

DREPTUL INSOLVENȚEI FIICA REBELĂ A DREPTULUI CIVIL*)

Prof.univ.dr. Ion Turcu

Avocat în Baroul Cluj

Andreea Szombati

studentă la Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj

Din cuprins:

Debitorul controlează situația. Rebelă, dar nu independentă. Înfrângerea dreptului civil în beneficiul debitorului. Subminarea libertății contractuale. Fiica rebelă emasculează contractul. Fiica rebelă asigură continuitatea afacerilor, dar în propriul interes

EPISODUL 1. Un paradox derutant: debitorul impune voința sa creditorului

Incompatibilitatea normelor procedurii insolvenței cu unele principii ale dreptului civil privind forța obligatorie a convențiilor este uneori șocantă. Un exemplu poate fi reglementarea deznodământului contractelor debitorului aflate în curs de executare. Textul art. 86 din Legea nr. 85/2006 prevede că „în vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul poate să mențină sau să denunțe orice contract”. Acest mod de exprimare, diferit de terminologia dreptului civil („încheierea, executarea, rezilierea, rezoluțiunea”) creează dificultăți de înțelegere și de interpretare.

Contrațicând flagrant normele dreptului civil privind forța obligatorie a convențiilor legal încheiate, paradoxul procedurii insolvenței constă în atribuirea în favoarea debitorului a prerogativei exorbitante de a impune creditorului continuarea executării prestațiilor în condițiile în care numai debitorul este cel în culpă pentru neplata propriei datorii.

Același paradox derutant se manifestă și în cazul recunoașterii dreptului debitorului, prin administratorul judiciar/lichidator, de a cere rezilierea contractului, deși el este singurul vinovat pentru că nu poate fi continuată executarea lui.

Justificarea acestor negări ale principiilor dreptului civil poate fi cercetată numai la adăpostul specificului procedurii insolvenței care, proclamând scopul acoperirii pasivului debitorului, indică drept mijloc prioritar redresarea.

Este evident că acest obiectiv își aservește toate celelalte resorturi legale, generând **paradoxul priorității faptelor asupra legii**, pe care ni-l dezvăluie doi autori americani, James J. White și Raymond T. Nimmer: „Prea adesea novicele crede că legea este totul. Veteranul, însă, știe foarte bine că legea nu este nimic, faptele sunt totul”. Iar autorul francez Bernard Soinne adaugă: „În sport se spune că esențialul este să participi. În procedura insolvenței, dimpotrivă, esențialul este să nu participi”.

Într-o lume chinată de frământări, în veșnică și neostenită goană după bani, predica Sfântului Apostol Luca a fost dată uitării: „Iubiți-vă dușmanii, faceți numai bine și împrumutați fără să așteptați răsplată”.

În zilele noastre, banul a devenit o materie primă care se cumpără, se vinde, se joacă, se speculează, a devenit propriul său scop, fără legătură precisă cu realitatea economică, productivă.

Ideea moralei creștine ar putea fi regăsită, deși numai în planul secund, în năzuințele, prea rareori vizibile și eficiente, cu caracter terapeutic, ale procedurilor de insolvență. Există o contradicție ireconciliabilă între aceste năzuințe și mijloacele nemiloase de constrângere pe care le oferă codurile de procedură civilă sau alte acte normative care reglementează urmărirea silită a creanțelor.

Respectul angajamentului luat nu poate fi conceput în armonie cu neplata datoriilor, dar, pe de altă parte, salvarea unor debitori ar putea contribui la evitarea unor tulburări economice.

Studiul interacțiunilor procedurii insolvenței cu diferitele ramuri de drept privat reclamă echilibrul intereselor divergente, idealul simbolizat de balanța justiției. Nimeni nu trebuie să fie sacrificat pentru satisfacția altora, dar fiecare trebuie să accepte sacrificiile pe care le impune viața socială cu sentimentul că nu i se cere lui mai mult decât altora.

Această minimă securitate juridică poate fi considerată ca imperativ al legiuitorului și de aceea dreptul insolvenței nu poate să fie astfel conceput încât să provoace ravagii în alte ramuri ale dreptului privat, după cum nici acele ramuri nu trebuie să împiedice aplicarea normelor specifice procedurii insolvenței. Totul se reduce, așa cum s-a arătat anterior, la găsirea echilibrului între exigențele proprii ale fiecărei ramuri de drept privat și imperativele dreptului insolvenței.

Acest obiectiv ideal a rămas și astăzi neatins.

În confruntarea dreptului comun al contractelor cu dreptul insolvenței, este uneori evins dreptul comun. Astfel, contractanții *in bonis*, stipulează clauze reciproc satisfăcătoare și adecvate nevoilor lor. Dreptul insolvenței trece pe un plan

*) Acest articol a fost publicat în revista Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România „Phoenix”, nr. 40-41/2012, 42 /2012 și 43/2013

secund analiza de drept civil a contractului, pentru a favoriza valoarea sa patrimonială și obiectivul său economic, care îi va decide și soarta. Astfel, de exemplu, art. 86 al Legii nr. 85/2006 acordă administratorului judiciar/lichidatorului facultatea de a menține sau de a denunța contractele în curs, ținând seama de criteriul interesului debitorului de a crește la maximum valoarea averii sale.

Așadar, dispozițiile de drept comun privind forța obligatorie a convențiilor legal încheiate sunt îndepărtate, pentru a face loc aplicării altor norme, care slujesc mai bine redresării întreprinderii. Clauza contractuală este calificată mai curând după valoarea sa economică decât ca raport juridic cu forța obligatorie.

Dreptul insolvenței este menit să se integreze ca o piesă funcțională a mecanismului legislativ pentru a facilita eliminarea, cu minimum de costuri, și sancționarea entităților care au sucombat datorită unui comportament ilicit, fără a omite să protejeze pe acei debitori care, deși au funcționat corect, au eșuat pentru motive neimputabile.

Procedura insolvenței a fost concepută ca o procedură de executare silită, de recuperare prin forță a creanței față de debitor, la fel ca și procedura de executare silită reglementată de Codul de procedură civilă. Cu toate acestea, procedura insolvenței nu s-a străduit să fie la fel de nemiloasă și inexorabilă ca și procedura executării silite de drept comun din Codul de procedură civilă. Dimpotrivă, uneori această procedură își descoperă vocația de infirmieră la căpătâiul debitorului în suferință, imaginând, instituind și testând mijloace terapeutice, menite să evite tulburările economice inerente falimentului. În zilele noastre prăbușirea debitorului nu mai este privită ca o răfuială privată între debitor și creditorii săi, ci, dimpotrivă, este o procedură care interesează societatea într-un sens mai larg. Pentru a evita deznodământul lichidării falimentare, se aruncă în luptă și un tratament preferențial, favorizând vădit pe debitor și bulversând normele Codului de procedură civilă, spre nemulțumirea și păgubirea creditorilor.

Rezistența dreptului privat a cedat, treptat, terenul în fața expansionismului care caracterizează dreptul insolvenței.

Rezistența a fost treptat slăbită, iar domeniul insolvenței a fost extins și continuă să se extindă.

Insolvența este o fiică rebelă, dar nu independentă

Domeniul dreptului insolvenței, necaracterizat prin limite clare și evidente, marcat profund de o tendință de expansiune permanentă, este situat la frontiera dreptului privat.

Cu toate acestea, dreptul insolvenței nu este un drept autonom față de dreptul comun. Pentru a vorbi de autonomie ar trebui să se identifice resursele necesare pentru excluderea sau cel puțin filtrarea regulilor venite din exterior specifice altor ramuri de drept. Acesta nu este cazul dreptului insolvenței, care este calificat drept un sub-ansamblu al dreptului comercial, relație transpusă metaforic prin imaginea unei rețele cu mai multe ramuri interconectate, prin care circulă seva unui trunchi comun¹.

Dreptul insolvenței este astfel un drept cuceritor cu tendințe invazive, care penetrează dreptul privat. Această intruziune ridică probleme în privința stabilirii raporturilor cu contextul dreptului, deoarece legiuitorul contemporan are supărătoarea tendință de a enunța reguli, ignorând relația cu celelalte instituții de drept. Din comportamentul prezentat anterior s-ar deduce că aceste reguli se caracterizează prin autosuficiență, însă cum

posibilitatea aceasta este exclusă din start, singurul remediu este aprovizionarea cu resurse din rădăcinile profunde al dreptului comun.

Influența precisă a imperativelor dreptului insolvenței asupra diferitelor ramuri ale dreptului privat se concretizează adesea în capricii, conflicte și incompatibilități, astfel încât ajungem să ne întrebăm dacă, într-adevăr, scopul scuză mijloacele?

EPISODUL 2. Insolvența înfrânge dreptul civil în favoarea debitorului

Dreptul comun cedează în fața imperativului redresării/reorganizării întreprinderii. *Obiectivul salvării prioritare a întreprinderii, finalitate impusă de legiuitor și jurisprudență, conduce la adoptarea unor soluții care fragilizează, distorsionează regulile dreptului comun².*

Valoarea unui sistem de drept se măsoară prin capacitatea de a găsi un echilibru între interesele divergente. Nimeni nu trebuie să se simtă sacrificat în favoarea altora, însă fiecare trebuie să accepte o măsură a sacrificiului absolut necesar integrării în societate atâta timp cât nu există sentimentul că unei persoane i se cere mai mult decât altora.

Prin dispozițiile art. 86 al Legii nr. 85/2006, contractele utile redresării sunt privilegiate în mod evident. Echilibrul contractual este astfel perturbat de promovarea unilaterală și exorbitantă a interesului debitorului. Dreptul comun obligă la respectul clauzelor negociate și al obligațiilor asumate datorită autonomiei voinței. Conform dreptului comun, partenerii sunt liberi să negocieze și să contracteze sau să nu contracteze. Dacă au optat pentru a contracta, sunt obligați să-și respecte angajamentele. Pe de altă parte, numai cei care s-au obligat sunt ținuți de clauzele contractului, datorită efectului relativ al acestuia.

Dacă un contract încheiat, în condițiile activității profitabile, generează între părți efecte de satisfacere a așteptărilor acestora, în cazul stării de insolvență, această satisfacere trece pe un plan secund pentru a înfățișa mai ales valoarea contabilă a bunului și, totodată, utilitatea nemijlocită a contractului pentru redresarea debitorului. În confruntarea dreptului comun al obligațiilor cu dreptul insolvenței, iese învingător cel de-al doilea, iar regulile primului cedează locul regulilor celui de-al doilea dacă se urmărește același scop al redresării. Astfel, contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, iar orice clauze contractuale stipulând încetarea contractelor sau desființarea lor pentru motivul deschiderii procedurii de insolvență sunt nule.

Dacă unele contracte pot contribui la maximizarea averii debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul poate să le mențină sau, în caz contrar, poate să le denunțe.

Teoria autonomiei de voință, produs al liberalismului economic, este urmată de o filosofie economică, care atribuie contractului un obiectiv ce depășește interesele părților, acest interes fiind salvarea întreprinderii. Asistăm la o imixtiune perturbatoare a legii în contract. Intruziunea se justifică datorită amenințării existenței relațiilor contractuale de fenomenul insolvenței. Se aduc astfel atingeri autonomiei voinței în cadrul continuării executării contractelor, atât cesiunii contractelor, cât și forței lor obligatorii.

¹ E. Chvika, *Droit privé et procédures collectives*, Ed. Defrénois, 2003, p. 6.

² J.-L. Vallens, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé. Pratique des affaires*, Ed. Joly, Lextenso Editions, Conseil National, 2011.

Înfrângerea autonomiei voinței

Înfrângerea principiului autonomiei voinței se realizează prin subminarea continuă a libertății contractuale și a forței obligatorii a contractelor.

Analiza textului art. 86 al Legii nr. 85/2006 privind continuarea contractelor în curs de dezvoltare derogări substanțiale de la principiul libertății contractuale, care presupune libertatea de opțiune între a contracta și a nu contracta, libertatea alegerii partenerului și libertatea negocierii clauzelor.

În situația dată, a insolvenței debitorului, creditorul ar fi îndreptățit să ceară rezilierea, dar fiica rebelă se opune și inversează rolurile. Debitorul, în vădită culpă contractuală, își arogă dreptul de opțiune și poate să impună, prin administratorul judiciar, continuarea executării de către partener a prestațiilor contractuale. Rațiunea este iarăși prioritatea interesului general de redresare a debitorului. Sub aspect economic este limpede că șansele de redresare depind de menținerea acestor contracte. Chiar dacă reorganizarea nu se realizează, există rațiuni pentru a se considera că în perioada menținerii contractelor s-a obținut cel puțin maximizarea averii debitorului.

Libertatea contractuală se opune nu doar la constrângerea unui contractant pentru a continua o relație contractuală împotriva voinței sale, deși el a stipulat clauza conform căreia este liberat, dar și la obligarea contractantului de a rămâne legat de raportul contractual bazat pe încrederea în capacitatea partenerului de a-și onora obligațiile de plată și în situația în care acest partener este în stare de insolvență.

Dincolo de bunele intenții ale falitului există o stare obiectivă a averii acestuia care se caracterizează prin aceea că nu toate contractele în curs conduc la ameliorarea situației acestei averi și chiar la maximizarea valorii sale de piață, ci unele agravează insolvența dacă nu sunt imediat încetate, compromițând atât efectul pozitiv al continuării altor contracte, cât și starea generală și șansele de reorganizare a debitorului.

Această diversitate de situații a fost avută în vedere de legiuitor atunci când a nuanțat soarta acestor contracte. Concepția legiuitorului a fost ca ele să nu înceteze automat, odată cu deschiderea procedurii și nici să nu continue automat, ci să fie continuate selectiv numai cele care contribuie la maximizarea averii debitorului, iar celelalte să fie denunțate.

Determinarea situației executării contractului ca fiind în curs sau finalizată, sau substanțial consumată nu este întotdeauna simplă, după cum rezultă din jurisprudența americană³ și franceză.

Subminarea libertății contractuale

Scopul redresării unei întreprinderi viabile poate fi atins numai dacă procedura insolvenței înfrânge principiile libertății contractuale și forței obligatorii a convenției două fundamente ale dreptului privat al contractelor, justificate prin autonomia voinței. Declinul autonomiei voinței se exprimă în continua subminare a libertății contractuale și a forței obligatorii a contractului.

Derogațiile de la libertatea contractuală nesocotesc caracteristicile principiului libertății contractuale care sunt:

- a) libera opțiune între a se obliga contractual și a nu se obliga;
- b) libera alegere a partenerului contractual;
- c) libera determinare a conținutului contractului.

În concluzie:

- nimeni nu este obligat să contracteze;
- în urma negocierii părțile stabilesc liber obligațiile asumate;

- nimeni nu poate fi silit să contracteze cu cineva și nu cu altcineva pe care l-a ales în mod liber;

- refuzul de a contracta este o manifestare a voinței libere;

- forma convenției depinde de libera voință a părților, fiind indiferentă forma în care se constată conținutul convenției.

Libertatea contractuală se opune constrângerii părții contractante pentru a continua o relație contrară voinței sale.

Este lipsită de sens o procedură favorabilă redresării debitorului dacă ea nu conține și cadrul necesar menținerii activității.

EPISODUL 3. Fiica rebelă emasculează contractul

Lipsirea de efecte a unor clauze contractuale

Clauzele contractuale care-și pierd eficiența în procedura insolvenței sunt:

a) clauzele de rezoluțiune de plin drept pentru cauză de faliment;

b) clauzele de rezoluțiune sau de reziliere de plin drept pentru cauză de neexecutare a obligațiilor contractuale.

Lipsirea de efecte a acestor clauze, pentru cauză de insolvență, se justifică prin importanța vitală a acelor contracte pentru reușita redresării debitorului.

Legea consideră că redresarea este mai importantă decât o clauză de rezoluțiune pentru că redresarea este însuși scopul acestei legi. Drept consecință, clauzele de rezoluțiune sau de reziliere de plin drept sunt sancționate cu nulitatea ori sunt considerate ca nescrise.

Clauze considerate nescrise

Începând cu dreptul roman și până în zilele noastre, s-a dezvoltat progresiv ideea că anumite clauze pot fi lipsite de forță obligatorie, chiar dacă ele au fost determinante pentru încheierea contractului.

Astfel de clauze se regăsesc cu predilecție în domeniul contractelor de masă, repetitive și standardizate.

Treptat, jurisprudența a considerat ca nescrise:

a) convențiile de asigurare de răspundere civilă care limitează durata garanției de asigurare la o perioadă mai scurtă decât durata răspunderii asiguratului;

b) convențiile dintre coproprietari privind repartizarea cheltuielilor comune privind părțile indivize după alte criterii decât cele prevăzute de actul normativ în domeniu.

Acest gen de clauze riscă să fie ignorate, chiar din momentul înscrierii lor în convenție și de aceea nici nu este necesară atacarea lor pe cale principală în justiție⁴.

Prin „clauză” se înțelege, în sens generic, o dispoziție particulară într-un act juridic care are ca obiect să precizeze elemente sau modalități. Ea are individualitate materială, fiind partea unui act juridic unitar în sine și se distinge de alte părți ale actului. Nu este exclus ca ea să nu prezinte decât o simplă individualitate intelectuală⁵.

Expresia „considerată nescrisă” exprimă ideea că această clauză este considerată că nu a existat niciodată, negându-se realitatea juridică.

Prin realitatea juridică se înțelege ansamblul regulilor de drept. Calificarea de clauză nescrisă conduce la calificarea de ficțiune de fiecare dată când o soluție convențională apare

³ Pentru dezvoltări, a se vedea I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 444-451.

⁴ E. Bénabent, *Les obligations*, 9e édition, Monchrestien, 2003, no. 204, note 1, p. 148.

⁵ *Les principales clauses des contrats d'affaires*, sous la direction de J. Mestre, Ed. Lextenso Editions, 2011.

contrară unei reguli de drept. Constituie o ficțiune juridică orice ficțiune care compromite coerența sistemului juridic astfel cum el este structurat tehnic prin definiția ansamblului conceptelor juridice și a reacțiilor care le unesc.

Este neîndoielnic că părțile au consimțit clauza, dar ea este privată de forță obligatorie sau pentru că este contrară comunei voințe a părților, sau pentru că este contrară unei valori considerate ca fiind constitutivă de ordine socială. Sunt private de forță obligatorie clauzele care aduc atingere regulilor cele mai importante ale ordinii sociale, și anume cele care definesc valorile.

A considera ca nescrisă o clauză înseamnă nu a nega existența sa materială, ci a nega valoarea ei juridică.

Ineficiența clauzelor de rezoluțiune sau de reziliere de plin drept pentru cauza deschiderii procedurii insolvenței aduce atingere considerabilă principiului libertății contractuale conform căruia nicio parte contractantă nu poate fi obligată să continue un contract după ce și-a rezervat dreptul de reziliere. Sunt astfel paralizate clauzele care, în dreptul comun al obligațiilor, participă la gestiunea riscurilor. Drept consecință, riscul se poate realiza. Contractul nu-și mai îndeplinește rolul de instrument al previziunii și părțile sunt amenințate de pericolul unor efecte economice dezastruoase sau, în orice fel, contrare celor scontate la încheierea contractului.

Toată diligența depusă de contractanți pentru a anticipa diferite evenimente care ar putea perturba relațiile contractuale este anihilată. Voința individuală, ca suport fundamental al acordului voințelor, devine estompată într-un plan secundar, iar interesul întreprinderii și posibilitățile sale de redresare trec pe primul plan.

Clauzele menționate, fiind inefficiente, executarea contractului poate continua. El va fi urmat întocmai, păstrându-se, de această dată, echilibrul contractual convenit de părți. În caz de neexecutare fidelă, partea contractantă va putea utiliza contra debitorului toate mijloacele și sancțiunile prevăzute de dreptul comun. Rezultă astfel că paralizarea clauzelor examinate mai sus nu este suficientă pentru că vor trebui neutralizate și mecanismele de rupere a contractului pentru neexecutarea de către debitor a obligațiilor contractuale.

Suspendarea de drept a proceselor contra debitorului și a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale

Această normă imperativă cuprinsă în art. 36 al Legii nr. 85/2006 are ca scop să concentreze tot contenciosul debitorului la judecătorul-sindic, desemnat conform art. 6 din aceeași lege. Suspendarea operează prin efectul legii și ea trebuie să fie numai constatată la sesizarea sau cererea persoanei interesate. Din momentul în care instanța a sesizat deschiderea procedurii, dacă nu procedează conform dispozițiilor 36, ea generează o situație conflictuală cu legea permițând astfel reînnoirea, clipă de clipă, a termenului de atacare a refuzului. Principiul celerității care este propriu și procedurii insolvenței oferă dispensa de adoptare a conduitei uzuale în sensul de a aștepta pronunțarea hotărârii finale de către instanța investită și devenită incompetentă.⁶

Scopul acestor norme legale este menținerea averii debitorului în starea existentă la deschiderea procedurii.

Efectul suspendării legale se produce inclusiv cu privire la cererile de propriere asupra fondurilor bănești din contul bancar al debitorului.⁷

Intuitu personae ignorat

Un alt aspect al confruntării dreptului comun al obligațiilor izvorâte din contract cu procedura colectivă a insolvenței se referă la contractele *intuitu personae*. Tot așa cum o persoană poate opta între a contracta sau a nu contracta, precum are și libertatea de a determina conținutul contractului, ea poate alege și persoana cu care contractează.

În conformitate cu art. 92 al Legii nr. 85/2006, administratorul judiciar/lichidatorul poate să denunțe un contract prin care debitorul s-a obligat să efectueze anumite servicii specializate sau cu caracter strict personal (*intuitu personae*), în afară de cazul în care creditorul acceptă efectuarea prestației de către o persoană desemnată de administratorul judiciar/lichidator.

Curtea de Casație franceză, prin două decizii de principiu din 8 decembrie 1987 a afirmat principiul continuării contractelor încheiate *intuitu personae*, considerând că rezilierea lor pentru unicul motiv al deschiderii procedurii colective va conduce la vidarea de conținut a normelor care au ca scop redresarea debitorului.

Principiul și forța obligatorie a lui *intuitu personae* marchează un declin. În locul său apare o protecție unilaterală a debitorului în procedură de insolvență și un dezechilibru voit al raporturilor contractuale în detrimentul partenerilor *in bonis*.

Nesocotirea forței obligatorii a contractului

Pentru a realiza redresarea debitorului în insolvență este necesară și păstrarea legăturilor contractuale pe care acesta le-a stabilit pe piață. Pentru a satisface această exigență, procedura insolvenței poate înfrânge forța obligatorie a contractului. Acest principiu se traduce prin regula conform căreia niciuna dintre părți nu se poate dezlega prin propria voință de raportul contractual fără să-și angajeze răspunderea. Consimțământul mutual este unicul mijloc prin care se poate dezlega ceea ce s-a legat contractual. Așa cum este obligatorie pentru părțile semnate, convenția este obligatorie și pentru instanță. Instanța este obligată să respecte contractul și să impună respectarea lui. Dacă una dintre părți nu-și îndeplinește obligațiile, instanța poate să o constrângă să-și execute sarcinile.

Forța obligatorie a contractelor permite obligarea partenerului contractual să execute în continuare contractul conform angajamentelor asumate. În acest context, procedura insolvenței înfrânge toate obstacolele prin regulile sale referitoare la ruperea contractelor. Este lipsită de eficiență excepția de neexecutare a contractului, ca și rezoluțiunea judiciară și este inefficientă indivizibilitatea.

Partenerul contractual al debitorului aflat în redresare judiciară nu se poate sustrage îndeplinirii obligațiilor sale invocând excepția de neexecutare sau rezoluțiunea judiciară.

Excepția de neexecutare constă în refuzul părții contractante de a-și executa obligațiile cât timp nu a primit prestația celeilalte părți.

Procedura insolvenței paralizează mecanismul excepției de neexecutare impunând celeilalte părți continuarea prestației către debitorul insolvent (art. 38 al Legii nr. 85/2006). Totodată, cocontractantul *in bonis* nu se poate prevala de împrejurarea că înainte de deschiderea procedurii debitorul a încetat executarea obligațiilor sale. Acest contract trebuie să continue dacă administratorul judiciar pretinde. Nici neexecuările anterioare nu pot fi invocate de cocontractant pentru a se exonera de obli-

⁶ I.Turcu, *Legea procedurii insolvenței*, Comentariu pe articole, Edităa a 3-a, 2009, pag. 305. În același sens CSJ Sect. Cont.Adm., Dec. nr. 402 din 3 februarie 2004 în B.C. 2005, pag 10; CSJ Sect. Com., Dec. nr 3505 din 8 octombrie 1998, R.D.C. nr. 12/2000, pag. 196

⁷ C.A. Cluj, Sect. Com. Cont.Adm., Dec. nr. 103/2 martie 1999, B.J. 1999, pag 388

gațiile sale. Interesul întreprinderii de a se redresa are prevalență asupra interesului personal al uneia dintre părțile contractante. În ce privește viitorul, desigur că se va continua executarea contractului conform clauzelor sale și, totodată, conform regimului legal de drept comun al contractului. Administratorul judiciar care a cerut continuarea contractului este obligat să furnizeze cocontractantului ceea ce s-a obligat debitorul.

Paralizarea excepției de neexecutare se aplică și pentru angajamentele anterioare de natură financiară, dar și pentru obligațiile de a face sau de a da.

Dreptul comun pretinde ca o condiție rezolutorie să fie întotdeauna subînțeleasă în contractele sinalagmatice.

Tot un aspect al înfrângerii forței obligatorii a contractului este și dispoziția din art. 41 al Legii nr. 85/2006 privind suspendarea curgerii dobânzilor, majorărilor sau penalităților de orice fel, precum și orice cheltuială (toate denumite generic accesorii), după data deschiderii procedurii. Excepțiile sunt prevăzute pentru creanțele născute anterior deschiderii procedurii în alin. (2) și (3) din art. 41 al Legii nr. 85/2006.

În ce privește creanțele născute ulterior deschiderii procedurii, dobânda, majorarea sau penalitatea ca și cheltuielile nu vor putea fi adăugate creanțelor dacă nu sunt cuprinse în planul de reorganizare confirmat.

EPISODUL 4. Fiica rebelă dezavuează compensația

Continuitatea relațiilor de afaceri

Doctrina franceză a preconizat recunoașterea dreptului de continuare a relațiilor de afaceri în procedura insolvenței și în afara ei.

Relațiile de afaceri constituie un concept recent și în plină expansiune în doctrină și jurisprudență. Sub aspectul semantic, termenul „relații” atestă o pluralitate de raporturi între persoane, iar „afaceri” este un termen vag care abia în secolul XIX în Franța și-a căpătat conotația economică⁸

Sub aspect economic, relațiile de afaceri trebuie să fie definite ca ansamblul tranzacțiilor economice între diferiții parteneri. Noțiunea este heterogenă, cuprinzând o mare varietate de relații. În sânul acestei noțiuni generice se cuprind relații specifice sub aspectul obiectului. În dreptul insolvenței, aceste relații sunt reglementate în art. 86, referitor la soarta unor contracte în curs de executare și în art. 79-80 cu referire la suprimarea efectelor unor contracte ale debitorului.

În dreptul insolvenței, jurisprudența se referă la relațiile de afaceri în cadrul aprecierii conexității între datorii și creanțe contractuale pentru a conchide dacă operează compensația legală (art. 52 al Legii nr. 85/2006), precum și în cadrul exa-

minării conexității creanțelor anterioare deschiderii procedurii în măsura în care ele rezultă din continuarea raporturilor de afaceri și după deschiderea procedurii.

În doctrină s-a preconizat asigurarea protecției victimei prin recunoașterea dreptului de continuare a relațiilor de afaceri. Pentru a detecta *abuzul de reziliere unilaterală* a contractului pe durată nedeterminată, jurisprudența franceză a luat în considerare, pe de-o parte, investițiile importante ale victimei și, pe de altă parte, prevederile contractuale de lungă durată pentru asigurarea perenității întreprinderilor. De asemenea, s-a avut în vedere îndeplinirea obligației precontractuale de informare sau durata relațiilor de afaceri anterioare.

Distinct de ipoteza *menținerii imperative a relațiilor de afaceri* între contractanți, partenerii comerciali ai unui debitor în insolvență se pot regăsi în situația de a răspunde pentru menținerea culpabilă a relațiilor de afaceri cu debitorul. Scopul este protecția creditorilor aflați în imposibilitate de a-și recupera creanțele. Partenerii sunt învinuiți că au generat prin comportamentul lor o aparență de solvabilitate a debitorului prelungind excesiv relațiile de afaceri cu acesta. Această prelungire a indus în eroare pe creditorii asupra situației reale a debitorului și i-a determinat să continue raporturile de afaceri cu acesta. Motivul este adeseori invocat de creditorii cu ocazia deschiderii procedurii insolvenței față de debitorul principal.

Ineficiența indivizibilității

În dreptul francez, art. L. 621-28 alin. (6) din Codul comerțului precizează că oricare ar fi norma legală sau clauza contractuală, nicio indivizibilitate nu poate rezulta din simplul fapt al deschiderii procedurii insolvenței. Cocontractantul nu are posibilitatea să opună indivizibilitatea obligațiilor contractuale pentru a rezilia contractul odată cu deschiderea procedurii⁹

Cesiunea forțată a contractului

În legislația franceză de drept comercial, alternativa la cesiunea întreprinderii în ansamblul ei este cesiunea contractului, care permite înlocuirea unei părți contractante cu alta. Această cesiune are un caracter necesar pentru menținerea activității și problema este determinarea gradului de necesitate. Sunt indispensabile pentru cesiunea lor contractele care reprezintă un element vital al activității.

Excluderea compensației

Art. 1616-1618 din noul Cod civil¹⁰ reglementează efectele compensației datoriiilor reciproce, compensație care operează de plin drept, precum și situațiile în care este exclusă.

Art. 1618 NCC interzice compensația în trei situații:

a) atunci când creanța opusă în compensare rezultă dintr-un act ilicit, făcut cu intenția de a păgubi;

⁸ "Avem acum un târg pe săptămână unde se încheie afaceri suficient de considerabile în animale și în grâu." (Balzac, *Le Médecin de campagne*, 1833, p. 52, citat de B. Magerand, *Les relations d'affaires en droit des obligations*, Presse Universitaires D'AIX-MARSEILLE, 2003, p. 16).

⁹ E. Chvika, *Droit privé et procédures collectives*, Ed. Defrénois, 2003, p. 47.

¹⁰ Art. 1.616. Noțiune - Datoriile reciproce se sting prin compensație până la concurența celei mai mici dintre ele.

Art. 1.617. Condiții - (1) Compensația operează de plin drept de îndată ce există două datorii certe, lichide și exigibile, oricare ar fi izvorul lor, și care au ca obiect o sumă de bani sau o anumită cantitate de bunuri fungibile de aceeași natură.

(2) O parte poate cere lichidarea judiciară a unei datorii pentru a putea opune compensația.

(3) Oricare dintre

Art. 1618. Cazuri în care competența este exclusă.

Competența nu are loc atunci când:

a) creanța rezultă dintr-un act făcut cu intenția de a păgubi

b) datoria are ca obiect restituirea bunului dat în depozit sau cu titlul de comodat;

c) are ca obiect un bun insesizabil.

b) atunci când datoria are ca obiect restituirea bunului dat în depozit sau cu titlu de comodat și partea datornică este interesată să facă uz de dreptul de retenție;

c) când bunul este insesizabil. De exemplu, sunt insesizabile creanțele privind dreptul de întreținere și creanțele salariale și fiscale.

Noul Cod civil aduce schimbarea

Un text interesant este cel cuprins în alin. (3) al art. 1617: „*Oricare dintre părți poate renunța, în mod expres ori tacit, la compensație.*” Din acest text rezultă cu claritate și fără putință de interpretare diferită că instituția compensației nu este de ordine publică, deoarece depinde de voința uneia sau alteia dintre părțile raportului de compensație să renunțe la efectele compensației, care s-ar produce „de plin drept” și această renunțare poate fi nu numai expresă, ci și tacită. *Această normă, din alin. (3) al art. 1617 are o importanță capitală în procedura insolvenței.*

Dreptul de a opune compensația îl are și garantul fideiutor al uneia dintre obligații, dar debitorul principal nu poate opune compensația creditorului cu creanța pe care fideiutorul o are față de creditor, neexistând identitatea de calități.

Drepturile dobândite de o terță persoană nu pot fi prejudiciate de compensație. Debitorul terț poprit, care dobândește o creanță față de creditorul poprit nu poate opune compensația față de acest creditor. Debitorul care a plătit datoria nu mai poate opune compensația și nu se mai poate prevala, în dauna terțelor persoane, de garanțiile creanței sale.

De asemenea, nu mai poate fi opusă terței persoane compensația pe care debitorul putea să o invoce înainte de a accepta pur și simplu cesiunea sau ipoteca asupra creanței consimțită de creditorul său unui terț.

Dacă debitorul nu a acceptat cesiunea sau ipoteca, dar aceasta i-a devenit opozabilă, este împiedicată numai compensația datoriilor creditorului inițial născute ulterior opozabilității cesiunii sau ipoteci.

O preluarea necritică și nelegală

În procedura insolvenței, textul art. 52 din Legea nr. 85/2006 recunoaște efectele compensației legale. Această recunoaștere, este conformă Regulamentului UE 1346/2000, Preambul pct. 26 și textului art. 6. Textul art. 52 prevede că „deschiderea procedurii de insolvență nu afectează dreptul unui creditor de a invoca compensarea creanței sale cu cea debitorului asupra sa, atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii”.

În opinia noastră, introducerea acestui text în Legea nr. 85/2006 este o gravă eroare, provocată de preluarea necritică a literei regulamentului menționat, *deoarece compensația este incompatibilă cu procedura insolvenței, reglementată de Legea nr. 85/2006.*

Astfel, conform prevederilor art. 149 din Legea nr. 85/2006 „dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura compatibilității lor cu cele ale Codului de procedură civilă, Codului civil, Codului comercial român și ale Regulamentului (CE) 1346/2000 referitor la procedurile de insolvență”.

Art. 52 se referă la compensarea creanței creditorului cu creanța debitorului față de el „atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii”. Prin condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală se înțeleg dispozițiile art. 1144 C.civ. anterior „Compensația operează de drept, în puterea legii,

și chiar când debitorii n-ar ști nimic despre aceasta; cele două datorii se sting reciproc în momentul când ele se găsesc existând deodată și până la concurența cotității lor respective”. Aceste dispoziții sunt incompatibile cu principiile fundamentale, de ordine publică, ale procedurii insolvenței, reglementate de Legea nr. 85/2006, pentru următoarele motive:

1) această compensare legală încalcă flagrant ordinea de prioritate a creanțelor prevăzută ca normă de interes public la art. 123 din Legea nr. 85/2006 și această încălcare a ordinii este deosebit de flagrantă în ce privește creanțele de la punctele 8 și 9 ale art. 123;

2) prin această compensare sunt favorizați, contrar însuși scopului legii, prevăzut la art. 2 din Legea nr. 85/2006, acei creditori care au și calitatea de datornici față de debitorul în procedură, în prejudiciul inevitabil al celor care sunt numai creditori (iar unii chiar creditori privilegiați) din cauză că în averea debitorului nu mai intră acele fonduri cu care sunt datori creditorii ce se prevalează de compensație. Se diminuează astfel, în mod corespunzător sumele ce vor putea fi plătite creditorilor cu rang prioritar față de cei care invocă o compensație legală;

3) compensația legală încalcă principiului enunțat în art. 125 al Legii nr. 85/2006, conform căruia “creditorii dintr-o categorie pot primi suma numai după deplina îndeplinire a titularilor de creanțe din categoria ierarhic superioară potrivit ordinii prevăzute de art. 123”;

4) conform principiilor specifice Legii insolvenței, singura soluție corectă este ca fiecare creditor cu dublă calitate, atât creditor, cât și datornic față de debitor, mai întâi să plătească ceea ce datorează debitorului și apoi să își înscrie creanța în tabel la rangul convenit de prioritate;

5) pentru România, nu era obligatorie preluarea art. 6 din Regulamentul UE 1346/2000, pentru că nici Danemarca nu a preluat-o, după cum rezultă din pct. 33 al Preambulului. Precedentul era deja creat și în legislația noastră prin OUG nr. 10/2004, care a refuzat să preia întregul capitol ce reglementează reorganizarea din Directiva DALEC.

Compensația este o operațiune matematică, dar nu și mașinală

Pentru a înțelege corect mecanismul care se opune compensației, trebuie mai întâi să înțelegem și să fim de acord că $1 + 1$ nu este doar egal cu 2, ci și cu relația între 1 și 2, acel plus (+) fiind un element care se adaugă cifrei 2. Tot astfel, relația între creditor și debitor este una în situația de normalitate a comerțului și alta în situația de criză pe care o generează insolvența. Multe lucruri se schimbă odată cu starea de insolvență și toate aceste schimbări se află sub geneza unei însușiri specifice a acestei proceduri: caracterul colectiv. Dacă până la insolvență raporturile se stabileau între debitor și un creditor, odată cu deschiderea procedurii insolvenței, relațiile se stabilesc între debitor și toți creditorii la un loc și fiecare în parte, precum și între creditori aceluiași debitor. Această țesătură complicată nu reprezintă toar o cantitate suplimentară, diferită, ci și o calitate cu totul schimbată a raporturilor între debitor și creditorii săi pentru că procedura insolvenței nu este doar colectivă, ci este și concursuală (concurențială). *Precaritatea averii debitorului naște spaima creditorilor că nu vor fi plătiți. Cei precauți sunt mai calmi, cei creduli sunt sperați, legea îi potolește pe toți, instituind o ordine necruțătoare și un sistem de distribuire riguros.* Mai întâi se îndeplinează practicantul în insolvență pentru integralitatea drepturilor sale bănești și apoi vine rândul, pentru ceea ce a mai rămas numai,

creditorilor privilegiați sau cu creanțe garantate. Marea masă a creditorilor sunt, în modul cel mai firesc, chirografari. Aproape întotdeauna nu ajung banii.

În această ordine militărescă, cel ce încearcă să se strecoare neplătindu-și datoria față de debitor și valorificându-și propria creanță de rang inferior înaintea creditorilor care posedă creanțe cu rang prioritar *nu are nicio șansă legală, dar poate avea o șansă nesperată în eroarea judiciară.*

Cu toată fermitatea ne opunem acestor tendințe și, în sprijinul opoziției există solide argumente de text.

Noutatea revoluționară constă în proclamarea principiului conform căruia, compensația nu este un efect de ordine publică, ci ea poate fi înlăturată în sensul că „oricare dintre părți poate renunța, în mod expres sau tacit, la compensație” (alin. (3) al art. 1617).

Dacă primul alineat al acestui articol reprezintă un vestigiu al Codului actual, prin consevarea expresiei „compensația operează deplin drept” (în Codul actual art. 1144: „Compensația se operează de drept, în puterea legii”), în schimb, textul celui de-al treilea alineat ne avertizează cu claritate că oricât de automat ar acționa, efectul compensației poate fi înlăturat prin renunțare la compensație, de către „oricare dintre părți”. Este limpede că administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar desemnat în procedura insolvenței este dator, în virtutea celor două principii menționate anterior (principiul ordonării rangului creanțelor și principiul maximizării averii debitorului) să renunțe expres sau implicit la compensare, refuzând să înscrie creanța și obligându-l pe acel creditor să plătească mai întâi ceea ce datorează față de averea debitorului.

Teoretic, trei ipoteze pot fi imaginate:

1) creanța creditorului este mai mică decât datoria lui față de debitor. Creditorul nu are niciun interes să participe la procedură;

2) creanța creditorului este mai mare decât datoria lui față de debitor. Creditorul va cere înscrierea diferenței dintre cele două creanțe;

3) creanțele sunt egale, ipoteză pur teoretică. Creditorul nu va participa la procedură, neavând niciun interes.

Este posibil ca acel creditor să conteste, în totul sau în parte, creanța debitorului față de el. Dacă, în această ipoteză, participă la procedură și cere înscrierea creanței în tabel, se procedează conform celor expuse anterior. Mai întâi i se va cere să plătească datoria față de averea debitorului și, în măsura în care va aprecia administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul, creanța se va înscrie la rangul cuvenit.

EPISODUL 5. FIICA REBELĂ DEZAVUEAZĂ REVENDICAREA

Admisibilitatea revendicării în principiu

Acțiunea în revendicare reglementată de art. 90 din Legea nr. 85/2006, în procedura insolvenței, derogă de la acțiunea în revendicare de drept comun. Ea trebuie să fie promovată într-un termen limitat, în absența unui conflict imediat privind proprietatea și reprezentând prin exercitarea ei nevoia proprietarului de a-și conserva plener dreptul. În felul acesta acțiunea reprezintă nu numai respectul dreptului de proprietate în cadrul dreptului procedurilor colective, dar, totodată, prezintă

și supunerea acestei sancțiuni intereselor procedurii. În acest mod se permite participanților la procedură să cunoască realitatea drepturilor debitorului și concomitent se asigură continuarea procedurii. Regimul juridic al revendicării în acest context relevă un compromis între imperativele dreptului civil și cele ale dreptului insolvenței¹¹.

Revendicarea, în procedura insolvenței, are caracterul unei excepții la o excepție. Admiterea acțiunii apare astfel ca o supunere a dreptului insolvenței față de dreptul civil, această supunere fiind atenuată prin adaptarea regimului acțiunii la nevoile procedurii colective.

Recunoașterea dreptului de proprietate în cuprinsul unei proceduri colective a fost întotdeauna considerată ca legitimă, deși exercitarea acțiunii contravine ideii de procedură colectivă și exprimă mai curând supunerea dreptului special față de dreptul comun. Dacă admiterea acțiunii în revendicare, ca modalitate de protejare a dreptului de proprietate, este contrară imperativelor procedurii insolvenței, ea permite ca această procedură să se conformeze respectului proprietății ca imperativ de drept comun.

Dreptul insolvenței impune o disciplină strictă a ansamblului partenerilor contractuali ai debitorului în speranța că recunoașterea drepturilor lor le va asigura plata ulterioară. Ansamblul bunurilor și relațiilor financiare ale debitorului sunt puse în slujba redresării prin două măsuri: pe de-o parte, obligațiile anterioare deschiderii procedurii sunt înghețate, astfel că vor putea fi plătite numai în situația în care reluarea activității asigură mijloacele necesare; pe de altă parte, partenerii contractuali sunt stimulați să participe la efortul redresării, eventual chiar prin renunțarea la o parte din pretenții.

În această privință, drepturile proprietarilor sunt percepute ca obstacol în procedura colectivă. Proprietarii ar trebui să fie supuși aceluiași regim ca și ceilalți contractanți, în sensul de a-și abandona dreptul spre binele comun și dacă aceste bunuri revendicate s-ar vinde, să primească numai o parte din prețul obținut. Revendicarea și retragerea bunurilor din averea debitorului fac dificilă, dacă nu imposibilă, reluarea activității debitorului. Respectul dreptului de proprietate apare deci în contradicție cu scopul procedurii colective.

Valorificarea dreptului de proprietate prin retragerea bunului din procedură este contrară intereselor reorganizării. Pentru a ieși din procedură, proprietarul demonstrează superioritatea dreptului său față de creditorii. Respectul dreptului de proprietate în procedura insolvenței începe prin admiterea acțiunii în revendicare astfel cum este concepută de dreptul civil. Succesul revendicării va permite restituirea bunului al cărui drept este demonstrat, prin exclusivismul proprietății, adică prin excluderea tuturor celorlalți de către proprietar, de la beneficiul bunului său. Remarcăm însă că procedura insolvenței, impunând colectivizarea bunurilor găsite în averea debitorului, în vederea redresării acestuia, permite utilizarea bunului pentru profitul comun, deși debitorul este doar detentor. Apare astfel cu certitudine ideea că revendicarea în procedura colectivă corespunde celei de drept civil, fiind o acțiune care utilizează puterea proprietarului de a exclude terțele persoane de la beneficiul bunului său, prin dovedirea dreptului și restituirea lucrului.

Manifestare a proprietății în procedura insolvenței, revendicarea apare ca o evidență, astfel că proprietatea servește ca garanție, iar proprietarul apare mai curând ca un creditor care ar

¹¹ M. Laroche, op. cit., p. 55.

trebuie să se supună disciplinei colective. Ar fi atunci aparent legitimă respingerea acțiunii proprietarilor garanțați, chiar dacă li s-ar recunoaște un rang preferențiar în distribuire. Totuși, legislația și doctrina admit acțiunea făcând să prevaleze proprietatea asupra creanței.

Mai multe decizii ale Curții Europene a Drepturilor Omului au calificat procedura insolvenței ca o măsură de reglementare a folosinței bunurilor, atât față de debitor, privat de această folosință, cât și față de situația creditorilor. În concepția Curții, procedura colectivă urmărește asigurarea unei gestiuni echitabile a bunurilor în vederea garantării unei protecții identice pentru toți creditorii¹².

Adaptarea acțiunii de drept civil la specificul procedurii insolvenței

Pentru protejarea dreptului său de proprietate, acțiunea în revendicare permite proprietarului să extragă din procedura colectivă bunul său, contravenind astfel intereselor procedurii. De aceea acțiunea a fost adaptată imperativelor procedurii insolvenței prin stabilirea unui termen de exercitare a acțiunii. În acest mod, interesul legitim al procedurii colective este impus și acțiunii în revendicare. Termenul impus pentru exercitare este un obstacol în calea revendicărilor, cu care legislația a urmărit să permită șansa rămănerii în averea debitorului a cât mai multor bunuri.

Critica acestei idei a susținut că s-a impus revendicării o trecere îngustă care ar putea deveni impracticabilă și care ar putea paraliza exercițiul dreptului. În realitate, proprietarii au fost stimulați să se hotărască rapid în privința soartei bunului. Pe de-o parte, dacă procedura insolvenței a respectat exigențele protecției dreptului de proprietate impuse de dreptul comun, pe de altă parte, ea a impus ca retragerile să fie cât mai puține și celeritatea procedurii să nu fie afectată. A fost astfel indispensabilă limitarea în timp a exercitării acțiunii în revendicare. Restituirea bunului este oricum autorizată numai în măsura în care s-a dovedit realitatea dreptului revendicat. Dacă redresarea este posibilă, revendicarea trebuie să fie operată rapid și urgența justifică derogarea de la o normă juridică și sacrificarea unui drept față de altul. Clarificarea posibilităților revendicării este importantă pentru elaborarea planului de reorganizare. Ar fi inutil să se sere la reorganizare dacă majoritatea mijloacelor de producție fac obiectul revendicării.

Conceptul de bunuri care „aparțin” altor persoane (art. 90 din Legea nr. 85/2006)

Textul art. 90 alin. (1) reglementează situația unor bunuri aflate în averea debitorului (i) la data înregistrării cererii introductive sau (ii) la data expirării termenului pentru înregistrarea contestației debitorului față de cererea creditorului pentru deschiderea procedurii ori (iii) la data respingerii contestației debitorului împotriva acestei cereri, aceste bunuri aparținând „altor persoane”. Alin. (2) reglementează situația în care bunurile aflate anterior în averea debitorului și aparținând altor persoane nu se mai pot identifica în averea debitorului la data revendicării lor.

Persoana care pretinde că un bun care îi aparține se află în averea debitorului poate să-l revendice, declarând și dovedind titlul sau cauza juridică de care se prevalează. Revendicarea poate fi exercitată și de uzufructuar, nu numai de un proprietar.

Din termenii textului alin. (1) al art. 90 „orice alt bun” rezultă că norma juridică este aplicabilă deopotrivă bunurilor imobile, ca și celor mobile.

Ipotezele aplicării art. 90

Analiza textului conduce la concluzia că este aplicabil în două ipoteze: a) în cazul în care bunul se află în averea debitorului consignatar în temeiul unui contract de consignație; b) în toate celelalte situații în care în averea debitorului se regăsesc bunuri de orice fel aparținând altor persoane.

Atunci când bunul aparținând altei persoane se află în averea debitorului consignatar ca urmare a încheierii unui contract de consignație cu proprietarul bunului, sunt aplicabile dispozițiile art. 21 din Legea nr. 178/1934, modificată prin Legea nr. 34/1936: „în caz de faliment al consignatarului, consignantul va putea revendica bunurile încredințate sau prețul lor care nu fusese plătit în bani, sau altfel”.

Dilemele jurisprudenței actuale

Jurisprudența actuală a fost confruntată cu soluționarea unor aspecte litigioase, cum sunt calificarea corectă a clauzelor (vânzare sau consignație), neparticiparea consignantului la vânzare; obligația consignatarului de conservare și altele.

Astfel, prin decizia Curții Supreme de Justiție, sect. com., nr. 2549 din 9 aprilie 2002¹³ s-a statuat că, în aplicarea corectă a dispozițiilor art. 970 C.civ., convențiile trebuie să fie executate cu bună-credință, părțile fiind obligate nu numai pentru cele stipulate expres în acele convenții, ci și pentru toate consecințele pe care echitatea, obiceiul sau legea le atribuie acelor obligații, conform naturii lor. De aceea, nici instanța nu poate să confere unui contract de consignație o calificare diferită, de vânzare-cumpărare.

În speță s-a confirmat decizia Curții de Apel Târgu-Mureș care a respins pretențiile consignantului de a-i fi plătit prețul pentru bunurile încredințate consignatarului. Curtea Supremă de Justiție a reținut că potrivit termenilor expliciți ai contractului dintre părți, acesta se califică drept contract de consignație guvernat de Legea nr. 178/1934. Pretenția consignantului de a fi obligat consignatarul să-i plătească prețul bunurilor predate acestuia este nefondată pentru că bunurile nu au fost vândute și consignantul a fost modificat de consignatar să le preia, dar nu s-a conformat. Aceste bunuri au rămas în proprietatea consignantului, iar obligația consignatarului de a preda prețul consignantului ia naștere numai după vânzarea bunurilor.

Într-un alt litigiu, Curtea Supremă de Justiție, sect. com., prin dec. nr. 4311 din 20 iunie 2002¹⁴ a stabilit că la vânzarea bunurilor predate în consignație participă numai consignatarul, nu și consignantul și în consecință acestuia din urmă nu i se poate pretinde să facă dovada vânzării bunurilor.

Recuperarea bunului

În primul alineat al art. 90 este reglementată ipoteza conform căreia, la una dintre datele alternative specificate acolo, bunul se găsește efectiv în averea debitorului.

În această ipoteză, proprietarul bunului îl va putea recupera, excepție făcând situația în care debitorul are un drept de garanție valabil asupra bunului. Atunci când debitorul este consignatar, el nu are nicio garanție valabilă asupra bunului deoarece conform art. 4 al Legii nr. 178/1934 consignantul poate relua și ridica, oricând, chiar dacă contractul s-a încheiat pe o durată determinată, toate sau numai o parte din bunurile încredințate consignatarului, fără să fie obligat la o prealabilă înștiințare. Reluarea bunurilor de către consignant se poate obține și pe calea procedurală a ordonanței președințiale care poate fi emisă și fără citarea părților dar numai în ipoteza în care contractul de

¹² Pentru dezvoltări privind jurisprudența Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a se vedea *M. Laroche*, op. cit., p. 62 și urm.

¹³ *C. Cucu, M. Gavriș*, Contractele comerciale. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 95.

¹⁴ *Ibidem*, p. 97.

consignație are forma autentică notarială. Dacă acest contract are forma înscrisului sub semnătură privată, ordonanța președințială se va da cu citarea părților, dar cu maxima urgență, termenul pentru citare fixându-se în ziua următoare celei în care s-a înregistrat cererea.

Preavizul către consignatar nu este obligatoriu nici chiar dacă a fost prevăzut în contract.

Pentru a risipi orice îndoială cu privire la opoziția debitorului consignatar față de cererea consignatului proprietar al bunurilor, dispozițiile art. 90 din Legea nr. 178/1934 sunt categorice: consignatarul nu poate exercita niciun drept de retenție nici asupra bunului nici asupra prețului în raport cu consignantul.

În alin. (2) al art. 90 este reglementată ipoteza conform căreia la oricare dintre datele menționate alternativ în alin. (1) bunul proprietatea consignatului nu se află în averea acestuia și nici nu poate fi recuperat de către consignat sau de către debitor de la actualul deținător, consignantul va avea numai un drept de creanță care se va înregistra în tabelul creanțelor cu valoarea pe care bunul o are la acea dată, presupunând că această valoare este inferioară evaluării făcute la predarea bunului. Dacă consignantul debitor s-a aflat în posesia bunului la una dintre datele alternative specificate în primul alineat al art. 90 iar ulterior acelei date a pierdut posesia, se consideră că această pierdere îi poate fi imputată cu titlu de culpă contractuală și în consecință creanța consignatului va fi înscrisă în tabel la valoarea pe care bunul o avea la data încheierii contractului de consignație.

EPISODUL 6. FIICA REBELĂ ESTE REFRACTARĂ LA RESTITUIRE

Obligația de restituire și alte ipoteze

Cea de-a doua ipoteză vizată prin dispozițiile art. 90 al Legii nr. 85/2006 cuprinde toate situațiile în care debitorul deține orice bun, mobil sau imobil, care aparține altuia, la una dintre datele alternative descrise în alin. (1). Și în privința acestor bunuri se recunoaște dreptul proprietarului de a recupera bunul, cu excepția cazului în care debitorul poate invoca un drept de garanție valabil asupra bunului.

Situațiile în care se aplică acest text pot cunoaște o mare diversitate de convenții între proprietarul bunului și debitor sau, în unele cazuri, bunul se poate afla în aparență în averea debitorului, dar fără niciun titlu și în afara oricărui raport juridic cu privire la acel bun între proprietar și debitor. În prima categorie de situații, convențiile prealabile între debitor și proprietar prevăd sau presupun obligația de restituire a bunului (i). Acestor situații li se atașează ideea de restituire ca obligație contractuală. În alte situații convențiile prevăd că bunul în cauză a fost predat debitorului, dar chiar dacă s-a făcut predarea cu titlu de vânzare, proprietarul și-a păstrat titlu de proprietate până la plata întregului preț (ii). În fine, atunci când debitorul deține bunul fără niciun titlu justificativ, proprietarul exercită o revendicare clasică în calitate de proprietar posesor contra posesorului neproprietar, debitor în procedură (iii).

(i) În cea dintâi categorie se regăsesc contractele de credit pentru consum destinat consumatorilor persoane fizice, de depozit, de închiriere, de leasing, expoziție, recondiționare etc.

(ii) Cea de a doua categorie cuprinde vânzările cu rezerva dreptului de proprietate.

(iii) A treia situație vizează toate cazurile în care bunul a ajuns în averea debitorului fără justificare și este urmărit de proprietar pentru a fi redobândit.

Credit pentru consum

Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor persoane fizice prevede în art. 10 dispoziția conform căreia în situația în care consumatorul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, creditorul poate apela la căile legale în vederea returnării bunurilor. Înainte de a uza de aceste căi legale, creditorul este obligat să solicite consumatorului acordul scris pentru restituirea bunului. Bunurile vor fi ridicate de vânzător, cu obligația de a restitui creditorului contravaloarea lor. Textul nu conține o referire expresă la rezerva dreptului de proprietate – și în acest mod subzistă ambiguitatea mecanismului juridic – sau rezerva proprietății sau vânzarea rezoluționată, niciuna dintre ipoteze neavând prevalență categorică.

Bunuri în depozit

O altă ipoteză vizată de textul art. 90 alin. (1) este aceea conform căreia bunul se află în averea debitorului cu titlu de depozit. Jurisprudența română din secolul XIX a statuat în sensul că un creditor depozitar este în drept să revendice marfa aflată în depozitul persoanei căzute în faliment, dar pentru aceasta trebuie să promoveze acțiunea în revendicare în timp util, înainte de lichidarea bunurilor care s-au aflat în averea debitorului, în caz contrar nemaivăd decât posibilitatea să se înscrie în tabelul creanțelor cu valoarea bunului¹⁵.

Tot cu titlu de depozit a fost considerată marfa pe care destinatarul a refuzat-o, dar a păstrat-o la dispoziția proprietarului expeditor. În cazul falimentului destinatarului această marfă nu poate fi inventariată în averea debitorului ca activ, ci va fi restituită în natură sau, în caz de lipsă, în valoare integrală¹⁶.

Jurisprudența franceză a fost confruntată și cu situația în care acțiunea în revendicare s-a exercitat de către depozitar împotriva subdepozitarului aflat în procedură colectivă. Admisibilitatea unei astfel de cereri a fost justificată de considerentul că depozitarul a rămas obligat să restituie deponentului lucrul revendicat¹⁷.

Vânzarea rezoluționată

O altă situație de revendicare este aceea referitoare la vânzarea rezoluționată. În situația în care vânzarea mărfurilor a fost rezoluționată înaintea deschiderii procedurii colective vânzătorul este autorizat să revendice mărfurile pentru că rezoluțiunea a avut efect retroactiv cu consecința redobândirii calității de proprietar. Rezoluțiunea va putea rezulta din valorificarea clauzei rezolutorii introdusă în contract sau dintr-o hotărâre judecătorească care a admis acțiunea, rezoluțiunea vânzării. Jurisprudența franceză a admis revendicarea și atunci când rezoluțiunea vânzării s-a produs după deschiderea procedurii cu condiția ca acțiunea pentru rezoluțiune să fi fost inițiată înainte de deschiderea procedurii și temeiul acțiunii în rezoluțiune să nu fie neplata prețului, ci un altul, de exemplu, garanția pentru vicii ascunse. În ambele situații revendicarea va fi posibilă numai

¹⁵ Curtea de Casație, decizia nr. 108 din 12 septembrie 1890, în Buletinul deciziunilor 1890, p. 1039.

¹⁶ CA București, sect. a III-a, dec. din 21 aprilie 1890, în Dreptul, 1890, p. 377.

¹⁷ Curtea de casație franceză, sect. com., dec. din 14 noiembrie, în RTD com. 2001, p. 500, cu comentariu de B. Bouloc.

pentru bunuri care există în natură în averea debitorului la una dintre datele enumerate alternativ în art. 20 alin. (1).

Mărfuri în tranzit

Pot fi revendicate și mărfurile aflate în deplasare (în tranzit, în curs de transport) spre debitorul destinat. Cât timp nu au fost predate încă debitorului aflat în procedură de insolvență ele mai pot fi revendicate de expeditor. Nu se mai poate aplica această soluție după ce marfa a fost predată în vama cumpărătorului. Justificarea acestei revendicări este absentă solvabilității aparente a debitorului. Nu suntem în prezența unei veritabile revendicări, pentru că proprietatea s-a transferat în momentul acordului voințelor asupra lucrului și prețului (art. 1995 C.civ.). Această ipoteză este reglementată distinct în art. 87, cu precizarea că prețul nu a fost plătit, iar bunul nu a fost primit de debitor. Administratorul judiciar/lichidator poate opta să îi fie predat bunul, dar va trebui să plătească integral prețul. Dacă vânzătorul nu revendică bunul își poate scrie creanța în tabel.

Contractul de leasing

Contractul de leasing poate prileji o acțiune de revendicare din partea societății de leasing pentru recuperarea bunului de la utilizator care se află în procedură de insolvență (Ordonanța Guvernului nr. 51/1997, republicată în M.Of. nr. 9 din 12 ianuarie 2000, cu modificările și completările aduse prin Legea nr. 571/2003 Codul fiscal, prin Legea nr. 553/2004 și prin Legea nr. 287/2006) prevede în art. 13 alin. (1) că drepturile locatarului/finanțatorului asupra bunului utilizat în baza unui contract de leasing sunt opozabile judecătorului-sindic, în situația în care locatarul/utilizatorul se află în reorganizare juridică și/sau faliment, în conformitate cu prevederile legale. În același articol, la alin. (3), drepturile locatarului/utilizatorului asupra bunului utilizat în baza unui contract de leasing sunt opozabile judecătorului-sindic și creditorului în situația în care locatarul/utilizatorul se află în reorganizare juridică și/sau faliment, în conformitate cu prevederile legale în materie. În același articol, la alin. (5), se prevede că în cazurile reglementate la alin. (3) și (4) drepturile locatarului/utilizatorului prevăzute de Ordonanța nr. 51/1997 și cele stipulate în contractul de leasing vor urmări bunul aflat în proprietatea oricărui dobânditor al acestuia, în condițiile în care au fost respectate întocmai drepturile locatarului/utilizatorului.

Explicația acestor reglementări este dezvoltată în art. 1 alin. (1), conform prevederilor căruia, la sfârșitul perioadei de leasing și chiar mai devreme, dar nu înainte de împlinirea unui an de la încheierea contractului, locatarul/utilizatorul optează pentru cumpărarea bunurilor. Înainte de această cumpărare proprietatea este păstrată de finanțator/locator. În cazul bunurilor imobile contractul de leasing se menționează în cartea funciară.

Expoziția

Bunul revendicat se poate afla în averea debitorului cu titlul de expoziție ca exponat recuperabil după închiderea expoziției ori cu titlul de recondiționare (de exemplu, atelier de reparații auto, reparații de echipamente informatice sau de altă natură etc.). În aceste situații debitorul poate refuza administratorul judiciar sau lichidator, predarea bunului invocând dreptul său de retenție¹⁸ până la plata taxelor sau chiriei pentru stand expozițional ori a devizului de reparații¹⁹.

Bunuri sub gaj

Dreptul de retenție este opozabil nu numai proprietarului lucrului, ci și celorlalți creditori ai acestuia, inclusiv creditorilor care au o altă garanție (de exemplu, gajul sau garanția reală mobilă), precum și administratorului judiciar sau lichidatorului. Aceștia din urmă pot recupera bunul plătind creanța.

Faptul că detentorul și-a înregistrat creanța în tabel nu are drept consecință pierderea dreptului de retenție.

Debitorul posesor al titlului la purtător

Încorporarea drepturilor patrimoniale în înscrisurile pe care le constată generează autonomia dreptului patrimonial față de raportul juridic fundamental din care s-a născut. Cu cât gradul de încorporare este mai deplin, cu atât este mai simplă transmisiunea dreptului. Titlurile la purtător se transmit prin simpla predare (de exemplu, acțiunile și obligațiunile la purtător). În acest caz dreptul de creanță incorporat este susceptibil de posesie prin posesia înscrisului în care s-a încorporat creanța. Consecința este aceea că dreptul de creanță devine obiect al unui drept real, dreptul de proprietate și este considerat astfel ca un bun incorporat.

În ce privește acțiunile care n-au fost încă plătite de cei care le-au subscris, ele pot fi revendicate de emitent. În situația în care nu au fost încă predate cumpărătorului aflat în procedură de insolvență se va putea cere rezoluțiunea vânzării, dar nu pe baza neexecutării din partea debitorului, ci pe temeiul accesării administratorului judiciar/lichidatorului. În cazul în care acesta din urmă sau debitorul optează pentru executarea vânzării, emitentul va putea pretinde plata imediată și integrală a prețului acțiunilor.

EPISODUL 7. DEBITORUL PARALIZEAZĂ REVENDICAREA ÎN TEMEIUL DREPTULUI DE PROPRIETATE REZERVAT

Admisibilitatea revendicării, ca idee de principiu, nu este o noutate. Încă în secolul XIX, Înalta Curte de Casație și Justiție promova soluția admisibilității revendicării în următorii termeni „Cât timp activul unui falit nu a fost încă vândut, cei care au

¹⁸ M.L. Sârbu, Dreptul de retențiune în legislația comparată civilă și comercială, Tipografia Tribuna, Brașov, 1941: „Retențiunea va fi întotdeauna un mijloc de constrângere pe care îl va exercita debitorul creditor pentru cheltuieli și în fața acestei situații nici echitatea nu se opune. Cu acest amenajament, dreptul de retențiune poate trece în rândul instituțiilor de drept autonome, bine definite, categorice și eficiente. Acesta este rezultatul unui lung proces istoric de adaptare la necesitățile practice ale vieții. Dreptul de retențiune astfel cum este reglementat astăzi reprezintă o culme nebănuită spre care a tins neîncetat. El nu este opera exclusivă a unei țări sau a unor oameni, căci precum soarele țărilor meridionale nu strălucește numai pentru ele, ci profită omenirii întregi, prin produsele pământului care se răspândesc pretudindeni prin schimbul comercial, așa și produsul gândirii omenestii nu cunoaște hotarele țării unde s-a produs. O națiune civilizată trebuie să lase porțile ei larg deschise tuturor ideilor din afară și trebuie să dea și ea partea contributivă la opera universală. Toți autorii, toți juriștii eminenti cari s-au ocupat cu această problemă, din toate timpurile și din toate locurile, au contribuit prin munca lor la făurirea acestui ideal de justiție, cu caracter universal, astfel încât dreptul de retențiune să apară în lumina timpurilor viitoare, ca o problemă rezolvată și câștigată definitiv în patrimoniul științei universale a dreptului”.

¹⁹ Pentru dezvoltări cu privire la exercitarea dreptului de retenție în cazul falimentului proprietarului lucrului reținut, a se vedea I.Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed.C.H.Beck, București, 2006, par. 76-83.

obiecte mobile în casa falitului și dovedesc că sunt ale lor pot cere și pot lua în natură aceste obiecte²⁰". Prin Legea din 2 august 1929 asupra vânzării pe credit a mașinilor industriale, agricole și autovehiculelor s-a legalizat, conform art. 30, regularitatea tuturor vânzărilor de imobile cu rezerva proprietății. Acest instrument este de acum aplicabil oricărei vânzări de lucruri mobile, nu doar celor expres menționate în lege. În acest sens a fost interpretat actul normativ de către diferite instanțe ale epocii. De exemplu, Curtea de apel Cluj, prin decizia nr. 332/1937, a extins aplicarea textului la remorcile de automobil și la aparate Roentgen²¹. În același sens s-au pronunțat și alte instanțe²².

În procedura falimentului reglementată de Codul comercial român jurisprudența a stabilit că nu-i poate fi opusă clauza de rezervă a dreptului de proprietate unui terț subachizitor de bunăcredință, care a dobândit bunuri ignorând existența clauzei. În speță s-a cumpărat o mașină de cusut Singer cu rezerva dreptului de proprietate până la plata integrală a prețului. Cumpărătorul a împrumutat spre folosință mașina de cusut, ginerelui său, pe un timp limitat. Acesta, în loc să restituie socrului său obiectul, a vândut mașina de cusut societății Commercial din Brașov care, la rândul ei, a vândut-o altei persoane. Atât societatea Commercial, cât și actualul deținător ignorau existența clauzei de rezervă a proprietății. În consecință, Judecătoria mixtă Brașov, prin cartea de judecată nr. 1171 din 4 decembrie 1934²³ a respins acțiunea de revendicare.

Tot sub incidența procedurii falimentului reglementată de Codul comercial român s-a decis că nu este admisibilă acțiunea în revendicare pe calea dreptului comun din moment ce procedura falimentului instituie un instrument special de revendicare, cale mai rapidă decât cea de drept comun²⁴.

Istoricul clauzei

Clauza de rezervă a proprietății este o formulă care contrazice art. 1295 C.civ. anterior, conform dispozițiilor căruia dreptul de proprietate asupra bunului se transmite de la vânzător la cumpărător în momentul realizării acordului voințelor cu privire la obiect și preț, deși obiectul nu s-a predat și prețul nu s-a plătit. Clauza împiedică transferul dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător, deși lucrul s-a predat și prețul s-a plătit parțial. Jurisprudența a acceptat, în prima etapă, principiul caracterului supletiv al transferului dreptului de proprietate. Ca urmare, părțile pot să deroge de la efectul translativ. Ulterior jurisprudența a recunoscut și validitatea clauzei prin care s-a rezervat în favoarea vânzătorului dreptul de proprietate, dar cu amendamentul că această clauză nu poate fi opusă masei creditorilor falitului. Așadar, clauza a fost vidată de efecte chiar în domeniul în care era mai folositoare. În etapa următoare clauza a devenit opozabilă și creditorilor în procedură de insolvență.

Noul Cod civil consacră cinci articole acestei instituții.

Art. 1673 reglementează obligația de a transmite dreptul vândut. Transmiterea proprietății, ca și a oricărui alt drept de la vânzător la cumpărător constituie o obligație legală pe care o consacră primul alineat al art. 1673.

În cel de-al doilea alineat se precizează că prin contract se transmit cumpărătorului toate drepturile și acțiunile accesorii care au aparținut vânzătorului.

Cel de-al treilea alineat menționează că și alte drepturi decât cel de proprietate pot fi transmise în același mod.

Similar textului art. 1295 din C.civ. anterior, în art. 1674 din Noul Cod civil se reglementează strămutarea de drept a proprietății, din momentul încheierii contractului de la vânzător la cumpărător, dacă legea nu prevede altfel sau dacă din voința părților nu rezultă contrariul.

În ce privește opozabilitatea vânzării, ea depinde de îndeplinirea formalităților de publicitate.

În materie imobiliară, precizează art. 1676, strămutarea proprietății operează numai conform normelor care au ca obiect de reglementare cartea funciară.

Rezerva proprietății este reglementată în NCC, art. 1755. Dacă rezerva proprietății garantează plata prețului în vânzarea cu plata în rate, dobândirea dreptului de proprietate se realizează în favoarea cumpărătorului numai la data achitării ultimei rate din preț. Cu toate acestea, riscul bunului este transferat, cu părătorului chiar în momentul predării acestui drept.

Legea nr. 85/2006, în art. 86 alin. (4), derogă de la normele de mai sus în sensul că în situația în care bunul imobil a fost vândut cu reținerea dreptului de proprietate până la plata integrală a prețului vânzării, vânzarea va fi considerată executată de către vânzător și nu va fi supusă prevederilor alin. (1) care reglementează menținerea sau desființarea contractelor, deci contractele în curs. Concluzia care se desprinde din textul derogatoriu al art. 86 alin. (4) este că odată cu deschiderea procedurii insolvenței bunul vândut debitorului este considerat că a intrat în patrimoniul acestuia, chiar dacă nu a plătit întregul preț și chiar dacă vânzătorul a înțeles să rețină ca garanție dreptul de proprietate asupra bunului vândut până la plata integrală a prețului, deși nu s-a plătit acest preț în întregime.

Calificarea juridică a clauzei

Subordonând transferul proprietății plății integrale a prețului, clauza nu afectează însăși validitatea formării actului juridic, ci numai suspendă un efect al acestuia, transmiterea dreptului de proprietate.

Critica clauzei

Oportunitatea clauzei în procedura insolvenței este discutabilă. Pentru vânzător clauza este net avantajoasă, deoarece nu trebuie să se alinieze celorlalți creditori în procedura colectivă pentru a aștepta o plată întârziată și incertă, ci își repară prejudiciul generat de neplata prețului luând imediat în posesie bunul. O astfel de favoare o poate avea numai dacă clauza s-a stipulat mai târziu în momentul livrării și a fost acceptată de cumpărător. Este evident că nu toți creditorii se pot folosi de o asemenea clauză, ci numai vânzătorii bunurilor. Pe de altă parte, punerea în aplicare a clauzei poate zădărnici redresarea pe bază de plan. Dacă în averea debitorului se regăsesc mai multe bunuri

²⁰ I.C.C.J., secț. a III-a, dec. nr. 257 din 12 octombrie 1898, în Buletinul deciziunilor 1898, p. 1216.

²¹ Pandectele Române, partea a IV-a, 1939, p. 11.

²² Trib. Ilfov, secț. I com., sent. nr. 395 din 6 martie 1935 în RDC, 1935, p. 458.

²³ PR, partea II-a, 1936, p. 55.

²⁴ Trib. Ilfov, secț. notarială, sent. nr. 544 din 1 august 1930, în Codul comercial adnotat de S. Ionescu, L. Preutescu, București, 1933, p. 663.

afectate de o astfel de clauză, s-ar putea să numai rămână nimic de lichidat²⁵.

Soarta bunului anterior plății prețului

Cumpărătorul care a acceptat clauza este un simplu detentor, dar în fapt folosește bunul ca un proprietar. Ambiguitatea situației reflectă contradicție între regimul legal și starea de fapt. Conform regimului legal detentorul nu poate uza fizic obiectul, diminuându-i valoarea de întrebuințare. Faptic bunul este exploatat comercial de către cumpărător, fără nicio deosebire de modul în care bunul ar fi utilizat de un veritabil proprietar. Chiar mai mult decât atât, cumpărătorul poate revinde faptic acel bun, iar dobânditorul de bună-credință are la dispoziție inopozabilitatea clauzei pe care a ignorat-o. Același scut îl poate folosi o bancă dacă a acceptat bunul ca garanție reală cu deposedare.

Pentru aceste surprize dezagreabile vânzătorul are antidoturi numeroase, cum sunt, de exemplu, următoarele:

- până la plata în întregime a prețului, cumpărătorul va individualiza lucrul astfel încât să nu fie confundat cu alte bunuri de aceeași natură provenind de la alți furnizori;

- în cazul sechestrului sau altei asemenea intervenții a unei terțe persoane asupra lucrului, cumpărătorul îl va informa de îndată pe vânzător;

- cumpărătorului nu-i este îngăduit să constituie o garanție în favoarea altei persoane asupra lucrului;

- sub niciun motiv cumpărătorul nu va putea revinde lucrul înainte de plata întregului preț;

- cumpărătorului îi este permis, în cadrul normalei exploatare a întreprinderii sale, să revândă lucrurile care fac obiectul contractului, plătind imediat prețul datorat vânzătorului;

- cumpărătorul este autorizat ca, în limitele normalei exercitări a comerțului său, să vândă bunul care face obiectul contractului, informându-l pe subdobânditor că aceste bunuri sunt grevate de o clauză de rezervă a proprietății și notificând vânzătorului revânzarea pentru ca acesta să-și conserve drepturile revendicând prețul de revânzare;

- este interzisă orice modificare, transformare sau alterare a mărfii, iar în cazul nerespectării de către cumpărător a acestei interdicții vânzătorul este autorizat să reia posesiunea mărfii care se mai află în stoc la cumpărător;

- cumpărătorul este autorizat, în limitele exercițiului normal al activității sale, să transforme bunurile vândute, obligându-se să plătească imediat vânzătorului prețul restant, exceptând cazul în care, cu acordul expres al vânzătorului, îi cedează acestuia proprietatea bunurilor rezultate din transformare, cu titlu de garanție a prețului.

Protecția pe care o va obține vânzătorul prin aceste clauze este evident imperfectă, deoarece ele vor fi opozabile terților subdobânditori numai dacă s-ar dovedi că aceștia au avut efectiv

cunoștință, conform normelor de drept comun privind opozabilitatea convențiilor. Nu se va putea utiliza cu succes nici teza scindării dreptului de proprietate între vânzător și cumpărător pentru că nu este permisă creația, pe cale convențională, a unor noi dezmembrări ale drepturilor reale²⁶.

EPISODUL 8. DIVERSITATEA REVENDICĂRILOR ȘI REACȚIILOR DEBITORULUI

Cererea vânzătorului pentru revendicare și predare a bunului se adresează administratorului/lichidatorului²⁷. În oricare dintre alternativele răspunsului, măsura luată de administrator/lichidator poate fi contestată la judecătorul-sindic. În unele situații când se preconizează redresarea debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul poate opta pentru păstrarea bunului și plata prețului.

Acțiunea în revendicarea bunului vândut cu clauză de rezervă a proprietății nu este o acțiune pentru rezoluțiunea vânzării. În consecință, persoana care a împrumutat pe cumpărător pentru plata prețului subrogată în garanția pe care o reprezintă proprietatea rezervată nu este ținut să restituie sumele primite în executarea contractului de împrumut decât în măsura în care valoarea bunului restituit excede cuantumul sumelor care îi sunt datorate²⁸.

Bunuri fungibile

Aspecte interesante ale jurisprudenței s-au constatat în legătură cu identificarea bunului fungibil vândut cu rezerva proprietății. Astfel, de exemplu, în situația în care s-a revendicat o sumă de bani, s-a pretins dovada că reclamantul este proprietar al acelei sume, și nu doar creditor. Pentru a fi posibilă o astfel de dovadă suma de bani trebuia să nu fie confundată cu alte sume din patrimoniul debitorului. Rezolvarea acestei sarcini probatorii întâmpină multe complicații. O dificultate specifică se prezenta mai ales atunci când obligația de restituire privea un bancher, deoarece primirea sumei de către bancă transfera proprietatea în favoarea acesteia, cu obligația de a restitui nu aceleași bancnote, nici o sumă echivalentă ca putere de cumpărare, ci numai același număr de unități monetare de același fel. Doctrina a sugerat că în asemenea situații ceea ce se revendică este nu o sumă de bani, ci contul bancar ca universalitate²⁹. Curtea de Casație franceză consideră în prezent că o cerere de restituire de fonduri nu poate fi formulată pe calea acțiunii în revendicare și în consecință creditorul sumei de bani trebuie să își declare creanța din procedura civilă contra debitorului. Așadar, orice pretenție cu privire la o sumă de bani se califică ca o cerere de înscriere a creanței la pasivul averii debitorului.

²⁵ Pentru dezvoltări, a se vedea *Fr. Pérochon*, Les revendications: les dernières évolutions jurisprudentielles et leur philosophie, în *Revue des procédures collectives civiles et commerciales* no. 2/2002, p. 123, 147; *Chr. Léguevaques*, L'égalité des créanciers dans les procédures collectives: flux et reflux, *Gaz. Pal.* 27-29 ianuarie 2002; *A. Lienhard*, Clause de réserve de propriété: le paiement n'empêche pas la revendication par le vendeur du prix de revente, *D.* 2002, Act. jurispr., p. 573; *Fr. Pérochon*, Les revendications: les dernières évolutions jurisprudentielles, *Petites affiches*, 13 februarie 2002, no. 32, p. 4; *S. Piedelièvre*, Un commissionnaire de transport ne peut valablement exercer son droit de rétention sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture pour obtenir le paiement de créances antérieures, *JCP E* 2002, no. 8-9, 370; *G. Teboul*, Les nullités facultatives de la période suspecte: décisions récentes, *Gaz. Pal.* 23-27 decembrie 2001, p. 7.

²⁶ *I. Turcu*, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 160.

²⁷ Curtea de Casație franceză, secț. com., a decis la 23 ianuarie 2001 că acțiunea în revendicare a unui bun vândut cu clauza de rezervă a proprietății nu este o acțiune în rezoluțiunea vânzării și în consecință creditorul care s-a subrogat în garanția reprezentată de proprietatea rezervată nu are obligația să restituie sumele primite în executarea contractului de credit decât în măsura în care valoarea bunului restituit ar excede cuantumul sumelor care îi mai sunt datorate, *Buletinul Curții de Casație franceze* nr. 23/2001.

²⁸ *Idem*, dec. din 23 ianuarie 2001 (sursa: <http://www.glose.org/entreprise02.htm>).

²⁹ *I.C.C.J.*, secț. a III-a, dec. din 5 martie 1935, în *PR*, partea a III-a, 1936, p. 13.

În timp ce acțiunea în revendicare clasică pretinde identitatea certă a lucrului aflat la debitor cu cel revendicat, acțiunea adresată judecătorului-comisar nu pretinde identificarea, ci doar asemănarea cu lucrul vândut. Problema se complică atunci când bunul este fungibil. Astfel, de exemplu, medicamentele prezentând proprietăți terapeutice pot fi considerate ca fungibile între ele, dacă nu pot fi individualizate. Întrucât medicamentele se pot individualiza, prin seria de fabricație și prin alte elemente, nu sunt confundabile și deci fungibile³⁰. Aceeași concluzie s-a emis și în legătură cu aparatele electrocasnice. Aceste concluzii ale jurisprudenței au fost contestate de doctrină, care a apreciat că bunurile sunt totuși fungibile și interschimbabile chiar dacă se pot identifica. Ca exemplu a fost prezentată situația bancnotelor, fungibile prin excelență și totuși identificabile pentru că posedă o serie. Fungibilitatea bancnotelor este impusă de emitentul lor și este mai presus de orice discuție. Caracterul fungibil este imprimat de proprietatea de a fi consumptibil la prima întrebuintare.

În anul 1997 Curtea de Casație franceză admitea posibilitatea revendicării unei sume de bani³¹ și a altor lucruri fungibile cu condiția să poată fi identificate în averea debitorului și să nu se confunde cu alte bunuri ale acestuia. Ulterior în 2001 aceeași instanță a concluzionat că prin intrare în cont sumele devin monedă scripturală și nu mai pot fi revendicate pe temeiul dreptului de proprietate, fostul proprietar devenind un creditor care își poate scrie creanța în procedură. Revenind la medicamente, jurisprudența Curții de Casație franceze a admis revendicarea pe baza criteriului asemănării și nu a pretins o identificare certă. Drept urmare se pot revendica și în situația de rotire a stocurilor, bunurile prezente în momentul revendicării nemaifiind identice cu cele livrate de revendicant.

Așadar, succesul revendicării presupune existența în averea debitorului a unor bunuri „de aceeași specie și de aceeași calitate”, care se vor restitui fără o identificare suplimentară. Dacă sarcina probei existenței bunurilor aparține revendicantului, calificarea bunurilor ca fiind de aceeași specie și calitatea este nebuloasă. „Aceași” înseamnă identică sau asemănătoare? Pentru lucrurile fungibile o simplă asemănare nu pare să fie suficientă, fungibilitatea însemnând în principiu identitatea bunurilor. Sensul exact al termenului va depinde de definirea fungibilității reținute: cu cât definiția va fi mai strictă, cu atât asemănarea pretinsă se va apropia de identitate. Totuși, pentru a permite cu adevărat o revendicare a bunurilor fungibile ar trebui să nu se pretindă dovada unei identități perfecte. Cea de-a doua sintagmă „specie” nu este nici ea definită juridic, ci doar prin opoziție cu „genul”, față de care reprezintă un grad superior de precizie.

Și noțiunea de „calitate” este la fel de cețoasă. Calitatea se determină în funcție de varietățile existente pe piață și probabil după părerea unui expert.

Criteriile depind astfel de practici mai mult decât de teorii.

Lipsește unitatea jurisprudențială în aprecierea definirii fungibilității, mai ales în ceea ce privește medicamentele. Problema

s-a pus cu ocazia implicării ca debitori în procedura insolvenței a unor farmacii. Astfel a fost generată o varietate largă de soluții de la simpla asemănare la identitatea veritabilă. Uneori s-a pretins individualizarea prin data fabricației, numele fabricantului, numărul lotului și data expirării, ceea ce reprezintă absolută identitate³². Aceeași instanță a revenit asupra soluției afirmând că medicamentele pe care le vinde cu amănuntul o farmacie sunt identificabile prin unitatea de condiționare (fabricație), prin lot și prin data fabricației, astfel că fiecare medicament este individualizat și identificabil în lanțul de livrări succesive. O astfel de identificare exclude considerarea lor ca bunuri fungibile³³.

Alteori s-a considerat că pot fi revendicate medicamente generice, cu denumiri diferite, produse de laboratoare diferite dacă prin calitatea și efectele lor sunt compatibile, chiar dacă nu au compoziții identice³⁴.

Cele trei soluții sunt contradictorii. Una dintre acestea reține o definiție suplă, pretinzând asemănarea prin efecte chiar dacă au compoziții diferite, alte soluții rețin ideea egalității perfecte: fabricant, lot, compoziție, ceea ce revine la ideea identității și a corpului cert. Ieșirea din impas ar putea fi o convenție între partenerii contractuali, fabricant și farmacist asupra unei definiții comune a interschimbabilității.

Revendicarea bunurilor fungibile presupune absența identificării bunului revendicat, dar presupune și dovada proprietății. Întrebarea care se pune este dacă predarea bunurilor fungibile și confuziunea lor reprezintă transferul proprietății, și atunci revendicantul mai este proprietar, iar acțiunea mai este o revendicare? Dacă se presupune că dreptul de proprietate s-a transferat la deținător, sub condiția confuziunii, cel ce a predat bunurile fungibile nu poate obține restituirea lor decât dacă un nou drept de proprietate i s-a recunoscut cu privire la bunurile încă deținute de debitor. Paradoxul este evident. Dacă proprietatea s-a pierdut, nu mai există revendicare sau există o nouă revendicare, a cărei legătură cu proprietatea inițială rămâne de stabilit. O asemenea interpretare repune în discuție însăși principiul transferului proprietății bunurilor fungibile către primitorul lor.

Prezumția de identitate a bunului revendicat cu cel predat se bazează pe conservarea dreptului de proprietate al predătorului. Proprietatea păstrată este prezumată ca având ca obiect o cantitate egală de bunuri asemănătoare deținute de debitor. În acest caz se poate vorbi despre o prezumție de identitate, și nu de proprietate. În acest mod, revendicantul se va putea prevala de prezumție numai dacă dovedește în prealabil că este proprietarul unei cantități determinate de bunuri fungibile, similare celor găsite în averea debitorului. Presumția poate fi simplă sau irefragabilă. În primul caz, debitorul ar putea dovedi că acele bunuri care seamănă cu cele primite de la revendicant nu sunt totuși bunurile revendicantului. În cel de-al doilea caz, prezumția fiind irefragabilă, dovada contrară este imposibilă, iar dovada identității bunurilor revendicate va fi fără efect. Totuși,

³⁰ Curtea de Casație franceză, sect. com., prin dec. din 5 martie 2002 a stabilit regula conform căreia pot fi revendicate bunuri fungibile care se găsesc în mâna cumpărătorului dacă acestea sunt de aceeași specie și de aceeași calitate ca și cele livrate și nu neapărat identice cu acestea. Prin această decizie a fost înlăturat argumentul conform căruia rotația rapidă a stocurilor exclude posibilitatea ca mărfurile regăsite în natură la debitor să fie identice cu cele vândute de revendicant cu clauza de rezervă a proprietății (sursa: <http://www.glose.org/entreprise02.htm>).

³¹ Curtea de Casație franceză, sect. com., prin dec. din 3 decembrie 2003, a stabilit că prețul bunurilor livrate cu clauza de rezervă a proprietății care nu a fost plătit, nici compensat în cont curent între debitor și cumpărător până la data deschiderii procedurii, poate fi revendicat de vânzător în mâinile debitorului (sursa: <http://www.glose.org/entreprise02.htm>).

³² CA Paris, citată de *M. Laroche*, op. cit., p. 182.

³³ Ibidem.

³⁴ CA Lyon, citată de *M. Laroche*, op. cit., p. 182.

bunurile fungibile identificate prin individualizare, devin corpuri certe și atunci nu efectul prezumției va fi luat în discuție prin identificarea bunurilor, ci aplicarea lui. Fiind asimilate corpurilor certe, bunurile nu intră în sfera de aplicare a prezumției, nici a celei simple nici a celei irefragabile. Individualizarea bunurilor va îndepărta aplicarea prezumțiilor. Calificarea acestor prezumții va fi de un interes redus, dar nu fără orice interes. În cazul concurenței între revendicanți, prezumția irefragabilă va interzice rediscutarea restituirii făcute către primul revendicant, mai diligent. Totuși, în respectul strict față de texte, cei doi revendicanți sunt la egalitate și atunci ar fi preferabilă prezumția simplă. Rămâne totuși incert dacă este vorba despre o prezumție sau despre o atribuire de proprietate.

Jurisprudența franceză înclină spre cea de-a doua ipoteză atunci când recunoaște dreptul revendicantului de a i se atribui bunurile fungibile aflate la debitor de îndată ce sunt de aceeași specie și de aceeași calitate cu cele pe care el le-a livrat³⁵. Dacă jurisprudența a optat pentru regula atribuirii de proprietate, nu a precizat care sunt efectele acestei opțiuni. Aceasta obligă la recurgerea la soluțiile dreptului civil, care însă nu cunoaște definiția precisă a fungibilității. Precizarea acestei noțiuni în vederea aplicării dreptului special al insolvenței, permite afirmarea inexistenței în dreptul civil a ceva mai mult decât o reticență probatorie în privința lucrurilor fungibile revendicate.

În C.civ., termenul de fungibilitate se întâlnește numai în legătură cu compensația (art. 1145 C.civ. – „o cantitate oarecare de lucruri fungibile de aceeași specie”) și cu privire la obligația unilaterală de livrare a bunurilor fungibile (art. 1103 C.civ. – „dacă datoria este un lucru determinat numai prin specia sa, debitorul, ca să se libereze, nu este dator a-l da de cea mai bună specie, nici însă de cea mai rea”). Revine, așadar, tot doctrinei sarcina de a determina un criteriu general de fungibilitate.

EPISODUL 9. FLEXIBILITATEA NOȚIUNII DE FUNGIBILITATE FAVORIZEAZĂ CREDITORII

Caracterul flexibil al noțiunii de fungibilitate

Să luăm ca exemplu banala aspirină, destinată diminuării durerilor și febrei.

Prima ipoteză.

Aspirina este fabricată de diferite laboratoare independente și consecința este că nu toate au aceleași efecte secundare deși produc aceeași consecință principală. Deseori se disting prin aspect, alteori se disting prin efecte. Fungibilitatea lor naturală poate fi exclusă pentru că nu sunt interschimbabile, nefiind asemănătoare fizic.

A doua ipoteză.

Unul și același laborator produce același medicament în mai multe forme: comprimat care se înghite, comprimat efervescent, capsulă etc. Aceste diferite forme conțin aceeași compoziție, dar fungibilitatea lor este discutabilă. Sunt esențial similare, dar nu și perfect interschimbabile prin aspect, ca și prin efecte.

Interschimbabilitatea naturală este exclusă, dar voința umană ar putea considera că există o suficientă asemănare între ele.

A treia ipoteză.

Să luăm în considerare doar forma de comprimat care se înghite fără diferențe de compoziție nici de efecte, comprimatele fiind perfect identice. Dacă izolăm un comprimat, acesta păstrează identitatea cu celelalte pentru că are aceleași caracteristici. Totuși, prin izolarea sa el reprezintă un individ distinct față de ansamblu. Zece dintre aceste comprimate sunt introduse într-o plachetă (blister), care poartă un număr de lot și permite să distingem placheta de altele cu același conținut. Comprimatele din placheta individualizată rămân fungibile între ele. Poți înghiți oricare dintre acestea la libera alegere, fără nicio consecință diferită. Comprimatele și-ar pierde fungibilitatea naturală numai dacă ar suferi o modificare fizică. Așadar, fungibilitatea exprimată prin interschimbabilitate este perfectă pentru că este determinată de un criteriu pur intrinsec lucrului.

A patra ipoteză.

Laboratorul decide să modifice aspectul comprimatelor, forma sau culoarea lor. Medicamentul rămâne absolut același pentru restul însușirilor. Din punctul nostru de vedere rămâne un semn de întrebare dacă un comprimat sferic va fi fungibil cu altul ovoidal și vom răspunde negativ, deși cele două sunt de aceeași specie, au aceeași calitate și aceeași compoziție. Aici intervine rolul voinței. Neexistând fungibilitatea naturală, putem impune fungibilitatea știind că sunt cu același conținut și au aceleași rezultate.

Așadar, fungibilitatea este o noțiune flexibilă care depinde în fapt de nivelul exigenței de interschimbabilitate. Acest nivel poate varia de la cel mai strict, bazat pe interschimbabilitatea naturală, la cel mai suplu, interschimbabilitatea pur fictivă.

De altfel, deși fungibilitatea este legată de ideea de comparație, individualizarea bunului prin izolare din masa bunurilor identice, nu se opune caracterului său. Individualizarea se opune numai confuziunii bunului cu cele similare. De aceea, ne rămâne să stabilim spre care grad de exigență aspiră dreptul insolvenței în art. 90 al Legii nr. 85/2006, între fungibilitatea naturală și cea fictivă.

În ce privește fungibilitatea naturală, ea este o caracteristică obiectivă a unui lucru, care este reproductibil până la identitate în materialitatea sa și în efectele sale. Aici, fungibilitatea este un raport între două lucruri, lucrul care se ia de referință și cel identic cu el. Fungibilitatea naturală preexistă comparației între lucruri. Simplul fapt de a le alătura și a le contempla nu le va face niciodată fungibile, dacă identitatea lor nu a existat anterior comparației. Fungibilitatea poate fi naturală sau determinată prin voința omului și în acest din urmă caz criteriile fungibilității trebuie să fie determinate cu precizie înainte de a se produce confuziunea. Consecința fungibilității este interschimbabilitatea, un indiciu care oferă satisfacție în comparația dintre două bunuri. Individualizarea permite izolarea unui bun fungibil transformându-l în corp cert printr-o operațiune umană. Caracterul fungibil va fi pierdut numai dacă va fi operată o

³⁵ Astfel, s-a decis că un viticultor poate să revendice vinul obținut din strugurii predați unei cooperative de vinificație intrată ulterior în lichidare judiciară (Curtea de Casație franceză, secț. com., dec. nr. 05-13.103 din 11 iulie 2006, comentată de *M. Cabrillac* în *JCP/La Semaine Juridique - Edition Générale* no. 7, 14 februarie 2007, p. 23; elementul decisiv al bogatei argumentări a deciziei Curții de apel confirmată de Curtea de Casație a fost acela că viticultorul nu aduce ca aport proprietatea, ci încredințează recolta sa în cadrul unei obligații globale cuprinzând vinificația, adăpostirea și vânzarea în comun în cadrul unui mandat încredințat cooperativei. Acceptând că proprietatea asupra strugurilor nu a fost transferată cooperativei, se poate pune întrebarea dacă proprietatea exclusivă a viticultorului nu s-a transformat în proprietate indiviză între toți cooperatorii ca urmare a amestecării recoltelor acestora. Curtea de apel a considerat suficient răspunsul conform căruia încorporarea mustului unora cu cel aparținând celorlalți, ca și procesul de vinificație nu au transformat substanța mărfii revendicate. Comentatorul deciziei nu contestă puterea suverană a Curții de a aprecia situația, dar nu-și poate reține o anumită uimire față de faptul că decizia ignoră faptul fermentației și împrejurarea obiectivă că trecerea de la must la vin reprezintă o transformare de substanță.

modificare a naturii bunului individualizat. Individualizarea este mai curând un act de izolare decât o operațiune dătătoare de identitate proprie. Bunurile determinate prin gen nu pot fi vândute decât dacă se individualizează, se izolează. Bunurile astfel individualizate se vor putea confunda cu altele dobândite anterior de cumpărător. Nu confuziunea creează fungibilitate și nu individualizarea o suprimă. Individualizarea permite numai identificarea unui bun fungibil opunându-se confuziunii care presupune operație materială de amestecare a bunurilor.

Părțile unui contract pot decide că anumite bunuri sunt considerate ca fungibile și că ele vor avea în consecință putere liberatorie pentru stingerea obligațiilor create. Așadar, voința umană poate genera ideea de fungibilitate, dar în anumite limite pentru că nu va putea face total abstracție de fungibilitatea naturală.

Fungibilitatea naturală va putea fi circumstanțiată de voința umană în limita exigenței de calitate identică a lucrurilor. Aceasta se poate referi la aptitudinea bunului care este numai similar prin caractere fizice, dar corespunde aceleiași destinații și are aceleași efecte. Atenuând exigența identității fizice nu se renunță la plenara satisfacție în privința efectelor.

Definiția fungibilității pe care o putem reține din ideile expuse mai sus rezultă din luarea în considerare a stării naturale, dar și a voinței umane. Chiar dacă natura lucrurilor face revendicarea dificilă, nimic nu justifică respingerea acțiunii în principiu.

Revendicarea lucrurilor fungibile se complică datorită dificultăților de probă și rațiunilor de fond. S-a considerat că revendicarea lucrurilor fungibile este chiar imposibilă datorită transferului automat de proprietate pe care îl produce predarea bunurilor fungibile. Cel ce a predat nu mai este proprietar și nu mai poate revendica din această cauză, independent de aspectul identificării bunurilor. Transferul proprietății se justifică atât prin confuziunea bunurilor, cât și prin predarea lor. Procedura insolvenței acceptă ambele explicații.

Confuziunea nu poate fi deplina justificare a transferului proprietății, dar ar putea profita de insuficienta dovedire a identității bunului. Confuziunea este posibilă numai în prezența unor bunuri similare în mâna deținătorului. Pe de altă parte, confuziunea are ca singură consecință aptitudinea bunurilor de a fi interschimbabile. Ele realizează numai o calitate a lucrului fără a-i schimba regimul juridic. Pentru argumentarea acestei idei, să luăm în considerare că două persoane distincte au fiecare lucruri care ar fi interschimbabile. Cu toate acestea, nu se poate afirma că între aceste două persoane s-a produs un transfer de proprietate. Confuziunea bunurilor comune ale soților este asociată unor norme privind dovada dreptului. Un bun propriu poate fi considerat ca fiind comun dacă se confundă cu bunurile comune și nu poate fi identificat după regulile probațiunii obligațiilor civile. Confuziunea nu pare, așadar, să fie cauza unui transfer de proprietate, ci numai sursa unei imposibile probațiuni.

În ce privește transferul proprietății, aceasta se realizează prin simpla predare pentru că o vânzare nu este perfectă dacă bunurile fungibile nu au fost individualizate, iar împrumutul de consumație transferă efectiv proprietatea în beneficiul împrumutatului. Pe de altă parte, transferul de proprietate în această ultimă ipoteză nu se produce datorită caracterului fungibil, ci datorită caracterului consumptibil al bunurilor. Bunurile împrumutate sunt imposibil de restituit pentru că s-au consumat și pentru executarea obligației de restituire se impune să existe bunuri identice. Dacă atât fungibilitatea și caracterul consumptibil sunt necesare pentru caracterizarea contractului de

împrumut de consumație, fungibilitatea nu este necesară decât datorită caracterului consumptibil al bunului împrumutat. Aceleași aspecte le prezintă și vânzarea bunurilor fungibile, perfectarea depinzând de individualizare. În același mod se pune și problema riscului, pentru că *genera non pereunt*. Ambele exemple conduc spre concluzia că simpla deținere a bunurilor fungibile nu produce transferul proprietății lor, ci numai transferul riscurilor legate de deținerea lor. Așadar, ideea că revendicarea lucrurilor fungibile este imposibilă pentru că s-a pierdut proprietatea lor nu rezistă, dar dificultatea identificării lor creează probleme de probațiune pe care le presupune orice revendicare, inclusiv aceea care se bazează pe dispozițiile art. 90 din Legea nr. 85/2006. Și în jurisprudența franceză, revendicarea a întâmpinat piedici sub aspectul dovezii dreptului revendicat.

Curtea de Casație Franceză a confirmat decizia unei curți de apel, care a respins acțiunea în revendicare pentru că revendicantul nu a fost în măsură să individualizeze mărfurile pe care le revendică și nici măcar să precizeze natura și cantitatea lor. Prin interpretare *a contrario*, deducem că dacă ar fi făcut o astfel de dovadă, revendicantul ar fi obținut admiterea acțiunii. Aceeași Curte de Casație, a mai afirmat că identificarea bunurilor revendicate nu se limitează la dovada conformității cu bunurile predate, ci trebuie să se demonstreze legătura bunurilor revendicate cu facturile neplătite. Dacă nu se dovedește neplata în privința bunurilor revendicate, acțiunea se respinge pentru că debitorul în procedura insolvenței devenise proprietar prin plată. Reforma legislativă operată în 1994 a schimbat orientarea în ipoteza reorganizării debitorului. Revendicarea se acceptă fără verificarea identității.

Noțiunea de „fungibilitate” nu pare să se opună revendicării bunurilor fungibile, în lipsa principiului care să justifice că predarea în detenție a acestor lucruri produce automat transferul proprietății lor. Predătorul rămânând proprietar poate să le revendice. Apare însă dificultatea ce rezultă din imposibilitatea identificării bunurilor fungibile. Ea este cu atât mai mare cu cât este mai strictă exigența justiției pentru identificarea bunului revendicat. În concluzie, revendicarea lucrurilor fungibile nu este imposibilă, ci doar dificilă sub aspectul probațiunii.

O problemă nouă o reprezintă concursul revendicărilor. Dacă se revendică un bun cert, care nu poate să aparțină decât unui singur proprietar, dintre toate acțiunile una singură va fi admisă. Dimpotrivă, dacă bunurile revendicate sunt fungibile, mai mulți proprietari de bunuri de același fel și de aceeași calitate vor putea pretinde restituirea din masa acelor bunuri, dar în caz de insuficiență va trebui reglementat concursul, reglementare inexistentă însă în Legea nr. 85/2006.

Dacă revendicantul este singurul furnizor al debitorului, admiterea acțiunii sale va depinde numai de cantitatea bunurilor de același fel care se mai pot găsi în averea debitorului. Dacă debitorul a avut mai mulți furnizori de bunuri de același fel și în averea debitorului nu se regăsesc cantitățile suficiente pentru satisfacerea tuturor revendicațiilor, repartiziția se va face proporțional cu remiterile efectuate. Dacă revendicările nu sunt concomitente, unul dintre revendicanți va putea obține satisfacerea integrală a pretenției sale mai înainte ca ceilalți să se manifeste. Chiar dacă următorul revendicant are aceleași drepturi, în fapt nu va obține nimic. Ar putea să se îndrepte contra primului revendicant? Nu este deloc sigur pentru că problema lui va fi dovada că și-a păstrat proprietatea asupra acelor lucruri chiar dacă ele au ajuns în detenția primului revendicant, ceea ce nu are șanse de reușită. Prin urmare

repartiția proporțională între mai mulți revendicanți este posibilă doar dacă ei acționează simultan. Acest lucru, această simultaneitate poate fi obținută numai dacă se implică administratorul judiciar/lichidatorul care deține informațiile necesare din contabilitatea debitorului și îi poate notifica pe ceilalți potențiali revendicanți, furnizori ai debitorului, despre acțiunea în revendicare care a fost înregistrată de primul revendicant.

Revendicantul unic va obține satisfacție deplină în măsura în care bunurile revendicate se regăsesc total în averea debitorului. Acesta din urmă se va putea opune restituirii demonstrând că bunurile nu provin de la revendicant, mai precis că provin de la un alt furnizor sau că cele furnizate de revendicant nu mai sunt în averea lui. Simpla probabilitate a unei alte proveniențe nu va fi suficientă. Această regulă nu va opera și în situația mai multor revendicanți. Repartizarea bunurilor se va face *pro rata*³⁶.

EPISODUL 10. DEBITORUL ÎNTRE REVENDICARE ȘI APROPRIERE

Revendicarea instrumentelor financiare

În Legea nr. 85/2006 nu sunt consacrate texte specifice pentru revendicarea valorilor mobiliare și a instrumentelor financiare, ceea ce face aplicabilă aceeași normă din art. 90 și în situația revendicării acestor bunuri.

Dreptul francez a cunoscut aceeași situație până în anul 1999, când s-a creat un regim autonom pentru aceste revendicări.

Înainte de schimbarea reglementării legale, valorile mobiliare au fost considerate ca mărfuri și puteau fi revendicate dacă se invoca rezerva proprietății și dacă nu erau încă plătite. Atât valorile mobiliare, cât și celelalte titluri aveau o însușire comună – negociabilitatea – și confereau drepturi asupra capitalului sau asupra patrimoniului emitentului. Datorită încorporării creanței în titlu, chiar dematerializate, valorile mobiliare și-au conservat structura pentru că titlul s-a transformat într-o înscriere în cont, permițând o eventuală revendicare. Generalizarea dematerializării a provocat evoluția noțiunii de „titlu”, devenind valori scripturale, fără individualitate și, totodată, a mărit fungibilitatea, generând dificultăți de identificare deosebit de delicate. Pe de altă parte, nu toate valorile mobiliare sunt revendicabile, ci numai cele care au fost emise pentru plată sau pentru a fi afectate unor plăți determinate.

Regimul actual de revendicare a instrumentelor financiare în dreptul francez, în vigoare de la sfârșitul anului 1999, are următoarele trăsături specifice: inițiativa procedurii de restituire a instrumentelor financiare aparține administratorului, și nu titularilor și astfel aceștia sunt scutiți de obligația de a-și declara creanțele. Insuficiența mijloacelor de plată în averea debitorului are drept consecință o repartizare proporțională între diferiții titulari identificați.

Apropiere și revendicare

Revendicarea se bazează pe principiul demonstrației în trei puncte:

- 1) dovada dreptului de proprietate;
- 2) existența bunului identic cu cel revendicat în mâna deținătorului;
- 3) dovada că acel bun este întocmai cel asupra căruia revendicantul are dreptul său.

Revendicarea se poate confrunta cu transformarea bunului care și-a modificat natura de o manieră radicală. De exemplu, materia primă a fost transformată în produs finit. Dacă bunul încorporat a generat un bun nou de care nu poate fi despărțit, revendicarea nu este posibilă. Dacă bunul încorporat rămâne disociabil, chiar și printr-o ușoară operațiune de demontare, acțiunea este admisibilă. Aceeași concluzie s-a reținut și în cazul materialelor încorporate unui imobil, dacă sunt disociabile și dacă încorporarea nu constituie singurul mod de utilizare a bunului imobil.

Revendicarea bunurilor încorporate presupune rezerva dreptului de proprietate și posibilitatea detașării bunului revendicat fără a provoca o pagubă importantă bunului în care s-a încorporat.

Revendicarea unui fond de comerț

Fiind o universalitate de fapt, fondul de comerț prezintă o însușire importantă: componența sa este variabilă și modificarea ei nu influențează existența fondului ca bun mobil incorporat. Ca urmare, aptitudinea lui de a fi revendicat este neîndoieabilă. Revendicarea ansamblului său presupune restituirea în starea în care se află. Se poate revendica și un element component al fondului. Elementele componente nu sunt fungibile între ele.

Revendicarea unui portofoliu de valori mobiliare

Fiind calificat ca o universalitate de fapt, s-a admis revendicarea în condiții similare fondului de comerț. Portofoliul cuprinde ansamblul titlurilor deținute la un moment dat de către o persoană determinată, ansamblul având o anumită coerență de gestiune. Calificarea sa ca universalitate de fapt produce unele consecințe. Ideea de restituire a portofoliului nu se concretizează în restituirea titlurilor pe care le conținea la data predării, ci a titlurilor existente la data restituirii. Aceasta este și limita revendicării portofoliului.

Revendicarea universalităților de bunuri fungibile

Revendicarea lucrurilor fungibile va fi realizată conform revendicării unei universalități constituite dintr-o cantitate determinată de lucruri fungibile de o anumită specie și calitate. Lucrurile fungibile sunt inseparabile de unitatea pe care o reprezintă și din care reprezintă un multiplu sau o fracțiune. Valorificarea acestor bunuri presupune deținerea lor într-o cantitate suficient de mare și totodată elementul determinant în deținerea lucrurilor fungibile este nu individualitatea, ci cantitatea acestora. Bunurile fungibile fiind substituibile unele altora, interesul deținătorului este centrat pe cantitate, oricare ar fi unitățile concrete.

Apropierea lucrurilor fungibile fără identificare

Printre controverse s-a înscris și aceea că fiind revendicat bunul vândut, restituirea în natură valorează rezoluțiunea

³⁶ Aceeași problemă a individualizării și a identificării bunului fungibil s-a întâmpinat și cu ocazia unei proceduri de urmărire silită prin poprire (CA București, secț. a V-a, dec. nr. 210 din 21 decembrie 1933). În speță, Ministerul Finanțelor a cerut executarea creanței fiscale asupra petrolului aparținând debitorului său societatea Victoria, aflată în conductele societății Concordia, transportatorul petrolului. Curtea de Apel a decis că urmărirea țițeiului predat pentru transport, amestecat cu alte cantități de țiței și transportat pe conducte, nu este admisibilă, obiectul sechestrului nefiind individualizat. Operațiunea predării țițeiului pentru transport se face de la locul de producție al proprietarului la o stație de rezervoare a transportului, unde, în mod firesc, se amestecă cu alte cantități de țiței de aceeași calitate sau cantitate și de acolo i se dă drumul pe conducta ce leagă locul de destinație, ceea ce face ca din acest punct de vedere urmărirea să nu fie posibilă (PR, partea a II-a, 1934, p. 153).

vânzării. În anul 2001 Curtea de Casație franceză a decis că revendicarea nu este acțiune în rezoluțiune, ci urmărește realizarea garanției reale care constă în rezerva proprietății. De aceea, creditorul care a finanțat cumpărarea nu trebuie să restituie ceea ce a încasat vânzătorul. Excepție face situația în care valoarea bunului pe care l-a reprimit excede valorii reziduale a creanței împrumutătorului.

Revendicarea numerarului

Nimic nu este mai fungibil decât banii.

Procedura insolvenței are ca obiect primordial redresarea și pentru aceasta debitorul trebuie să aibă sumele de bani necesare. Totuși, debitorul în insolvență în mod evident nu le are. Menținerea creditului este, din acest motiv, cheia succesului redresării. Admiterea revendicării unei sume de bani ar fi în flagrantă contradicție cu acest imperativ și ar provoca eșecul procedurii. Aceste idei par să justifice ezitățile jurisprudenței recente în recunoașterea unei astfel de revendicări precum și soarta unei sume de bani depuse în instituții bancare și financiare. Jurisprudența Curții de Casație Franceze considera imposibilă revendicarea dacă individualizarea era insuficientă și cel care a predat numerarul beneficia numai de o creanță înscrisă în pasivul debitorului. Ulterior, printr-o decizie din 25 martie 1997³⁷, Curtea de Casație a permis revendicarea numerarului dacă el nu s-a confundat cu alte fonduri de aceeași specie. Prin această soluție, Curtea de Casație franceză pare să recunoască proprietatea clienților asupra fondurilor depuse și implicit revendicarea lor, condiția esențială fiind individualizarea.

Moneda metalică sau fiduciară, ca orice bun fungibil corporal, poate fi individualizată prin izolare într-un spațiu determinat (plic, pungă, cutie etc.). Revendicarea unui asemenea depozit nu prezintă nicio dificultate sporită față de revendicarea altor bunuri fungibile. Individualizarea monedei scripturale, dematerializată, este mai delicată. Chiar înscrisă în cont, ea nu va fi individualizată. Unele varietăți de cont nu numai că nu individualizează, dar, dimpotrivă, contribuie la confuziunea fondurilor depuse. Jurisprudența recentă franceză pare să indice totuși că existența unor conturi autonome sau unor rubrici într-un cont unic ar trebui să fie suficiente pentru individualizarea fondurilor depuse, independent de aparența pe care ar putea-o crea lipsa titlaturii contului.

Studiul unor cazuri relevante soluționate de Curtea de Casație franceză conduce la concluzia conform căreia, sub condiția individualizării, revendicarea sumelor de bani, ansamblu de semne monetare fungibile, este posibilă. În cazul contrar, revendicantul nu este decât un creditor supus obligației de a-și înscrie creanța în procedură.

În ce privește sumele de bani depuse la instituții bancare și financiare, situația este reglementată prin norme speciale în dreptul francez. Codul monetar și financiar prevede că deponenții sunt scutiți de obligația de a-și declara creanțele în cazul falimentului băncii.

Creanțele asupra fondului de investiții au un regim similar.

Un mecanism aparte este reglementat pentru rambursarea împrumuturilor și a obligațiunilor emise de o societate de credit

finciar. Investitorii pot obține plata la scadența contractuală fără a se ține seama de interdicția de plată a creanțelor anterioare.

Revendicarea creanțelor

Creanțele sunt bunuri corporale, iar procedura insolvenței, ca și dreptul civil, permite atât apropierea, cât și revendicarea bunurilor corporale. Cu toate acestea, procedurile colective supun recunoașterea și executarea drepturilor de creanță unui regim propriu, aparent străin ideii de revendicare. Dacă se continuă activitatea debitorului, fluxul financiar îi va permite plata creanțelor anterioare deschiderii procedurii din sumele obținute din activitatea ulterioară. Totuși revendicarea creanțelor specifice este organizată de dreptul procedurilor colective, care prevede excepțional că revendicarea unei creanțe va putea suplini revendicarea unui alt bun. În revendicarea creanțelor conform procedurii insolvenței se disting două ipoteze: creanța prețului înstrăinării unui bun pe care l-ar putea revendica proprietarul dacă nu l-ar fi înstrăinat debitorul și creanța de indemnizație datorată de asigurător pentru dispariția accidentală a unui bun care de asemenea ar putea fi revendicat. Ideea comună este că creanța se substituie bunului susceptibil de revendicare.

O problemă distinctă a reprezentat-o revendicarea creanței prețului de revânzare, dacă această creanță nu a fost stinsă prin plată la data deschiderii procedurii. Curtea de Casație franceză a stabilit în anul 2000 că atunci când prețul s-a plătit după deschiderea procedurii, vânzătorul își înscrie creanța în tabloul creditorilor, dar dacă s-a plătit după înregistrarea cererii de revendicare a prețului, debitorul care a primit plata o va preda lichidatorilor.

Atunci când lichidatorul a avut cunoștință de existența clauzei de rezervă a proprietății, el avea și datoria să conserve bunul în natură, pentru eventuala restituire. Dacă a vândut bunul, trebuie să plătească imediat prețul obținut revendicantului.

EPISODUL 11. DEBITORUL CONFRUNTAT CU O REVENDICARE SPECIALĂ

O acțiune de revendicare specială

Ca și în ipoteza reglementată de art. 89, situațiile reglementate de art. 90 se caracterizează prin aceea că averea debitorului prezintă falsă aparență că ar cuprinde și aceste bunuri, deși în realitate ele sunt proprietatea altor persoane. Este firesc ca proprietarul să-și salveze bunul recuperându-l, pentru a nu fi obiect al procedurii de insolvență.

Acțiunea pentru restituirea bunului nu este o acțiune în revendicare clasică de drept civil³⁸, ci o acțiune în „revendicare” specială, de drept comercial, bazată pe un raport juridic pre-existent între proprietar și debitor³⁹, deci pe un drept de creanță, în timp ce acțiunea în revendicare de drept civil exclude orice raport pre-existent de obligațiuni și pune în discuție numai dreptul de proprietate al reclamantului⁴⁰.

³⁷ Citată de *M. Laroche*, op. cit., p. 230.

³⁸ „Din moment ce legea falimentelor instituie o procedură specială de revendicare, destinată pe de o parte să evite o îndelungată judecare pe calea dreptului comun, iar pe de altă parte să asigure masa creditorilor în contra fraudei prin afirmarea dreptului lor de contestație, o atare procedură specială exclude *ope legis* posibilitatea revendicării pe calea dreptului comun” [Trib. Ilfov, secț. notarială, sent. nr. 544 din 1 august 1930, *S. Ionescu și L. Preutescu*, Codul comercial român adnotat, București, 1933, p. 663(2)].

³⁹ *B. Bernstein*, Vânzarea cu rezerva proprietății, scurtă privire asupra ultimelor date ale doctrinei și jurisprudenței, în PR, 1939, partea a IV-a, p. 7.

⁴⁰ Cas. III, 5 martie 1935, PR, 1936, III, 14.

În cazul vânzării cu rezerva proprietății, vânzătorul confruntat cu insolvența cumpărătorului are posibilitatea revendicării contra administratorului/lichidatorului care deține bunul cu titlu precar. Dacă bunul este necesar pentru reușita planului de reorganizare, administratorul poate oferi plata prețului pentru a paraliza revendicarea. În situația în care contractul de vânzare conține o clauză de reziliere de drept în cazul insolvenței cumpărătorului, vânzarea se va considera desființată de drept și bunul va putea fi revendicat.

Bunurile „revendicate” trebuie să fie individual determinate și cert identificabile în averea debitorului. De aceea, sumele de bani și bunurile fungibile care se confundă cu altele de același fel aflate în averea debitorului nu pot fi revendicate⁴¹.

Fraza finală a alin. (1) reglementează situația în care administratorul (sau lichidatorul) poate refuza cererea proprietarului de restituire a bunului. „Cazul în care debitorul are un drept de garanție valabil asupra bunului” se referă la bunul pe care debitorul îl deține pe baza unui contract de gaj comercial, pentru garantarea executării unei creanțe pe care o are debitorul față de proprietar. Printr-o interpretare extensivă, textul se aplică nu numai dreptului de garanție, ci și dreptului de retenție pe care îl poate invoca depozitarul pentru plata taxelor de depozitare și manipulare, transportatorul pentru plata tarifului, prestatorul de servicii pentru costul recondiționării bunului, cumpărătorul pentru restituirea sumelor plătite în contul prețului etc.

Dacă la data deschiderii procedurii marfa sau bunul care aparține altuia se aflau în detenția debitorului, însă ulterior, la data înregistrării cererii de restituire a proprietarului, ele nu mai sunt deținute de debitor, proprietarul poate cere *ca întreaga valoare a mărfii, astfel cum este ea menționată în contract, să fie inclusă în tabelul de creanțe*.

Dacă la data deschiderii procedurii marfa sau bunul nu se mai afla în detenția debitorului și, totodată, debitorul nu mai avea posibilitatea să o recupereze de la deținătorul actual, creanța proprietarului va fi inclusă în tabel *la valoarea pe care marfa o avea la acea dată (a deschiderii procedurii)*.

Jurisprudența a stabilit că clauza de rezervă a proprietății nu poate fi opusă unui terț subachizitor de bună-credință, care a dobândit bunul ignorând clauza⁴².

Vânzarea cu clauză de rezervă a proprietății trebuie să fie stipulată într-un înscris întocmit cel mai târziu în momentul livrării, iar clauza să fie acceptată de cumpărătorul-debitor în mod expres sau tacit⁴³.

Forma scrisă a actului juridic de constituire a acestei garanții joacă mai curând rolul de opozabilitate decât cel de validitate.

În perioada suspectă, vânzarea cu rezerva proprietății nu este supusă nulității specifice acestei perioade⁴⁴.

Oportunitatea acestei clauze, în contextul procedurii insolvenței, este cel puțin discutabilă.

În primul rând, ea rupe echilibrul între creditorii furnizori de mărfuri și creditorii prestatori de servicii, pentru că numai primii pot uza de această clauză.

În al doilea rând, ea poate compromite reluarea activității debitorului, prin retragerea stocului de marfă chiar în faza inițială a procedurii.

În al treilea rând, consacrand un drept predeterminat al unui creditor asupra unei părți a activului averii debitorului, **diminuează utilitatea caracterului colectiv al procedurii, pentru că s-ar putea să nu mai rămână nimic de vândut și de distribuit între creditori după ce vor fi exercitate toate drepturile de revendicare și toate garanțiile reale.**

În ce privește *bunurile imobile*, vândute debitorului cu clauza de rezervă a proprietății, contractul nu este exceptat prin art. 90 („orice alt bun care aparține altuia”). Drept consecință, și pentru bunurile imobile sunt aplicabile dispozițiile art. 90.

EPISODUL 12. INSOLVENȚA ÎNFRÂNGE DREPTUL CIVIL ÎN FAVOAREA CREDITORILOR. TOTUL PENTRU MAXIMIZAREA AVERII DEBITORULUI

Anularea unor acte ale debitorului

Sancțiunea nulității actelor debitorului poate fi analizată sub două aspecte: actele îndeplinite după deschiderea procedurii și cele executate anterior deschiderii procedurii.

În ce privește actele debitorului îndeplinite după deschiderea procedurii, textul art. 46 din Legea nr. 85/2006 sancționează cu nulitatea toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor după deschiderea procedurii, în afară de cazurile prevăzute la art. 49 și cu excepția actelor, operațiunilor și plăților autorizate de judecătorul-sindic.

Cazurile la care se referă art. 49 sunt plăți către creditorii cunoscuți care corespund unor condiții obișnuite ale activității curente ale debitorului în timp ce acesta se află sub supravegherea administratorului judiciar sau este condus de acesta. Dacă actele, operațiunile și plățile depășesc condițiile menționate la alin. (1) al art. 49, acestea vor putea fi autorizate de administratorul judiciar după ce au fost aprobate de administratorul special.

Nulitatea prevăzută de art. 46 sancționează și înscrierile sau întabulările prevăzute la art. 49, cu două excepții: 1) cazurile în care legea prevede o derogare de la această regulă; 2) actele autorizate de judecătorul-sindic.

Citarea partenerilor contractuali implicați în actul care se anulează este obligatorie pentru opozabilitate.

În această perioadă a procedurii, debitorul și, separat, administratorul judiciar conduc liste de inventariere a tuturor actelor și operațiunilor situate după deschiderea procedurii.

În ce privește conceptul „condiții obișnuite” din textul art. 49, nefiind definit, credem că trebuie să fie înțeles numai în mod concret și în contextul celorlalte acte juridice ale debitorului.

Referitor la actele debitorului înainte de deschiderea procedurii, Legea nr. 85/2006 reglementează în art. 79 actele frauduloase și în art. 80 transferurile preferențiale.

⁴¹ Judecătorul-sindic al Trib. Tulcea, 10 septembrie 1909, în CJ, 1910, p. 70.

⁴² Judecătoria mixtă Brașov, cartea de judecată nr. 1171 din 4 decembrie 1934, în PR, partea a II-a, 1936, p. 55-56. În fapt, mașina de cusut Singer cumpărată cu rezerva dreptului de proprietate până la plata integrală a prețului a fost împrumutată de cumpărători ginerelui lor, pe un timp limitat, dar acesta, în loc să o restituie, a vândut-o firmei „Commercial” din Brașov, care la rândul ei a vândut-o altei persoane.

⁴³ CA Cluj, sect. com. cont. adm., dec. nr. 61 din 4 februarie 1998, în BJ 1998, p. 249.

⁴⁴ J. Mestre, *op.cit.*, p. 913.

Anularea actelor frauduloase ale debitorului în temeiul art. 79 al Legii nr. 85/2006

Conform dispozițiilor art. 79: „administratorul judiciar/lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii”⁴⁵ (perioada suspectă, *twilight zone*⁴⁶).

*Actele frauduloase sunt acelea care „au fost săvârșite cu rea-credință, în scopul de a leza dreptul altei persoane”⁴⁷ (un creditor). Frauda (fraus, fraudis) este definită în dreptul american ca o denaturare voită a realității, cu scopul de a determina o altă persoană să piardă un bun sau un drept*⁴⁸.

Conceptul de perioadă suspectă. Autorii americani J.J. White și R.T. Nimmer au descris astfel perioada suspectă: „În zilele întunecate, dinaintea inițierii procedurilor de faliment, debitorii și creditorii, disperați, sunt tentați să găsească modalități de a-și îmbunătăți situațiile”.

Cu un secol în urmă, autorul Mihail Pașcanu, în „Dreptul falimentar român”, prezenta astfel temeiul faptic al consacrării legale a perioadei suspecte: „perioada suspectă stă fundată pe realitatea faptelor petrecute în apropierea declarațiunii falimentului, când toți comercianții ce simt apropierea prăbușirii lor (*proximii decoctionii*) sunt ademeniți a face toate eforturile, oricât de păgubitoare creditorilor, numai în nădăjduirea înlăturării dezastrului și care totuși nu poate fi evitat. De aceea, pretutindeni și de multă vreme, s-a căutat să se ocrotească interesele masei credale, punându-i-se la dispoziție un mijloc de înlăturare a actelor fraudatorii ale viitorului falit și care să fie mai eficace decât vechea acțiune pauliană. Astfel, a fost alcătuită perioada suspectă, premergătoare declarațiilor falimentului și care izbește de o prezumție de fraudă operațiunile viitorului falit, săvârșite după data încetării plăților și chiar mai înainte”.

Eficacitatea perioadei suspecte este în strânsă corelație cu durata de timp care s-a scurs de la săvârșirea actului falitului și până la data deschiderii procedurii.

Codul comercial român opera distincția între actele de plin drept inopozabile masei credale, denumite acte nule de drept, și actele a căror inopozabilitate față de masa credală depinde de constatarea unor elemente de fapt. În legătură cu acestea din urmă, în mod cu totul eronat s-a pretins că revocarea lor ar fi facultativă.

Autorul Mihai Pașcanu considera că niciunul dintre aceste acte nu se pretează la aplicarea teoriei nulităților, deoarece legea urmărește o simplă revocare în interesul masei credale și în privința acestei revocări este în mare măsură facultativă, pentru că sindicul poate menține inclusiv acte considerate nule de plin drept, ceea ce contrazice ideea de nulitate absolută. „De aceea mi se pare mai potrivit a întrebuița expresiunea de acte revocabile de plin drept ori de acte de plin drept inopozabile masei credale și la care s-ar adăuga și categoria acelor cu privire la care nu este obligatorie revocarea concursuală”. În concluzie, autorul susține că nu pot fi considerate drept nulități, în sensul tehnic strict al expertizei, cauzele care provoacă ineficacitatea actelor falitului. De aceea, aplicarea teoriei nulităților este inadecvată actelor falitului, pentru că s-au

săvârșit în perioada suspectă. Același autor distinge trei etape ale perioadei suspecte. Prima începe cu declararea falimentului și se sfârșește cu închiderea procedurii, a doua se întinde între data încetării plăților și cele șase luni premergătoare, a treia este plasată în intervalul premergător aceluia semestru care precede încetarea plăților. Pentru această perioadă este utilizabilă acțiunea pauliană.

Conceptul de fraudă. Conceptul de fraudă este legat de cauza actului juridic, care provoacă nulitatea aceluia act dacă este ilicită.

Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 106 din 2 aprilie 2002, a provocat critici în sensul că ar pune în pericol atât siguranța circuitului economic, cât și libertatea comerțului garantată constituțional, inhibându-i pe comercianți să contracteze. Nulitatea fiind viciu congenital al actului juridic, nu poate fi conciliată cu constatarea ulterioară, în împrejurările neașteptate și nedorite ale insolvenței, a caracterului ilicit al cauzei unui act anterior cu privire la care nu se putea susține intenția frauduloasă a părților în momentul formării actului. Instituția promovată prin textul art. 79 este și expresia liberului arbitru, deoarece promovarea acțiunii este la discreția bunului plac al practicianului în insolvență. Deciziile nr. 416/2005 și nr. 608/2005 au confirmat decizia anterioară a Curții Constituționale, numitorul comun fiind argumentul conform căruia textele criticate sunt norme de drept procesual civil reglementând dreptul material al acțiunii în nulitate, în temeiul unei clauze de nulitate de aplicație generală (art. 948 și 969 C.civ.); cauza, în sensul de scop, constituie o condiție de validitate a actului juridic, iar dacă are caracter ilicit, provoacă nulitatea aceluia act privându-l de efectele scontate de părți.

Așadar, cauza ilicită este viciul congenital care provoacă nulitatea actelor debitorului din perioada suspectă.

Buna-credință, dolul și fraudă. Buna-credință este mai întâi un comandament moral și numai în anumite situații un concept legal.

Principiul bunei-credințe se desprinde din principiul respectului reciproc: egalitate, reciprocitate și coerență. Norma morală de conduită ne îndeamnă să facem altora numai ceea ce am dori să ni se facă nouă și să nu facem altora ceea ce nu am dori să ni se facă nouă. Buna-credință exclude minciuna și chiar reticența cu privire la ceea ce partenerul contractual ar trebui să cunoască. Coerența etică și juridică este în relație de reciprocitate și se bazează pe echitate. Ar fi incoerent să ne comportăm într-un anumit fel față de ceilalți fără a tolera altora aceeași conduită. Concluziile sunt următoarele: principiul bunei-credințe este conexiunea între etică și norma juridică, iar principiul juridic al bunei-credințe decurge din principiul etic al respectului reciproc între subiecții de drept egali⁴⁹.

Pentru a fi sancționat sub calificarea de încălcare a principiului bunei-credințe, comportamentul trebuie să aibă o anumită intensitate și gravitate. Dacă și o minimă vătămare ar putea justifica rezoluțiunea vânzării, probabil că și numărul proceselor ar egala numărul tranzacțiilor. Buna-credință obiectivă, exprimată în norma morală „ce ție nu-ți place, altuia nu-i face”, se traduce în buna-credință subiectivă prin porunca de a nu dauna cu intenție directă, în cunoștință de cauză, altei persoane.

⁴⁵ Pentru cunoașterea jurisprudenței Curții Supreme de Justiție în acest domeniu, a se vedea BJ 1990-2003, p. 452.

⁴⁶ INSOL INTERNATIONAL, Directors in the Twilight Zone, vol. I și II, 2001.

⁴⁷ Larousse de la langue française.

⁴⁸ Black's Law Dictionary.

⁴⁹ J.-Fr. Romain, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 13-58.

Principiul executării cu bună-credință este consacrat legal în art. 970 C.civ., iar existența bunei-credințe este prezumată. Este rea-credință atunci când subiectul se prevalează de un drept inexistent, cu intenția de a provoca altuia o pagubă. Prezumția de bună-credință poate fi înlăturată numai prin dovada relei-credințe. Dolul, ca rea-credință conștientă, dirijată de voința deliberată, este prezent atunci când:

- viciază consimțământul;
- fraudează drepturile terților, în numeroase situații ale materiei insolvenței;
- explică abuzul de drept și fundamentează fraudă la lege.

Exemple în acest sens sunt și următoarele: renunțarea convențională la un drept în fraudă creditorilor; posibilitatea anulării pentru vicii de consimțământ, absența cauzei, falsitatea sau caracterul ilicit al cauzei.

Dolul se exprimă uneori prin reticență, atunci când există obligația de informare a partenerului contractual. În absența acestei obligații, dolul nu se poate reține. Reticența nu este culpabilă pentru că lipsește obligația de a-l limpezi pe cel confuz.

EPISODUL 13. DEBITORUL ESTE SANȚIONAT PENTRU FRAUDAREA CREDITORILOR REFLECTATĂ ÎN NORME DIN LEGEA NR. 85/2006

Art. 20 alin. (1) lit. h) care prevede introducerea de acțiuni de către administratorul judiciar pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorului, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial a unor operațiuni comerciale încheiate de debitor și a constituirii unor garanții acordate de acesta, susceptibile de a prejudicia drepturile creditorilor.

Art. 25 alin. (1) lit. c) care prevede introducerea de acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial, a unor operațiuni comerciale încheiate de debitor și a constituirii unor garanții acordate de acesta, susceptibile de a prejudicia drepturile creditorilor.

Art. 79 care prevede posibilitatea administratorului judiciar de a introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii.

Art. 80 alin. (1) și alin. (2) privind introducerea acțiunilor pentru anularea unor acte ale debitorului prin care au fost fraudate drepturile creditorilor.

Art. 81, art. 84 alin. (1) și (2), art. 85 alin. (3) și (4).

Art. 143 alin. (2) privind bancruta frauduloasă.

Spre deosebire de textul abrogat al art. 725 C.com., art. 79 al Legii nr. 85/2006 nu se referă la art. 975 C.civ. (acțiunea revocatorie sau „pauliană”).

Între cele două acțiuni, acțiunea în anulare bazată pe art. 79 și acțiunea pauliană, există unele asemănări, dar și unele deosebiri.

Analogia constă în scopul comun: reprimarea fraudei debitorului.

Deosebirile se referă la efecte și la condițiile de exercitare. Acțiunea bazată pe art. 79 tinde nu numai la sancționarea fraudei, ci și la restabilirea echilibrului șanselor creditorilor. De aceea, această acțiune poate anula și unele dintre actele intangibile prin acțiunea pauliană, cum sunt plățile și partajele.

Ea se introduce numai la tribunal, fiind de competența judecătorului-sindic, spre deosebire de acțiunea pauliană care se introduce la instanța competentă în raport de valoarea obiectului; anularea (și nu revocarea actului) produce efecte în favoarea tuturor creditorilor, și nu doar în favoarea creditorului reclamant; promovarea acțiunii pauliene nu este condiționată de prealabila constatare a insolvențității debitorului etc.

Din textul art. 79 rezultă că acțiunea pentru anularea unor acte juridice ale debitorului are următoarele trăsături :

este facultativă pentru administratorul judiciar și pentru lichidator;

poate fi introdusă numai în termen de 18 luni de la data deschiderii procedurii [art. 81 alin. (1)]. Termenul este mai scurt decât cel prevăzut de art. 9 alin. (2) din Decretul nr. 167/1958 datorită celerității procedurii insolvenței;

dacă administratorul judiciar sau lichidatorul refuză să o înregistreze, judecătorul-sindic poate fi sesizat de comitetul creditorilor cu introducerea unei astfel de acțiuni [art. 81 alin. (2)], dar tot în termenul de prescripție de 18 luni⁵⁰;

actul să fi fost păgubitor pentru creditori;

data încheierii actului să fie anterioară cu cel mult trei ani față de data deschiderii procedurii⁵¹;

actul să conțină un element fals ori să disimuleze o fraudă față de creditori.

Sarcina probei fraudei a fost scutită prin instituirea unei prezumții legale relative [alin. (3) și (4) ale art. 85] care operează numai contra debitorului, nu și contra terțului dobânditor sau subdobânditor. Prezumția fiind relativă, debitorul o poate înlătura.

Aceeași prezumție de fraudă operează și în cazul tergiversării de către debitor a deschiderii procedurii, prin contestație la cererea creditorului, cu scopul de a expira termenele prevăzute de art. 79 și art. 80 [alin. (4) al art. 85].

În procedura de judecare a cererilor pentru anularea actelor debitorului, calitatea procesuală pasivă aparține debitorului prin administratorul special și cocontractantului său.

Legitimarea procesuală activă nu poate fi recunoscută nici unui creditor izolat⁵², cu unica excepție a cazului rarism în care procedura se poartă de către un singur creditor, dacă, din acest motiv, nu există nici comitetul creditorilor, dar administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul refuză să înregistreze o astfel de cerere. Nici debitorului nu i se poate recunoaște un astfel de drept la acțiune. Debitorul nu poate uza nici de excepția nulității contractului pentru a refuza executarea. În interpretarea strictă a textului legii anularea actului nu poate fi pretinsă nici de partenerul contractual al debitorului. După anularea actului, oricine are interes se poate prevala de acest efect.

⁴⁹ *J.-Fr. Romain*, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 13-58.

⁵⁰ CA Cluj, secț. com. cont. adm. fisc., dec. nr. 74 din 25 ianuarie 2005, cu notă de *I. Turcu*, în RDC nr. 4/2005, p. 154.

⁵¹ Considerăm nejustificată aplicarea aceleiași măsuri prevăzută de art. 44 față de un act ulterior deschiderii procedurii în decizia nr. 463/2001 pronunțată de secția comercială și de contencios administrativ a Curții de apel Constanța, publicată în Culegerea de practică judiciară 1999-2002 a Ministerului Justiției, p. 276. Credem că în cazul în speță erau incidente dispozițiile art. 40.

⁵² CA Cluj, secț. com. cont. adm. fisc., dec. nr. 395 din 12 martie 2002, în BJ 2002, p. 450 și dec. nr. 1856 din 26 noiembrie 2002, în BJ 2002, p. 450; idem, dec. nr. 4486 din 21 septembrie 2004, în BJ 2004, 2005; idem, dec. nr. 74 din 25 ianuarie 2005, în BJ 2005, p. 568.

Ca urmare a anulării actului, valoarea se întoarce în averea debitorului, iar pentru eventuala restituire a prestației sale, partea care a contractat cu debitorul, dacă nu a fost complice la fraudă, va avea o creanță pe care o va prezenta, la fel ca și ceilalți creditori, la dosarul procedurii deschise⁵³.

Ansamblul pe care îl formează textele art. 79 și art. 80 (ansamblu dedus din articolele precedente, art. 77 și art. 78, precum și din articolele consecutive, art. 81-85) demonstrează că normele privind anularea unor acte ale debitorului încheiate în perioada suspectă nu trebuie să fie interpretate sub unica prezență a ideii de fraudă⁵⁴. Acest ansamblu este menit, mai curând, să reconstituie activul averii debitorului, pentru a reîntregi gajul general al creditorilor și a schimba, în acest mod, peisajul dezolant al patrimoniului vidat, care se dezvoltă la deschiderea procedurii.

Nulitățile din perioada suspectă reprezintă o excepție de la regula conform căreia creanțele anterioare deschiderii procedurii rămân neschimbate. Ele au menirea să reîntregească averea debitorului pentru asigurarea succesului reorganizării și pentru a maximiza plata creanțelor.

O directivă comunitară a cerut statelor membre să vegheze pentru ca eficiența contractelor de garanție financiară și a instrumentelor financiare în garanția acestor contracte să fie excluse de la efectul normelor privind nulitățile perioadei suspecte⁵⁵.

Unui creditor izolat, neavând calitatea de a promova acțiunea, nu i se poate recunoaște nici dreptul de a cere efectuarea unei expertize cu același obiect. Nici debitorul, pe calea excepției de neexecutare pentru motivul anulabilității, nu poate dobândi acest rezultat. În aceeași situație se află persoana care a contractat cu debitorul. Soluțiile se justifică prin caracterul relativ al nulității. După anulare, oricine se poate prevala de ineficiența actului anulat.

Concluzii privind conexiunea terței complicități cu situația contractelor debitorului în perioada suspectă. Atunci când fraudarea creditorilor se realizează cu ajutorul complicității unei terțe persoane, pentru desființarea actelor debitorului sunt utilizabile două acțiuni: prima, promovată de partenerul contractual al debitorului lezată prin complicitatea terțului, permite formularea unei cereri de despăgubiri și anularea contractului care a generat prejudiciul. Cea de a doua

acțiune ar putea fi promovată de terță persoană complice pentru plata prestațiilor sale. Aceste situații s-au întâlnit în jurisprudența belgiană și mai puțin în jurisprudența noastră.

Natura juridică a sancțiunii actelor debitorului prevăzută de art. 79 și art. 80. Acțiunea reglementată de art. 79 nu se confundă cu acțiunea reglementată de Codul comercial în art. 725, nici cu acțiunea prevăzută de art. 975 C.Civ.

În opinia noastră, nu este exclus ca terminologia utilizată să fie improprie și art. 79 să ofere o acțiune de revocare a actelor debitorului, și nu de anulare.

Specificul sancțiunii se conturează prin prezumția relativă de fraudă a debitorului și prezumția absolută de complicitate la fraudă a terțului dobânditor. Acțiunile revocatorii, reglementate de art. 79 și art. 80, presupun starea de insolvență, ceea ce explică evitarea acțiunii de drept comun și forțarea notei pentru deschiderea procedurii insolvenței, chiar și în acele situații în care debitorul nu se află în insolvență, ci doar refuză cu rea-credință plata.

Din observarea reglementării cuprinse în art. 79 și art. 80, se poate constata configurația legală hibridă. Actul debitorului este marcat de viciul congenital al nulității absolute prin cauza ilicită. Acest viciu posedă o perioadă de incubație care durează până în momentul deschiderii procedurii, când el acționează la vedere, lipsind actul de efectele urmărite de debitor și prin efectul terapiei revocatorii generează obligația de restituire a bunurilor, fără însă a refăce situația anterioară. Beneficiarul prestației nu va primi imediat propria sa prestație, ci se va înscrie cu creanța în tabel, cu condiția să fi fost de bună-credință. Caracterul absolut al nulității face de neconceput asanarea actului prin confirmare de către debitor și partener și acordă calitatea imprescriptibilității invocării nulității de către orice persoană interesată. Expresia „repunerea în situația anterioară” din art. 83 alin. (2) este eronată, pentru că acest fenomen nu se produce niciodată.

Mecanismul juridic reprezentat prin art. 79 și 80 permite reconsiderarea trecutului debitorului în perioada suspectă, în sensul recalificării unora dintre actele sale ca nule, din cauza viciului congenital, intenția frauduloasă, și are ca rezultat reintegrarea unor bunuri și valori în averea debitorului, în beneficiul virtual al tuturor creditorilor.

⁵⁰ CA Cluj, sect. com. cont. adm. fisc., dec. nr. 74 din 25 ianuarie 2005, cu notă de *I. Turcu*, în RDC nr. 4/2005, p. 154.

⁵¹ Considerăm nejustificată aplicarea aceleiași măsuri prevăzută de art. 44 față de un act ulterior deschiderii procedurii în decizia nr. 463/2001 pronunțată de secția comercială și de contencios administrativ a Curții de apel Constanța, publicată în Culegerea de practică judiciară 1999-2002 a Ministerului Justiției, p. 276. Credem că în cazul în speță erau incidente dispozițiile art. 40.

⁵² CA Cluj, sect. com. cont. adm. fisc., dec. nr. 395 din 12 martie 2002, în BJ 2002, p. 450 și dec. nr. 1856 din 26 noiembrie 2002, în BJ 2002, p. 450; idem, dec. nr. 4486 din 21 septembrie 2004, în BJ 2004, 2005; idem, dec. nr. 74 din 25 ianuarie 2005, în BJ 2005, p. 568.

⁵³ Idem, dec. nr. 33 din 18 ianuarie 2005, cu notă de *I. Turcu*, în RDC nr. 4/2005, p. 152.

⁵⁴ *B. Soinne*, Traité des procédures collectives. Commentaires de textes. Formules. 2^e édition, Litec, Paris, 1995, p. 1445.

⁵⁵ Directiva nr. 2002/47/CE din 6 iunie 2002.