

Conf. univ. dr. **Luminița Tuleașcă**

Facultatea de Drept, Universitatea Româno-Americană

Avocat în Baroul București

Arbitru la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional

de pe lângă CCIR

Falimentul societăților comerciale speciale

Editura
Hamangiu
2024

TEZĂ DE DOCTORAT ÎN DREPT

*susținută public în data de 8 mai 2009
la Universitatea din București*

**FALIMENTUL SOCIETĂȚILOR
COMERCIALE SPECIALE**

Conducătorul științific al tezei de doctorat
Domnul Profesor universitar doctor **Stanciu D. CĂRPENARU**

Membrii comisiei de doctorat:

Domnul Romeo Radu POPESCU

Conferențiar universitar doctor la Universitatea din București

Domnul Gheorghe PIPEREA

Profesor universitar doctor la Universitatea din București

Domnul Vasile NEMEȘ

Conferențiar universitar doctor la Universitatea Nicolae Titulescu

Doamna Livia MOCANU

Conferențiar universitar doctor la Universitatea Valahia

Secțiunea 1. Condițiile de fond ale aplicării procedurii falimentului băncilor

209. Precizări prealabile. Protejarea sistemul bancar, viabilitatea și stabilitatea acestuia, reprezintă un obiectiv prioritar permanent al autorităților de supraveghere și control a activității bancare ce subzistă chiar și în momentul eșecului activității unei bănci, determinând o concepție specifică privind condițiile aplicării procedurii falimentului lor.

Condițiile de fond ale aplicării procedurii falimentului băncilor sunt grefate pe aceleași condiții impuse pentru aplicarea procedurii insolvenței generale, respectiv *calitatea debitorilor și starea de insolvență* drept cauză a deschiderii procedurii falimentului^[1].

Diferențele substanțiale de conținut ale acestor condiții de fond reflectă specificul activității bancare și al falimentului băncilor.

În primul rând, procedura falimentului băncilor, ca parte integrantă a procedurii falimentului instituțiilor de credit, se aplică în mod exclusiv debitorilor ce au calitatea de bănci, respectiv aceea de instituții de credit, inclusiv sucursalelor acestora cu sediul în străinătate.

Nicio altă categorie de debitori participanți la activitatea comercială, nu va fi supusă procedurii speciale a procedurii falimentului băncilor/instituțiilor de credit, din această perspectivă putând considera că procedura falimentului reglementată de O.G. nr. 10/2004 este o procedură „cu afecțaiune specială”.

În al doilea rând, cauza falimentului băncilor (insolvența) are o semnificație diferită impusă de rolul economic al băncilor de „intermediar financiar” și de „administrator al riscului de lichiditate”.

§1. Cauzele aplicării procedurii falimentului băncilor

210. Riscul și falimentul băncilor. Activitatea băncii este subsumată riscului în cele mai diverse forme ale sale, respectiv riscul de credit, riscul de curs valutar, riscul de lichiditate, riscul operațional, riscul de piață, ca să enumeram doar câteva din riscurile semnificative, cu impact asupra situației patrimoniale și/sau reputaționale a băncii.

[1] G. RIPERT, R. ROBLLOT, P. DELEBEQUE, M. GERMAIN, *op. cit.*, p. 836; Y. GUYON, *op. cit.*, p. 109.

O administrare inadecvată a riscurilor și mai ales, neidentificarea și greșita evaluare a acestora, precum și nesesiizarea producerii acestora, deteriorează brusc și uneori iremediabil situația financiară a băncii, strică echilibrul financiar extrem de special al acesteia și conduce la faliment.

Pentru evitarea producerii riscurilor, fiecare bancă trebuie să dispună de un cadru formal de administrare a activității, riguros conceput, care să includă o structură organizatorică clară cu linii de responsabilitate bine definite, transparente și coerente, de procese eficiente de identificare, administrare, monitorizare și raportare a riscurilor la care este sau ar putea fi expusă și de mecanisme adecvate de control intern, care să includă proceduri administrative și contabile riguroase.

Cadrul de administrare, procesele și mecanismele de control trebuie să fie cuprinzătoare și adaptate la natura, extinderea și complexitatea activității desfășurate de bancă. Mecanismele de control intern trebuie să asigure cel puțin organizarea funcțiilor de control al riscurilor, de asigurare a conformității și de audit intern.

Evaluarea riscurilor presupune, în primul rând, determinarea riscurilor controlabile și a celor necontrolabile și, în funcție de această analiză, în *cazul riscurilor controlabile* banca trebuie să stabilească dacă își asumă integral aceste riscuri sau măsura în care se dorește reducerea lor prin proceduri de control.

În cazul riscurilor incontrolabile, banca trebuie să decidă dacă le acceptă sau dacă elimină ori reduce nivelul activităților afectate de riscurile respective.

Cerințele legale privind fondurile proprii, capitalul, nivelul lichidităților și solvabilității băncii la nivel individual sau consolidat, reprezintă un fragment esențial al cerințelor operaționale ale activității bancare și sunt destinate asigurării controlului riscurilor.

Administrarea eficientă și prudentă a riscurilor activității băncii reprezintă obligația și preocuparea permanentă a băncii, a autorității de supraveghere și control naționale, dar și a organismelor internaționale de specialitate.

210.1. Principiile Acordului Basel II. Soliditatea sistemului bancar, controlul riscurilor bancare, prevenirea eșecului băncilor și a crizelor sistemice sunt obiective prioritare ale tuturor statelor și, în această direcție, în 1974 la Basel, în Elveția, a avut loc prima reuniune a Comitetului

de la Basel pentru supraveghere bancară, constituit din reprezentanții băncilor centrale și ai organismelor de reglementare bancară din Statele Unite ale Americii, Japonia, Canada, Marea Britanie, Franța, Germania, Italia și din reprezentanții țărilor cu economii dezvoltate și sisteme bancare cu tradiție, Elveția, Suedia, Olanda, Belgia și Luxemburg.

Comitetul de la Basel a devenit organismul cu cea mai mare competență în domeniul bancar și principiile elaborate de acesta^[1], concretizate în Acordurile Basel I și Basel II, au fost preluate la nivelul Comunității europene de directivele consacrate desfășurării activității instituțiilor de credit^[2].

Acordul Basel I (1988) a instituit, în principal, cerințe minime de capital al băncilor – reflectate prin indicatorul de solvabilitate – raportate la riscurile la care este expusă fiecare bancă.

Criteriile de determinare a cerințelor de capital, tipul riscurilor avute în vedere și abordarea lor prin acest acord s-au „erodat” în timp din cauza diversificării activității bancare și identificării și apariției noilor tipuri de riscuri bancare neavute în vedere de Basel I.

Ultimul **Acord de la Basel – Basel II** (2003) este structurat pe trei piloni: exigențe minime privind fondurile proprii, supravegherea prudentțială a sistemului bancar și utilizarea efectivă a disciplinei pieței bancare.

Sub aspectul primului pilon, al exigenței minime privind fondurile proprii, se revizuieste sistemul de ponderare a riscurilor în sensul diminuării coeficienților de ponderare a riscului de credit și se impune obligația băncii de a-și adecva fondurile proprii prin raportare la cele trei tipuri de riscuri esențiale cuantificabile, riscul de credit, riscul operațional și riscul de piață, lăsându-se o mai mare libertate băncilor în abordarea riscurilor și în aprecierea expunerilor mari.

Al doilea pilon al supravegherii prudentiale a băncilor reglementează cadrul altor riscuri bancare semnificative, inclusiv pentru riscul de lichiditate și cel legislativ, și permite băncilor să-și adecveze fondurile proprii și strategia în raport de propriul profil global al riscurilor.

[1] Principiile fundamentale pentru un control bancar eficace au fost elaborate și publicate în septembrie 1997 de Comitetul Basel pentru supraveghere bancară și au fost revizuite în octombrie 2006. Textul integral al principiilor revizuite poate fi consultat la <http://www.bis.org/publ/bcbs129fre.pdf>.

[2] E.P. ELLINGER, E. LOMNICKA, R.J.A. HOOLEY, *op. cit.*, p. 61.

Fiecare bancă are obligația de a demonstra autorității de supraveghere și control că dispune de proceduri de control a riscurilor și de evaluare a nivelului fondurilor proprii compatibile cu activitatea sa și cu nivelul riscurilor pe care și le-a asumat.

Ultimul pilon al utilizării efective a disciplinei pieței bancare obligă băncile să-și conducă activitatea într-o manieră „sigură, sănătoasă și eficace”, la transparența activității lor, atât prin publicarea informațiilor sale esențiale, cât și prin acceptarea unui nou sistem de raportare a situației respectării cerințelor operaționale, prudențiale.

Principiile Acordului Basel II au fost preluate de legislația europeană prin Directiva 2006/48/CE și Directiva 2006/49/CE, și prin transpunerea acestor directive, și de legislația țării noastre.

210.2. Producerea riscului bancar: posibil sau imposibil? Cerințele operaționale, prudențiale impuse activității băncilor pleacă de la premisa producerii riscurilor. Ele pot interveni în orice moment. Principala problemă este aceea a efectelor pe care le produce riscul bancar, fiind esențială evitarea dezechilibrării financiare semnificative a băncii, evitarea producerii celui mai important risc bancar, respectiv „riscul de insolvență”.

Oricare din riscurile bancare poate conduce la producerea altor riscuri aflate în interdependență și, în final la producerea „riscului de insolvență” și la falimentul băncilor.

Cea mai bună demonstrație a acestei realități se poate face prin cazurile de faliment bancar generate de producerea riscurilor ce nu au fost avute în vedere ca riscuri bancare semnificative de Acordul Basel I, respectiv riscul operațional și riscul de piață, în care riscul de curs valutar are un rol important.

Riscul operațional^[1], respectiv riscul de pierdere, determinat fie de utilizarea unor procese, sisteme și resurse umane inadecvate sau care

[1] Într-o altă definiție, riscul operațional reprezintă riscul înregistrării de pierderi sau al nerealizării profiturilor estimate, care este determinat de factori interni (derularea neadecvată a unor activități interne, existența unui personal sau unor sisteme necorespunzătoare etc.) sau de factori externi (condiții economice, schimbări în mediul bancar, progrese tehnologice etc.) – art. 3 lit. o) din Norma B.N.R. nr. 17/2003; această definiție a riscului operațional este cea mai apropiată de cea realizată de art. 4 pct. 22 din Directiva 2006/48/CE, conform căruia riscul operațional înseamnă *riscul de pierdere care rezultă din neadecvarea sau eșecul*

nu și-au îndeplinit funcția în mod corespunzător, fie de evenimente și acțiuni externe^[1], este un risc semnificativ ce se produce cel mai des prin intervenția fraudei interne^[2], generând producerea riscului de lichiditate, a crizei de lichiditate, a riscului de insolvență și falimentul băncii.

Cel mai notoriu exemplu în acest sens este colapsul băncii Barings – cea mai veche bancă comercială din City of London (din anul 1995^[3]), punct crucial în istoria băncilor prin fraudă de 827 milioane de lire sterline (1,4 miliarde dolari) ce a condus la încetarea plăților și la achiziționarea băncii pentru suma de o liră sterlină de către ING Bank.

Această fraudă a fost cauzată de un manager al băncii din Singapore, nu a fost sesizată, deși s-a derulat pe o perioadă de trei ani, și a forțat banca Barings să întârzie plățile din conturile sale, pierderea reprezentând de două ori capitalul disponibil al băncii.

Riscul valutar este o componentă a riscului de piață și apare din fluctuațiile pe piață a cursului valutar, iar producerea sa poate genera pierderi foarte mari, insolvabilitatea și falimentul băncii.

Falimentul băncii germane Herstatt, cel mai mare și mai spectaculos eșec din istoria bancară germană de după 1945, a fost cauzat de implicarea acesteia în mari și riscante activități de speculație pe curs de schimb valutar. Banca a devenit insolubilă prin pierderile succesive

unor procese, persoane sau sisteme interne sau din evenimente externe și care include riscurile legale.

^[1] În categoria evenimentelor de pierdere se include fraudă internă, fraudă externă, practici de angajare și siguranță la locul de muncă, clienți, produse și practici comerciale, pagube asupra activelor corporale, întreruperea activității și funcționarea, executarea, livrarea și gestiunea proceselor – conform prevederilor Anexei nr. 3 a Regulamentului B.N.R. nr. 24/2006 privind determinarea cerințelor minime de capital ale instituțiilor de credit și ale firmelor de investiții pentru riscul operațional (M. Of. nr. 1035bis din 28 decembrie 2006).

^[2] Frauda internă reprezintă pierderi rezultate din acțiuni de genul celor comise cu intenția de fraudare, de însușire frauduloasă de bunuri (în sens juridic) sau de încălcare/eludare a reglementărilor, legislației sau politicii instituției de credit, în care este implicată cel puțin o persoană din interiorul acesteia; sunt excluse elementele de tipul discriminării sau încălcării principiilor diversității.

^[3] Pentru detalii, a se vedea H. DRUMMOND, *The Dynamics of Organizational Collapse: The Case of Barings Bank*, Routledge, London. 2007; *Implications of the Barings Collapse for Bank Supervisors*, Reserve Bank of Australia Bulletin, November 1995, http://www.rba.gov.au/PublicationsAndResearch/Bulletin/bu_nov95/bu_1195_1.pdf.

suferite ca urmare a strategiilor speculative greșite. În septembrie 1973 a înregistrat pierderi de patru ori mai mari decât propriul capital, speculând pe deprecierea dolarului în condițiile în care acesta a înregistrat o neașteptată apreciere. Ulterior, în ianuarie 1974, banca și-a schimbat strategia, speculând pe aprecierea dolarului în creștere până la jumătatea lunii ianuarie, însă direcția dolarului s-a schimbat din nou.

În iunie 1974 pierderile băncii Herstatt rezultate din operațiuni de schimb valutar se ridicau la 470 milioane DM. În ansamblu, activele băncii erau în valoare de 1 miliard DM, iar obligațiile sale erau în cuantum de 2,2 miliarde DM astfel încât, Biroul federal de supraveghere bancară (Federal Banking Supervisory Office) i-a retras dreptul de a-și conduce activitatea bancară^[1].

1.1. Insolvența băncilor

211. Precizări prealabile. După cum indicam în secțiunea dedicată regimului general al insolvenței, cauza falimentului oricărei societăți comerciale o reprezintă starea de insolvență, încetarea plăților, lipsa lichidităților, a sumelor de bani disponibile pentru plata datoriilor scadente^[2], nicio procedură colectivă neputându-se deschide înainte de momentul încetării plăților.

Reglementarea specială a falimentului băncilor stabilește drept cauză a falimentului acestor societăți comerciale speciale starea generică de insolvență, cu indicarea a trei categorii distincte de forme ale insolvenței bancare, ce reprezintă tot atâtea cauze ale falimentului băncilor.

Conform legii, insolvența reprezintă acea stare a instituției de credit aflată în una din următoarele situații:

– incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;

^[1] Comitetul Basel pentru supraveghere bancară, eșecul băncilor în economiile mature (Bank Failures in Mature Economies), aprilie 2004, p. 11, http://www.bis.org/publ/bcbs_wp13.pdf?noframes=1.

^[2] S.D. CĂRPENARU, *Drept...*, op. cit., ed. a 5-a, p. 583-588; I. TURCU, *Falimentul...*, op. cit., p. 193; G. RIPERT, R. ROBLOT, P. DELEBEQUE, M. GERMAIN, op. cit., p. 836; Y. GUYON, op. cit., p. 132 și autorii acolo citați, respectiv DELESALLE, op. cit., ș.a.; Cas. III, dec. nr. 175 din 19 mai 1914; C.A. București, s. I, dec. nr. 124 din 21 iunie 1933, în Codul Comercial Annotat, op. cit., p. 428.

– scăderea sub 2% a indicatorului de solvabilitate a instituției de credit;

– retragerea autorizației de funcționare a instituției de credit, în conformitate cu prevederile legale, ca urmare a imposibilității de redresare financiară a unei instituții de credit [art. 2 alin. (1) lit. h) din O.G. nr. 10/2004].

Dificultatea adaptării definiției legale a insolvenței din dreptul comun la bănci a determinat abordarea specifică a insolvenței bancare.

Simplificând la maximum, am putea spune că în cazul băncilor cauzele falimentului sunt insolvență vădită [reglementată de art. 2 alin. (1) lit. h) pct. 1 din O.G. nr. 10/2004] și insolvența iminentă [reglementată de art. 2 alin. (1) lit. h) pct. 2 și 3 din O.G. nr. 10/2004] deoarece atunci când banca nu se află în încetare de plăți, scăderea sub 2% a indicatorului de solvabilitate și imposibilitatea redresării sale financiare vor conduce, într-un interval de timp ce poate fi determinat matematic, la încetarea plăților.

Dincolo de aceste considerații, cele trei categorii de forme ale insolvenței bancare își păstrează individualitatea, astfel încât abordarea lor trebuie realizată distinct.

De asemenea, pentru evitarea oricărei confuzii și pentru claritatea expunerii, vom desemna cauzele falimentului băncilor și prin utilizarea semnificației lor economice, respectiv criza de lichiditate, criza de solvabilitate și imposibilitatea de redresare financiară a băncii.

1.2. Formele insolvenței băncilor

1.2.1. Incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilități bănești sau criza de lichiditate

212. Noțiuni. În concepția tradițională cele două elemente constitutive ale insolvenței din reglementarea generală se regăsesc în această cauză a falimentului băncilor, respectiv „pasivul exigibil și inadecvarea activului disponibil la pasivul disponibil”^[1].

Definirea insolvenței ca incapacitate vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilități bănești, introdusă în legislația română prin

[1] C. LEGUEVAQUES, *op. cit.*, p. 323.

O.G. nr. 38/2002 pentru modificarea Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului a fost preluată și de O.G. nr. 10/2004.

Elementele definatorii ale acestei cauze a falimentului băncilor sunt asemănătoare cu cele ale falimentului societăților comerciale obișnuite, și anume *incapacitatea de plată a debitorului sau insuficiența fondurilor bănești disponibile*^[1] și *neplata datoriilor exigibile*.

În aceste condiții, considerațiile aferente acestora din secțiunea dedicată regimului general al insolvenței^[2] sunt pe deplin valabile și în materia falimentului băncilor, urmând ca în cele ce urmează să prezentăm semnificațiile particulare ale acestora.

Corespunzător situației din reglementarea generală a insolvenței, încetarea plăților băncii debitoare nu indică un dezechilibru clasic între valoarea activului și pasivului patrimonial. Un dezechilibru al activului și pasivului patrimonial există, dar el este de altă natură „pasivul este scurt și activul este lung^[3]”, depozitele bancare fiind pe termene scurte sau la vedere, în timp ce creditele sunt acordate pe o anumită durată, pe termene medii (1-5 ani) și mari/lungi (10-30 ani).

Este cunoscut faptul că „cele mai multe bănci fac plăți într-o singură zi mai mari decât întregul lor capital. Singura avere lichidă suficientă și substanțial suficientă pentru a susține ieșirile de bani este intrarea de bani”^[4].

Deși activitatea băncilor este singulară, distingându-se de alte sectoare de activitate prin „particularități juridice, economice și contabile”^[5], definiția încetării plății băncii nu este diferită față de cea privind insolvența societăților comerciale obișnuite.

[1] În literatura de specialitate, incapacitatea de plată a debitorului este similară insuficienței fondurilor bănești disponibile; în acest sens, a se vedea S.D. CĂRPENARU, *Drept...*, op. cit., ed. a 7-a, p. 627.

[2] A se vedea *supra* pct. 62, 63, 63.1, 63.2 și 63.2.1.

[3] H. LE NABASQUE, *L'adaptation du droit des procédures collectives a la situation des établissements financiers*, în *Revue de droit et de la bourse* nr. 75, sept/oct. 1999, p. 15.

[4] E.H.G. HUPKENS, op. cit.

[5] D. VALENTIN, J.-L. VALLENS, *Le particularisme de la cessation de paiements des établissements de credit*, Universitatea din Strasburg, 2002, p. 19, <http://www.cde.u-strasbg.fr/da/da/AnnexesMemoires/Promo2002/valentin.pdf>.

Diferența este dată de semnificația economică a acestei stări ce atrage deschiderea procedurii falimentului.

213. Particularitățile elementelor definitorii ale insolvenței sub forma crizei de lichidități. Astfel cum am indicat, din definirea legală a acestei forme de insolvență bancară rezultă elementele definitorii, și anume incapacitatea de plată, respectiv lipsa disponibilităților bănești și neplata datoriilor exigibile.

În cele ce urmează vom analiza semnificațiile particulare ale elementelor definitorii ale insolvenței bancare sub forma crizei de lichidități.

213.1. Sfera „activului” disponibil, a disponibilităților bănești ale băncii debitoare se reduce la sumele de bani disponibile pe care le deține banca debitoare în casieria sa și disponibilități la bănci centrale (soldul creditor din contul „nostro” deschis la Banca Națională a României și la alte bănci din străinătate), numerarul din ATM-uri (automate de numerar) și ASV-uri (automate de schimb valutar), prin asimilare, cecuri de călătorie cumpărate și neremise spre încasare emitenților.

Aceasta deoarece sursele de numerar ale oricărei casierii din cadrul unei unități bancare pot fi:

- a) ridicări de numerar de la Banca Națională a României;
- b) alimentări de numerar prin transferuri de la alte sedii ale aceleiași societăți bancare sau de la oricare altă societate bancară;
- c) depuneri în conturile titularilor, deschise la societatea bancară în cauză;
- d) alte încasări în numerar generate de funcționarea societății bancare (art. 2 din Regulamentul B.N.R. nr. 2/1996 cu privire la operațiunile cu numerar^[1]).

Băncile au obligația de a-și depozita numerarul (disponibilitățile bănești) fie în casieria lor (în limita unui plafon maxim stabilit de Banca Națională a României), fie în contul „nostro” deschis la banca centrală

^[1] Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 2/1996 cu privire la operațiunile cu numerar (M. Of. nr. 34 din 16 februarie 1996); realizarea operațiunile cu numerar ale băncilor în relația cu Banca Națională a României este reglementată de Norma Băncii Naționale a României nr. 8/2006 privind operațiunile cu numerar ale instituțiilor de credit și Trezoreriei Statului în relația cu Banca Națională a României și decontarea acestor operațiuni (M. Of. nr. 564 din 29 iunie 2006).