

DISTINCTIVE FEATURES BETWEEN INSOLVENCY AND BANKRUPTCY

Cristina Gabriela Bubatu
PhD Student, University of Craiova

Abstract: The confusion created between bankruptcy and insolvency has been the cause of controversy for young entrepreneurs in certain situations. The state of insolvency begins when a company is unable to pay for past term payments, may represent a chance of recovery through the reorganization of the company. Instead, bankruptcy represents the final stage of insolvency and leads to liquidation of the company, covering the liabilities and liquidation of the firm.

Keywords: law, insolvency, legislation, society

Procedura insolvenței și, implicit, cea a falimentului¹, sunt reglementate în principal de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență² (în continuare Codul insolvenței – s.n.), act normativ ce a suferit, de la intrarea sa în vigoare, mai multe completări și modificări³, ultima fiind realizată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 88/2018⁴. Astfel, Codul insolvenței reprezintă dreptul comun⁵ primar în materie de insolvență, fie că este vorba de prevenirea acesteia, fie că este vorba de procedura propriu-zisă, normele sale

¹ De la intrarea în vigoare a Codului insolvenței, acestei proceduri, în general sau cu privire specială asupra falimentului, i-au fost dedicate o serie de studii, punctuale sau exhaustive, dintre care le amintim, exemplificativ pe: N. Țândăreanu, *Codul insolvenței adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative*, Editura Universul Juridic, București, 2014; I. Adam, A.R. Adam, *Codul insolvenței, Titlul II. Procedura insolvenței (art.1-5,38-196,197-203) Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2016; A.R. Adam, *Procedura insolvenței. Principii. Subiecții. Organele. Derularea procedurii*, Editura C.H. Beck, București, 2016; St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2017; Gh. Piperea (coordonator), C. Antonache, Al. Dimitriu, I. Sorescu, Al.-Ș. Rățoi, R. Dan, L. Hagi, *Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații. Art. 1-203*, Editura C.H. Beck, București, 2017.

² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 466 din 25 iunie 2014.

³ „Codul insolvenței” a fost, succesiv, completat și modificat de către Legea nr. 312/2015 privind redresarea și rezoluția instituțiilor de credit și a firmelor de investiții, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul financiar (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 920 din 11 decembrie 2015); Legea nr. 62/2016 pentru completarea art. 75 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 295 din 19 aprilie 2016); Legea nr. 1/2017 privind eliminarea unor taxe și tarife, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 15 din 6 ianuarie 2017); Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 9/2017 privind unele măsuri bugetare în anul 2017, prorogarea unor termene, precum și modificarea și completarea unor acte normative (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 79 din 30 ianuarie 2017, ulterior modificată); Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 88/2018.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 840 din 2 octombrie 2018.

⁵ Al. Dimitriu, în *Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații. Art. 1-203*, Gh. Piperea (coordonator), Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 1.

completându-se cu prevederile din Codul de procedură civilă și din Codul civil⁶ (dreptul comun secundar), în măsura în care acestea din urmă nu contravin dispozițiilor mai întâi indicate. Normele speciale sunt cele aplicabile categoriilor de subiecte de drept excluse din domeniul de aplicarea Codului insolvenței, expres indicate de art. 3 alin.(1) și (3), respectiv profesioniștii ”care exercită profesii liberale, precum și” cei ”cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor”⁷, ”unitățile și instituțiile de învățământ preuniversitar, universitar și entitățile prevăzute la art. 7 din Ordonanța Guvernului nr. 57/2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 324/2003, cu modificările și completările ulterioare”⁸.

Insolvența poate fi privită din două perspective, corespunzătoare normelor de drept material sau de procedură din Codul insolvenței:

- starea de fapt obiectivă⁹ care presupune, de regulă, că ”patrimoniul debitorului se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, astfel: a) insolvența debitorului se prezumă relativ atunci când acesta, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; b) insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței” (art.5 pct. 29 din Codul insolvenței)¹⁰. Astfel insolvența

⁶ Potrivit art.342 alin.(1) din Codul insolvenței, ”Dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura în care nu contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil.”

⁷ A se vedea spre exemplu, Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale (publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 618 din 18 iulie 2006 ulterior completată și modificată) și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ teritoriale (publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 299 din 24 mai 2013, ulterior completată și modificată, precum și G.C. Frențiu, în *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, E. Oprina, V. Bozeșan (coordonatori), vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 705

⁸ Procedura insolvenței, astfel cum este acesta reglementată de Codul insolvenței se aplică ”profesioniștilor, astfel cum sunt definiți la art. 3 alin. (2) din Codul civil ...”, cu excepțiile sus-menționate. Astfel, în literatura de specialitate (A.-T. Stănescu, *Proceduri de insolvență. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2017, p.9-15) se arată că, în temeiul art. 3 coroborat cu art. 38 din Codul insolvenței, ”cu caracter general, procedura insolvenței se aplică” persoanelor juridice și persoanelor fizice care sunt supuse înregistrării în registrul comerțului, dacă sunt profesioniști, și indiferent dacă urmăresc sau nu obținerea de profit (St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *op. cit.*, p. 26; V. Nemeș, *Drept comercial*, ediția a 2-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 479; St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ediția a 5-a, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 41).

⁹ A. Avram, *Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii*, Editura Hamangiu, București, 2009, p.6.

¹⁰ Pentru anumite categorii de debitori starea de insolabilitate se apreciază prin rapoartele la alte condiții (pct. 30 și 31 ale art.5 din Codul insolvenței), respectiv: ”30. insolvența instituției de credit este acea stare a instituției de credit aflate în una dintre următoarele situații: a) incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești; b) scăderea sub 2% a indicatorului de solvabilitate a instituției de credit; c) retragerea autorizației de funcționare a instituției de credit, potrivit prevederilor legale, ca urmare a imposibilității de redresare financiară a unei instituții de credit;

31. insolvența societății de asigurare/reasigurare este acea stare a societății de asigurare/reasigurare caracterizată prin una dintre următoarele situații: a) incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;

constituie rezultatul comparării valorii totale a creanțelor pretinse, în condițiile legii, împotriva debitorului, cu sumele de bani de care cel din urmă dispune¹¹;

- procedura, în principiu judiciară¹², aplicabilă debitorului aflat în insolvență, care se prezintă în două forme:

A) procedura generală de insolvență prin care un debitor, cu excepția celor cărora li se aplică procedura simplificată, intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului (art.5 pct. 46 coroborat cu art.38 din Codul insolvenței);

B) procedura simplificată reprezintă procedura de insolvență prin care debitorul care se încadrează în una dintre următoarele categorii:

a) profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale;

b) întreprinderi familiale, membrii întreprinderii familiale, pentru aceștia, ca și pentru profesioniștii persoane fizice neexistând varianta reorganizării¹³;

c) debitori care fac parte din domeniul de aplicare al Codului insolvenței și îndeplinesc una dintre următoarele condiții:

1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor;

2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;

3. administratorul nu poate fi găsit;

4. sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;

d) persoane juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive, chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului;

b) retragerea autorizației de funcționare a societății de asigurare/reasigurare, ca urmare a imposibilității restabilirii, în cadrul procedurii de redresare financiară, a respectării cerinței de capital de solvabilitate - în cazul societăților supravegheate conform părții I „Regimul de supraveghere Solvabilitate II“ din Legea r. 237/2015 privind autorizarea și supravegherea activității de asigurare și reasigurare, cu modificările ulterioare, sau ca urmare a imposibilității restabilirii marjei de solvabilitate disponibile cel puțin la limita minimă a marjei de solvabilitate - în cazul societăților supravegheate conform părții a II-a „Regimul național de supraveghere“ din Legea r. 237/2015, cu modificările ulterioare; c) retragerea autorizației în cazul asigurătorului rezidual rezultat din procesul de rezoluție conform prevederilor art. 71 din Legea nr. 246/2015 privind redresarea și rezoluția asigurătorilor;”.

¹¹ A. Avram, *op. cit.*, p.6.

¹² Gh. Piperea, în *op. cit.*, de Gh. Piperea (coordonator), p. 11-12.

¹³ C.B. Nasz, în *Tratat practic de insolvență*, de R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu (coordonatori), Editura Hmangiu, București, 2014, p.302.

e) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment;

f) orice persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate,

intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 20 de zile, perioadă în care vor fi analizate condițiile prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d) [art.5 pct.47 coroborat cu art.38 alin.(2) din Codul insolvenței].

La rândul său, falimentul este definit de pct. 45 al art. 5 din Codul insolvenței ca fiind ”procedura de insolvență, concursuală, colectivă și egalitară, care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat”.

Și falimentul, asemenea insolvenței, poate fi privit ca stare de fapt dar și ca procedură¹⁴, opiniile din doctrina contemporană fiind orientate spre definirea acestuia ca fiind o cale specială de executare silită asupra tuturor bunurilor debitorului care a încetat plata datoriilor sale¹⁵, procedura de insolvență concursuală, colectivă și egalitară, care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat¹⁶.

În orice caz, din cele expuse mai sus rezultă, în primul rând raportul dintre insolvență și faliment, care este acela de parte și întreg. În literatura de specialitate¹⁷ se afirmă că ”procedura falimentului este una dintre modalitățile procedurii insolvenței”, însă această aserțiune este valabilă numai în ipoteza în care se urmează procedura simplificată de insolvență, cu excepția situațiilor în care procedura debutează cu perioada de observație de maximum 20 de zile, necesară analizării elementelor prevăzute de art.38 alin.(2) lit.c) și d) din Codul insolvenței.

O a doua diferență privește domeniul de aplicare, însă distincția nu se realizează între procedura insolvenței și procedura falimentului, ci între procedura generală (care înglobează sau nu, după caz, și falimentul) și procedura simplificată de faliment, cea din urmă putând viza o sferă mai restrânsă de debitori.

¹⁴ L.C. Gavrilesco, *Falimentul în relațiile comerciale internaționale*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 2-5.

¹⁵ I. Macovei, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 181.

¹⁶ A. Birchall, *Procedura insolvenței. Reorganizarea judiciară și procedura falimentului*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 26.

¹⁷ Al. Dimitriu, *op. cit.*, p. 197; Idem, în *Codul insolvenței ... op. cit.*, de Gh. Piperea (coordonator), p.782.

Cele două proceduri se deosebesc, parțial, și prin scopul pe care îl au. Potrivit art. 2 din Codul insolvenței, scopul procedurii insolvenței îl constituie ”acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia”, care cuprinde și scopul procedurii falimentului, acela de securizare a activelor debitorului și de distribuire a lichidităților obținute prin valorificarea acestora, în primul rând, către creditorii¹⁸. Dacă procedura insolvenței apare ca o soluție care poate satisface drepturile creditorilor și fără lichidarea debitorului, aceștia fiind interesați de recuperarea într-o proporție cât mai mare și cât mai rapid a creanțelor¹⁹, procedura falimentului are tot această finalitate însă ca regulă activitatea profesională a debitorului nu mai poate continua. Legat de procedura de lichidare, trebuie să menționăm că în literatura română²⁰ a fost preluată o opinie din doctrina franceză potrivit căreia ”dreptul de proprietate asupra bunurilor nu mai poate fi considerat unul care conține toate atributele sale, dispoziția, cel mai important atribut, fiind transferată către lichidator, care îl va exercita în condițiile legii”²¹. Or, înstrăinarea, transferul tuturor puterilor cuprinse în atributul dispoziției înseamnă chiar înstrăinarea a însuși dreptului de proprietate²², ceea ce ar putea fi tradus în cazul procedurii lichidării prin aceea că lichidatorul devine proprietarul bunurilor în cauză, deci urmărirea nu s-ar mai face asupra unor bunuri ale debitorului ci ale altui subiect de drept. Pe cale de consecință, apreciem că nu este vorba despre transferul atributului dispoziției, ci de o exercitare a dreptului de proprietate prin altul, o reprezentare de sorginte legală.

Bineînțeles că, fiind o parte a procedurii insolvenței, falimentul prezintă aceleași caractere juridice.

De altfel, insolvența trebuie delimitată și față de insolvabilitate, cea din urmă fiind definită de art.265 alin.(1) teza I-a din Codul de procedură fiscală²³ ca fiind situația în care se află debitorul „ale cărui venituri și/sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile.”²⁴ Astfel, pe când insolvența

¹⁸ Al. Dimitriu, *op. cit.*, p. 197; Idem, în *Codul insolvenței ... op. cit.*, de Gh. Piperea (coordonator), p.784.

¹⁹ C.B. Nasz, *Deschiderea procedurii insolvenței*, Editura C.H. Beck, București, 2009, p.145 apud Al. Dimitriu, în *op. cit.*, Gh. Piperea (coordonator), 2017, p. 4.

²⁰ Al. Dimitriu, *op. cit.*, p. 201.

²¹ Ch. Lebel, *Limites du dessaisissement du debiteur en liquidation judiciaire*, în *La Semaine Juridique* nr.9/2012, 23-25.

²² C. Bîrsan, *op. cit.*, p.46.

²³ Legea nr. 207/2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 547 din 23 iulie 2015, completată și modificată ulterior.

²⁴ Alin. (1) al art. 265 a fost modificat de pct. 98 al art. I din Ordonanța Guvernului nr. 30/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, publicată în Monitorul Oficial al României,

presupune lipsa lichidităților necesare plății creditorilor dar și a credibilității economice a debitorului, insolvabilitatea apare drept acea stare a patromoniului în care valoarea pasivului depășește valoarea activului. Starea de insolvabilitate nu dă naștere dreptului la declanșarea procedurii insolvenței ci, eventual poate influența forma procedurală urmată, spre deosebire de insolvabilitate care indică imposibilitatea certă a debitorului de a-și onora obligațiile, indiferent de valoarea conținutului patrimoniului, condiție necesară la intrarea în insolvență²⁵.

În concluzie, insolvența și falimentul constituie noțiuni distincte, între care raportul este, ca regulă, acela de parte-întreg (prin excepție procedura insolvenței constând doar în procedura falimentului), cu același scop din perspectiva creditorului celui insolubil, dar cu finalități distincte pentru debitor, în funcție de situația concretă, fie ”supraviețuirea”, fie ”lichidarea” afacerii acestuia.

Bibliografie

Adam A.R., *Procedura insolvenței. Principii. Subiecții. Organele. Derularea procedurii*, Editura C.H. Beck, București, 2016

Adam I., Adam A.R., *Codul insolvenței, Titlul II. Procedura insolvenței (art.1-5,38-196,197-203) Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2016

Avram A., *Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii*, Editura Hamangiu, București, 2009

Cărpenaru St.D., *Tratat de drept comercial român*, ediția a 5-a, Editura Universul Juridic, București, 2016

Cărpenaru St.D., Hotca M.A., Nemeș V., *Codul insolvenței comentat*, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2017

Dimitriu Al., în *Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații. Art. 1-203*, de Piperea Gh. (coordonator), Editura C.H. Beck, București, 2017

Frențiu G.C., în *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Oprina E., Bozeșan V. (coordonatori), vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2016

Gavrilescu L.C., *Falimentul în relațiile comerciale internaționale*, Editura Hamangiu, București, 2013

Partea I-a, nr. 708 din 31 august 2017.

²⁵ A. Avram, *op. cit.*, p.4-5.

Lebel Ch., *Limites du dessaisement du debiteur en liquidation judiciaire*, în *La Semaine Juridique* nr.9/2012

Nasz C.B., *Deschiderea procedurii insolvenței*, Editura C.H. Beck, București, 2009

Nasz C.B., în *Tratat practic de insolvență*, de R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu (coordonatori), Editura Hamangiu, București, 2014

Nemeș V., *Drept comercial*, ediția a 2-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2015

Piperea Gh. (coordonator), Antonache C., Dimitriu Al., Sorescu I., Rățoi Al.-Ș., Dan R., Hagiu L., *Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații. Art. 1-203*, Editura C.H. Beck, București, 2017

Stănescu A.-T., *Proceduri de insolvență. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2017

Țândăreanu N., *Codul insolvenței adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative*, Editura Universul Juridic, București, 2014