuni de la APAPS, ele ajungând însă în lichidare judiciară.

Per total, în perioada 1997-aprilie 2004 APAPS a avut calitatea de creditor față de circa 1200 firme aflate în reorganizare judiciară sau faliment, totalizând creanțe de aproximativ 2650 mld. lei și 70 mil.USD. Din acest total, APAPS a reușit să recupereze creanțe în valoare de aproximativ 500 mld.lei, ceea ce înseamnă un procentaj de recuperare de cca. 10%, dacă luăm în calcul atât creanțele în lei cât și cele în valută. Acest procentaj nu necesită prea multe comentarii, el fiind edificator pentru pierderile

²⁸ *"Falimentul se suspendă, pur și simplu, dacă societățile respective sunt cuprinse în programe speciale sau există scrisori de intenție pentru cumpărarea lor. Lichidatorul își face bagajul, iar creditorii privați stau și așteaptă. O ia, nu o ia... O scrisoare de intenție poate să facă și directorul societății în cauză, îl sună pe prietenul Bob din America și-i spune: Mr. Bob trimite o scrisoare de intenție... Și uite așa, mai stăm șase luni..."*, declarație a Domnului Emilian Radu, fost Președinte al UNPRL, preluată din ziarul Adevărul;

rezultate. În plus, dată fiind deprecierea activelor în majoritatea societăților rămase în prezent în monitorizarea APAPS, este foarte puțin probabil ca procentul de recuperare să fie îmbunătățit în mod dramatic în perioada imediat următoare.

3.3. Insolvență, faliment și politica privind ajutoarele de stat

Ajutoarele de stat în România

Un aspect important în discuția despre faliment în România îl reprezintă situația întreprinderilor din sectorul public care se dovedesc a fi nerentabile și intră în insolvență. Într-un număr considerabil de astfel de cazuri, statul român a intervenit prin acordarea de ajutoare de stat pentru ca respectivele întreprinderi de stat să rămână pe piață.

În general se poate observa că în România volumul ajutoarelor de stat este foarte mare, ajungând să reprezinte peste 6% din PIB în ultimul an pentru care există date detaliate disponibile (2001²⁹). Mai mult, ele se află pe un trend crescător, atât în cifre absolute cât și relative, adică în direcția opusă celei pe care ar presupune-o procesul de integrare europeană.

Tabel 13: Ajutoarele de stat în România, 1998-2001

	1998	1999	2000	2001	Trend
Miliarde Euro	1,2	1,5	1,6	2,8	↗
% PIB	3,1	4,4	4,1	6,3	↗

Sursa: Oficiul Concurenței (2003)

Dacă am scoate din calcul privatizarea SIDEX, atunci ajutoarele de stat totale ar reprezenta doar 1,8 miliarde Euro în 2001, sau 4,1% din PIB. SIDEX este, într-adevăr, un ajutor de stat excepțional, acordat o singură dată (ne referim la momentul privatizării); dar efectele sale se întind pe mai mulți ani (exceptând conversia datoriilor în acțiuni, perioada de acordare a diferitelor facilități variază între 3 și 5 ani), și în plus astfel de înțelegeri speciale s-au făcut și se vor mai face.

Referitor la natura ajutoarelor de stat, pare să fi crescut ponderea celor de tipul renunțării la venituri, și în cadrul acestora se evidențiază creșterea abruptă a ajutoarelor

²⁹ Analiza este evident afectată de lipsa datele pe anul 2002, dar acestea nu au fost deocamdată făcute publice.

de stat constând în scutiri și reduceri la plata penalităților. Aceasta relevă, indirect, la nivelul firmelor beneficiare ale ajutorului de stat, o cronicizare a incapacității de plată pentru datoriile trecute cu mult de scadență. Într-o economie cu un regim funcțional al falimentului, împotriva acestor firme s-ar fi deschis deja procedura de faliment. În economia românească, ele continuă să funcționeze, cu toate consecințele macroeconomice aferente, între care: contribuție la deficitul bugetar și de cont curent, șomaj ascuns, efect negativ de demonstrare, concurență neloială.

Creșterea ponderii ajutoarelor de stat de tipul conversiei datoriilor în acțiuni relevă o altă modalitate de scăpare de falimentul iminent: fără conversia datoriilor în acțiuni, care sunt apoi vândute mult sub valoarea nominală – ca metodă des folosită în privatizări -, probabil că nu ar fi existat investitori interesați să preia întreprinderile de stat producătoare de mari pierderi.

Tabel 14: Structura ajutoarelor de stat, în funcție de natura lor

	1998	1999	2000	2001
Total, %, din care:	100	100	100	100
Renunțări la venituri	42,5	54,1	69,2	52,9
- scutiri și reduceri la plata obligațiilor fiscale	11,7	10,1	15,0	6,0
- dobânda la creditele bugetare	0,7	0,8	0,6	0,9
- scutiri și reduceri la plata penalităților	10,6	27,6	38,7	38,0
- garanții de stat	19,5	15,6	14,9	8,0
Cheltuieli bugetare	57,5	45,9	30,8	47,1
- subvenții, alocații, subvenționarea dobânzii	43,5	39,0	25,6	27,6
- conversia datoriilor	14,0	6,9	5,2	19,5

Sursa: Oficiul Concurenței (2003)

Pe de altă parte, statul, de multe ori și debitor și creditor în același timp, nu își atinge obiectivele în astfel de privatizări decât stopează presiunea bugetară și dacă noul investitor reușește să întoarcă firma achiziționată spre profit. Un studiu recent (Voinea, 2003) arată că SIDEX este un astfel de caz fericit (Tabel 15), dar el rămâne mai degrabă un exemplu singular până acum. Conversia datoriilor și renunțările la venituri din plata obligațiilor fiscale au fost folosite pe scară largă și în 2003, în cazuri precum Tractorul, Roman, Aro, Siderurgica, Tepro; este prea devreme pentru a ne pronunța acum despre eficiența lor.

Tabel 15: Efectul net direct al ajutoarelor de stat acordate în preluarea SIDEX de către Grupul LNM

Câștiguri, mil.USD		Pierderi, mil. USD	
Prețul achiziției	70	Datorii șterse (prin conversie în acțiuni și vinderea acțiunilor la 9 cenți pentru 1 dolar)	770
pierderi sub managementul de stat anuale	300	Rata dobânzii la contribuțiile sociale amânate 3 ani de la plată	15
agregate în 3 ani	900	Plăți compensatorii pentru angajații disponibilizați (plătibile până în noiembrie 2004)	47
Total	970	total	832
Efect net	Pozitiv, începând cu al treilea an ulterior achiziției (2004)		

Sursa: Voinea, 2003

În ce privește obiectivul ajutoarelor de stat, obiectivele regionale și cele pentru agricultură și pescuit, care în UE joacă un rol important, sunt puțin semnificative în România. În schimb, majoritatea ajutoarelor de stat sunt atrase de obiective orizontale și sectoriale, din care mai mult de jumătate în industria prelucrătoare (51,3% din totalul ajutoarelor de stat în 2001 s-a orientat către industria prelucrătoare).

În analiza ajutoarelor pentru obiective orizontale, primul lucru care se observă este prezența masivă a ajutoarelor de salvare-restructurare, care au reprezentat aproximativ jumătate miliard de euro în 2001, respectiv peste jumătate din totalul afectat obiectivelor orizontale. Ajutoarele de stat pentru salvare-restructurare sunt de fapt cele care maschează falimentul și prelungesc agonia, în special pentru întreprinderile de stat. Aceste ajutoare nu includ pe cele care se referă la pregătirea pentru privatizare, și care fac parte din categoria „alte obiective”, categorie care a reprezentat 11% din ajutoarele totale în anul 2001 (în scădere de la 25% în 1999).

Cel puțin la fel de grav ni se pare faptul că alte obiective orizontale, în special cele pro-active (cercetare-dezvoltare, pregătire profesională), încurajate și de legislația europeană, sunt practic neglijate în România (Tabel 16).

Tabel 16: Structura ajutoarelor de stat în funcție de obiectiv, milioane euro

	1998	1999	2000	2001
Agricultură și pescuit	82,8	115,6	242,3	145,7
Obiective orizontale,	761,4	872,9	950,6	834,7

din care (selectiv):				
- salvare-restructurare	203,3	464,7	451,5	472,9
- cercetare-dezvoltare	1,5	5,6	8,8	7,4
- pregătire profesională	8,3	0,0	0,0	0,0
Obiective sectoriale, din care:	321,5	462,8	400,6	1717,7
- oțel	12,5	30,3	69,7	1078,4
Obiective regionale	0,0	37,0	40,3	84,0

Sursa: Oficiul Concurenței (2003)

Mai mult, ajutoarele de stat pentru salvare-restructurare se află pe un trend crescător ca pondere atât în ajutoarele pentru obiective orizontale, cât și în ajutoarele totale. Pentru acest al doilea calcul, am revizuit datele Oficiului Concurenței prin trecerea ajutoarelor acordate cu ștergerea datoriilor de la SIDEX în categoria ajutoarelor de salvare-restructurare, așa cum de fapt au și fost. Se poate observa că ajutoarele sectoriale pentru oțel au deraiat în 2001 de la nivelul lor anterior, și este mai firesc să includem acea ștergere (conversie) a datoriilor în categoria celor de salvare-restructurare, pentru că au făcut parte dintr-o înțelegere de privatizare în absența căreia SIDEX ar fi fost, cum de altfel și era, în pragul falimentului.

Tabel 17: Ajutoarele de stat pentru salvare-restructurare

	1998	1999	2000	2001	Trend
% în ajutoarele de stat pentru obiective orizontale	26,7%	53,2	47,5	56,6	↗
% în ajutoarele de stat totale	17,4	31,2	27,6	17,0	→
% în ajutoarele de stat totale, calcul revizuit	17,4	31,2	27,6	44,6	↗

Sursa: adaptat după Oficiul Concurenței (2003); pentru calculul revizuit, s-au folosit datele din Voinea, 2003.

Ajutoarele de stat pentru salvare-restructurare nu sunt agreate de Uniunea Europeană decât în unele condiții specifice, și numai ca excepție (nu ca regulă). Astfel, referitor la ajutoarele de salvare în UE:

- se acordă sub formă de garanții sau împrumuturi la dobânda pieței
- se limitează doar la suma strict necesară pentru salvare
- se acordă o singură dată
- trebuie să fie justificate de probleme sociale serioase și să nu aibă efecte negative asupra altor state membre

În ce privește ajutoarele de restructurare în UE:

- trebuie să se bazeze pe un program viabil de restructurare
- să nu distorsioneze competiția (se aplică măsuri în compensație, de genul reducerii capacității de producție)
- se limitează doar la suma minimă necesară
- se acordă o singură dată
- sunt strict monitorizate

În România, probabil cea mai încălcată dintre aceste reguli este unicitatea ajutorului: departe de a se acorda o singură dată, există numeroase cazuri în care ajutorul de stat este fie repetitiv – de exemplu privatizările nereușite, în care s-au acordat facilități la privatizare de genul ștergerii penalităților și ulterior s-au transformat datoriile în acțiuni, statul redevenind majoritar (cel mai recent caz este Rafo Onești); fie regulat – în special întreprinderile de stat care funcționează în pierdere.

Dar ajutoarele pentru salvare restructurare nu sunt singurele la care România se situează deocamdată în contratimp cu evoluțiile din Uniunea Europeană. Tabelul 18 reflectă alte discrepanțe.

Tabel 18: Caracteristici ale ajutoarelor de stat, comparativ România și UE

	România	UE 15
% în PIB, medie anuală 1998-2001	4.5	1
Trend 1998-2001, total ajutoare	Crescător	Descrescător
Trend 1998-2001, ajutoare pentru industria prelucrătoare, volum absolut și raportat la numărul de angajați	Crescător	Descrescător
Obiective prioritare (excl. agricultura)	Sectoriale	Orizontale
În cadrul obiectivelor orizontale, ajutoare majoritare pentru:	Salvare-restructurare	IMM-uri și cercetare dezvoltare

Astfel, industria prelucrătoare a beneficiat în perioada 1999-2001, în medie, de 42,3% din totalul ajutoarelor de stat, față de 22% în perioada 1997-1999; în UE, media respectivă a scăzut de la 31% în 1997-1999 la 27% în 1999-2001. Forma preferată a ajutorului de stat pentru industria prelucrătoare în România, și anume scutirea și reducerea la plata majorărilor de întârziere și a penalităților aferente a reprezentat în România 55.8% din total ajutoare în perioada 1999-2001, față de 0,5% în UE. Mai mult, în Uniunea Europeană a scăzut constant cuantumul anual pe salariat al ajutorului de stat acordat industriei prelucrătoare, de la 1123 euro în 1997 la 710 euro în 2001, în timp ce în România acesta a crescut constant, de la 202 euro în 1997 la 799 euro în 2001.

În ce privește obiectivele orizontale, în anul 2001, UE a acordat 22,1% din total pentru IMM-uri, față de 2,1% în România; 19,1% pentru cercetare-dezvoltare, față de 0,9% în România; 18,0% pentru protecția mediului, față de 1,5% în România.

Situația României, deși nemulțumitoare, nu este singulară; și alte țări în tranziție se confruntă cu această situație. Așa cum putem vedea atât în subcapitolul 2.4, cât și în Anexa II, Polonia se confruntă cu probleme similare.

În contextul apropierei de momentul finalizării negocierilor cu UE, următoarele constatări sunt îngrijorătoare:

- ajutoarele de stat sunt în creștere, în loc să fie în scădere³⁰. Deși aici se cuvine să menționăm că ajutoarele cumulează sprijinul direct (subvenții bugetare) cu ajutoare indirecte (reșalonari, etc).
- în cadrul ajutoarelor de stat, ponderea ajutoarelor pentru salvare-restructurare este în creștere, în loc să fie în scădere. Această situație indică că ne confruntăm cu o stare apropiată falimentului în bloc în mai multe sectoare. De aici și teama multor întreprinderi de aplicarea riguroasă a politicii de concurență;
- în cadrul ajutoarelor de stat, ponderea ajutoarelor pentru scutiri și reduceri ale penalităților este în creștere, ceea ce arată o cronicizare a incapacității de plată pentru datoriile trecute cu mult de scadență (premisă a falimentului);
- în cadrul ajutoarelor de stat, cele pro-active și încurajate de UE, precum ajutoarele pentru cercetare-dezvoltare și pentru pregătire profesională, sunt practic neglijate în România.

Aceste tendințe trebuie inversate într-un interval de timp scurt și, pe măsura acestei inversări, tot mai multe firme, în special de stat, care nu se restructurează, sunt amenințate de faliment.

UE însăși se află într-un moment de reconsiderare a politicii ajutorului de stat. Odată cu încetarea funcționării tratatului CECA, în 2002, ajutoarele pentru salvare-restructurare în industria metalurgică sunt interzise. Mai mult, la sfârșitul lui 2004, când actualele reglementări expiră, UE va reforma politica ajutoarelor de stat într-un sens și mai restrictiv decât până acum, urmărind să definească unitar la nivel european ce înseamnă o companie în dificultate, și cum se poate evalua eficiența măsurilor

³⁰ Deși modul de calculare este discutabil întrucât privește atât datoriile istorice cât și obligațiile curente.

compensatorii; pe de altă parte, s-ar putea să devină eligibile pentru ajutoare de stat companiile care fac parte dintr-un grup.

Trebuie însă menționat că deși Comisia pledează pentru reforma ajutorului de stat, există State Membre care practică politici industriale active; fie pentru a salva unele întreprinderi considerate de interes strategic (Bull, Alstom în Franța; sau banci în Germania), fie de promovare a unor „companii naționale”, privite ca poli de excelență în procesul de dezvoltare economică (Nokia, în Finlanda). În astfel de situații, Comisia devine uneori mai indulgentă, evitând conflictele cu statele membre, mai ales cu cele mai dezvoltate (Franța, Italia, Suedia, Finlanda etc).

Acest dublu standard se observă și din tratamentul dur aplicat de către Comisie noilor state membre ale UE. Spre exemplu, pe data de 19 mai 2004, la nici o lună de la aderarea Poloniei la UE, Comisia Europeană a decis să înceapă o investigație pentru a stabili dacă ajutorul pentru restructurarea companiei siderurgice Huta Czestochowa SA a încălcat regulile UE. Este prima investigație de acest fel în vreuna din cele 10 țări noi-membre. Comisia crede că lichidarea companiei a fost evitată prin convingerea creditorilor să accepte un plan de restructurare (până în 2006) și prin ștergerea unei părți din datorii.

Aceleași condiții dure vor fi aplicate și României, care va avea probleme serioase în domeniul ajutorului de stat dacă nu accelerează reforma modului în care statul susține dezvoltarea economică. Iar această reformă este legată de implementarea prevederilor privind insolvența și falimentul, de formularea unor criterii cât mai clare privind acordarea ajutorului de stat direct (subvenții în buget) ca și cazurile în care statul poate admite amănări ale unor obligații bugetare.

4. Idei principale și recomandări

✓ Analiza instituției falimentului presupune pe de o parte **evaluarea cadrului legal și procedural** al reglementărilor în domeniul insolvenței și pe de altă parte **investigarea eficienței procesului de implementare** a procedurii astfel reglementate.

✓ În ceea ce privește **cadrul legal**, este de remarcat că **nu există un cod universal al falimentului, o lege unică aplicabilă la nivel mondial**. Prevederile legislațiilor naționale privind falimentul sunt încă în mare parte adaptate specificităților fiecărei țări. Există totuși **principii de baza**³¹, prezente în marea parte a legislațiilor privind procedura de insolvență, care pleacă de la logica, scopurile de bază ale falimentului. În plus, există și o serie de **bune practici** în domeniu, care sunt acceptate pentru rolul lor de a facilita îndeplinirea scopurilor procedurii de faliment.

✓ În ultimii ani, legislațiile în domeniul insolvenței la nivel internațional au fost reînnoite constant, modificările fiind date de doi vectori importanți: **presiunea de armonizarea legislativă și adaptarea la specificul național**.

✓ Tendința de armonizare a domeniului insolvenței este rezultatul atât a cooperării instituționale la nivel internațional sau regional, cât și a presiunilor informale de conformare din partea altor state partenere. O serie de instituții internaționale (FMI, Banca Mondială, UNCITRAL³², Comisia Europeană etc.) au definit în ultimii ani **recomandări, convenții, mecanisme de consultare** sau alte aranjamente de cooperare pentru a se stabili practici comune în procedura falimentului. Aceste mecanisme instituționale au vizat direct domeniul falimentului, dar și indirect, prin reglementări sau acorduri conexe, în domenii cum ar fi **politica de concurență** (vezi reglementările UE³³).

✓ Domeniul în care s-a reușit un exercițiu avansat de armonizare, a fost cel al **cooperării transfrontaliere pe probleme de insolvență**. În acest caz, atât la nivelul Uniunii Europene, cât și la nivel internațional, au existat reglementări, obligatorii și respectiv voluntare, care au întărit platforma de cooperare internațională privind falimentul.

³¹ Principiul de „aur” este că firmele structural neviabile trebuie să iasă de pe piață. Un alt principiu este existența de condiții egale (simetrice) pentru concurenți;

³² UNCITRAL – Comisia ONU pentru Drept Comercial Internațional (United Nations Commission on International Trade Law);

³³ Comisarul pe politica de concurență a UE, Mario Monti, este recunoscut de altfel ca un Cerber neîmblânzit al regulilor de piață;

✓ În economiile în tranziție, **procesul de insolvență este legat de două procese fundamentale: restructurarea și privatizarea**. Restructurarea presupune schimbarea fostelor întreprinderi de stat în firme orientate către piață, care să fie capabili să ia propriile decizii de maximizare a profitului și mai ales să își asume deciziile de management pe care le iau. Dacă întreprinderile sunt luate sub scutul protector al statului, propensitatea acestora de a lua măsuri radicale de transformare pentru a supraviețui pe piață este mult redusă. La fel stau lucrurile și în cazul procesului de privatizare, în care firmele trebuie să se pregătească pentru competiția de pe piață, și nu să aștepte investitorul care să repare miraculos dezastrul a mai multor ani de ineficiență.

✓ **Legislația românească în domeniul falimentului este armonizată cu prevederile acquis-ului comunitar privind insolvența transfrontalieră**. Mai mult, legislația în vigoare este în concordanță și cu recomandările UNCITRAL, care au vizează o perspectivă universală, și nu doar regională, a cooperării transfrontaliere în domeniul insolvenței.

✓ În ceea ce privește cadrul legal general al procedurii de insolvență în România, acesta respectă în mare măsură principiile și recomandările internaționale și regionale. **Prin noile reglementări adoptate, legislația românească privind insolvența corectează o serie de aspecte care erau neclare sau nefuncționale**.

✓ Unul din singurele elemente de divergență cu dinamica la nivel internațional, și anume **tendința actuală de favorizare relativă a lichidărilor, în dauna reorganizării judiciare, ar putea fi doar etapă tranzitorie**. Această opțiune se poate inversa atunci când sistemul juridic va fi mai eficient, administratorii și judecătorii sindici mai competenți, instituțiile abilitate să intervină mai puternice – pentru a reda încrederea în procedura de reorganizare judiciară. În același timp însă, reorganizarea nu trebuie făcută cu orice preț; ea nu trebuie să permită salvarea firmelor care nu au șanse să devină viabile.

✓ În ceea ce privește **implementarea reglementărilor** privind insolvența, **România nu are o performanță prea strălucită**. Aceste lipsuri în procesul de implementare se explică prin concurența a o serie întreagă de **factori inhibitori**.

✓ **Sistemul juridic nu este pe deplin consolidat**, existând obstacole în derularea fluidă a procedurii juridice. Aceste obstacole țin atât de resursele materiale și umane din sistem, cât și de mentalitatea generală în ceea ce privește statul de drept. Mai mult, expertiza specifică în domeniul comercial este destul de redusă.

✓ **Legislația conexă** din domeniul comercial este uneori ambiguă, lăsând porțițe de interpretare care duc la pervertirea juridică sau procedurală a deciziilor luate.

✓ **Implicarea statului** a dus la reducerea sferei de aplicare a procedurilor de faliment generale numai asupra sectorului privat. Sectorul public a primit un caracter de excepționalitate, fiind reglementat separat pentru evitarea unui faliment în bloc și a potențialelor consecințelor negative în plan economic și social.

✓ Evitarea falimentului prin menținerea artificială de către stat a firmelor în mediul de afaceri este **rezultatul unei politici de constrângeri bugetare slabe** care a contribuit la lipsa de disciplină fiscală din România. Pe lângă consecințele nefaste asupra mediului de afaceri, care au adus la **concurență neloială** între plătitorii corecți și cei care crează arierate, există consecințe negative la nivel macroeconomic, mai ales în ceea ce privește **deficitul bugetar, procesul de colectare fiscală și deficitele externe**.

✓ **Politica privind ajutoarele de stat afectează în mod direct domeniul insolvenței și al falimentului**. În România în cadrul ajutoarelor de stat, **ponderea ajutoarelor pentru salvare-restructurare în ultimii ani a fost în creștere**, în loc să fie în scădere. Această observație arată că ne confruntăm în realitate cu o insolvență frecventă în zone importante ale sectorului public, și chiar în ceea ce privește firmele proaspăt privatizate. Prin urmare, există în continuare **riscul unui faliment în bloc** în anumite sectoare economice.

✓ **Ponderea ajutoarelor pentru scutiri, reduceri și reeșalonări ale datoriilor și penalităților este în creștere**, ceea ce arată o **cronicizare a incapacității de plată** pentru datoriile trecute cu mult de scadența. Mai mult, trecerea de la ajutorul prin subvenții directe la sprijin prin scutiri și reeșalonări, duce la o **transparență scăzută** și la faptul ca statul nu poate planifica în avans volumul ajutorului de stat³⁴. Acest lucru este în evidentă **contradicție cu acquis-ul comunitar**. Ajutoarele de stat ar trebui redirecționate din categoria măsurilor de salvare-restructurare, în zona măsurilor încurajate de legislația europeană, cum ar fi domeniul de cercetare-dezvoltare, pregătirea profesională etc., care sunt în momentul de față destul de neglijate în România.

✓ După eforturile recente de îmbunătățire a legislației din domeniul insolvenței, **definirea sistemului legal de insolvență** (text lege, priorități, trăsături specifice) **este în cazul României mai puțin importantă decât efortul ce trebuie depus în vederea implementării** respectivului sistem.

³⁴ Întrucât nu se poate anticipa cu exactitate nivelul arieratelor viitoare;

✓ **Domeniul falimentului nu trebuie privit strict**, în sensul urmăririi doar a procedurii legale. Măsuri pentru îmbunătățirea procesului de ieșire de pe piață trebuie luate și în alte domenii, cum ar fi **sectorul financiar-bancar, sectorul concurenței, educarea antreprenoriatului și a opiniei publice, a respectului față de lege etc.**

✓ Politica privind falimentul în România ar trebui să țină seama de **recomandările Uniunii Europene** privind **informarea întreprinzătorilor** privind procedura de faliment, asigurarea pe piață în **condiții accesibile a consilierii** privind situațiile de dificultate financiară și a căilor de urmat, crearea unui **cadru mai transparent privind informațiile contabile și a datelor financiare** care ar permite tragerea de semnale de alarmă în ceea ce privește starea financiară a firmelor, **promovarea noului început** pentru întreprinzătorii care au dat faliment, precum și schimbarea mentalității negative la adresa celor implicați în procese de faliment din motive conjuncturale.

✓ **Politica privind ajutorul de stat ar trebui și ea regândită**, astfel încât să nu mai perpetueze existența unor firme care nu pot face față presiunilor concurențiale ale pieței și nici nu au șanse de redresare.

✓ **Pe de altă parte, nu putem aplica prevederile comunitare în domeniul politicii concurenței ad literam în toate cazurile**; nu este cazul să fim „mai catolici decât Papa” atunci când avem de-a face cu situații sociale sau economice excepționale. Important este însă ca ajutorul de stat pentru salvare-restructurare să devină cu adevărat excepția care confirmă regula, și nu un instrument folosit spre a amâna deciziile care nu sunt populare în prezent.

✓ Este necesară **întărirea sectorului judiciar**, atât prin **dotare corespunzătoare**, cât și prin **pregătirea judecătorilor**, care ar trebui să se specializeze pe faliment, în cadrul noilor **tribunale comerciale** care sunt prevăzute în proiectul de lege privind reorganizarea judiciară.

✓ **Formarea unei adevărate bresle a practicienilor în lichidare și reorganizare** este un alt deziderat important pentru a degreva sectorul judiciar de sarcini în procedura de faliment. Practicianul în lichidare și reorganizare trebuie să concentreze expertiza necesară, atât în domeniul economic, cât și juridic, pentru a soluționa eficient situațiile de insolvență.

Referințe

Autoritatea pentru Privatizare și Administrarea Participațiilor Statului - APAPS (2002), *Raport de activitate pe perioada 01.01.2001-10.11.2002*, București

APAPS (2003), *Comunicat de presă – Lichidare voluntară, reorganizare judiciară și faliment*, Conferință de presă – 14 decembrie 2003

APAPS (2004), *Finalizarea marilor privatizări – Raport final 2001 – aprilie 2004*, București

Balcerowicz E., Hashi I., Lowitzsch J., Szanyi M. (2003), *The development of insolvency procedures in transition economies: a comparative analysis*, CASE, Warșovia

Banca Europeană de Reconstrucție și Dezvoltare (2003), *Law in Transition – Focus on Insolvency Law*, Londra

Banca Europeană de Reconstrucție și Dezvoltare (2003), *Report on the results of the assessment of the insolvency laws of countries in transition*, Londra

Banca Mondială (2004), *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, Washington

Banca Mondială (2004), *Global Insolvency Law Database – Insolvency Overview – Germany, France, United Kingdom*

Claessens, Stijn și Leora Klapper (2002), *Bankruptcy Around the World. Explanations of its Relative Use*, Banca Mondială, Policy Research Working Paper 2865

Comisia Europeană (2003), *Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start. Final Report of the Expert Group*, Bruxelles

Comisia Europeană (2003), *Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start. Country Reports: Spain, Italy, France, Germany, United Kingdom*

Comisia Europeană (2004) *State Aid Scoreboard*, Bruxelles

Dăianu, Daniel (1996), *Transformarea ca proces real*, Ed. IRLI, (2000), ediția a II-a

Delaney, Sarah (2004), *Parmalat Spurs Call for Reform in Business*, The Washington Post, 20 ianuarie

Fondul Monetar Internațional (1999), *Orderly and effective insolvency procedures*, Legal Department, Washington

Hart, Oliver (1999), *Different approaches to bankruptcy*, Banca Mondială, Washington

International Insolvency Institute (www.iiiglobal.org) - Gimenez, Sergi (2004), *The Spanish Insolvency Act 2003 and its impact on international business*

Johnson, Gordon (1999), *State-Owned Enterprise Insolvency: Treatment of Financial Distress*, draft publicat pe în programul „Global Insolvency” al Băncii Mondiale

Krugman, Paul (2004), *Enron and the System*, The New York Times, 9 ianuarie

La Porta, Rafael, E Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, și R. W. Vishny (1997), *Legal Determinants of External Finance*, Journal of Finance 52(7): 1131-50

Oficiul Concurenței (2003), *Raport privind ajutoarele de stat acordate de România în perioada 1999-2001*, București

OCDE (2001) *Regulatory Reform in Spain*, Paris

Pîslaru, Dragoș (2003), *Suportul juridic și administrativ al mediului de afaceri din România*, editura SNSPA, București

Sowa, Marcin (2003), *State aid and government policy in Poland, 1994-2002*, CASE

Stiglitz, Joseph (2003), *Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles*, în volumul „Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws”, (ed.: Stijn Claessens, Simeon Djankov), Washington

Velasco, Roberto (2000), *La Descentralizacion de la Politica Industrial Espanola, 1980-2000*, *Economia Industrial* no 335-336

Voinea, Liviu (2003), *FDI and Technology Transfer in EU Accession Economies. Evidence from the Romanian Manufacturing Sector*, lucrare prezentată la Conferința EIBA „MNCs as a Knowing Organization”, Copenhaga

Westbrook, Jay (2003), *Systemic Corporate Distress: A Legal Perspective*, în volumul „Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws”, (ed.: Stijn Claessens, Simeon Djankov), Washington

Wood, Philip (1999), *Insolvency Law and the legal framework*, Banca Mondială, Washington

Legislație (selectiv)

- ✓ Legea 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată în 1999;
- ✓ Legea 82/2003 de aprobare a OG 32/2002 de modificare a Legii 64/1995;
- ✓ Legea 149/2004 pentru modificarea și completarea Legii 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului și a altor acte normative cu incidență asupra acestei proceduri;
- ✓ Legea 637/2002 privind raporturile de drept internațional în domeniul insolvenței;
- ✓ Regulamentul Consiliului (EC) 1346/2000 din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență.