

Elemente de noutate aduse prin Legea privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență

1. Elemente definitorii

În primul rând, Legea privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență a reușit crearea unui echilibru între interesele debitorului și cele ale creditorilor săi, încercând o armonizare constructivă a acestora, temperând accesul prea facil al debitorului la confirmarea unui plan de reorganizare precum și tendințele de manipulare a acestor proceduri în detrimentul creditorilor.

Astfel, au fost remediate deficiențele sesizate în aplicarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în special în ceea ce privește existența unui cadru dezechilibrat de votare a planului de reorganizare, posibilitatea de efectuare a plăților prin planul de reorganizare, lăsând la finalul duratei planului pe cele mai importante, insuficiența protecției a creditorilor cu creanțe curente, precum și lipsa unui tratament de protecție efectiv al finanțărilor acordate în procedură. De asemenea, s-a pus capăt și luptei judiciare – de tipul ”cine ajunge primul” - între creditorii care solicitau deschiderea procedurii și debitorul care încerca să obțină primul accesul la procedură, din perspectiva desemnării practicianului în insolvență provizoriu.

S-au avut în vedere și recente comunicări ale Comisiei Europene, prin care se solicită statelor membre încurajarea celei de a doua șanse, în sensul suportului acordat restructurării afacerii, de la un moment cât mai incipient, precum și facilitarea adoptării unui plan de reorganizare față de debitorii viabili, păstrând un echilibru just între interesele creditorilor și cele ale debitorului.

În privința regimului de aplicare, a fost respectată Decizia nr. 447/2013 pronunțată de Curtea Constituțională a României la data de 29.10.2013 și publicată în Monitorul Oficial nr. 674/01.11.2013, în sensul în care Legea se va aplica procedurilor de prevenire a insolvenței și insolvență declanșate ulterior intrării sale în vigoare.

Elemente concrete - avantajele oferite de noua reglementare

1) Planul de reorganizare:

Acesta prevede reglementarea unui cadru echilibrat și just de votare a planului de reorganizare, prin asigurarea suportului și a unei majorități valorice a creanțelor, în cuantum de 30% din totalul masei credale, pe lângă condiția votului pe categoriile de creanțe - art. 139 alin. (1).

Se instituie o revenire la cuantumul creanțelor înregistrate în tabelul definitiv, în situația eșuării planului, chiar dacă prin plan respectivele creanțe fuseseră diminuate sau chiar înlăturate. Cu alte cuvinte, efectul ”descărcării de datorii” prin planul de reorganizare este condiționat de succesul și efectivitatea în executare a acestui plan - art.140 alin. (1).

Se asigură distribuția a sumelor de bani către creditorii, în regim *pro rata*, pentru fiecare creanță prevăzută a se achita în timpul reorganizării, din excedentul de cash rămas după achitarea datoriilor curente și necesarul de capital de lucru, din încasărilor realizate din activitatea curentă, vânzarea bunurilor libere de sarcini, inclusiv din reușita acțiunilor în anulare, pe perioada planului de reorganizare – art. 140 alin. 2 indice 1.

2) Protecția specială acordată creanțelor curente:

- cu titlu general, s-a încercat corectarea regimului instituit de Legea nr. 85/2006 în privința creanțelor curente, prin care deși era prevăzută plata acestora conform documentelor din carerezultă, nu exista o sancțiune expresă în ipoteza neachitării acestor creanțe.

Astfel, în privința creanțelor curente, născute în perioada de observație, se pot formula cereri de plată, care vor fi analizate de administratorul judiciar și, în caz de contestație, de către judecătorul sindic. Neplata acestora conduce la dreptul acestor creditori de a solicita trecerea la faliment, chiar în timpul procedurii de observație, în termen de 60 de zile de la data măsurii administratorul judiciar sau de la data hotărârii instanței de judecată.

De asemenea, și pentru creanțele curente acumulate în cursul procedurii de reorganizare, se poate cere trecerea la faliment. Judecătorul sindic va putea respinge cererea doar în trei ipoteze: creanța curentă nu este datorată, este achitată sau debitorul a încheiat o înțelegere de plată cu creditorul curent.

S-a reglementat și faptul că nu se poate închide procedura de reorganizare în lipsa plății acestor creanțe – art. 175 alin. (1). De asemenea, planul de reorganizare trebuie să prevadă inclusiv modalitatea de plată a creanțelor curente - art. 133 alin. (4) lit. e);

- 3) **Limitarea duratei procedurii de observație** la 1 an, cu posibilitatea prelungirii de către judecătorul sindic, pentru motive temeinice. Prin introducerea unei asemenea limitări s-a corectat una dinre deficiențele majore sesizate în prelungirea unei perioade incerte, care nu putea fi calificată nici ca reorganizare, nici ca faliment, în care se puteau acumula creanțe curente și prin care se diminuea, în mod real, șansele unei reorganizări efective.

4) Protecția creanțelor beneficiind de o cauză de preferință (creanțele garantate)

- În privința tratamentului creanțelor născute din contractele de leasing, finanțatorul este titularul rezervei de proprietate, situație în care, în cazul transferului de proprietate, regimul juridic al creanței sale este cel al unei creanțe beneficiind de o cauză de preferință (ipotecă legală), în privința bunului astfel finanțat - art. 105 alin. (3) și art. 123 alin. (11). Din perspectiva Legii 85/2006, creanțele finanțatorilor din contractele de leasing beneficiau de un regim chirografar, practica instanțelor de judecată sesizând, în anumite situații, deficiențe derivate dintr-o îmbogățire fără justă cauză, motivată de situația recuperării bunului dublată de menținerea unei creanțe la masa credală;
- Sumele provenite din adjudecarea unor bunuri în favoarea unor creditori beneficiind de cauze de preferință, anterior deschiderii procedurii, vor fi virate de către practicianul în insolvență către creditorii titulari în termen de 30 de zile, chiar și în perioada de observație, iar în privința acestor sume sume nu se vor aplica onorarii sau cheltuielile aferente procedurii insolvenței – art. 75 alin. (5) indice 1);
- De asemenea, se instituie o protecție a sumelor de bani care constituie obiectul unei ipoteci mobiliare și a garanțiilor în numerar (cash colateral), în privința cărora se procedează la distribuție în termen de 5 zile, la cererea creditorului titular;
- S-a instituit posibilitatea folosirii sumelor de bani care formează obiectul unor garanții, în vederea continuării activității curente, cu acordul creditorului garantat, sau, în cazul refuzul acestui acord, cu necesitatea constituirii unei protecții corespunzătoare a garanției – art. 75 alin. (8);
- Creditorul garantat este protejat prin repartitia tuturor sumelor rezultate dintr-o valorificare a garanției, chiar dacă o parte din creanță fusese înscrisă anterior cu titlu de creanță chirografară, în cazul în care o astfel de valorificare s-ar face la un preț superior valorii înscrise în tabelul definitiv – art. 103.

5) Protecția finanțărilor acordate în procedură

Necesitatea acestei protecții derivă din faptul că astfel de finanțări sunt considerate a fi acei "fresh money" în privința cărora Banca Mondială statua, în Principiile pentru eficiența regimului Debitorilor/Creditorilor în materie de insolvență ("*World Bank Principles for Effective Creditor/Debtor Regime*"), în sensul că sunt cel mai greu de identificat și față de care trebuie asigurată, pe cale de consecință, o protecție corespunzătoare și efectivă. Protecția a fost acordată prin instituirea unei poziții prioritare de îndeplinire, de natură a conferi siguranță în rambursare către cei care sunt în măsură a acorda aceste finanțări. (în lipsa de alte bunuri, restituirea acestor finanțări se suportă de către creditorii garantați preexistenți, din distribuiri ce li se cuvin din valorificarea acestor garanții)

6) Creșterea nivelului de responsabilizare a deciziilor în procedură

A fost introdusă, ca element de noutate, **răspunderea administratorului special**, desemnat de către Adunarea Generală a Asociaților/Acționarilor, pentru încălcarea limitărilor impuse de lege în privința actelor și operațiunilor pe care acesta le poate efectua în procedură. Astfel, pe lângă regimul nulității absolute a actelor sau operațiunilor efectuate cu încălcarea regulilor procedurale, existent și în Legea 85/2006, noutatea reglementării derivă din instituirea unei forme personale de răspundere, patrimonială, aferentă pasivului produs prin nesocorirea acestor reguli.

De asemenea, în privința deficiențelor sesizate în privința lipsei unui remediu efectiv în ipoteza în care deciziile Adunării Creditorilor fuseseră luate prin votul decisiv al unor creanțe ulterior invalidate prin căile de atac, noua reglementare a stabilit refacerea votului, cu posibilitatea judecătorului sindic de a anula măsurile luate.

7)Tratamentul furnizorilor de utilități

S-a menținut obligativitatea menținerii prestării acestor servicii de către furnizorii de utilități (electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice sau altele asemenea) față de care debitorul are calitatea de consumator captiv. Cu toate acestea, pentru că și furnizorii de utilități pot acumula creanțe curente, și pentru a nu se crea un regim discriminatoriu față de alți titulari de creanțe curente, s-a prevăzut un termen de 90 de zile pentru plata acestora, în caz contrar acești furnizori putând întrerupe prestarea serviciilor.

De asemenea, creanțele furnizorilor de utilități au dobândit un regim de protecție sporit, prin acordarea unui regim prioritare de îndeplinire, având același rang de prioritate cu cel al cheltuielilor de procedură.

8) Avantajele oferite creditorilor bugetari

A fost reglementat la nivel legislativ conceptul de "test al creditorului privat", care reprezintă o analiza comparativă a gradului de îndeplinire a creanței bugetare prin raportare la sumele care s-ar obține în cadrul unei proceduri de prevenire a insolvenței sau de reorganizare, comparativ cu o procedură de faliment. Proveniența acestui concept legislativ derivă din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene care a statuat că votul creditorului bugetar exprimat în favoarea unui plan (de reorganizare sau concordat) care asigură o recuperare a creanței bugetare superioare celei pe care ar primi-o în caz de faliment, nu constituie ajutor de stat .

Acest tratament încurajează și sprijină creditorul bugetar în adoptarea unei decizii corecte în privința votului.

Deși poziția ANAF a fost în sensul de a se elimina o astfel de prevedere, această poziție nu a putut fi acceptată, jurisprudența CJUE prevalând, inclusiv din perspectiva dispozițiilor art. 148 alin. (2) din Constituție.

De asemenea, creanțele bugetare curente, neachitate în termenul de 60 de zile, atât în perioada de observație, cât și în perioada de reorganizare, beneficiază de dreptul de a solicita trecerea la faliment, în ipoteza neachitării acestora;

S-a reglementat un decalaj de timp în favoarea creanțelor bugetare în privința depunerii cererii de admitere a creanței, raportat la ceilalți creditori privați, astfel încât creditorul bugetar beneficiază de un termen de 60 de zile de la deschiderea procedurii de insolvență pentru depunerea cererii sale (raportat la creditorii privați, care beneficiază de un termen de 45 de zile). Termenul a fost acordat pentru a da posibilitatea creditorului bugetar de a finaliza raportul de inspecție fiscală.

Creditorul bugetar a devenit destintarul unor informații incipiente, chiar anterior deschiderii procedurii de insolvență, în privința depunerii unei cereri de deschidere a procedurii, indiferent dacă aceasta este formulată de către debitor sau creditor, în sensul în care o astfel de cerere se comunică, odată cu depunerea, creditorului bugetar competent. Nedepunerea dovezii unei astfel de comunicări atrage respingerea cererii.

Elemente care nu au fost preluate în privința tratamentului creanțelor bugetare, deși au existat recomandări în acest sens din partea organismelor internaționale

În primul rând, recomandările Băncii Mondiale au sesizat, încă de la început, necesitatea eliminării sau limitarea priorității creanțelor bugetare.

O astfel de recomandare nu este o noutate, atâta timp cât și alte legislații europene instituie fie o limitare a priorității cuantumului creanței bugetare, fie o păstrare a acesteia doar în privința creanțelor aferente taxelor și impozitelor din sistemul de pensii și asigurări sociale.

9) Transparența procedurii și accesul la justiție din perspectiva Buletinului Procedurilor de Insolvență – criticile formulate pe acest subiect:

În primul rând, problema gratuității acestui sistem de publicitate a procedurii de insolvență a fost tranșată în mai multe decizii ale Curții Constituționale a României, care a stabilit că citarea și comunicarea actelor prin intermediul Buletinului procedurilor de insolvență își găsesc justificarea în însuși specificul acestei proceduri și au drept scop asigurarea desfășurării cu celeritate a acesteia. Părțile au posibilitatea, pe de o parte, să participe la termenele fixate de judecătorul-sindic și să consulte dosarul în vederea cunoașterii tuturor actelor de procedură depuse la acesta și totodată pot solicita cheltuieli de judecată. (a se vedea în acest sens Decizia nr. 1.436 din 5 noiembrie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 879 din 16 decembrie 2009, Decizia nr. 1012/2012, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 35 din 16.01.2013).

De asemenea, potrivit art. 12 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 460/2005 privind conținutul, etapele, condițiile de finanțare, publicare și distribuire a Buletinului procedurilor de insolvență, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 474 din 3 iunie 2005, cu modificările și completările ulterioare, "*Oficiul Național al Registrului Comerțului publică săptămânal pe pagina sa de internet, cu titlu gratuit, lista persoanelor supuse procedurii de insolvență, care va cuprinde*

următoarele informații: denumirea debitorului, codul de identificare fiscală, numărul de ordine în registrul în care este înregistrat, numărul dosarului de insolvență și instanța pe rolul căreia este înregistrat dosarul, primul termen de judecată stabilit de instanța judecătorească după deschiderea procedurii, tipul procedurii și numerele Buletinului în care sunt publicate actele de procedură referitoare la debitor".

În al doilea rând, problema gratuității acestui sistem de publicitate în materie de insolvență a fost analizată și în cadrul propunerilor de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență transfrontaliere, prin care se tinde la interconectarea registrelor electronice de insolvență. România a primit aprecieri favorabile în această privință.

De asemenea, s-a considerat că un astfel de sistem, datorită costurilor semnificative, ar putea viza cel mult elemente de tip bazic, de tipul celor pentru care și BPI furnizează informații gratuite.