



ZAMFIRESCU RACOȚI & PARTNERS
ATTORNEYS AT LAW

Între așteptările proiectului de directivă europeană
privind ameliorarea legislației referitoare la
restructurările preventive și unele opreliști existente în
legislație

Av. Stan Tîrnoveanu

Cadrul legislativ cu privire la dreptul de preferință a statului

Potrivit art. 6 alin. 2 din Directiva 2014/42/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014, statele membre adoptă măsurile necesare pentru a permite confiscarea produselor sau a altor bunuri a căror valoare corespunde produselor care, în mod direct sau indirect, au fost transferate de o persoană suspectată sau învinuită către terți sau care au fost dobândite de terți de la o persoană suspectată sau învinuită, cel puțin în cazurile în care terții știau sau ar fi trebuit să știe faptul că scopul transferului sau al achiziționării era evitarea confiscării, pe baza unor elemente de fapt și circumstanțe concrete, inclusiv a faptului că transferul sau dobândirea a avut loc în mod gratuit sau în schimbul unei sume de bani semnificativ mai reduse decât valoarea de piață a bunurilor.

Conform aceleiași directive, textul se interpretează astfel încât să nu aducă atingere drepturilor terților de bună credință.

Și, potrivit art. 2328 NCC, preferința acordată statului și unităților administrativ-teritoriale pentru creanțele lor se reglementează prin legi speciale. O asemenea preferință nu poate afecta drepturile dobândite anterior de către terți.

Din interpretarea textelor mai sus citate rezultă că nici măcar confiscarea nu poate aduce atingere drepturilor terților de bună-credință, cu atât mai mult drepturilor reale constituite anterior în favoarea terților de buna credință.

Jurisprudența relevantă cu privire la rangul măsurilor asigurătorii dispuse în procesul penal

■ Prin decizia nr. 8/27.04.2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, s-a statuat că **o măsură asigurătorie instituită într-un dosar penal nu poate constitui un impediment la inițierea sau continuarea executării silite**, iar creanța ipotecară are prioritate chiar și în ipoteza în care o parte vătămată ar avea un drept de creanță împotriva proprietarului imobilului supus urmăririi silite.

■ Astfel, jurisprudența ICCJ confirmă faptul că sechestrul asigurătoriu penal nu este asimilat unei ipoteci legale, neavând caracter constitutiv al unor drepturi reale asupra bunurilor sechestrate, indiferent că vorbim despre o confiscare specială sau extinsă.

■ În doctrina de specialitate s-a arătat că până la soluționarea definitivă a procesului penal bunurile nu sunt confiscate și nici nu pot servi la repararea prejudiciului dacă asupra lor există drepturi constituite anterior înființării măsurii asigurătorii de terți de bună-credință. (R.A. Trandafir, în M. Udrioiu (coord.), Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, Ed C.H. Beck p. 719-720, parag. 51)

■ Rezultă că dreptul persoanei în favoarea căreia se instituie sechestrul în vederea confiscării nu este preferit dreptului creditorului ipotecar, ci este un simplu drept de creanță chirografară.

O nouă Directivă Europeană în domeniul insolvenței

În noiembrie 2016 a fost finalizat și propus un text pentru o nouă directivă europeană pentru ameliorarea legislațiilor naționale referitoare la cadrul restructurărilor preventive, a doua șansă și descărcarea de datorii.

❑ Obiectivele principale sunt concentrate pe **crearea unui cadru economic stabil și predictibil în cadrul UE pentru asigurarea exercitării eficiente a drepturilor și libertăților cetățenilor UE în piața unică**;

❑ Accentul reglementării cade pe :

- **asigurarea posibilității de evitare a insolvenței** sau,

- în cazul imposibilității evitării unei proceduri colective, **maximizarea șanselor de restructurare și reorganizare în detrimentul falimentului**;

O nouă Directivă Europeană în domeniul insolvenței

- ❑ **Legea 85/2014 are în conținutul ei transpuse principiile de bază cuprinse în proiectul de directivă, fiind una dintre cele mai moderne legi europene în domeniu;**
- ❑ **Cultura națională în domeniul restructurării, a restructurării preventive are însă de recuperat față de cultura europeană, unde numărul de proceduri de reorganizare finalizate cu succes este mult mai mare comparativ cu țara noastră**
- ❑ **Realitățile economice și juridice sunt puțin diferite față de întreaga piață a Uniunii Europene**

Perspectiva economica europeana asupra fenomenului

❑ Fenomenul la nivel European

- Circa 50 % din toate societățile au durata de viață mai mică de 5 ani;
- Anual 200.000 de societăți dau faliment;
- Se pierd prin acest fenomen 1, 7 milioane locuri de muncă, locuri de muncă care s-ar putea salva dacă măsurile de restructurare s-ar lua înainte ca debitorul să fie în imposibilitate de a plăti datoriile;
- Există un efect transfrontalier care afectează circuitul comercial european.

❑ Ratele de recuperare conform indicatorilor Băncii Mondiale

- 90% rata de recuperare în țări ca Belgia și Finlanda;
- 30% rata de recuperare în țări precum România și Croația;
- În economiile în care restructurarea este mai des întâlnită, creditorii se așteaptă la o recuperare de 83% fata de 57% în procedurile de lichidare;
- În România se gestionează de către UNPIR proceduri în care debitoarea nu are bunuri în peste 75% dintre entități (inclusiv cele care nu au complinit cerințele Legii 31/1990).

Elemente esențiale din propunerile UE

- ❑ Valoarea întreprinderii trebuie stabilită pentru a garanta echitatea în procedură – legea română impune această obligație prin art. 133 alin. (4) lit. d) (comparația reorganizare vs. faliment)
- ❑ **Determinarea de către autoritate, în anumite cazuri, a valorii întreprinderii ca întreprindere în activitate** – astfel cum se prevede la art. 13 alin (2), însă în proiectul de directivă se **vorbește și de valoarea de lichidare** la art. 13 alin (1), aspecte ce ar trebui clarificate, o mai mare acuratețe fiind de dorit
- ❑ Directiva propune ca statul să furnizeze **modele de plan de reorganizare**, chiar accesibile și în format electronic, și care să conțină prevederile minimale din planul de reorganizare prevăzute de legislația națională – art. 8 alin. (2)
- ❑ Asigurarea dreptului la **căi de atac** împotriva confirmării unui plan de reorganizare, fără a afecta drepturile participanților la procedură
- ❑ Constituirea de către stat a unui **cadru de pregătire profesională continuă și specializare pentru autoritățile care aplică procedura într-un fel sau altul.**

Recomandările UNCITRAL și legislația națională

UNCITRAL: The United Nations Commission on International Trade Law – este o structură subsidiară a Adunării Generale ONU, misiunea acesteia este legată de pregătirea textelor legislative internaționale pentru a fi utilizate de statele semnatare în procesele de modernizare legislativă.

❑ Una dintre principalele propuneri, neacoperită de legislația națională, este unicitatea procedurii-concursualismul.

În legislația română, acest principiu este unanim acceptat, însă, în unele cazuri, este desconsiderat. În situația stabilirii creanțelor fiscale, raportul de inspecție fiscală și, în general, raporturile fiscale nu sunt accesibile celorlalți creditori, procedură separată.

❑ **Despăgubirile pentru denunțarea contractelor care conduc la maximizarea averii** împotriva voinței co-contractantului- limitarea acestora.

Legea națională permite plata de despăgubiri, acest lucru fiind rezonabil, însă nu există prea multă practică - UNCITRAL recomandă **limitarea despăgubirilor**;

În orice caz, *de lege lata*, despăgubirile ar trebui tratate ca și în ipoteza unui caz de denunțare legală, iar co-contractantul ar trebui să beneficieze cel mult de costurile de reparație - creanțe chirografare născute înainte de deschiderea procedurii

Modificarea Codului de procedură fiscală prin OG 30/2017 și insolvența profesioniștilor

Potrivit Codului de procedură fiscală, astfel cum a fost modificat prin OG 30/2017, în cazul în care:

- o societate aflată sub incidența Legii 85/2014 (este în insolvență/faliment) este inculpată într-un dosar penal,
- în dosarul penal Statul Român prin ANAF s-a constituit parte civilă,
- în urma soluționării acțiunii civile în dosarul penal, societatea insolventă este obligată la plata către Statul Român a unor sume reprezentând repararea prejudiciului material (art. 266 ind. 1 lit. a C. pr. Fiscală prevede și creanțe, reprezentând amenzi, cheltuieli de judecată sau confiscări de sume de bani).

Executarea silită a creanțelor se realizează în baza art. 266 ind. 3, conform Codului de procedură fiscală, prin derogare de la Legea 85/2014, a cărei dispoziții cel puțin aparent nu mai sunt incidente (în consecință, nu mai avem procedură colectivă).

ANAF, ca și creditor, execută societatea aflată sub incidența legii insolvenței, conform normelor Codului de procedură fiscală - aceasta chiar dacă Legea 85/2014 conține norme exprese în privința creanțelor părții vătămate în procesul penal, art. 102 alin. (8).

Această situație generează cel puțin câteva interpretări cu privire la concursul între prevederile legale, analiza efectelor.

Modificarea Codului de procedură fiscală prin OG 30/2017

1. **Ipoteza concursului cu executarea silită civilă.** Conform art. 220 alin. 13 din Codul de Procedură Fiscală, care reglementează concursul între procedurile de executare silită, respectiv diversele titluri executorii, altele decât titlurile reprezentând creanțe fiscale:

În cazul în care asupra aceluiași venituri ori bunuri ale debitorului a fost pornită executarea, atât pentru realizarea titlurilor executorii privind creanțe fiscale, cât și pentru titluri ce se execută în condițiile prevăzute de alte dispoziții legale, executarea silită se conexează și se efectuează, potrivit dispozițiilor prezentului cod, de către organul de executare silită prevăzut de acesta.

Conform art. 220 alin 14 nu se va mai executa conform Codului de procedură fiscală în situația în care:

- valoarea bunurilor ipotecate nu permite îndeplinirea creditorilor fiscali,
- executarea coordonată de executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă, este avansată și permite îndeplinirea creanțelor fiscale.

2. **Ipoteza concursului cu executarea concursuală. Înscrierea la masa credală, conform art. 265 alin. 5 Cod procedură fiscală, se realizează de autoritatea fiscală care gestionează creanța**

Întrebări firești care se nasc din apariția acestor prevederi legale

3. Ipoteza prevăzută la Capitolul XII ind. 1 Dispoziții aplicabile cazurilor speciale de executare silită reglementate de art. 266 ind. 3 generează cel puțin câteva întrebări:

i. Când este pronunțată o hotărâre într-un dosar penal în care sunt stabilite despăgubiri în favoarea bugetului de stat și deja există o procedură de insolvență începută, conform noilor modificări ar însemna că procedura de insolvență încetează/se suspendă și executarea silită se va face conform normelor prevăzute de Codul de procedură fiscală

ii. O altă întrebare firească care apare este ce se întâmplă cu creditorii garantați care chiar în conformitate cu art. 242 alin. 9 Cod procedură fiscală au drepturile protejate chiar în cadrul procedurii execuționale fiscale? Poate funcționa logica de la art. 220 alin. 13 și 14 din Codul de procedură fiscală?

iii. Ce se poate întâmpla cu creditorii care au drepturi de creanță și există tabel definitiv conform art. 242 alin. 10 din Codul de procedură fiscală?

iv. Se va putea compara distribuția din Legea 85/2014, respectiv art. 159 și art. 161 cu ordinea de distribuție prevăzută de art. 258 și 259 Cod procedură fiscală și se va putea observa că exceptând confiscarea este cel puțin discutabilă necesitatea reglementării, iar ca efect dezavantajează toți creditorii, inclusiv bugetul de stat.

Concluzii cu privire la poziția creditorilor bugetari în procedurile de insolvență, comparativ cu ceilalți creditori

- Debitorii au obligația de a notifica ANAF-ul la momentul depunerii cererii de deschidere a procedurii, ceea ce conferă creditorilor bugetari un avantaj în fața tuturor celorlalți creditori ce nu sunt înștiințați cu privire la depunerea cererii de deschidere a procedurii – art. 67 alin. 1 lit. n
- Conform legii insolvenței creditorii bugetari formulează declarație de creanță în cadrul procedurii iar aceasta nu este supusă verificării administratorului judiciar – art. 105 alin. 2 din Legea 85/2014
- Totodată, creditorii bugetari au dreptul ca în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii insolvenței să înregistreze un supliment al cererii de înscriere la masa credală – art. 102 alin. 1 din Legea 85/2014
- Prin modificările aduse de OG 30/2017 apare un nou drept al creditorilor bugetari, cel prevăzut de art. 266 ind. 1 și 3 Cod procedură fiscală, de a se executa debitorul sub imperiul Codului de procedură fiscală

Întrebări finale care apar în contextul modificărilor menționate

- Cum va funcționa practic acest drept nou instituit în favoarea creditorilor bugetari, prin raportare la prevederile art. 227 alin. 9 Cod procedură fiscală, care arată că față de terți, inclusiv față de stat, o garanție reală și celelalte sarcini reale asupra bunurilor au un grad de prioritate care se stabilește de la momentul în care acestea au fost făcute publice, prin oricare dintre metodele prevăzute de lege?
- Cum vor funcționa dispozițiile art. 266 ind. 1 și ind. 3 din Codul de procedură fiscală în condițiile existenței art. 220 alin. 13, alin. 14 și 15 Cod procedură fiscală?
- În acest caz, competența aparține organului fiscal care deține creanța fiscală mai mare?
- Va avea executorul fiscal un tabel al creditorilor cum se întâmplă în cadrul unei executări concursuale?
- Ce se întâmplă cu executarea silită concursuală ? Se suspendă? Se închide?

Întrebări finale care apar în contextul modificărilor menționate

- Titlul la care se referă dispozițiile art. 266 ind. 1 Cod procedură fiscală, respectiv hotărârea judecătorească, care soluționează latura civilă în procesul penal, trebuie să fie anterioară deschiderii procedurii de insolvență
- Dacă hotărârea judecătorească care soluționează latura civilă în procesul penal este ulterioară deschiderii procedurii de insolvență, executorul fiscal va putea executa bunurile debitorului cu respectarea drepturilor creditorilor privilegiați, așa cum prevede art. 227 alin. 9 Cod procedură fiscală
- Dacă avem și un tabel definitiv, înseamnă că avem și o listă a creditorilor a căror creanțe au fost verificate conform legii procedurii de insolvență și înscrise într-un tabel ce produce efecte juridice identice cu o hotărâre judecătorească
- Procedura execuțională reglementată de Codul de procedură fiscală nu prevede reorganizarea sau restructurarea, ci doar valorificarea bunurilor – art. 227 Cod procedură fiscală
- Există o singură certitudine, respectiv aceea că nu va mai fi posibilă reorganizarea, iar ceea ce se pierde este exact ceea ce se menționează în directivă ca țintă de protecție – locurile de muncă, iar salariații și angajații firmelor chiar nu trebuie sancționați.

Vă mulțumesc!

Stan Tîrnoveanu
Senior Partner

Zamfirescu Racoti & Partners
Attorneys at Law

12 Plantelor Street, District 2, Bucharest RO-023974, Romania

Tel: (00 40 21) 311 05 17 (18)

Fax: (00 40 21) 311 05 19

stan.tirnoveanu@zrp.ro

Registered with ANSPDCP under no.10660

www.zrp.ro