

# Tratamentul creanței bugetare în procedurile de insolvență și prevenție a insolvenței

**Av. Simona Maria MILOȘ**  
Președinte INPPI

**Av. Andreea DELI**  
Membru în Consiliul Științific al INPPI



Insolvența - o procedură esențial litigioasă, în care actorii implicați au sau pot avea interese contradictorii



# Comunicatul Comisiei Europene - Brussels, 12.03.2014

- Insolvența - *"a fact of life, in a dynamic, modern economy"*;
- Se bazează pe date statistice critice: aprox. 200.000 de companii intră în insolvență la nivelul UE în fiecare an, adică 600 de companii în fiecare zi;
- **Obiectivul esențial** constă în mutarea atenției de la lichidare către încurajarea restructurării afacerilor viabile, de la un stadiu cât mai incipient, tocmai pentru prevenția insolvenței: (i) *"opportunity to restructure and to stay in business"*; (ii) crearea unui scenariu de tipul *"win-win"*, în care debitorul rămâne în business, locurile de muncă sunt păstrate, creditorii recuperează mai mult decât ar recupera într-un faliment; (iii) facilitarea unui *"fresh start"*.
- Au fost trasate Statelor Membre cinci recomandări de implementare la nivel legislativ - în termen de **maxim 1 an**:

## **Obiective:**

- Facilitarea restructurării afacerii, la un moment cât mai devreme posibil;
- Permișiunea restructurării *în afara instanței* - așa numitele proceduri de prevenție a insolvenței;
- Tot în privința restructurării *în afara instanței*, se insistă pe acordarea posibilității de suspendare *temporară* a executărilor creditorilor timp de 4 luni - cu posibilitate de prelungire pentru maxim 12 luni, pentru finalizarea unei restructurări a afacerii;
- Facilitarea adoptării unui plan de reorganizare, păstrând un echilibru între interesele creditorilor și ale debitorului, dar încurajând șansele de salvare ale debitorului viabil;
- Reducerea efectelor negative ale falimentului din perspectiva acordării celei de a doua șanse antreprenorilor, cu descărcarea de obligații în termen de **cel mult trei ani**.

# Cazul Frukona - C-73/11P - Testul creditorului privat

## Situația de fapt:

- Frukona Kosice - societate de drept slovac, activa în sectorul producției de băuturi alcoolice și spirtoase;
- În iulie 2004, creditorii Frukona, inclusiv autoritatea fiscală, acceptă concordatul, care este omologat de instanța de judecată. În aceeași zi, autoritatea fiscală l-a suspendat și l-a înlocuit din funcție pe directorul local, învinuindu-l de fraudă ca urmare a acceptării propunerii de concordat. Printr-o hotărâre din martie 2006, directorul a fost achitat de toate învinuirile care i s-au adus;
- În decembrie 2004, urmare a plății către autoritatea fiscală a sumei stabilite prin concordat, Frukona iese din procedură, însă în ianuarie 2005 Republica Slovacă a informat Comisia Europeană că este posibil ca Frukona să fi primit ajutor de stat ilegal și i-a cerut să autorizeze acest ajutor pentru salvare acordat unei întreprinderi în dificultate;

## Statuările Curții:

- În evaluarea ecuației în sensul dacă o procedură de reorganizare aduce o îndeostulare superioară celei dintr-o procedură de faliment (lichidare) ar trebui considerată ca relevantă orice informație susceptibilă să influențeze în mod semnificativ procesul decizional al unui creditor privat suficient de prudent și diligent, aflat într-o situație cât mai apropiată de cea a creditorului public și care urmărește să obțină plata sumelor pe care i le datorează un debitor cu dificultăți de plată;
- Durata procedurii de lichidare (apreciată în cazul de față în Slovenia, între 3 și 6 ani) este un element care poate influența în mod semnificativ procesul decizional menționat mai sus, fiind obligatoriu a fi luat în considerare.

## Preluări în proiectul Codului Insolvenței - definiția testului creditorului privat, art. 5 pct. 70:

*”testul creditorului privat reprezintă analiza comparativă a gradului de îndeostulare a creanței bugetare prin raportare la un creditor privat diligent, în cadrul unei proceduri de preinsolvență sau reorganizare, comparativ cu o procedură de faliment. Analiza are la bază un raport de evaluare întocmit de către un evaluator autorizat membru ANEVAR și se raportează inclusiv la durata unei proceduri de faliment comparativ cu programul de plăți propus. Nu constituie ajutor de stat situația în care testul creditorului privat atestă faptul că distribuțiile pe care le-ar primi creditorul bugetar în cazul unei proceduri de preinsolvență sau reorganizare sunt superioare celor pe care le-ar primi într-o procedură de faliment”.*

# Tratamentul creanței fiscale în drept comparat

- Ghid UNCITRAL, *"Core Provisions For an Effective and Efficient Insolvency Law"* - o mare parte a legislațiilor recente sau recent modificate în materie de insolvență au înregistrat o reducere semnificativă a numărului de priorități legale a creanțelor, reflectând astfel o schimbare la nivelul percepției publice a acestui tratament;
- **Esența:** *"The greater the number of creditors receiving priority treatment, the less beneficial that treatment becomes."*
- **Raportul de uniformizare al legislației insolvenței la nivel european:**
  - a) legislația națională a anumitor State Membre nu acordă creditorului fiscal o ordine privilegiată de îndeplinire (Germania, Franța, Suedia);
  - b) Franța, Dl. Philippe Delmotte, Curtea de Casație Franceză: *"printr-o inovație considerabilă, tuturor creditorilor, privilegiați sau negarantați, li se vor opune aceleași termene, prin urmare, în această privință, vor avea aceeași soartă, fiscal și securitatea socială fiind plasate pe aceeași poziție de egalitate cu creditorul chirografar."*
  - c) există legislații care acordă creditorului fiscal o cauză legală de preferință, însă numai într-un anumit quantum sau, în mod specific, pentru anumite tipuri de creanțe fiscale:
    - Italia, Spania: ordine preferențială de îndeplinire numai pentru creanțele bugetare derivate din taxele și impozite aferente sistemului de pensii și asigurări sociale, însă în procent de 50% din quantumul total declarat la masa credală
    - Polonia: sunt considerate preferențiale doar creanțele derivând din contribuțiile la sistemul național de asigurări sociale, pentru o perioadă de 2 ani anterior deschiderii procedurii;
    - Regatul Unit: abrogarea calificării creanței bugetare ca o creanță preferențială, menținând drept creanțe beneficiind de o ordine specială de distribuție pe cele rezultate din relațiile de muncă .

# Tratamentul creanței bugetare în proiectul Codului Insolvenței

- Creanțe garantate = creanțe beneficiind de o cauză de preferință;
- Ordinea de prioritate - art. 5 pct. 14: *”creanțele constând în impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare, precum și accesoriile acestora. Își păstrează această natură și creanțele bugetare care nu sunt acoperite în totalitate de valoarea privilegiilor, ipotecilor sau a gajurilor deținute, pentru partea de creanță neacoperită.”*;
- Regimul înscrierii la AEGRM - *”Simpla înscriere în arhiva electronică de garanții reale a unei creanțe nu determină transformarea acesteia în creanță care beneficiază de o cauză de preferință”* (Art. 5 pct. 22 ultima frază din proiectul Codului Insolvenței);
- Necesitatea unei descrieri suficient de precise a bunului astfel înscris, în corelare cu art. 2.372 din Noul Codul civil;
- *”Sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului. În termen de 60 de zile de la data publicării în Buletinul procedurilor de insolvență [a notificării privind deschiderea procedurii, n.ns], organele de inspecție fiscală vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor Codul de procedură fiscală.”* - art. 102 alin. (1) teza finală din proiectul Codului Insolvenței.

## Importanța creanței fiscale în procedura insolvenței

- Principiul ”*solve et repetae*”;
- Uneori, declanșarea voluntară a procedurii de insolvență de către debitor, este consecința directă a (i) măsurilor asigurătorii sau executorii ale creditorului fiscal și a (ii) imposibilității derulării activității operaționale;
- Litigiul fiscal continuă, este câștigat în final - remediu?
- *Plecând de la definiția ”testului creditorului privat”*, creditorului fiscal i se cere să se pună efectiv în locul unui creditor privat diligent și precaut, raționând în consecință...

... O nouă gândire a eficienței practice a recuperării creanțelor fiscale, adaptată realităților actuale...



[dreamstime.com](http://dreamstime.com)



# Proceduri paralele în procedura insolvenței (1)

- Sediul materiei: art. 27, art. 28, art. 127 C. Proc. Fisc. și Instrucțiunile privind aplicarea procedurii de angajare a răspunderii solidară aprobate prin Ordinul 127/2014 al ANAF;
- Important în prezenta analiză: pct. 5.1 din Instrucțiuni: angajarea răspunderii se va demara doar după primirea **avizului judecătorului sindic** pentru debitorul care formează obiectul unei proceduri de insolvență;
- **Paralelismul cu acțiunile revocatorii falimentare** - răspundere solidară în ceea ce privește o terță persoană juridică dacă, direct ori indirect, aceasta controlează, este controlată sau se află sub control comun cu debitorul declarat insolvent și dacă este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele condiții:
  - a) dobândește, cu orice titlu, dreptul de proprietate asupra unor active corporale de la debitor, iar valoarea contabilă a acestor active reprezintă cel puțin jumătate din valoarea contabilă a tuturor activelor corporale ale dobânditorului (**act dezechilibrat încheiat cu un afiliat**);
  - b) are sau a avut raporturi comerciale contractuale cu clienții și/sau cu furnizorii, alții decât cei de utilități, care au avut sau au raporturi contractuale cu debitorul în proporție de cel puțin jumătate din totalul valoric al tranzacțiilor (**preluare de clientelă, parte a fondului de comerț, înțeles ca o operațiune de folosire a unui activ în folosul unei alte societăți controlate**);
  - c) are sau a avut raporturi de muncă sau civile de prestări de servicii cu cel puțin jumătate dintre angajații sau prestatorii de servicii ai debitorului (**preluare de personal, în același scop calificat ca mai sus**).

## Proceduri paralele în procedura insolvenței (2)

### Acțiunea în angajarea răspunderii personale în insolvență:

- a) persoanele fizice sau juridice care, anterior datei declarării insolvabilității, cu rea-credință, au dobândit în orice mod active de la debitorii care și-au provocat astfel insolvabilitatea;
- b) administratorii, asociații, acționarii și orice alte persoane care au provocat insolvabilitatea persoanei juridice debitoare prin înstrăinarea sau ascunderea, cu rea-credință, sub orice formă, a activelor debitorului;
- c) administratorii care, în perioada exercitării mandatului, cu rea-credință, nu și-au îndeplinit obligația legală de a cere instanței competente deschiderea procedurii insolvenței, pentru obligațiile fiscale aferente perioadei respective și rămase neachitate la data declarării stării de insolvabilitate;
- d) administratorii sau orice alte persoane care, cu rea-credință, au determinat nedeclararea și/sau neachitarea la scadență a obligațiilor fiscale;
- e) administratorii sau orice alte persoane care, cu rea-credință, au determinat restituirea sau rambursarea unor sume de bani de la bugetul general consolidat fără ca acestea să fie cuvenite debitorului.

## Întrebări și aspecte controversate comune

- Valoarea judiciară a "avizului" judecătorului sindic;
- Puterea probatorie sau autoritatea de lucru judecat față de verificările anterioare, din cadrul Raportului causal sau, după caz, dintr-o acțiune revocatorie falimentară respinsă de către instanța de judecată?
- Caracterul unilateral al protecției creanței fiscale vs. protecția caracterului concursual al creditorilor în procedura insolvenței?
- Dacă revocarea transferului, prin acțiune în anulare admisă, a condus la restituirea bunurilor/valorilor transferate, se mai poate emite Decizia de angajare solidară față de terț?
- Analiza judiciară a bunei credințe în transferul activelor, element esențial în stabilirea dreptului de creanță a terțului;
- Calitatea procesuală activă a creditorului fiscal în procedurile întemeiate pe art. 138 din Legea 85/2006 - vs. procedura paralelă fiscală - "aviz" al judecătorului sindic;
- În dreptul european (Cazul Deko Marty - Cauza C - 339/07) - caracterul prioritar și exclusiv al acțiunilor revocatorii falimentare;
- Prof. Mihail Pașcanu, *Drept falimentar român - 1926*: "Perioada suspectă poate produce numai revocări concursuale, adică numai în profitul masei credale și necum în interesul individual al creditorilor, cari, cu asemenea calitate, nici nu pot interveni în acțiunile revocatorii intentate de către Sindic (V. Lyon-Caen-Renault, VII, p. 312)."

În loc de concluzii - afectarea principiilor de bază ale procedurii de insolvență: concursualismul, caracterul colectiv și egalitar

