

Phoenix, revista de insolvență

Nr. 14, octombrie-decembrie 2005

sumar

	pag.
□ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
EXTINDEREA RĂSPUNDERII PREVĂZUTĂ DE ART.137, ASUPRA MOȘTENITORILOR	4
FALIMENTUL SOCIETĂȚILOR DE LEASING	7
□ RUBRICA ANALISTULUI	
PRINCIPIUL CONTINUITĂȚII ACTIVITĂȚII ÎN CAZUL INSOLVENȚEI	11
REPROIECTAREA MANAGERIALĂ	16
□ OPINIA SPECIALISTULUI	
DIN NOU DESPRE CONCORDATUL PREVENTIV	20
□ JURISPRUDENȚA COMENTATĂ	
PRACTICA JUDICIARĂ A TRIBUNALULUI ARAD ÎN MATERIA INSOLVENȚEI	22
□ INTEGRARE EUROPEANĂ	
CREANȚELE SALARIALE ÎN CAZUL INSOLVABILITĂȚII ANAGAJATORULUI	27
□ REZUMATE	31

Colegiul de redactie

conf. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)
conf. univ. dr. Gheorghe Piperea (București)
prof. univ. dr. Ion Turcu (Cluj Napoca)

Editor
Mihai Dimonie

Redactor sef
Nicolae Șarambei

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redactie
Adina Apostol
Adrian Cioc'hirdel

Tehnoredactare computerizată
Anca Vergulescu

Editare și imprimare
Redacția Publicațiilor pentru Străinătate

- Opiniile exprimate în articolele publicate în revistă, precum și responsabilitatea științifică și juridică privind conținutul acestora aparțin în exclusivitate autorilor.
- Toate drepturile asupra acestei publicații sunt rezervate UNPRL.
- Articolele publicate anterior pot fi citite și pe site-ul www.unpir.ro

Secretariat general al UNPRL
Bd. Octavian Goga nr. 2, sector 3
București
Tel.: 021-316.24.84,
fax: 021-316.24.85
E-mail: office@unpir.ro

Cuvântul președintelui



În ultimul număr al revistei noastre îmi exprimam speranța că în foarte scurt timp va apărea un nou act normativ având ca obiect reglementarea procedurii insolvenței, act ce ar fi urmat să înlocuiască de foarte multe ori modificata Lege 64/1995.

Totodată, spuneam că s-au realizat alte două proiecte importante, o nouă lege privind practicienii în insolvență și un proiect privind concordatul preventiv.

Din păcate, nici unul din cele trei acte normative nu a progresat.

Legea insolvenței a trecut de comisia juridică a senatului dar, în plenul senatului, după multe amânări, s-a hotărât retrimiterea proiectului la comisie. Nici celelalte două acte normative nu au mai avansat, din păcate. Sperăm totuși ca proiectul legii privind organizarea profesiei să fie trimis cât de curând spre aprobare guvernului.

Dacă până acum m-am referit la neîmpliniri (care nu ni se datorează nouă) vreau ca în continuare să îmi exprim satisfacția în legătură cu modul în care au fost organizate primele cinci seminarii de pregătire profesională.

Pot spune, participând la patru dintre ele, că avem colegi extrem de bine pregătiți și care pot să susțină prelegeri deosebit de interesante și cu un caracter practic accentuat.

Acest fapt mi-a confirmat încă o dată convingerea că cei mai buni lectori pentru seminariile de pregătire profesională sunt chiar colegii noștri.

ACEste seminarii sau cursuri de pregătire, care în curând vor deveni obligatorii, trebuie să aibă un caracter aplicativ pronunțat.

De fapt, cu toată importanța deosebită a chestiunilor teoretice ce se pun în discuție, tot rezolvarea problemelor practice care se ivesc în cadrul activității noastre deosebit de complexe are o mai mare importanță.

Sper ca, după adoptarea actelor normative despre care am vorbit, să putem ține cursuri de pregătire care să-i ajute pe toți colegii noștri să se pună la curent cu noile reglementări.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPRV

Aspecte privind extinderea răspunderii prevăzută de Art. 137 din Legea 64/1995 asupra moștenitorilor membrilor organelor de conducere



av. Alina Maer

Membră UNPRL, Filiala Prahova

Prin modificările aduse Legii nr.64/1995 prin Legea nr.149/2004 se clarifică și anumite aspecte privind răspunderea organelor de conducere în sensul stabilirii competenței instanței, a enumerării exemplificative a persoanelor cărora li se aplică disp. art.137, a posibilității coexistenței atât a răspunderii civile, cât și a răspunderii penale.

Textul de lege este însă insuficient față de numeroasele probleme care apar în practică, soluționate diferit de către judecătorii-sindici, uneori din raza aceleiași instanțe. În dosarele de faliment de pe rolul Tribunalului Prahova au existat situații în care s-a constatat că se formulează acțiuni în atragerea răspunderii față de persoane (administratori, cenzori, directori) decedate sau care decedează în timpul derulării procedurii.

De multe ori creditorii, în special creditorii bugetari se îndreaptă împotriva moștenitorilor acestora, iar în cazul în care acești moștenitori nu sunt cunoscuți solicită lichidatorului identificarea lor.

În dosarul de faliment 53/2003 privind debitoarea SC M.G. SA s-au soluționat cererile de atragere la răspundere formulate de AVAS și Administrația Finanțelor Publice Ploiești; dat fiind că părății administratori erau decedați, au fost introdusi în cauză moștenitorii acestora. Prin sentința nr.28 din 12.01.2005 cererile au fost admise față de moștenitori. Instanța a reținut că răspunderea membrilor organelor de conducere este civilă delictuală, că se aplică nu atât în considerarea persoanei care a săvârșit fapta ilicită cauzatoare de prejudicii, cât și în considerarea patrimoniului său. În dispozitiv se arată că „se instituie răspunderea părăților – administratori prin succesorii lor pentru o parte din pasivul societății”.

Soluția a fost recurată de către moștenitorî în sensul că:

- nu s-a ținut cont că o moștenitoare era minoră, deci nu avea calitate procesuală deplină, fiind nevoie de citarea unui curator cf. art.42 C.p.civ.
- nu s-a ținut cont de faptul că orice minor acceptă o moștenire sub beneficiu de inventar cf. art.19 din Decr.32/1954 și nu s-a verificat valoarea activului moștenit de către minor
- este nelegală obligarea moștenitorilor în solidar, față de disp. art.1041 C.civ.

În prezent dosarul de recurs se află pe rolul Curții de Apel Ploiești, suspendat până la soluționarea cererii de numire curator.

Apariția unor astfel de probleme cu care se confruntă atât judecătorii-sindici, dar și practicienii implică efectuarea unor precizări atât în ceea ce privește stabilirea caracterului răspunderii prev. de art.137 din Legea 64/1995 cât și influența asupra transmisiei pasivului în cazul în care persoanele prevăzute de art.137 - subiecți activi ai răspunderii sunt decedate.

Legiuitorul a prevăzut această formă de răspundere pentru a sancționa pe membrii organelor de conducere care intenționat angajează societatea în anumite activități speculative ilegale în dauna creditorilor, neaplicându-se în cazul persoanelor care sunt victime ale conjuncturii economice existente pe piață, a inevitabilelor blocări financiare în cazul unor falimente normale, „neimputabile”.

Insolvența, se arată în doctrină, poate fi generată atât de cauze obiective, cât și subiective: nepricepere, incompetență, inactivitate. Natura răspunderii va fi determinată de sursa obligației încălcate sau îndeplinite, în unele cazuri va fi o răspundere civilă contractuală, iar în altele răspundere civilă delictuală.

Potrivit prevederilor dreptului comun, în materia răspunderii civile în principiu prejudiciul trebuie să fie reparat de către persoana care l-a produs prin săvârșirea unei fapte ilicite. Întrucât starea de insolvență se datorează uneori activității ilicite a administratorilor, directorilor sau cenzorilor este firesc ca aceste persoane să fie declarate răspunzătoare pentru producerea prejudiciului și obligate la repararea lui.

Legea a prevăzut această condiție întrucât nu orice persoană are dreptul de a angaja din punct de vedere patrimonial societatea.

S-a pus problema dacă enumerarea prev. de art.137 este limitativă sau enunțiativă, respectiv dacă vor putea fi declarate răspunzătoare alte persoane decât cele care au calitatea menționată, cu condiția să aibă dreptul de a efectua operații comerciale care să angajeze patrimoniul societății sau să aibă drept de supraveghere. În practică au existat cazuri în care acțiunea prev. de art.137 s-a îndreapat și împotriva directorilor economici, directorilor de producție, șefilor de departament.

Atragerea răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere implică îndeplinirea condițiilor generale, prevăzute de dreptul comun în materia răspunderii civile și comerciale (998-999 C.civ.: fapta ilicită, prejudiciu, raport de cauzalitate dintre prejudiciu și fapta ilicită, vinovăția) și celor speciale prev. de art.137 din Lege, înțând cont că raportul de cauzalitate în ceea ce privește producerea insolvenței este unul complex.

Decesul persoanelor răspunzătoare de starea de insolvență nu implică obligatoriu extinderea răspunderii către moștenitori, întrucât se impune întâi a se analiza dacă răspunderea decujusului este strict una civilă delictuală sau contractuală, în această ultimă cauză analizându-se caracterul contractului.

Nu suntem în cazul răspunderii patrimoniale pentru fapta altiei persoane care este aplicabilă în cazuri de excepție, de strictă interpretare și expres prevăzută de lege.

Răspunderea contractuală intervine ori de câte ori între subiectele răspunderii preexista un raport juridic contractual iar una din părți a încălcăt o obligație concretă, stabilită prin acel contract: art.970 C.civ. Analiza conținutului contractului trebuie înțeleasă în sensul analizei inclusiv a urmărilor pe care obiceiul, echitatea sau legea le dă obligațiilor după natura lor.

Ori de câte ori nu avem de-a face cu o răspundere contractuală vor fi aplicabile regulile referitoare la răspunderea civilă delictuală.

În unele opinii, calificarea răspunderii se face de către părțile acțiunii: când între subiecții răspunderii există un raport contractual (răspunderea este atrasă de societate, lichidator), răspunderea este contractuală; când între subiecți nu există un raport contractual (acțiune formulată de terțe persoane - creditori), răspunderea este delictuală. Nu îmbrățișăm acest punct de vedere, considerăm că nu titularul acțiunii califică juridic natura acestei răspunderi, ci izvorul acesteia, respectiv fapta ilicită, actul juridic, legea.

Răspunderea civilă delictuală este o sancțiune civilă cu efect reparator, fără a fi în același timp o pedeapsă, se aplică atât în considerarea persoanei care a săvârșit fapta ilicită cauzatoare de prejudicii, cât și în considerarea prejudiciului ei.

Dacă autorul prejudiciului a decedat înainte de stabilirea întinderii răspunderii, obligația de dezdăunare, deci însăși răspunderea civilă delictuală se va transmite moștenitorilor săi; nimic nu se opune ca sancțiunea civilă să se asocieze cu o pedeapsă. Moartea infractorului nu împiedică ca, sub aspectul laturii civile procesul să se desfășoare față de moștenitorii infractorilor, cf. art.21 C.p.pen. Răspunderea civilă delictuală reprezintă dreptul comun al răspunderii civile contractuale, aceasta fiind o răspundere cu caracter derogatoriu, special.

Răspunderea materială derivând din contractul de muncă, este o varietate a răspunderii civile contractuale. Ambele forme de răspundere au caracter patrimonial și o funcție reparatorie, condiționată fiind de existența raportului juridic de muncă. Contractul de muncă având caracter personal, în cazul decesului persoanelor răspunzătoare cf.art.137 (directorii, contabili, etc.), acțiunea nu se poate extinde asupra moștenitorilor.

Singura dispoziție neechivocă este textul de la art.125 din Legea 64/1995 „În cazul în care bunurile care alcătuiesc averea unui grup de interes economic ori a unei societăți în nume colectiv sau în comandită nu sunt suficiente pentru plata creanțelor, împotriva grupului sau societății, judecătorul-sindic va autoriza executarea silită, în condițiile legii,

împotriva asociaților cu răspundere nelimitată sau, după caz, membrilor.” Rezultă din aceste considerații că, în ceea ce privește creditorii unei SNC sau SCS nu este nevoie să se dovedească existența răspunderii fiindcă în cazul în care se constată de către judecătorul-sindic că nu există elemente active suficiente pentru plata valorii creanțelor înregistrate va putea autoriza executarea silită a patrimoniului, executarea putându-se extinde și asupra succesorilor universal sau cu titlu universal.

Succesori universali și succesorii cu titlu universal sunt acele persoane care au dobândit în tot sau în parte patrimoniul privit ca universalitate de drepturi și obligații al uneia dintre părțile contractante; au vocație concomitantă, atât la activ, cât și la pasiv, vocație la universalitate de drepturi și obligații. În această situație se găsesc moștenitorii legali, legatarii universali sau cu titlu universal ai unei persoane fizice, ei primesc și își însușesc toate efectele contractelor pe care le-au încheiat părțile, cu excepția contractelor intuitu personae ale căror efecte nu se pot transmite de la părți către alte persoane și cu excepția efectelor declarate de părțile contractante ca fiind intransmisibile către succesi.

Calitatea de administrator are caracter intuitu personae, de aceea, în cazul decesului administratorului unei firme în faliment răspunderea acestuia nu se transmite automat către moștenitorii.

Mandatul, cf.art.1552 C.civ., se stinge prin revocarea lui, prin renunțarea mandatarului și prin moartea, punerea sub interdicție sau insolvabilitatea unei părți; aceste cauze particulare de închetare care se aplică și mandatului comercial în baza căruia un administrator de societate își desfășoară activitatea, se explică prin faptul că se încheie intuitu personae.

Transmisiunea pasivului succesiunii ridică probleme referitoare la pasivul succesorului: ce cuprinde? cui incumbă? în ce măsură sunt ținuți succesorii de acest pasiv?

Pasivul este alcătuit din datoriile și sarcinile succesiunii (art. 774,777,893, 896 C.civ.) Înțelegem prin datoriile succesorale obligațiile decujusului, indiferent de izvorul lor: contract, delict civil, lege. De la regula că toate obligațiile defunctului se transmit prin succesiune, există și excepția că obligațiile născute din contractele încheiate intuitu personae cum ar fi contractele de muncă sau mandat se sting prin moartea debitorului. Aceasta înseamnă că în ziua decesului acestor contracte nu vor mai produce în principiu efecte pentru viitor.

Numai succesorii universali sau cu titlu universal sunt ținuți de datoriile și sarcinile succesiunii, adică toți succesorii ab intestat regulați sau neregulați precum și legatari, donatarii de bunuri viitoare, universali sau cu titlu universal.

Cât privește datoriile ce defunctul le avea la data când succesiunea s-a deschis, trebuie să distingem între succesorii regulați care continuă persoana defunctului și răspund de datoriile succesiunii ultra vives hereditatis și ceilalți succesiuni universali care succedă numai la bunuri și sunt ținuți intra vives bonorum.

În cazul în care moștenirea este deficitară, adică în cazul în care pasivul întrece activul (situația cea mai des întâlnită în cadrul dosarelor de faliment!) se pune întrebarea dacă succesorii vor răspunde de datoriile și sarcinile moștenirii numai în limita activului acesta, sau dacă dimpotrivă vor fi ținuți de aceste datori chiar cu avereia lor personală.

Succesorul este obligat în locul defunctului, întocmai ca acesta din urmă și fiind personal obligat el răspunde potrivit art. 1718 C.civ. cu toate bunurile sale prezente și viitoare, fără a se distinge între bunurile personale și cele moștenite.

Moștenitorii ab intestat cu excepția succesorilor neregulați-statut continuă persoana defunctului și răspund pentru datorile și sarcinile succesiunii cu propriile bunuri.

Statul și succesorii testamentari sau contractuali cu titlu universal care succedă numai la bunuri, răspund numai cu emulomentul ce au cules din moștenire. Acest sistem este caracteristic pentru ideea continuării defunctului.

În cazul în care răspunderea prevăzută de art.137 se poate extinde asupra moștenitorilor, aceștia fiind cunoscuți, instanța trebuie să analizeze dacă moștenirea s-a acceptat necondiționat sau sub beneficiu de inventar; în unele cazuri – cum ar fi cel al moștenitorilor minori se prezumă că moștenirea a fost acceptată sub beneficiu de inventar.

Prin mecanismul instituției acceptării moștenirii sub beneficiu de inventar, confuziunea între patrimoniul succesorului și cel al moștenitorului este oprită, astfel că bunurile acestuia din urmă sunt puse la adăpostul urmăririi creditorilor moștenirii. Moștenitorul beneficiar continuă persoana defunctului numai cât privește activul, nu se substituie defunctului în raporturile de drept în care este subiect pasiv, el nu devine debitor în locul decujusului, ci rămâne față de creditorii acestuia și de legatari un simplu terț.

Dacă moștenirea este nedebătută și răspunderea prevăzută de Legea 64/1995 se poate extinde asupra moștenitorilor trebuie analizat cine are calitate procesuală activă în formularea acțiunii în împărțeală.

Dacă acțiunea în atragere de răspundere este formulată de lichidator, acțiunea în împărțeală urmează să fie promovată tot de către acesta „ne intemeiem această opinie pe disp.art. 112, art.155, art.243 al.1 C.p.civ.

Dacă acțiunea este promovată de creditori tot acestora le revine rolul de a avea calitatea de reclamant în acțiunea în împărțeală.

Dreptul de a cere împărțeala aparține copărtașilor, dar și celor care le înfățișează drepturile, adică co-moștenitorilor, creditorilor acestora, precum și cessionarilor de drepturi succesorale.

Doctrina dominantă urmată de jurisprudență admite că cerând partajul creditorii nu exercită un drept propriu ci dreptul debitorului lor, pe calea acțiunii oblice, acțiunea în împărțeală nefiind legată de persoană, însă pot cere împărțeala sau să continue acțiunea în partaj pornită de debitor.

Acțiunea oblică este acea acțiune în justiție pe care creditorul o exercită pentru valorificarea unui drept ce aparține debitorului; acțiunea de ieșire din indiviziune nefiind exclusiv personală poate fi promovată de creditor pe calea acțiunii oblice. Condițiile acțiunii oblice sunt: debitor inactiv, creață certă, lichidă, exigibilă, creditor cu interes serios și legitim. Sunt opinii care consideră că acțiunea oblică nu este acțiune de executare, deci creață nu trebuie să fie exigibilă, astfel că ar putea fi promovată și în cazul în care nu există un titlu executoriu privind întinderea prejudiciului.

Dacă se constată existența mai multor moștenitori, se aplică principiile solidarității. Solidaritatea pasivă este pentru creditor o adevărată garanție a executării creaței sale cf.art.42 c.com.

Solidaritatea se prezumă; obligația solidară este divizibilă prin transmiterea ei pe cale de succesiune; când moare unul dintre codebitorii solidari datoria se divide între moștenitori proporțional cu partea din moștenire ce-i revine.

În cazul în care decesul persoanei răspunzătoare are loc după rămânerea definitivă a hotărârii de atragere răspundere sunt aplicabile dispozițiile din materia executării silite respectiv:

- Art.397 C.p.civ.: „când debitorul a murit lăsând numai moștenitori majori, executarea începută asupra bunurilor sale se va continua în contra lor...când între moștenitori sunt minori, executarea începută se va suspenda până la alcătuirea reprezentanței legale”

- Art.398: „dacă execuția nu începește încă la moartea debitorului, hotărârile și titlurile executorii nu se vor putea executa în contra moștenitorilor decât după încunoștințare colectivă acestor titluri”.

Sintetizând problemele dezbatute mai sus, emitem următoarele concluzii:

- acțiunea în atragere răspunderii prev. de art.137 nu se poate îndrepta împotriva moștenitorilor persoanelor răspunzătoare-autori, decât în cazul în care răspunderea acestora din urmă este una pur civilă delictuală sau în cazul prevăzut de art.125 din Legea 64/1995;

- în cazul în care administratorii, directorii, censorii săvârșesc faptele prevăzute la art.137 încălcând obligații contractuale, atragerea răspunderii moștenitorilor este inadmisibilă;

- odată considerată admisibilă calitatea de părăti a moștenitorilor trebuie analizată calitatea acestora: moștenitori regulați/neregulați, cu titlu particular/cu titlu universal/universali, precum și modalitatea acceptării acțiunii;

- nedebaterea succesiunii duce la tergiversarea cauzei, unele instanțe opinând în sensul suspendării până la pronunțarea unei hotărâri definitive în cadrul acțiuni în împărțeală;

- în cazul în care se obține titlu executoriu, ulterior decedând o persoană răspunzătoare, se aplică regulile executării silite împotriva moștenitorilor.

Departate de a rezolva problematica complexă a temei dezbatute, acest articol vrea mai degrabă să stimuleze interesul spre crearea unei practici unitare și în acest domeniu atât de controversat al atragerii răspunderii patrimoniale, domeniu în care practica și doctrina sunt cele care semnalizează legiuitorului lacune și incongruențe.



Aplicarea prevederilor Legii nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului în cazul societăților de leasing

Ec. Todor-Soo Ignătie
Membru UNPRL, Filiala Mureș



Legea nr. 64/1995 republicată, reglementează procedura reorganizării judiciare și a falimentului. Conform legii, prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului, caracterizată prin incapacitate vădită de plată a datoriilor exigibile, cu sumele de bani disponibile. Scopul legii este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment.

Organele care aplică procedura sunt: instanțele judecătoarești, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul desemnat de tribunalul în a cărui rază teritorială se află sediul debitorului.

În cele ce urmează, vom analiza unele aspecte ale insolvenței în cazul operațiunilor de leasing, și vom prezenta o procedură de reorganizare ce se desfășoară la S.C. LEASING S.R.L. (denumire convențională aleasă de autor).

I. Particularitățile insolvenței în cazul operațiunilor de leasing

Noțiunea de leasing a devenit mai cunoscută în România la începutul anilor '90. Leasingul a apărut la început ca o formă de finanțare a unor bunuri importate, iar ulterior s-a răspândit în special în activitatea firmelor cu capital privat, persoane juridice române. Activitatea de leasing nu a fost reglementată de vreo lege separată anterior anului 1995, însă o serie de reglementări legate de această activitate au fost incluse deja în cadrul unor norme de drept încă din anul 1993. Prima societate de leasing a fost înființată în anul 1994, iar primele referiri legislative mai importante la operațiunile de leasing s-au făcut în O.G. nr. 12/1995, în legătură cu regimul vamal al produselor importate în baza contractelor de leasing. Dezvoltarea continuă și accentuată a acestui sistem de finanțare a impuls apariția în 1997 a O.G. nr. 51, ca o primă formă a unei legi specifice în privința operațiunilor de leasing. O.G. nr. 51/1997 a fost aprobată și modificată prin Legea nr. 90/1998 și republicată în temeiul art. VII din Legea nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice.

Ordonanța Guvernului nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 9 din 12 ianuarie 2000, cu modificările ulterioare, a fost modificată și completată ultima dată prin Legea nr. 533 din 25 noiembrie 2004.

Considerăm necesară analizarea prevederilor normelor legale de mai sus, întrucât aceste prevederi trebuie avute în vedere în cea ce privește derularea procedurii de reorganizare judiciară și falimentului la o societate de leasing.

Legea nr. 99 din 1999 este prima normă legală care face diferențiere între leasingul financiar și cel operational. Reglementările aduse de această lege au fost deosebit de semnificative, cu efecte majore în cea ce privește dezvoltarea în continuare a activității de leasing. Până la momentul apariției acestei legi, majoritatea contractelor de leasing au vizat optimizarea impozitării, fapt ce a creat necesitatea reglementării celor două forme de leasing.

În România (conform datelor cunoscute), procedura prevăzută de Legea nr. 64/1995, republicată, privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, a fost declanșată în cazul a două societăți comerciale de leasing.

Una dintre aceste două societăți este chiar S.C. LEASING S.R.L (denumire convențională), derularea procedurii acesteia urmând a fi analizată în cadrul capitolului următor.

La societățile de leasing, declanșarea procedurii generează o serie de probleme care, mai mult sau mai puțin, sunt reglementate prin norme legale, dar pentru care în multe situații nu există soluții practice.

Problematica reorganizării/lichidării judiciare este îngreunată de faptul că, în prezent trebuie luate în considerare prevederile mai multor norme legale în vigoare. În fond, prezentul studiu nu are ca obiect detalierea și comparația reglementărilor care se referă la operațiunile de leasing în cazul reorganizării și a falimentului, deoarece aceste norme nici nu conțin astfel de reglementări.

Trebue pornit de la principiul general că, într-o procedură de lichidare, o societate poate să aibă diferite calități; poate fi prezentă în calitate de finanțator dar și în calitate de utilizator.

În cazul în care societatea utilizatoare este cea supusă procedurii de lichidare, situația este relativ ușoară. În această situație, în caz de neplată, manifestată prin neachitarea ratelor de leasing, contractul poate fi reziliat de îndată, iar obiectul contractului de leasing revine în proprietatea societății finanțatoare. Firesc, în această situație părțile trebuie să facă decontul, care trebuie efectuat în cadrul procedurii de lichidare cu lichidatorul, conform reglementărilor în vigoare.

Acele societăți de leasing (societăți finanțatoare), care obligă prin contract societatea utilizatoare să anunțe finanțatorul asupra înrăutățirii situației patrimoniale, respectiv o eventuală stare de insolvență se găsesc într-o situație mai bună. În acest caz, societățile finanțatoare au dreptul să rezilieze contractul de leasing înaintea declanșării falimentului societății utilizatoare, prevenind astfel ajungerea lor în stare de faliment, rămânând doar ratele de leasing neachitate. La prima vedere problematica pare simplă, totuși se pune întrebarea ce se întâmplă în cazul în care obiectul leasingului este un bun indispensabil în desfășurarea activității societății pe perioada lichidării. În acest caz, lichidatorul poate alege soluția cuprinzării valorii de leasing la cheltuielile curente de funcționare, putând astfel menține în derulare contractul de leasing, până la expirare.

Apar alte probleme în situația în care lichidatorul nu poate sau nu dorește să finanțeze continuarea activității în condițiile plății obligațiilor legate de leasing, însă obiectul este indispensabil procesului de producție. Ne gândim la cazul unei linii automate de ambalat, a cărei parte de comandă constituie obiectul contractului de leasing, părțile mecanice efective fiind în proprietatea societății în faliment. În această situație se ridică problema, dacă societatea finanțatoare are dreptul să recupereze obiectul contractului de leasing, respectiv în baza contractului reziliat să și exercite pretenția față de societatea utilizatoare, reprezentată prin lichidator.

Împotriva hotărârii lichidatorului se pot folosi căile de atac corespunzătoare, adresate tribunalului care a dispus declanșarea falimentului, dar și în această situație este discutabilă hotărârea ce se va pronunța.

După cunoștințele noastre, până în prezent nu există o practică judiciară unitară, respectiv nu s-a format o practică judiciară a lichidatorului. Unii lichidatori aleg modul de rezolvare care să asigure condițiile necesare continuării activității prin plată permanentă a ratei de leasing, iar alții reziliază automat contractul de leasing.

Pe parcursul lichidării se poate descoperi că obiectele care fac parte din contractul de leasing încheiat cu societatea în lichidare nu se mai găsesc, eventual fiind înstrăinate prin contracte de vânzare-cumpărare. În

această situație atât lichidatorul cât și societatea finanțatoare vor întreprinde măsurile necesare în vederea validării drepturilor, de cele mai multe ori însă fără rezultatul dorit.

Este mai greu de dat răspuns la întrebarea, ce se întâmplă în cazul în care societatea finanțatoare intră în procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

În acest domeniu, literatura de specialitate română nu dispune de studii amănunțite și larg elaborate.

În fond este analizată situația în care la lichidarea societății finanțatoare, obiectul contractului de leasing reprezintă parte a activului supus lichidării.

Considerăm că, în această situație lichidatorul poate să acționeze în două direcții mai importante:

1. Așteaptă expirarea contractului; în această situație sumele încasate în urma contractelor de leasing constituie partea averii falimentare, iar societatea utilizatoare, prin îndeplinirea condițiilor contractuale obține dreptul ca, în condițiile stabilită în contract să intre în proprietatea obiectului, ori să-l restituie. Fiind vorba însă de un activ sub incidență lichidării, s-ar putea ridica problema dacă se poate opta pentru cumpărarea bunului în cauză. În opinia noastră, această problemă s-ar putea rezolva printr-o reglementare legală expresă. În lipsa acestei reglementări, considerăm că această problemă se poate rezolva numai prin hotărârea creditorilor. Trebuie subliniată importanța informațiilor necesare luării acestor decizii, ce trebuie pregătite de către administratorii judiciari /lichidatori.

Ca un caz particular al menținerii contractelor de leasing am putea menționa pe cel al cesiunii contractului de leasing în favoarea unei alte societăți de leasing. Această măsură se poate lua chiar în baza prevederilor art.17 din O.G. nr.51/1997, care stipulează: „Dacă în timpul derulării contractului de leasing finanțatorul vinde bunul care face obiectul contractului unui alt finanțator, nou finanțator este legat de aceleasi obligații contractuale ca și vânzătorul, care rămâne garant al îndeplinirii obligațiilor față de utilizator”.

2. În numele societății finanțatoare, lichidatorul reziliază contractul, cu efecte imediate. Potrivit art. 67 alin. (1) din Legea nr.64/1995 „În vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, administratorul/lichidatorul poate să mențină sau să denunțe orice contract, închirierile neexpirate sau alte contracte pe termen lung, atât timp cât aceste contracte nu vor fi fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate”.

Această dispoziție este greu interpretabilă în privința contractului de leasing. În realitate, în rata de leasing s-a introdus o parte a valorii de achiziționare a bunului, care, peste valoarea reziduală, este proporțională cu valoarea obiectului după utilizare. În această situație, societatea utilizatoare suferă o pierdere importantă, dar, potrivit prevederile art.67 alin. (2) din Lega nr.64/1995 „În cazul denunțării unui contract, o acțiune pentru despăgubiri poate fi introdusă de către contractant împotriva debitorului.”

În acest caz, consider că soluția se poate sprijini și pe prevederile Ordonanței Guvernului României nr.51 din 28 august 1997, privind operațiunile de leasing și societățile de lesing (M.O. nr.9 din 12 ianuarie 2000) care la art.16 stabilește: „Dacă finanțatorul nu respectă dreptul de opțiune al utilizatorului, acesta datorează daune-interese în quantum egal cu valoarea reziduală a bunului sau cu valoarea sa de circulație, calculată la data expirării contractului de leasing”.

Cu toate că normele legale dau posibilitatea societății utilizatoare să-și valorifice pretențiile pentru aceste pierderi, trebuie să avem în vedere că realizarea unor pretenții pentru acoperirea pagubelor au perspective de realizare reduse la o societate aflată sub incidența procedurii de lichidare. Nu numai în literatura de specialitate, dar nici în practica judiciară autohtonă nu se găsesc exemple pentru spația menționată mai sus. În situația în care a apărut acest caz, lichidatorul, manifestând o toleranță adekvată, face analiza separată a cazurilor prin verificarea contractelor de leasing, luând în considerare interesele creditorilor și ale societății, apărând totodată și interesele utilizatorilor. După cunoștințele autorului, pe motivul declanșării procedurii de lichidare nu au fost reziliate contracte de leasing.

Consider că, în funcție de situațiile de fapt existente la fiecare debitoare (societăți de leasing) ajunse în procedura prevăzută de Legea nr.64/1995, practicianul în insolvență, este obligat să efectueze un diagnostic juridic (norme legale în vigoare, clauze contractuale etc.) dar poate că are o importanță și mai mare în vederea adoptării unor decizii, analiza oportunității măsurilor ce urmează să fie luate. Criteriul de bază din

punctul de vedere al oportunității îl constituie maximizarea averii debitoarei.

Cu alte cuvinte, nu are nici un sens rezilierea unui contract, în urma căreia, bunul recuperat se poate valorifica la un preț mult mai mic decât cel ce se poate obține în urma derulării – chiar defectuoase – a contractului de leasing, ori nu se poate valorifica de loc.

II. Procedura reorganizării judiciare și a falimentului în cazul S.C. LEASING S.R.L.

Cererea de declanșare a procedurii în baza Legii nr. 64/1995, republicată, a fost introdusă la tribunal de către debitor, datorită ajungerii sale în stare de insolvență. Obligația debitorului de a adresa tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor Legii nr. 64/1995, republicată, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență, este prevăzută la art. 32 alin. (1) din lege.

Prin cererea introdusă la tribunal, debitorul a precizat că dorește reorganizarea societății. Conform prevederii art. 35, nu vor fi primite de tribunal cererile de reorganizare ale debitorilor, care în ultimii 5 ani precedenți au mai formulat o astfel de cerere sau au fost obiectul unei astfel de cereri introduse de creditori.

În cazul S.C. LEASING S.R.L. nu au fost depuse de către creditori opozitii la hotărârea de deschidere a procedurii, ca urmare, judecătorul-sindic desemnat de către președintele tribunalului a dispus deschiderea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului. Prin sentința de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic a desemnat administratorul judiciar, stabilindu-i și atribuțiile.

În cadrul procedurii, administratorul judiciar a luat toate măsurile prevăzute de Legea nr.64/1995, respectând toate dispozițiile primite de la judecătorul-sindic. De asemenea, a ținut cont de hotărârile luate de creditori în cadrul sedințelor comitetului și în adunarea creditorilor.

În urma analizei situației economico-financiare a debitoarei, administratorul judiciar a întocmit și a supus judecătorului-sindic un raport amănuntit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului, cu menținerea persoanelor căror le-are fi imputabilă. În același raport, întocmit în baza prevederilor art. 56 din lege, administratorul judiciar a indicat că există o posibilitate reală de reorganizare efectivă a activității debitorului. A fost întocmit bilanțul de deschidere, respectiv bilanțul corijat (anexa A1). Analizând datele bilanțiere, concluzia administratorului judiciar a fost aceea că, în cazul S.C. LEASING S.R.L. realizarea unui plan de reorganizare este posibilă, având în vedere faptul că, valoarea activului bilanțier depășește semnificativ datorile înregistrate. Acest fapt s-a putut stabili atât în baza bilanțului de deschidere cât și în baza bilanțului corijat. La corectarea datelor din situația patrimonialui s-a ținut cont de prevederile Standardelor Internaționale de Contabilitate.

În cursul activității sale, administratorul judiciar a solicitat aprobarea comitetului creditorilor în toate cazurile în care a fost necesară luarea de decizii mai importante. În baza aprobării comitetului creditorilor, administratorul judiciar a fost îndreptat să deruleze contractele de leasing încheiate cu utilizatorii care au respectat clauzele contractuale (predarea bunului care a format obiectul contractului de leasing la expirarea contractelor de leasing, scurtarea duratei contractelor de leasing și transferul dreptului de proprietate asupra utilizatorului la expirarea acestora, dacă au existat solicitări în acest sens din partea utilizatorilor).

Comitetul creditorilor a hotărât efectuarea în mod continuu a plărilor către băncile finanțatoare, în funcție de încasările realizate în urma derulării contractelor finanțate de acestea. Totodată, comitetul creditorilor a hotărât ca bunurile recuperate în urma reziliierii contractelor de leasing să fie valorificate la un preț superior sau egal cu valoarea bunurilor înregistrate în contabilitatea debitorului, în această situație valorificarea putându-se efectua fără vreo aprobare prealabilă.

Administratorul judiciar a efectuat o analiză a contractelor de leasing încheiate de debitor, aflate în derulare, și a posibilităților de reziliere ale acestora. Majoritatea acestor contracte de leasing au fost contracte de leasing financiar; numai 3 dintre acestea au fost contracte de leasing operațional.

În ceea ce privește contractele de leasing financiar, administratorul judiciar a constatat existența a două categorii de contracte:

a) Contracte de leasing financiar, ale căror clauze contractuale au fost respectate de către utilizator. În cadrul acestei categorii au fost identificate contracte de leasing a căror perioadă de contract a expirat. În aceste cazuri, administratorul judiciar a asigurat rezolvarea transferului dreptului de proprietate asupra bunului către utilizator, conform clauzelor contractuale. În cazul contractelor de leasing financiar a căror perioadă de contract nu a expirat, administratorul judiciar a formulat oferte către

utilizatorii bunurilor, în sensul scurtării perioadei de leasing și a transferului dreptului de proprietate asupra bunului înaintea termenului prevăzut în contract. În situația în care această ofertă nu a fost agreeată de către utilizator, administratorul judiciar a decis continuarea/menținerea contractelor de leasing.

b) Contracte de leasing financiar, ale căror clauze contractuale nu au fost respectate de către utilizator. De regulă, soluționarea situației a constat în rezilierea imediată a contractelor de leasing. În aceste cazuri s-a ținut cont de șansele de valorificare a bunurilor ce au constituit obiectul contractelor de leasing (s-a avut în vedere faptul că, de exemplu, tehnica de calcul se putea valorifica la un preț mult mai scăzut decât cel obținut în urma executării contractelor aferente). S-a ținut cont de asemenea de eficiența recuperării bunurilor, în sensul că, erau situații în care costurile de recuperare puteau să depășească veniturile ce s-ar fi încasat în urma recuperării. Este important de menționat că, locatorul/utilizatorul unui număr semnificativ de contracte de leasing a fost o societate comercială care, deasemenea, se afla în procedura prevăzută de Legea nr. 64/1995, republicată. Această societate, la rândul ei, a subînchiriat bunurile altor utilizatori (persoane fizice și juridice), încasând astfel chiria contractuală. Sumele încasate de către societatea respectivă nu au fost virate în contul finanțatorului-proprietar S.C. LEASING S.R.L. Situația creată a îngreunat semnificativ recuperarea bunurilor, obiecte ale contractelor de leasing, motiv pentru care administratorul judiciar a considerat oportună încheierea unei înțelegeri cu utilizatorii finali, în sensul cumpărării de către aceștia a bunurilor. Acest mod de rezolvare a problemei s-a dovedit a fi eficient în cazul a cca. 10% din contracte.

Întrucât, potrivit art. 42 din Legea nr. 64/1995, republicată, de la data deschiderii procedurii se suspendă toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale, administratorul judiciar al S.C. LEASING S.R.L. a solicitat judecătorului-sindic să oblige lichidatorul societății utilizatoare la predarea bunurilor luate în leasing.

Recuperarea bunurilor este mai ușoară în cazul mijloacelor de transport, având în vedere că la sfârșitul perioadei de leasing autoturismele și motocicletele practice sunt retrase din circulație, ca urmare a expirării certificatelor de înmatriculare.

Celealte bunuri, precum mobilier, instalații de climatizare, utilaje, aparate de măsură și control pot fi utilizate în continuare de către beneficiari, recuperarea acestora realizându-se într-un ritm foarte lent.

În derularea contractelor de mai sus, administratorul judiciar a luat în considerare prevederile art. 15 din OG nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing, precum și drepturile și obligațiile contractuale ale părților, conform cărora în cazul în care utilizatorul nu execută obligația de plată a ratei de leasing timp de două luni consecutive, finanțatorul are dreptul de a rezilia contractul de leasing, iar utilizatorul este obligat să restituie bunul, să plătească ratele scadente, cu daune-interese, dacă în contract nu se prevede altfel. Evident, exercitarea dreptului prevăzut de această clauză față de utilizatorul ajuns în stare de insolvență nu este imposibilă, dar șansele de a obține vreun rezultat sunt aproape nule.

Din cauza suspendării operațiunilor de executare, neavând altă posibilitate de recuperare a bunurilor, administratorul judiciar al societății finanțatoare a solicitat înscriverea creanțelor în tabelul de obligații întocmit de lichidatorul societății utilizatoare și a solicitat acestuia predarea bunurilor care au format obiectul contractelor încheiate.

La solicitarea creditorilor depusă în cadrul procedurii, judecătorul-sindic a dispus ridicarea dreptului debitoarei de a-și administra bunurile și a dispune de acestea, iar administratorul judiciar a fost însărcinat cu conducerea în tot a activității debitoarei. Patrimoniul debitoarei a fost preluat de către administratorul judiciar în urma operațiunii de inventariere a patrimoniului, conform prevederilor legale.

Potrivit prevederilor art.91 din Legea nr.64/1995, republicată, până la afișarea tabelului definitiv al creanțelor debitorul avea posibilitatea depunerii unui plan de reorganizare a societății, întrucât în cadrul cereri introductive de deschidere a procedurii și-a prezentat intenția de reorganizare, în condițiile prevăzute la art.33, respectiv art. 39. Astfel, la termenul prevăzut, au fost depuse la dosarul cauzei atât tabelul definitiv cuprinzând obligațiile debitorului, cât și planul de reorganizare propus de debitor.

Valoarea totală a obligațiilor S.C. LEASING S.R.L., cuprinsă în tabelul definitiv de creanțe a fost în sumă de 186.472 mil. lei. În baza art.83 alin.(2) din lege, creanțele exprimate în valută au fost înregistrate în tabel la valoarea lor în lei, la cursul Băncii Naționale a României existent la data deschiderii procedurii.

Potrivit celor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe se poate constata că, creanțele creditorilor garanția (art.120 alin.1, pct.2 din Legea nr.64/1995) se cifrează la 142.586 mil. lei, creanțele izvorăte din raporturi de muncă, pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii (art.122,

pct.3) au valoarea de 93 mil. lei, creanțele bugetare (art.122, pct.4) sunt în sumă de 22.837 mil. lei, creanțele chirografare (art.122, pct.7) au valoarea totală de 3.994 mil. lei, iar suma creanțelor supuse unei condiții suspensive (art.126 pct.1) este de 16.961 mil. lei.

Față de valoarea totală a datoriilor debitoare înregistrate în tabelul definitiv de creanțe, în planul de reorganizare elaborat și depus de debitor s-a prevăzut achitarea sumei de 152.671 mil. lei. Luând în considerare prevederile art.92 pct.3, eşalonarea plății datoriilor s-a făcut pe o perioadă de doi ani de la data confirmării planului de reorganizare.

Întrucât planul de reorganizare a prevăzut achitarea parțială a datoriilor debitorului, administratorul judiciar a analizat viabilitatea planului sub aspectul posibilității acceptării de către judecătorul-sindic și dacă poate fi supus votării conform legilor în vigoare. S-a constatat că, în ultimii 5 ani precedenți debitorul nu a introdus la tribunal cerere similară de reorganizare a societății și nu a fost obiectul unei astfel de cereri introduse de creditori, precum și faptul că planul conține toate datele și informațiile prevăzute de lege.

Planul de reorganizare propus are ca scop rentabilizarea activității societății, achitarea datoriilor într-o măsură mai mare decât în cazul lichidării patrimoniului în procedura falimentului. În cei doi ani de executare a planului de reorganizare s-a prevăzut a fi achitatate datoriile societății în proporție de 81,87%. Este de menționat faptul că, în cazul unei eventuale proceduri de faliment ar fi posibilă achitarea datoriilor într-o proporție mult mai redusă (aproximativ 55%) decât în cazul reorganizării judiciare.

În vederea obținerii de resurse financiare pentru susținerea realizării planului, s-a prevăzut în cadrul acestuia, derularea în condiții optime a contractelor de leasing cu partenerii contractuali care respectă clauzele contractuale, acționarea asigurătorilor de risc de neplată pentru recuperarea daunelor, rezilierea contractelor cu partenerii care nu respectă termenele de plată, valorificarea bunurilor la care se reziliază contractele de leasing, valorificarea unor bunuri de natură imobilizărilor corporale proprii ce nu constituie obiectul vreunui contract de leasing, reducerea cheltuielilor de exploatare, inclusiv prin reducerea numărului de personal. Planul de reorganizare prevede de asemenea, încheierea noilor contracte de leasing pe seama fondurilor ce se realizează, în condițiile în care s-a negociat aplicarea unei perioade de grătie în ceea ce privește rambursarea fondurilor ce se obțin în favoarea unor societăți bancare.

Analizând situația de cash-flow elaborată în baza planului de reorganizare se poate constata că, plata datoriilor conform graficului de eşalonare prevăzut în plan, poate fi realizată. Luând în considerare cele precizate, administratorul judiciar a considerat că planul de reorganizare este realizabil.

Planul de reorganizare elaborat și depus, a fost admis de către judecătorul sindic, a fost supus votului creditorilor, iar în urma votării, a fost confirmat de către judecătorul-sindic.

Votarea și confirmarea planului de reorganizare s-au făcut în baza prevederilor Legii nr.64/1994, înainte ca aceasta să fi fost modificată de prevederile Legii nr.249/2005.

Pentru a ușura procesul de votare a planului, administratorul judiciar a elaborat în baza prevederilor art. 99 din Legea nr. 64/1995, republicată, un tabel de votare, cuprinzând în tabel categoriile distincte de creanțe, care votează separat (anexa A2). Categoria creanțelor defavorizate reprezintă aceea categorie de creditori pentru care s-a prevăzut în plan achitarea unor sume mai mici decât cele cu care aceștia au fost cuprinși în tabelul definitiv de obligații ale debitorului, așa cum prevede art.95 din Lege.

Potrivit prevederilor legale în vigoare planul de reorganizare a fost socotit acceptat de către o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul a fost acceptat în următoarele condiții cumulative:

- de către o majoritate de două treimi din valoarea creanțelor din acea categorie;
- de către cel puțin jumătate din numărul titularilor de creanțe din categoria respectivă.

În cazul categoriilor de creanțe care nu au fost defavorizate de plan, s-a considerat că acestea au acceptat planul.

În cazul creanțelor în favoarea cărora nu s-a prevăzut nici o plată, s-a considerat că titularii acestora au respins planul.

Dacă avem în vedere cele prezentate în anexa A2, creditorul B1 (bancă finanțatoare) – care a votat în categorie distinctă, având o creanță care depășește 10% din valoarea tuturor creanțelor împotriva averii debitorului (situație similară având și o altă bancă -B2) – a fost defavorizat prin plan.

Celealte 2 categorii de creanțe garantate și creanța salariajilor nu au fost defavorizate prin plan; toate celelalte categorii sunt defavorizate prin plan.

Întrucât creditorul B1 a votat planul, potrivit prevederilor art.99 și 100 din lege, acesta a fost confirmat de către judecătorul-sindic. În cazul



în care creditorul B1 ar fi votat împotriva planului de reorganizare, acesta nu ar fi fost acceptat, urmând ca judecătorul-sindic să disponă intrarea în faliment a debitului.

În urma confirmării Planului, debitul își continuă activitatea, în baza celor prevăzute în plan. Potrivit prevederilor legale, debitoarea este condusă de persoanele legal împuternicate să o reprezinte, sub supravegherea administratorului judiciar. Acționarii, asociații și membrii cu răspundere limitată nu au dreptul de a interveni în conducerea activității ori în administrarea averii debitoarei, cu excepția și în limita cazurilor expres și limitativ prevăzute în lege și în planul de reorganizare.

Orice furnizor de servicii - electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonic sau altele asemenea - nu are dreptul, în perioada de reorganizare, să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitul sau către averea debitului.

Dacă debitul nu se conformează planului sau desfășurarea activității, aduce pierderi averii sale, administratorul judiciar, comitetul creditorilor sau oricare dintre creditori, precum și reprezentantul membrilor ori, după caz, al asociațiilor/actionarilor poate solicita oricând judecătorul-sindic să aprobe intrarea în faliment, în condițiile art. 106 și următoarele. Dacă judecătorul-sindic aproba o astfel de cerere, modificările aduse creanțelor prin planul de reorganizare rămân definitive.

În perioada desfășurării planului de reorganizare, debitul sau, după caz, administratorul va trebui să prezinte, trimestrial, rapoarte judecătorului-sindic asupra situației financiare a averii debitului. Rapoartele vor fi înregistrate la grefa tribunalului și debitul sau, după caz, administratorul judiciar va notifica aceasta tuturor creditorilor, în vederea consultării rapoartelor. De asemenea, administratorul judiciar va prezenta și situația cheltuielilor efectuate pentru bunul mers al activității, în vederea recuperării acestora, potrivit art. 101 alin. (4). Asupra acestei cereri judecătorul-sindic se va pronunța prin încheiere. Creditorii vor fi convocați la sfârșitul fiecărui trimestru pentru a asculta raportul și darea de seamă contabilă.

III. Popuneri

Ca o concluzie a celor prezentate mai sus, putem reține faptul că, în activitatea de reorganizare judiciară și faliment se ridică o serie de probleme ce trebuie rezolvate în legătură cu operațiunile de leasing, probleme care nu sunt reglementate foarte clar în cadrul normelor legale, nu sunt suficient tratate în literatura de specialitate și nu există nici practică judiciară suficientă în domeniul. Considerăm că o reglementare legală ar contribui la îmbunătățirea activității practicienilor în insolvență, și suntem convingiți că ar servi intereselor societăților de leasing prin stabilizarea climatului de afaceri.

Potrivit opiniei noastre, ar fi oportună clarificarea prin norme legale în primul rând a soartei contractelor de leasing în cea ce privește posibilitatea sau obligativitatea menținerii ori denunțării acestor contracte de către administratorul/ lichidatorul judiciar.

Aceste reglementări ar putea fi cuprinse atât în cadrul legislației insolvenței cât și în cadrul normelor legale care reglementează activitatea de leasing.

S.C. LEASING S.R.L.

Sinteză tabelului definitiv de creante utilizat la votarea planului de reorganizare

- Anexa A2 -

Categorie de votare	Denumirea creditorului	Nr. votanți	Creante înregistrate		Suma prevăzută a fi achitată în Plenul de reorganizare
			Sumă cuprinsă în tabelul definitiv de creante (lei)	%	
1 Creanța garantată care depășește 10% din valoarea tuturor creanțelor	B1	1	93 948 360 848	100%	93 940 000 000
Creanța garantată care depășește 10% din valoarea tuturor creanțelor	B2	1	19 736 233 580	100%	19 736 000 000
	B3	1	16 118 136 408	55.77%	16 118 000 000
	B4	1	9 989 135 432	34.85%	9 989 000 000
Categoria celorlalte creante garantate	B5	1	2 794 859 868	9.87%	2 795 000 000
TOTAL		3	28 902 133 709	100%	28 902 000 000
Categoria creanțelor izvurate din raporturi de muncă, pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii	Salarii și societăți	1	92 881 559	100%	93 000 000
Categoria creanțelor bugetare	Creante bugetare	1	22 837 090 052	100%	10 000 000 000
Categoria creanțelor chirografare	Alte creante	9	3 994 573 318	100%	—
TOTAL			169 511 379 166		

Nota:

B1 - B5 reprezintă instituții bancare

Un plan va fi socotit acceptat de catre o categorie de creante dacă în categoria respectivă planul este acceptat în următoarele condiții cumulativ:

a) de către o majoritate de două treimi din valoarea creanțelor din acea categorie,

b) de către cel puțin jumătate din numarul titularilor de creante din categoria respectivă.

Intocmit,
Administratorul judiciar

Aplicarea principiului continuității activității în cazul entităților aflate în stare de insolvență



Lector univ.dr. Ovidiu Bunget
Facultatea de Științe Economice a
Universității de Vest din Timișoara
Membru UNPRL, Filiala Timiș



Preparator univ. Alin Dumitrescu
Facultatea de Științe Economice a
Universității de Vest din Timișoara

I. Principiul continuității activității – principiu de bază al contabilității

Principiul continuității activității este unul fundamental pentru elaborarea situațiilor financiare. În baza acestui principiu, o entitate este privită ca având o continuitate a activității sale în viitorul previzibil, neavând nici intenția și nici nevoie de a fi lichidată, de ași suspenda activitatea sau de a căuta protecție față de creditori potrivit legislației. Așadar, activele și pasivele sunt înregistrate după principiul conform căruia entitatea va putea să realizeze activele sale și să-și stingă obligațiile în cursul normal al activității sale.

Conform Ordinului Ministrului Finanțelor Publice nr. 94/2001 pentru aprobarea Reglementărilor contabile armonizate cu Directiva a IV-a a Comunităților Economice Europene și cu Standardele Internaționale de Contabilitate în *Reglementări contabile pentru agenții economici*,¹ referitor la principiul continuității activității, se precizează: „Aceasta presupune că întreprinderea își va continua în mod normal funcționarea într-un viitor previzibil, fără a intra în imposibilitatea continuării activității sau reducerea semnificativă a acesteia. Dacă administratorii întreprinderii au luat cunoștință de unele elemente de nesiguranță legate de anumite evenimente care pot duce la incapacitatea acesteia de a-și continua activitatea, aceste elemente trebuie prezentate în notele explicative. În cazul în care situațiile financiare nu sunt întocmite pe baza principiului continuității activității, această informație trebuie prezentată împreună cu explicații privind modul de întocmire a raportării financiare respective și motivele ce au stat la baza deciziei conform căreia întreprinderea nu își mai poate continua activitatea.”

Definiția adoptată de legislația contabilă românească se înscrie în cadrul prezentării principiului în discuție de către IASC (International Accounting Standards Committee) în paragraful 23 din „Cadrul general de întocmire și prezentare a situațiilor financiare”, care precizează că „Situatiile financiare sunt elaborate, de regulă, pornind de la prezumția că o întreprindere își va continua activitatea și în viitorul previzibil. Astfel se presupune că întreprinderea nu are intenția și nici nevoie de a lichida sau reduce în mod semnificativ activitatea sa; dacă o astfel de intenție sau nevoie există, s-ar putea să fie nevoie ca situațiile financiare să fie întocmite pe o bază diferită de evaluare și, în acest caz, vor fi prezentate informațiile referitoare la baza utilizată.”²

Importanța acestui principiu în reflectarea unei imagini fidele de către situațiile financiare a contribuit la ridicarea principiului continuității activității, după anumii autori, la rangul de „postulat al continuității exploatației”.

Din punct de vedere istoric, apariția acestui principiu este strâns legată de dezvoltarea comerțului, a creditului și a vietii afacerilor. Până în vremea Renașterii, întreprinderile erau înființate, explicit, pentru realizarea unor operații determinante în timp. Atunci când se finalizau operațiile, se stabilea rezultatul și întreprinderea era desființată. O altă denaturare de la înțelegerea acestui principiu se datorează și caracterului de „afacere de familie”, caracter îmbrăcat de

către manufacțuri în Evul Mediu și care constă în asimilarea existenței unei societăți cu durata vieții proprietarilor ei, fapt care a contribuit la denumirea principiului în discuție: „permanență întreprinderii”. Atenuarea și dispariția acestei abordări a avut loc în momentul apariției societăților pe acțiuni.

Combaterea acestor abordări asupra principiului continuității activității nu trebuie să ne conducă la extrema opusă și să afirmăm că întreprinderea va avea o viață nedefinită în timp sau permanentă. În fapt, el presupune că entitatea va continua să existe o perioadă suficient de lungă, astfel încât obiectivele strategice și activitățile prevăzute pentru realizarea acestora să poată fi atinse și ca angajamentele și contractele asumate să fie respectate. O altă abordare se referă la faptul că respectarea principiului continuității activității presupune că perioada de existență a societății să fie mai mare decât perioada de viață utilă a activelor sale, fapt care conduce astfel, la clasificarea activelor în bilanț în active pe termen lung și active pe termen scurt, dar și la diferențierea pasivelor societății între averea acționarilor, datorile pe termen lung și cele pe termen scurt.

Practica amortizării activelor corporale pe termen lung este o consecință directă a acestui principiu. Conceptul de amortizare presupune că întreprinderea va fi activă o lungă perioadă; în caz contrar, costul activului, neaducând beneficii economice viitoare, va fi considerat o cheltuială a anului achiziționării și ca atare, el nu va fi capitalizat în bilanț, în vederea amortizării pe parcursul mai multor exerciții. Dacă există dubii serioase asupra continuității exploatației, este preferabil ca pasivul să se prezinte în următoare ordine: creditorii garanți, creditorii privilegiați, creditorii ordinari, acțiunile privilegiate și averea acționarilor ordinari.

Acest principiu este adesea văzut ca un argument justificativ al recursului la costul istoric: în ipoteza că întreprinderea își va continua în mod normal activitatea, afacerile în curs se vor derula în continuare, imobilizările vor fi utilizate în mod adecvat etc. Regula valorii de piață (valabilă în condițiile opticii lichidative), este implicit eliminată din considerente de pertinență. Întreprinderea este percepută ca un proces continuu de creare de valori prin transformarea factorilor de producție în produse și venituri, ca o cretere de la costuri (istorice) la valori.

Principiul continuității vine să rezolve paradoxul pe care îl constituie faptul de a prezenta o informare periodică asupra unei activități continue. El realizează o reconciliere între decupajul temporar al vieții întreprinderii și realitatea economică, asemenea unui liant: situațiile financiare trebuie interpretate din perspectiva continuității activității și că ele nu reprezintă o stare finală. Luarea în calcul a continuității activității condiționează semnificația informațiilor din situațiile financiare anuale: dacă acest lucru nu se verifică în practică, situațiile financiare întocmite pe baza principiilor care decurg din această convenție sunt false sau cel puțin nu sunt fidele. Continuitatea activității nu este o ipoteză pe care, în mod tacit, o putem accepta, ci ea trebuie să fie verificată.

Obligația implicită de apreciere și de realizare de judecăți față de continuitate ridică o dublă întrebare: până la ce nivel trebuie să

meangă această verificare și care sunt criteriile de verificare a continuității? Aprecierea stării de (ne)continuitate poate să ne conducă la aprecierea realizării unui diagnostic economic al întreprinderii. Însă chiar și prin realizarea unei asemenea lucrării proba continuității activității se poate dovedi un eșec.

Proba continuității activității nu trebuie să fie un obiectiv în sine: ideea de presupunere implică mai degrabă faptul că această convenție va fi acceptată în lipsa probei contrarii, ceea ce a necontinuității. Pe de altă parte, faptul că întreprinderea cunoaște la un moment dat anumite dificultăți (greutăți de realizare a exportului, chiar dacă acesta reprezintă ponderea în cifra de afaceri, datorită unor evenimente temporare, gen războiul zonale etc. cu efect asupra desfășurării activităților de producție) nu reprezintă în mod obligatoriu o încetare totală sau parțială a activității. Este indicat ca nu se exageră în ceea ce privește această obligație de verificare, ținându-se seama și de următoarele observații:

- nu se pune problema de a face o judecată de valoare relativă la continuitatea activității pe termen lung, ci doar de a valida semnificația informației produse în fiecare exercițiu finanțier: rezultă că aprecierea continuității activității se va întinde doar asupra unui exercițiu finanțier, deci pentru douăsprezece luni viitoare;

- faptul că anumite impiedicări particulare și temporale fac nesigură într-un anumit fel continuitatea activității, nu justifică abandonul acestei convenții, aceasta putându-se reflecta în viitor, posibil într-o sesiune parțială sau totală de activitate, reflectată ca atare în situațiile finanțierelor;

- nu este vorba de a face opțiunea între o continuitate foarte probabilă și perspectiva cedării activității: informația poate fi nuanțată în cadrul notelor explicative la situațiile finanțierelor. În ipoteza că principiul continuității activității suferă erodări, riscul ce există poate fi menționat (precizându-se natura acestor dificultăți ori rațiunile pentru care principiul a fost totuși menținut), stare ce vine să relativizeze acest principiu.

Având în vedere aceste considerente se poate afirma că principiul continuității trebuie definit mai degrabă *per a contrario*, așa cum este realizat în cadrul Standardelor Internaționale de Contabilitate, pentru care el exprimă faptul că la data întocmirii situațiilor finanțierelor, comercianții (persoane fizice sau juridice) „nu au intenția și nici obligația de a se pune în stare de lichidare sau de reducere semnificativă a activităților lor.” (*IAS 1 Prezentarea situațiilor finanțierelor* § 7). Raționând optimist, se poate afirma că orice întreprindere care nu este în încetare de plăti (insolvență³), deci care nu este în reorganizare judiciară sau faliment, va fi presupusă că își va continua activitatea pe un viitor de încă 12 luni.⁴

Legăturile dintre principiul continuității activității și celelalte principii sunt dificil de pus în evidență, aceasta nu pentru că ele nu există sau sunt de slabă intensitate, ci dimpotrivă, pentru că acest principiu este adiacent celei mai mari părți a principiilor de contabilitate. Fără a avea pretenția de a face o demonstrație exhaustivă, se poate observa că:

- principiul continuității este complementar principiului independenței exercițiului, în sensul că procedura de etalare a cheltuielilor înregistrate în avans ori a cheltuielilor de cercetare și dezvoltare (în anumite condiții), ce vor fi repartizate pe mai multe perioade viitoare, conduce la supozitia perenității întreprinderii;

- principiul continuității legitimează, în parte, aplicarea principiului nominalismului, în special, în cazul activelor amortizabile care în bilanț apar la valoarea netă contabilă ce rezultă dintr-o repartiție a costului unui bun (corporal sau necorporal) pe o durată probabilă de utilizare,⁵ pe baza unui plan de amortizare; continuitatea activității este văzută aici implicit prin prisma faptului că aceste bunuri au fost achiziționate pentru a fi utilizate până la expirarea duratei lor de viață.

Ceea ce pare mai interesant, din punctul nostru de vedere, este studiul implicațiilor principiului continuității activității raționând *per a contrario*, punându-ne să judecăm prin prisma abandonării acestui principiu. În acest caz, imperativul imaginii fidele conduce la a prezenta situațiile finanțierelor în ipoteza lichidării (totale sau numai parțiale), pe bază de plan), de unde:

- în mod logic, au loc schimbări de metode, și implicit o să asistăm la derogații de la principiul permanenței metodelor;

- principiul independenței exercițiului (sau al specializației) va trebui, de asemenea, abandonat⁶: pentru că repartizarea cheltuielilor pe mai multe exerciții devine nefondată, acestea trebuie integrate, în totalitatea lor, în exercițiul în care s-a constatat starea de

inaplicabilitate a principiului continuității activității. De asemenea, o atenție sporită trebuie acordată elementelor de active imobilizate necorporale de tipul cheltuielilor de cercetare-dezvoltare, cheltuielilor de constituire, aplicații informatici etc., active ce prezintă interes sub aspectul prezentării lor în situațiile finanțierelor doar privite prin prisma principiului continuității activității întreprinderii;

- pe de altă parte, regulile de evaluare ce au la bază principiul nominalismului devin inoperante deoarece ne punem problema de a prezenta situația finanțieră în valori lichidative; acest fapt ne poate conduce la apariția de plus-valori de activ ori de elemente de activ non-recunoscute prin prisma aplicării principiului continuității activității. Este posibil ca o dată abandonat principiul continuității activității să asistăm la apariția de noi datorii în pasivul bilanțier (generate de contractele oneroase, litigii etc.).

Potrivit constată că cele trei principii metodologice (principiul independenței exercițiului, principiul permanenței metodelor și principiul nominalismului) ale contabilității sunt strâns legate de principiul continuității activității.

Din punct de vedere juridic, postulatul continuității a fost menționat mai întâi în textele anglo-saxone și internaționale. Europa comunitară, la rândul ei, menționează acest principiu în Recomandarea Comisiei Europene nr. 4 din 1978 și Directiva a IV-a. Deși nu au menționat acest principiu, planurile contabile, emise de organismul normalizator francez, în 1947 și 1957, au publicat reguli care să fie în acord cu practicile general admise, legate de continuitatea exploatației: amortizarea imobilizărilor, utilizarea conturilor de regularizare, etalarea anumitor cheltuieli înscrise în activ, evaluarea în costurile istorice etc. Cu toate că Planul contabil general francez din 1982 nu menționează continuitatea în secțiunea dedicată principiilor generale (de altfel, foarte puțin dezvoltată), el face referire la aceasta atunci când tratează evaluarea bunurilor și regulile de prezentare a documentelor de sinteză. În schimb, legea contabilă din 1983 inserează continuitatea într-un articol distinct al Codului de Comerț. Până la aplicarea legii din 1 martie 1984, privind prevenirea dificultăților întreprinderilor, comisarii de conturi (auditorii legali) francezi manifestau o atitudine relativ pasivă față de acest principiu. Astăzi, prin legea amintită mai sus (aplicabilă societăților mari), se solicită comisarului de conturi o vigilanță mult mai mare. Comisarul de conturi poate declanșa „procedura de alertă”, cerând explicații consiliului de administrație, convocând reunirea acestuia sau întocmind un raport special care să fie prezentat adunării generale a acționarilor, în cazul în care, în urma examinării situației întreprinderii, sunt relevante aspecte care vin să compromită continuitatea activității.

Continuitatea exploatației este o ipoteză care conduce la evaluarea bunurilor, în funcție de utilitatea lor, presupunând că dimensiunea activității întreprinderii se va menține fără o reducere sensibilă într-un viitor previzibil. Ea implică, deci, analiza întreprinderii, ceea ce presupune fie confirmarea orizontului său economic, în care nu intervin insuficiențe majore în activitate, fie afirmarea stării de necontinuitate.

Precizarea uneia sau a celeilalte situații are consecințe directe asupra metodelor de evaluare, verificarea principiului realizându-se la închiderea exercițiului, cu ocazia inventarierii, înainte de întocmirea situațiilor finanțierelor anuale. Starea de continuitate sau de necontinuitate este judecată și afirmată de conducerea întreprinderii și de organele de control al activității acesteia. În caz de continuitate, evaluarea patrimoniului și, implicit, determinarea rezultatelor se fac ținând cont de valoarea de utilitate a bunurilor; în caz de necontinuitate, se va recurge la alte valori decât valoarea de utilitate, numite, în teorie și în practică, *valori lichidative*.

Continuitatea exploatației se apreciază de către organele de direcție ale întreprinderii. În general, perioada considerată este exercițiul care urmează închiderii. În același timp, trebuie să fie luate în considerare toate elementele de apreciere cunoscute cu ocazia întocmirii conturilor, chiar dacă efectele acestora pot să se producă dincolo de sfârșitul exercițiului următor. Unele evenimente posterioare închiderii conturilor pot repune în cauză continuitatea exploatației. Atunci când astfel de evenimente survin înainte de aprobatarea situațiilor finanțierelor în adunarea generală a acționarilor, este necesar ca associații să fie informați de acest fapt. Oricum, această informare este necesară chiar atunci când evenimente semnificative, survenite în această perioadă nu repun în cauză continuitatea exploatației.

II. Adevararea principiului continuității activității

Continuitatea exploatareii și aplicarea principiului în discuție ar fi lipsite de utilitate practică, iar prezentarea aspectelor teoretice ar fi realizată doar de dragul etalării diferențelor cunoștințe teoretice dacă ea nu ar fi susținută de criterii de apreciere, de o analiză a consecințelor contabile și de o abordare a evaluării în condiții lichidative.

Factorii care pot afecta capacitatea întreprinderii de a-și realiza obiectivele curente și strategice se manifestă într-o gamă diversificată și din diferite medii, având intensități diferite de la un caz la altul. Cele mai frecvente sunt dificultățile de ordin finanțier, dar nu trebuie neglijate nici cele de ordin comercial, tehnic, social, reglementar, chiar politic.

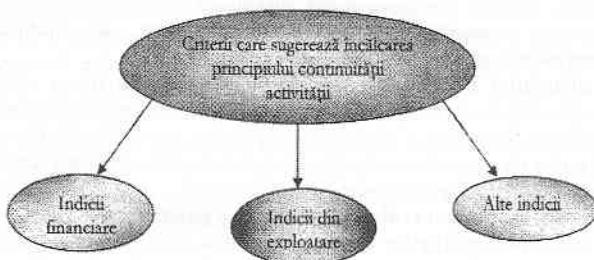
Relevarea criteriilor nefavorabile relative la continuitatea exploatareii poate să rezulte:

- din analiza conturilor anuale ale exercițiului curent și exercițiilor precedente, care reliefă o anumită situație economică și finanțieră în curs de degradare;

- din conturile previzionale ale întreprinderii sau din datele previzionale ale unui sector de activitate (elemente ale contabilității de gestiune);

- din luarea la cunoștință a evenimentelor posterioare închiderii conturilor.

În literatura de specialitate străină, dar și în standardul internațional de audit: ISA 570 „Principiul continuității activității”, criteriile sunt grupate astfel:



Indiciile financiare se referă la:

Datoria netă sau situația datoriei nete curente.

Apropierea scadenei împrumuturilor cu termen fix fără perspective realiste de reînnoire sau rambursare, sau bazarea excesivă pe împrumuturile pe termen scurt pentru finanțarea activelor pe termen lung.

Semne de retragere a sprijinului finanțier de către debitori și alți creditori.

Fluxuri de numerar operaționale negative indicate de situațiile financiare istorice sau prognozate.

Indicatori finanțieri cheie nefavorabili.

Pierderi substanțiale din exploatare ori deteriorarea semnificativă a valorii activelor utilizate pentru generarea fluxurilor de numerar.

Restanțe sau întreruperi în plata dividendelor.

Incapacitatea de a plăti creditorii la data scadenței.

Dificultate în conformarea cu termenii acordurilor de împrumut.

Schimbarea tranzacțiilor pe credit în tranzacții cu plata la livrare cu furnizorii.

Incapacitatea de a obține finanțare pentru dezvoltarea de noi produse esențiale sau alte investiții esențiale.

Indiciile din exploatare constă în:

Pierderea de membrii cheie din conducere fără înlocuirea lor.

Pierderea unei piețe principale, a franșizei, a licenței sau a unui furnizor principal.

Dificultăți cu forța de muncă sau deficiențe importante în aprovisionare.

Alte indicii se referă la:

Neconformitatea cu cerințele referitoare la capital sau cu alte cerințe legale.

Acțiuni în justiție pe rol împotriva entității, care, dacă au succes, pot avea drept rezultat obligații care probabil nu pot fi îndeplinite.

Schimbări legislative sau de politică guvernamentală așteptate să aibă un impact negativ asupra entității.

Semnificația unor astfel de evenimente sau condiții, deseori, poate fi redusă de alți factori. De exemplu, efectul incapacității unei entități de a-și onora în mod firesc obligațiile de plată poate fi ponderat de planurile conducerii de a menține un nivel adekvat al fluxurilor de numerar prin mijloace alternative, cum ar fi vânzarea de active, reeșalonarea rambursării împrumuturilor sau obținerea unui capital suplimentar. În mod similar, pierderea unui furnizor principal poate fi micșorată de disponibilitatea unei surse alternative de aprovizionare.

Trebuie precizat că înținderea fiecărui criteriu sau indiciu, luat izolat, poate să nu fie semnificativă și deci să nu afecteze continuitatea exploatareii. În general, numai acumularea mai multor criterii nefavorabile și complementaritatea lor pot să exprime un risc real asupra continuității.

În același timp, fiecare criteriu trebuie confruntat cu realitatea întreprinderii, analiza acestuia ținând cont de evoluția lui pe o anumită perioadă.

Astfel, Compania Națională a Comisarilor de Conturi (CNCC) din Franța (instituția care reunește comisarii de conturi: auditorii legali) a formulat o listă a acestor criterii, care cuprinde:

a) Criterii bazate pe situația finanțieră:

- situația netă negativă;
- fondul de rulment insuficient sau într-o stare de deteriorare evidentă;
- situația de trezorerie negativă sau agravată în asemenea proporții încât ar solicita cereri de reeșalonare a scadențelor sau ar conduce la imposibilitatea plății creditorilor la scadență;
- imposibilitatea de a reînnoi, la scadență, creditele indispensabile sau de a obține finanțări suplimentare necesare;
- cererea formulată de terți privind acordarea unor asigurări exorbitante întreprinderii;
- căutarea de surse de finanțare excesiv de oneroase;
- creditul-furnizori inferior normelor sau nul;
- starea finanțieră precară a unui debitor important;
- abandonul politicii obișnuite de distribuire a dividendelor sau dividende distribuite în pofida unor importante rezultate deficitare;
- absorbția unei filiale în dificultate sau „filializarea” unui sector important;
- decizia societății mamă de a suprima susținerea finanțieră a unei filiale;
- garanții conferite unor filiale aflate, și ele, în dificultate.

b) Criterii bazate pe exploatare:

- capacitatea de autofinanțare negativă (rezultatul exploatareii negativ sau insuficient pentru acoperirea amortismentelor economice);
- pierderi importante de clientelă (pierderea unor piețe importante, reducerea numărului de comenzi sub pragul de rentabilitate);
- dispariția unor surse importante de venit, direct sau prin intermediu filialelor;
- grad de subactivitate mare și continuu, în anumite sectoare ale întreprinderii;
- pierderi de licență și de brevete, reînnoirea concesiunilor;
- ruptură în regimul de aprovizionare cu materii prime esențiale.

c) Alte criterii:

- conflicte sociale grave și repetate;
- distrugerea capacitatii de producție;
- schimbări nefavorabile de lege sau de proiecte de lege;
- conflicte grave în activitatea unor clienți sau furnizori importanți; dificultăți politice serioase în țara partenerilor comerciali străini;
- plecarea salariaților indispensabili;
- consecințe ale procedurilor judiciare în curs;
- neexecutarea de către terți sau de către întreprindere a unor convenții esențiale (pe linie de distribuție, prelucrare la terți a unor componente din contract etc.);
- dependență semnificativă de succesul unui proiect (nepracticarea unui portofoliu de activități, asiguratoriu din punct de vedere al riscului);
- catastrofe naturale în întreprindere sau la un terț.

În același timp, în listă sunt menționate și modalitățile de atenuare a influențelor nefavorabile:

a) În domeniul valorilor de activ și de pasiv:

cesiunea activelor care nu mai sunt necesare exploatareii;

posibilitatea reaprovizionării și reînnoirii cu întârziere a unor stocuri sau imobilizări;

recursul la contractele de leasing finanțier;
negocierea unui nou scadență al datorilor;
reînnoirea împrumuturilor, la scadență;
reducerea sau suprimarea dividendelor de distribuit;

recursul la deținătorii de capitaluri sau intrarea de noi asociați.

b) În domeniul exploatarii:

suprimarea sectoarelor de activitate cu capacitate de autofinanțare negative;

amânarea cheltuielilor de întreținere sau de cercetare-dezvoltare;
reducerea cheltuielilor generale;

funcționarea provizorie în regim de subactivitate;

creșterea dividendelor obținute de la filiale și a altor venituri decât încasările curente;
obținerea de subvenții de exploatare.

c) În alte domenii se manifestă posibilitatea de:

a înlocui rapid clienți și furnizori aflați în dificultate;

a găsi noi piețe și a lansa noi produse;

a înlocui persoanele, în principiu, indispensabile (care au plecat din întreprindere).

În România anului 2005 putem considera drept indicii de nerespectare a principiului continuării activității și restricțiile ce vor fi impuse de Uniunea Europeană în diverse sectoare economice față de calitatea de membru al acesteia, aspect care poate fi conturat și de experiența fostelor țări comuniste care au devenit, recent, membre, experiență ce relevă o intensificare a mediului concurențial odată cu libera circulație a capitalului, produselor și forței de muncă, fapt care a determinat în mod direct falimentul unui procentaj semnificativ din numărul societăților comerciale, societăți ce reprezentau actori importanți pe scena economiilor respective.

Un alt indiciu al nerespectării principiului continuării activității, propriu economiei românești, poate fi reprezentat și de nerespectarea convențiilor de eșalonare a obligațiilor față de bugetul consolidat al statului, agreate de către un număr important de entități mari privatizate, care prevăd că anumite datorii erau/sunt „amâname în vederea scutirii”, urmând ca, în cazul nerespectării obligațiilor de plată a eșalonărilor, sumele „amâname în vederea scutirii” să fie „activate” și să devină exigibile.

III. Consecințele aplicării principiului continuării activității

Plecând de la diferențele criterii de apreciere, analiza efectuată, cu ocazia întocmirii situațiilor financiare anuale, permite degajarea a trei tipuri de situații:

1. Nu există nici un risc sau incertitudine privind capacitatea întreprinderii de a-și continua activitatea într-un viitor previzibil.

2. Există un anumit număr de riscuri și incertitudini, capacitatea întreprinderii de a continua activitatea depinzând de realizarea sau nerealizarea acestora.

3. Ținând cont de diferențele elementele de apreciere, este foarte probabil ca întreprinderea să se găsească într-un viitor apropiat, în starea de incapacitate de a continua exploatarea.

Deși, în practică, este foarte dificil să se opteze clar pentru una din situații, acest lucru trebuie realizat deoarece fiecare din cele trei situații conduce la consecințe contabile distințe, referitoare la aplicarea principiului continuării activității:

1. Continuitatea exploatarii este asigurată – este situația cea mai simplă, fiind întâlnită în cazul majorității întreprinderilor. Situațiile financiare sunt întocmite prin aplicarea celorlalte principii, a regulilor și metodelor contabile general admise.

Absența, în notele explicative, a unor informații referitoare la acest aspect semnifică, implicit, pentru utilizatorii situațiilor financiare, că entitatea se regăsește în situația normală de continuitate a activității și că situațiile financiare au fost întocmite în baza acestui principiu de bază.

2. Continuitatea activității este nesigură – este situația frecventă, pentru întreprinderile aflate în dificultate.

Incercarea legată de capacitatea întreprinderii de a-și continua activitatea nu justifică, în mod normal, abandonul principiului continuării activității: măsurile luate sau în curs de execuție explică menținerea convenției, în vederea întocmirii situațiilor financiare.

Această situație presupune două situații:

a) incertitudinile planează în momentul întocmirii situațiilor financiare – această situație trebuie să antreneze prezentarea în notele explicative a ipotezelor și a condițiilor care justifică menținerea *per a contrario* a principiului continuării activității.

b) incertitudinile au dispărut în momentul întocmirii situațiilor financiare – acest caz presupune prezentarea, optională, a situației în notele explicative.

3. Continuitatea activității nu este sigură – atunci când întreprinderea nu poate să continue exploatarea fie din intenția sa, fie din obligație sau din inițiativa terților creditori, convenția contabilă de continuitate trebuie abandonată și prezentată *per a contrario*, fapt care determină prezentarea activelor la nivelul unor *valori lichidative*. O astfel de prezentare este relativ rară, deoarece spiritul de siguranță asupra unui eveniment cum este încetarea activității trebuie să guverneze întocmirea situațiilor financiare. În baza acestei certitudini, numai valorile lichidative (chiar dacă ele sunt estimate sau aproximative, datorită dificultăților de determinare) sunt acelea care creează premisele pentru obținerea unei imagini fidele asupra situațiilor financiare, patrimonului și rezultatului întreprinderii.

Principalele efecte ale abandonului convenției contabile de continuitate se referă la următoarele aspecte:

I Efecte asupra celorlalte principii contabile:

- **principiul permanenței metodelor** nu mai este aplicat, deoarece valorile lichidative sunt, cel mai adesea, diferite de costurile istorice, precum și din necesitatea înregistrării activelor și pasivelor latente, generate direct de încetarea activității;

- **principiul independenței exercițiilor** nu mai este nici el aplicat, deoarece trebuie pus în evidență ansamblul de evenimente viitoare iminente: concedierea, impozitele generate de lichidarea întreprinderii, abandonarea contractelor etc.

- **principiul prudenței** continuă să fie respectat într-o anumită măsură, dar cu un amendament: dacă se dovedește necesar pentru aprecierea datorilor și cheltuielilor, precum și pentru determinarea plusurilor de valoare eventuale, aplicarea lui este atenuată deoarece aceste plusuri de valoare trebuie contabilizate.

II Efecte asupra evaluării activelor și pasivelor.

- **principiul costurilor istorice** nu se mai aplică deoarece activele sunt prezentate în situațiile financiare la valoarea lor de realizare, în timp ce pasivele sunt luate în calcul la valoarea actuală, ținând cont de datele de eligibilitate, adesea modificate;

- **principiul prudenței** – plusurile de valoare se înregistrează dacă sunt sigure;

- **limitarea sumei valorii lichidative a fiecărui element la valoarea lichidativă globală** se impune în momentul în care se procedează la o lichidare globală.

III Efecte asupra informației contabile: în notele explicative, trebuie să se menționeze principiile și metodele utilizate pentru evaluarea activelor și datorilor și pentru aprecierea ansamblului riscurilor. Trebuie prezentate, de asemenea, motivele abandonării unuia din principii general, precum și influența acestui aspect asupra situațiilor financiare.

În scopul unei delimitări mai precise și utilizării într-o manieră adecvată a noțiunii de „valoare lichidativă”, ne vom opri în continuare asupra unei prezentări a elementelor bilanțiere în condițiile dihotomiei: cost istoric – valoare lichidativă.

În situația **imobilizărilor necorporale**, dacă atunci când se respectă principiul continuării activității, acestea sunt prezentate în situațiile financiare la valoarea contabilă, valoare care, în accepția standardelor internaționale de contabilitate, reflectă diferența dintre valoarea de intrare și valoarea amortizată și/sau provizionată, după caz, primând, deci, principiul costului istoric; în situația în care principiul este perceput *per a contrario*, tratamentul aplicat diferă în funcție de natura activului necorporal:

- cheltuielile de constituire sunt recunoscute direct ca cheltuieli, aspect care are un impact direct asupra rezultatului;

- cheltuielile de dezvoltare, de asemenea, sunt recunoscute ca și cheltuieli, cu excepția cazului în care există o altă entitate care dorește să achiziționeze și să continue activitatea de dezvoltare, fapt care conferă activului necorporal o valoare de realizare;

- alte imobilizări necorporale trebuie considerate la valoarea de realizare, în cazul în care sunt vândabile, dar trebuie să se manifeste o prudență maximă deoarece valoarea acestor active depinde, adesea, de capacitatea întreprinderii de a se dezvolta și de a realiza profituri, fapt care, în cazul necontinuității activității și a lipsei de cumpărători, antrenează pierderi.

În ceea ce privește **imobilizările corporale și financiare**, atunci când se respectă principiul continuității activității, acestea sunt prezentate în situațiile financiare la valoarea contabilă, respectiv costul de achiziție, primând principiul costului istoric. În cazul nerespectării principiului continuității activității, valoarea activelor imobilizate corporale este valoarea actuală, determinată prin referință la o valoare de piață sau valoarea rezultată dintr-o promisiune de vânzare.

În cazul **stocurilor**, respectarea principiului continuității determină prezentarea stocurilor în situațiile financiare la cost de achiziție sau de producție, iar în cazul deprecierii acestora se constituie provizioane. Atunci când nu se mai respectă principiul continuității activității, stocurile trebuie reflectate la valoarea de realizare care, în cele mai multe cazuri, este inferioară valorii contabile nete. O discuție aparte vizează producția în curs de execuție (și chiar imobilizările în curs de execuție) care are o valoare nulă dacă nu se poate vinde. Pentru contractele pe termen lung, pot exista situații în care trebuie constituite provizioane suplimentare.

În condiții de continuitate, **creanțele** sunt evidențiate la valoarea nominală constituindu-se, atunci când este necesar, provizioane pentru deprecierile pentru creanțele a căror realizare este incertă. Atunci când nu se respectă principiul continuității activității, se poate pune în discuție suplimentarea provizionului, iar pentru conturile de regularizare, recunoașterea ca cheltuieli ale exercițiului.

Titlurile de plasament sunt evidențiate la costul de achiziție, iar în cazul înregistrării unor cursuri bursiere inferioare, se constituie provizioane pentru deprecierile aspecte reflectate atunci când se respectă principiul continuității. Dacă entitatea nu mai respectă principiul continuității activității, valoarea de prezentare a titlurilor de plasament este cursul bursier sau valoarea de negociere pentru titlurile necotate.

Atunci când respectă principiul continuității exploatației, **datoriile** sunt prezentate la valoarea nominală. În momentul în care nu se mai aplică principiul continuității activității, pasivul va trebui să țină cont de toate costurile de exploatare, până la înacetarea activității și de toate datoriile cauzate de înacetarea activității.

O atenție deosebită trebuie acordată:

sistării contractelor în curs de desfășurare care antrenează penalizări;

obligațiilor fiscale care decurg din lichidare;

subvențiilor pentru investiții care trebuie virate la venituri;

indemnizațiilor și salariilor compensatorii antrenate de desfacerea contractelor de muncă;

datoriilor contingente care în momentul declanșării procedurii de faliment pot deveni exigibile.

IV. Concluzii

Evaluările și previziunile în contabilitate solicită o bază explicită și stabilă, în pofida convenționalității sale. Împărtirea exploatației în exerciții se poate face numai atunci când, anticipând viitorul, activitatea tinde să se desfășoare în aceleși condiții ca în prezent și până la un orizont destul de îndepărtat, astfel încât proiectele actuale să fie încheiate.

Prin republicarea Legii contabilității nr. 82/1991, în ianuarie 2005, s-a realizat un pas important de către normalizatorul român față de respectarea aplicării principiului continuității activității astfel că, pentru societățile în lichidare, de la deschiderea procedurii până la finalizarea acesteia se consideră parcurgerea doar a unui singur exercițiu finanțiar.

O problemă rămasă de soluționat este reprezentată de calculul amortizării în perioada de lichidare, fapt care vine în contradicție cu realitatea economică care solicită reflectarea activelor, în această perioadă, la nivelul **valorilor lichidative**. Calculul amortizării se justifică doar în condițiile continuității activității, când prin calculul acesta se realizează o diminuare a rezultatului exercițiului, aspect care nu atrage însă și o ieșire a fluxurilor de numerar, fluxuri care rămân la dispoziția societății pentru realizarea de noi investiții, cu alte cuvinte – pentru realizarea continuității exploatației. Întrebarea care se pune atunci când societatea este în lichidare este aceea legată de rolul evidențierii amortizării, întrebare care devine retorică ținând cont de prezentarea anterioară.

Revenim și atragem atenția asupra perioadei imediat următoare când România va deveni membru al Uniunii Europene, chiar dacă acest lucru se va întâmpla „cândva”, mai devreme sau mai târziu,

aceasta va deveni certitudine, fapt care va avea implicații directe asupra unui procent foarte important dintre întreprinderile românești, implicații care se referă tocmai la respectarea principiului continuității activității.

Importanța principiului continuității este foarte mare deoarece el condiționează aplicarea majorității celorlalte principii, în special cele legate de evaluarea elementelor din situațiile financiare. Rolul acestui principiu a crescut în mod considerabil în ultimii ani, odată cu evoluția contabilității de la o concepție juridico-economică dominantă la o concepție cu un pronunțat caracter economic.

¹ *Reglementări contabile pentru agenți economici*, Ministerul Finanțelor Publice, Editura Economică, 2002, pag. 39

² *Standarde Internaționale de Contabilitate 2000*, pag. 48

³ „Prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului, caracterizată prin incapacitate vădită de plată a datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile” – art. 1 alin. 2 din Legea nr. 64/1994 republicată, privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului

⁴ Un indicu relativ la starea de necontinuitate a activității îl poate reprezenta înregistrarea continuă de pierderi (prin analogie cu prevederile din dreptul fiscal relative la realizarea controlului financiar de fond în situația în care întreprinderea înregistrează pierderi timp de trei ani consecutivi) un număr de ani cu impact asupra mărimii capitalurilor proprii. De altfel, art. 153, alin. 1 din Legea nr. 31/1990, republicată, legea societăților comerciale prevede că „dacă administratorii constată pierderea unei jumătăți din capitalul social, sunt obligați să convoace adunarea generală extraordinară pentru a hotărî reconstituirea capitalului, limitarea lui la suma rămasă sau dizolvarea societății.” Responsabilități pe linia judecării principiului continuității activității unei întreprinderi revin și cenzorilor, dar mai cu seamă auditorilor externi independenți care trebuie să facă public starea de necontinuitate prin raportul lor. Așa cum reiese și din definiția de la nota anterioară, legiuitorul a instituit în mod implicit o manieră de identificare-atenționare a situației de nerespectare a principiului continuității activității. De aici se pot desprinde trei posibilități:

- principiul continuității activității este acceptat în mod tacit dacă nici un fapt nu a fost în măsură să demonstreze contrariul; totuși, este indicat ca în notele explicative, la politici, principii și metode contabile, să se precizeze bazele întocmirii situațiilor financiare;

- continuitatea este pusă sub semnul întrebării, dar nu compromisă – în acest caz sunt necesare explicații obligatorii în notele explicative la situațiile financiare, cu precizarea impactului asupra bilanțului și contului de rezultate;

- continuitatea este compromisă, în acest caz situațiile financiare trebuie întocmite și prezentate pe baze diferite întrând în rol prevederile Legii nr. 64/1994 republicată, privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

⁵ În România amortizarea activelor corporale și necorporale se realizează în baza prevederilor Legii nr. 15/1994, republicată, privind amortizarea capitalului imobilizat în active corporale și necorporale și a Hotărârii Guvernului nr. 2139/2004 pentru aprobarea clasificării și a duratelor normale de funcționare a mijloacelor fixe

⁶ Abandonare legiferată în România prin intermediul Legii Contabilității nr. 82/1991 republicată în ianuarie 2005, care la art. 27, alin. (5) precizează: „Exercițiu finanțiar al unei persoane juridice care se lichidează începe la data încheierii exercițiului finanțiar anterior și se încheie în ziua precedenta datei când începe lichidarea. Perioada de lichidare este considerată un exercițiu finanțiar, indiferent de durata sa.”

Bibliografie

1. Bunget, Ovidiu - Teza de doctorat cu titlu „Repere ale contabilității românești în context internațional”
2. Feleagă, Niculae, Ionașcu, Ion - „Tratat de contabilitate financiară”, vol. I, Editura Economică, București, 1998
3. Malciu, Liliana - „Contabilitate profundată”, Editura Economică, București, 2000
4. Matiș, Dumitru și colaboratorii - „Bazele contabilității pentru viitorii economisti”, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 2005
5. Pereaș, Ion și colaboratorii - „Bazele contabilității”, Ed. Mirton, Timișoara, 2005
6. * * * Standarde Internaționale de Contabilitate 2001
7. * * * - Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 94 pentru aprobarea Reglementărilor contabile armonizate cu Directiva a II-a a C.E.E. și cu Standardele Internaționale de Contabilitate, Monitorul Oficial nr. 85/20 februarie 2001
8. * * * - Legea contabilității nr. 82/1991 republicată în Monitorul Oficial nr. 48/14 ianuarie 2005

Reproiectarea managerială și impactul asupra performanțelor manageriale

- PARTEA I -

Prof.univ.dr. Ion Verboncu
Academia de Studii Economice București



Pornind de la exprimarea lui Peter Drucker și Richard Farmer conform căreia nu există întreprinderi eficiente și ineficiente, ci întreprinderi bine conduse sau prost conduse, schimbarea managerială devine terenul demersurilor strategice și tactice, inițiate și derulate la nivel de firmă pentru atingerea unui nivel ridicat al performanțelor într-un mediu ambient complex și instabil.

Prin urmare, schimbarea managerială este nu doar o "modă" a perioadei pe care o traversăm, ci o necesitate pentru asigurarea unor parametri calitativi superiori sistemelor microeconomice de management.

Conceptul de reengineering a fost introdus pentru prima dată de către J. Champy și M. Hammer în anul 1993 în carteaua *"Reengineering the Corporation"**. Reengineering-ul în viziunea celor doi autori semnifică regândirea fundamentală și reproiectarea radicală a proceselor de afaceri, în vederea obținerii unor îmbunătățiri spectaculoase ale indicatorilor considerați astăzi critici în evaluarea performanțelor, cum ar fi costul, calitatea, service-ul și viteza.

Reengineering-ul are drept obiectiv reproiectarea proceselor, a activității curente a tuturor celor care contribuie la crearea de valoare și a fost invocat ca o modalitate majoră de flexibilizare și modernizare a proceselor economice din firmă prin reconceperea fundamentală și reproiectarea radicală a acestora.

Conceptul de reengineering se bazează pe patru cuvinte cheie: fundamental, radical, spectaculos, procese.

Elementele care impun schimbările manageriale de fond, ce nu se pot realiza decât prin reproiectare managerială, sunt, în principal, următoarele:

(a) manifestarea a numeroase disfuncționalități în funcționarea managementului și a componentelor sale. În categoria acestora, mai semnificative sunt:

exercitarea insuficientă sau deloc a funcției de previziune;

lipsa unui sistem de obiective la nivel de firmă și defalcate pe componente procesuale și structurale; acest neajuns se manifestă pe fondul inexistenței unei strategii și politici realiste, centrate pe studii de piață, studii de diagnostic și studii de proghoză;

insuficientă delimitare și dimensionare a unor componente procesuale (funcțuni, activități, atribuții și sarcini), extrem de importante în realizarea obiectivelor. Concomitent, componentele structural – organizatorice (posturi, funcții, atribuții și sarcini) sunt definite ambiguu, situație ce generează paralelisme în

exercitarea de atribuții și sarcini, diluarea responsabilității și alte neajunsuri în funcționarea structurii organizatorice;

existența unor structuri organizatorice insuficient de flexibile, dinamice și eficiente, care să permită și să incite la un comportament "agresiv" al firmei față de mediul ambient, național și internațional;

utilizarea documentelor organizatorice de bază ale firmei – regulamentul de organizare și funcționare, organograma, fișele de post - cu prioritate ca instrumente administrative, birocratice;

insuficientă structurare a autorității și responsabilității pe nivelurile ierarhice ale organizației;

derularea proceselor decizionale de o manieră predominant empirică, pe de o parte, datorită neluării în considerare a multitudinii de informații ce caracterizează o anumită problemă decizională și, pe de altă parte, datorită adoptării deciziilor pe baza experienței, intuiției, talentului managerului, neglijându-se instrumentul decizional recomandat de știință, calitatea deciziilor având de suferit din acest punct de vedere;

caracterul predominant curent al activității managerilor de nivel superior, generat de multiplele presiuni la care sunt supuși aceștia în prezent. astfel, ei se implică în rezolvarea unor probleme cu caracter rutinier, datorită unor relații economice deficitare între firme, a blocajului economico – finanțiar existent etc. Din păcate sunt destul de frecvente situațiile în care nu numai directorul economic, ci și directorul general "aleargă" după bani, consumă părți apreciabile din bugetul lor de timp pentru încasarea contravalorii bunurilor economice vândute și, în felul acesta, pentru a salva existența și funcționarea firmei pe care o conduc. Sunt neglijate aşadar, probleme strategice, de ampolare, cu impact major asupra funcționalității și eficacității pe termen lung al firmei;

lipsa unei concepții clare, a unei viziuni sistémice în ceea ce privește conceperea și funcționarea sistemului informațional;

necorelaři vizibile între volumul și structura informațiilor vehiculate pe verticala sistemului de management și poziția ierarhică a beneficiarilor acestora – manageri și executanți – situație ce provoacă adesea o "sufocare" a managerilor, mai ales de nivel superior, cu informații inutile, cu grad scăzut de agregare;

numărul încă redus al metodelor și tehnicielor de management utilizate - ședința, delegarea, tabloul de bord sau elemente ale diagnosticării, managementului prin obiective și managementului prin bugete;

insuficientă elementelor metodologice, absolut obligatorii, în utilizarea acestor metode și tehnici manageriale, situație ce

alimentează și amplifică empirismul în exercitarea proceselor de management.

(b) **multiplicarea influențelor exercitate de mediul ambiant, național și internațional;**

(c) **multiplicarea și diversificarea problemelor cu care se confruntă firmele și care necesită un management performant, generator de avantaje competitive pe piață.**

Concluzionând, modernizarea managerială este nu doar o "modă" a perioadei pe care o traversăm, ci o necesitate pentru asigurarea unor parametri calitativi superiori sistemelor microeconomice de management. Demersul strategic de ampioare ce răspunde unei asemenea necesități îl reprezintă reproiectarea managementului firmei.

Orice demers managerial complex trebuie axat pe o metodologie adecvată, structurată în etape și faze a căror respectare riguroasă este în măsură să asigure calitate și funcționalitate noului sistem de management.

În figura nr. 1 este prezentată metodologia reproiectării sistemului de management al organizației, ca importantă soluție de amplificare a potențialului de viabilitate economică și managerială a firmei.

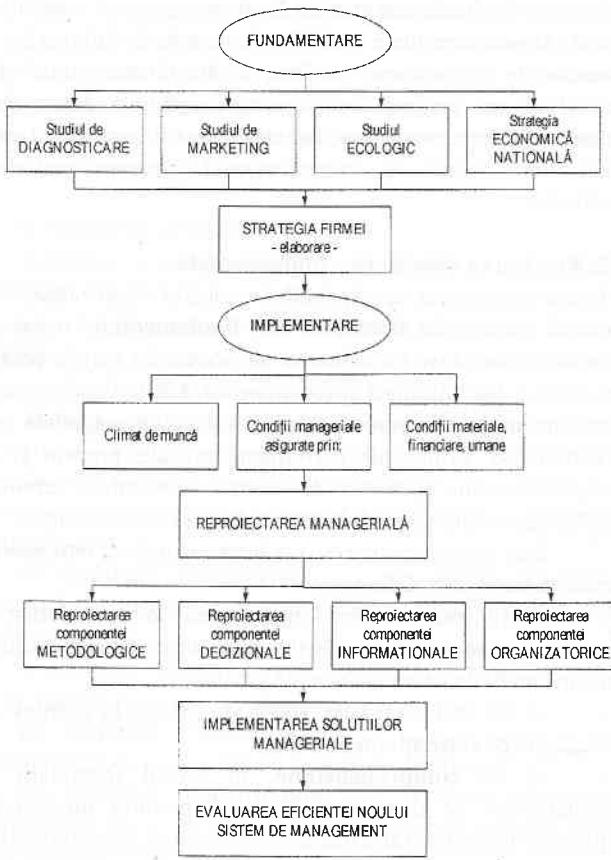


Fig. nr. 1

Metodologia reproiectării sistemului de management al organizației

Realizarea strategiei, în accepțiunea sa largă de fundamentare, elaborare propriu-zisă și implementare, este asimilată conceptului și practicii **managementului strategic**. Acest stadiu evoluat al managementului organizației, în care procesele de management regăsite în cele cinci funcții – previziune, organizare, coordonare, antrenare, control – evaluare – capătă noi dimensiuni, **proiectează și realizează schimbarea** în multiplele sale ipostaze : globală sau parțială, tehnică, tehnologică, economică, managerială și.a.m.d.

Reprojecțarea managerială este, concomitent, o **condiție** a aplicării eficiente și eficace a strategiei și o **consecință** a implementării sale. O strategie de organizație poate fi **foarte bine fundamentată și excelent elaborată** (în sensul de respectare întocmai a scenariului metodologic recomandat de știința managementului), dar să nu poată fi **operationalizată** la adevarata sa dimensiune din cauza mediului aplicativ mai puțin pregătit să accepte schimbarea.

De aici, necesitatea asigurării unor condiții materiale, financiare, umane, culturale și manageriale favorabile. Reengineeringul managerial vine, aşadar, în întâmpinarea acestor cerințe, dându-le satisfacție.

Iată cum o schimbare de ansamblu, preconizată prin (de) strategia globală, declanșează o schimbare globală în domeniul managementului, asigurată de reproiectarea acestuia.

Foarte importantă este, în economia demersului metodologic pe care îl presupune remodelarea managerială, **ordinea de succedare** (recunoaștem că termenul este un pic forțat deoarece unii „pași” se derulează în paralel) a componentelor (subsistemelor) managementului. Deși literatura de specialitate* în care autorul acestor rânduri a publicat, a „pedalat” pe o anumită succesiune a reproiectării celor patru subsisteme manageriale – începând cu cel metodologic, continuând cu subsistemele decizional și informațional și încheind cu cel organizatoric – experiența pragmatică dobândită în ocazia reproiectării managementului unor firme românești aflate mai mult sau mai puțin în dificultate economică și managerială, a determinat o reconsiderare a scenariului.

Cum MANAGEMENT înseamnă, în principal, exercitarea de procese de management, prin reproiectare managerială se realizează, practic, o **refacere radicală a acestor procese** din perspectiva eficientizării sale, a obținerii de performanțe notabile, manageriale și economico-sociale. Exercitarea proceselor de management presupune, așa cum am precizat în capitolul 2 al lucrării, **un sir neîntrerupt de decizii**, în a căror fundamentare sunt implicați managerii și executanții, în a căror adoptare sunt implicați numai managerii și în a căror aplicare sunt implicați parțial managerii și întotdeauna executanții. Ca atare, în management pot fi invocate permanent decizii de previziune, de organizare, de coordonare, de antrenare, de control și de evaluare. Pentru asigurarea unor decizii performante este necesară o reconcepere a derulării celor cinci funcții manageriale și, implicit a caracteristicilor constructive și funcționale ale sistemului de management în „perimetru” căruia se „întâmplă” aceste procese de management.

Încercăm să prezentăm această nouă concepție în materie de reproiectare managerială, fără a avea pretenția că abordarea noastră este cea mai potrivită.

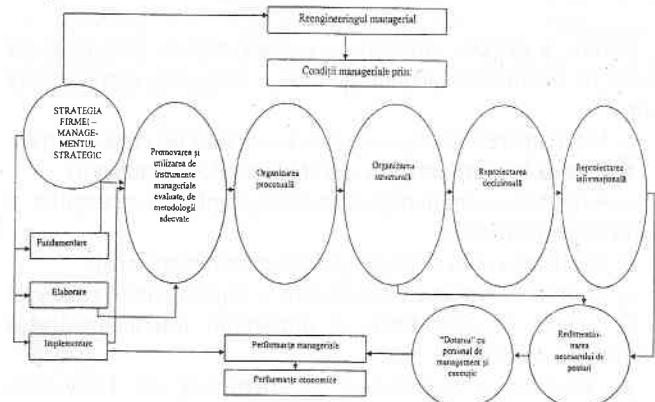


Fig 2
Scenariul metodologic al reengineeringului managerial

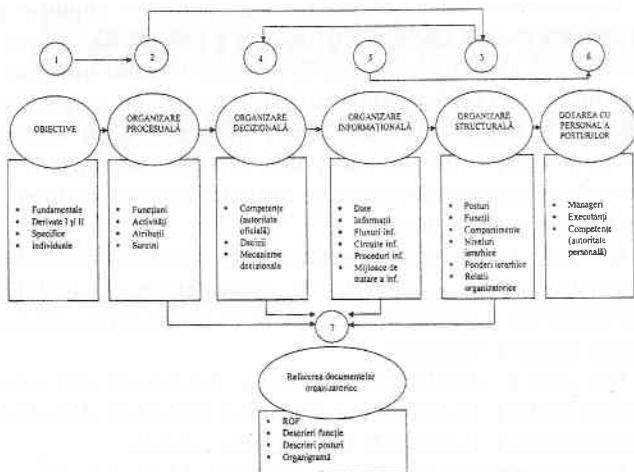


Fig. 3
Organizarea managerială în contextul reengineeringului managerial

Prima zonă de preocupări manageriale o reprezintă elaborarea și implementarea strategiei de ansamblu a firmei ce implică un proces structurat, în principal, în trei etape majore (fig.nr. 4), în cadrul cărora se derulează mai multe faze.

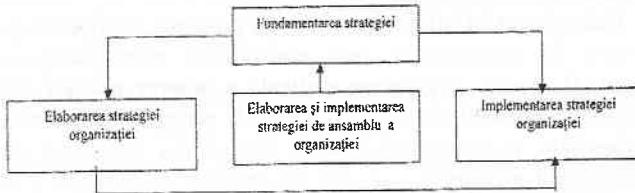


Fig. nr. 4
Procesul de elaborare și implementare a strategiei firmei

Proiecția viitorului firmei, sub forma strategiei, se realizează pe baza unui ghid structurat în trei etape, în fiecare din acesta valorificându-se un material informațional variat, furnizat de surse multiple și eterogene, din interiorul și, mai ales, din afara organizației.

A. Fundamentarea strategiei

1. Premisele strategiei

Pentru a elabora strategii și politici realiste este necesară luarea în considerare a unor premise . Cele mai semnificative sunt:

- Diferențierea strategiei în funcție de fază de viață a firmei
- Luarea în considerare a stakeholders-ilor organizației
- Asigurarea continuității elaborării și aplicării strategiilor și politicilor organizației
- Realizarea unei strategii globale multidimensionale
- Abordarea sistemică a elaborării și implementării strategiei
- Luarea în considerare a impactului internaționalizării activităților economice
- Realizarea transferului internațional de know-how managerial
- Operationalizarea flexibilă a strategiei

2. Modalități de fundamentare a strategiei

Valorificarea premeselor permite evidențierea **principalelor elemente de conținut ale etapei de fundamentare a strategiei organizației :**

- Identificarea și luarea în considerare a progozelor științifice, tehnice, comerciale, financiare, manageriale etc. privind mediul în care operează organizația
- Realizarea unor complexe studii de diagnosticare și analize SWOT
- Efectuarea de aprofundate studii de marketing
- Realizarea de studii ecologice

B. Elaborarea strategiei

A doua etapă de realizare a strategiei, deosebit de complexă, are în vedere mai multe aspecte după cum urmează :

1. Formularea misiunii organizației

Punctul de plecare în elaborarea strategiei firmei trebuie să constituie definirea cât mai exactă a misiunii acesteia, axată pe explicitarea detaliată a raporturilor dintre management, salariați și context. Aceasta constituie unul din elementele de diferențiere a sistemelor de management ale firmelor din diverse "zone" ale lumii și își are originea în diferențele culturale dintre țări, atitudinea față de management, față de crearea și întreținerea unui climat motivațional și organizațional necesar realizării obiectivelor.

2. Precizarea obiectivelor fundamentale

Prima componentă operațională a strategiei organizaționale o reprezintă obiectivele **strategice sau fundamentale**, respectiv exprimările cantitative ori calitative ale scopurilor majore pentru care acesta a fost înființată și funcționează. Ele se concretizează în noi dimensiuni economice, tehnice, sociale, manageriale etc. ale activităților firmei, ale performanțelor sale, precum și în niveluri ale unor restricții de natură economică, tehnică, tehnologică, socială și.a.m.d. de care trebuie să se țină seama.

Este necesar ca obiectivele fundamentale să întrunească anumite caracteristici definitorii:

- să fie **realiste**, în sensul luării în considerare a capacitaților și posibilităților efective de realizare de care dispune firma, în condițiile de mediu actuale și viitoare;
- să fie **mobilizatoare**, adică să implice la eforturi de autodepășire pe salariații organizației;
- să fie **comprehensibile**, în sensul formulării și prezentării lor de o manieră care să permită înțelegerea conținutului lor atât de către manageri, execuțanți, cât și de ceilalți stakeholder-i;
- să fie **stimulatoare**, adică să ia în considerare interesele și așteptările stakeholders-ilor. Această caracteristică este asigurată prin abordarea sistemică a intereselor organizației și componentelor sale, într-o viziune optimizantă, pe termen mediu și lung.

3. Stabilirea opțiunilor strategice

Dimensiunea și natura obiectivelor fundamentale generează, direct și indirect, anumite **modalități majore sau opțiuni de realizare**. În categoria lor semnalăm, ca fiind mai importante, privatizarea, restructurarea, reproiectarea sistemelor de management, specializarea producției, cooperarea în producție, diversificarea producției, informatizarea.



4. Dimensionarea resurselor necesare

Procesul de elaborare a strategiei continuă firesc cu fundamentarea necesarului de resurse, solicitate de realizarea obiectivelor. Se determină succesiv următoarele **categorii de resurse**: informaționale, tehnico-materiale, umane, financiare.

5. Fixarea termenelor de realizare a obiectivelor și derulare a opțiunilor strategice

6. Stabilirea avantajului competitiv

Valoarea pragmatică a unei strategii rezidă, în esență, în proiectarea realistă a obținerii de avantaj competitiv. Așa cum s-a subliniat, potrivit concepției lui **Michael Porter**, avantajul competitiv poate viza, în esență, fie realizarea unui cost redus al produselor sau serviciilor, fie a unei calități superioare, fie diferențierea acestora în una sau mai multe privințe față de produsele concurenților.

7. Articularea strategiei globale a organizației

Cuplarea componentelor mai sus prezentate permite **precizarea configurației de ansamblu a strategiei globale**, referitoare la organizație în ansamblul său.

Este foarte important ca firmele românești să-și elaboreze, pentru început, **strategii globale**, care asigură o valorificare realistă a posibilităților de evoluție a acestora, pe intervale mai lungi de timp (3-5 ani), într-un mediu concurențial complex, intern și internațional, din ce în ce mai puternic.

8. Stabilirea strategiilor parțiale

Strategia globală constituie **fundamentul strategiilor parțiale** referitoare la unele domenii specifice (finanțare, comerciale, producție, personal, management etc.), la nivelul cărora obiectivele, opțiunile strategice și resursele ce urmează a fi angajate au dimensiuni mai reduse.

Strategiile parțiale se recomandă cu prioritate firmelor de dimensiuni mari sau medii, care doresc o revigorare sau o amplificare a unor "zone" majore distințe, în contextul unei evoluții strategice globale conturate. Cele mai frecvente **strategii parțiale** sunt:

- a) **strategii manageriale**, ce pun accent deosebit pe remodelarea sistemului de management sau a unor componente ale acestuia;
- b) **strategii comerciale**, cu prioritate în domeniul vânzărilor și al marketing-ului;
- c) **strategii financiare**, care vizează îmbunătățirea parametrilor de profitabilitate și bonitate ai firmei;
- d) **strategii inovaționale**, ce urmăresc promovarea progresului tehnic în diverse ipostaze, privind anumite produse sau tehnologii majore.

9. Formularea politicii globale și a politicilor parțiale ale organizației

Elaborarea de politici globale și parțiale are la bază strategiile firmei - globală și parțială

C. Implementarea strategiei

De parte de a fi un proces simplu care se derulează cotidian fără probleme deosebite, implementarea strategiei prezintă în fond o complexitate ridicată, necesitând o programare și organizare riguroase a operațiunilor implicate.

1. Pregătirea implementării strategiei

2. Remodelarea integrală sau parțială a sistemului managerial al organizației

Întrucât fără implicarea decizională și operațională corespunzătoare a managerilor și executanților nu se poate realiza o implementare eficace a strategiei, este foarte necesară o **remodelare generală sau parțială a sistemului de management**, corespunzătoare anumitor scenarii metodologice specifice. Se are în vedere modificarea principalilor parametri constructivi și funcționali ai managementului de ansamblu și ai componentelor sale majore (metodologică, decizională, informațională, organizatorică), facilitându-se operaționalizarea unor opțiuni strategice și, implicit, realizarea obiectivelor fundamentale ale organizației. Aceste aspecte vor fi abordate într-un număr viitor al revistei.

3. Operarea schimbărilor strategice preconizate

4. Evaluarea rezultatelor strategiei

În esență, în această fază se realizează o permanentă comparare a rezultatelor obținute din operaționalizarea soluțiilor strategice de concretizare a misiunii organizației și de realizare a obiectivelor fundamentale cu efectele generate de acest proces.

5. Conceperea și operaționalizarea anumitor perfecționări

NOTE

* Vezi M. Hammer, J. Champy – Reengineeringul companiei, Editura Teora, București, 1997

* Vezi lucrările semnate de Ovidiu Nicolescu și Ion Verboncu (**Metodologii manageriale** – Editura Tribuna economică, București, 2001, **Managementul organizației. Teste grila**, Editura Olimp, București, 2004 ori de Ion Verboncu (**Manageri și management**, Editura economică, București, 2000; **Diagnosticarea firmei**, Editura tehnica, București, 2001 etc.)



Din nou despre CONCORDATUL PREVENTIV



Av. Simona Maria Miloș
Membru UNPRL, filiala București

După o experiență legislativă de 10 ani în materia reorganizării judiciare și a falimentului, timp în care toți cei implicați în aplicarea acestei proceduri au ajuns la concluzia că reorganizarea judiciară pe bază de plan constituie doar o excepție de la regula consacrată a falimentului, s-au conturat o serie de opinii cu privire la ceea ce trebuie făcut pentru salvarea la timp a agentilor economici.

La aceste opinii au contribuit datele statistice care evidențiau numărul infim de dosare în care societățile comerciale s-au redresat datorită unui plan de reorganizare, statistici care aveau în spate o serie de argumente ce explică eșecul, cum ar fi lipsa unei infuzii de capital, superspecializarea marilor întreprinderi sau publicitatea negativă datorată deschiderii procedurii.

De la bun început practica a stabilit faptul că pentru a putea beneficia de *protecția legii* și a nu intra direct sub *sancțiunea* acesteia, este nevoie de separarea cadrului legislativ al celor două proceduri, de reorganizare și de faliment, sau cel puțin, de crearea unei proceduri accesibile debitorului, profilactice, de prevenire a stării de insolvență, care să poată fi parcursă anterior celei prevazute de legislația în vigoare.

Și cu privire la acest aspect s-au conturat deja opinii¹ potrivit căror debitorul care a beneficiat de procedura concordatului iar aceasta a eşuat, ar trebui ca acesta să intre direct în procedura falimentului pentru a se preîntâmpina încercările de tergiversare din partea debitorilor abuzivi.

Pentru a da totuși o șansă creditorilor care ar dori să propună un plan de reorganizare față de un debitor care fie a solicitat aplicarea concordatului preventiv iar acesta a eşuat, fie nu a fost diligent și nu a depus cererea de concordat preventiv, ar trebui ca debitorul să nu mai poată solicita nici reorganizarea și nici să depună un plan de reorganizare, aceste drepturi fiind doar la îndemâna creditorilor, eventual a administratorului judiciar.

Prin urmare, trecerea la faliment ar urma să fie dispusă în situația în care creditorii, într-un termen rezonabil stabilit de către legiuitor, nu și-au exprimat intenția de a depune un plan de reorganizare.

Tot practica a stabilit că odată deschisă procedura reorganizării judiciare și a falimentului împotriva unui agent economic, acesta își pierde automat credibilitatea în rândul partenerilor de afaceri, este ocolit de instituțiile de credit pentru acordarea de împrumuturi, creditorii se grăbesc să-și valorifice drepturile procesuale prin depunerea declaratiilor de creație, situație în care blocajul financiar creat este practic de

nedepășit și urmează aproape invariabil ghilotina falimentului.

Astfel a apărut ideea reintroducerii instituției concordatului preventiv, al cărui principal avantaj îl constituie faptul că nu se bazează pe o presiune exercitată asupra debitorului ci pe liberă alegere a procedurii, în situația în care previziunile managerilor anunță o posibilă încetare de plăți.

Nefiind o premieră în România, concordatul fiind legiferat încă din perioada interbelică, prin Legea asupra concordatului preventiv din 10 iulie 1929, a reapărut în atenția legiuitorului român, după mai bine de 75 de ani, grație experienței acumulate în decursul timpului, dar și direcției în care se îndreaptă din punct de vedere legislativ România și care determină necesitatea reactualizării instituției concordatului preventiv.

Avantajul concordatului față de procedura reorganizării judiciare îl prezintă faptul că este o procedură mult mai simplă, mai permisivă și mai rapidă, prin care debitorul încheie un acord cu creditorii săi, pe o perioadă determinată, în vederea redresării activității, acord concretizat fie în reesalonări la plata datoriilor, fie în reducerea a dobânzilor și penalităților, sau în orice alte modificări cu privire la modul în care se efectuează plata datoriilor.

Acest acord este însoțit de un plan de redresare a activității, cu măsuri specifice ce urmează a fi luate în scopul depășirii dificultăților economice, cum ar fi majorările de capital, contractări de credite, constituirile de garanții, reduceri de personal, etc.

Este însă necesară sesizarea Tribunalului cu o cerere de concordat cu mult înainte de apariția stării de insolvență, știut fiind faptul că pentru starea de insolvență iminentă sunt aplicabile deja dispozițiile nr. Legii 64/1995.

Au fost propuse până în prezent, două proiecte de concordat preventiv: primul² viza un concordat preventiv *judiciar*, implicând desfășurarea procedurii sub controlul judecătorului-sindic desemnat, al doilea³, *extra-judiciar*, caracterizat prin aceea că procedura se desfășoară sub supravegherea „conciliatorului”, o persoană desemnată din rândul practicienilor în insolvență, reducând-se la minim intervenția instanței.

În sprijinul propunerii proiectului de lege privind concordatul extrajudiciar, autorul a evidențiat avantajele limitării intervenției judecătorului-sindic, prin aceea că se aduce un plus de celeritate desfășurării procedurii, depășindu-se inconvenientele legate de o procedură judecătorească stufoasă și complicată, precum și de lipsa unor sancțiuni pentru tergiversarea deliberată a cauzelor.

Pe de altă parte, analizând proiectul de lege în varianta propusă de concordat extrajudiciar, constatăm că există pericolul acordării unei puteri de decizie prea mare conciliatorului, ale căruia măsuri nu pot fi contestate de către cei prejudiciați întrucât proiectul nu cuprinde o astfel de prevedere.

Există o singură dispoziție cu privire la posibilitatea formulării de contestații și anume cea referitoare la contestațiile creditorilor la tabelul de creație, ce se soluționează în primă fază de către conciliator, cu posibilitatea formulării de opozitii de către cei interesați, opozitii a căror soluționare este de competența judecătorului sindic.

Procedura concordatului ar presupune, în principal, câteva etape: în primul rând, sesizarea instanței cu o *cerere de avizare a concordatului*.

Odată avizată cererea de către judecătorul sindic, *oferta de concordat* cuprinzând programul de redresare și tabelul creditorilor se supune aprobării în adunarea creditorilor. Dacă adunarea creditorilor aprobă concordatul, acesta se publică în extras în Buletinul Procedurilor și intră în vigoare, făcându-se mențiune și la registrul comerțului iar în cazul în care concordatul este respins, urmează a fi deschisă procedura insolvenței.

Referitor la acest aspect, al formalităților de publicitate, poate că ar fi de preferat ca extrasul hotărârii de concordat să nu se publice în Buletinul Procedurilor, dar fiind tocmai impactul negativ asupra societății. Poate că publicarea în Monitorul Oficial partea a IV-a ar fi mai oportună, dată fiind această situație, prezentată ca un inconvenient și de alte state care au folosit deja procedura concordatului.

O chestiune importantă ce urmează a fi stabilită de legiuitor o constituie modalitatea de adoptare a concordatului prin hotărârea adunării creditorilor.

Proiectul propus (în varianta concordatului extrajudiciar) prevede că hotărârile referitoare la aprobarea concordatului se iau în prezență și cu votul *unanimității* creditorilor beneficiari de garanții reale și cu votul majorității, ca valoare a creațelor, ale creditorilor chirografari.

Față de aceste exigențe de vot și de cvorum, apreciez, într-o opinie personală, că este de așteptat ca niciodată creditorii garanți cu garanții reale să nu susțină proiectul concordatului, prin care li se va cere fie diminuarea creaței, fie reesalonarea datoriei, în condițiile în care vor avea garanții acoperitoare, acestea fiind peste canticum creaței deținute împotriva debitorului.

În această situație, creditorii garanți vor opta fără dubiu pentru varianta executării silite a garantiei în dauna aprobării propunerii de concordat.

Votul creditorilor garanți va fi pozitiv doar în două situații: fie valoarea garanțiilor este sub valoarea creanței, fie deși garanția depășește valoarea creanței, o eventuală executare silită asupra bunului afectat de garanție ar necesita o perioadă de timp mai mare decât cea stabilită prin concordat.

Chiar și așa, dacă ar exista creditori garanți care ar susține proiectul concordatului, acesta nu va fi admis dacă nu are votul unanimităii beneficiarilor de garanții reale.

De regulă, într-o procedură colectivă fie de concordat, fie de faliment, avem trei categorii de creditori: garanți, bugetari și chirografari.

Cum proiectul de lege prevede că nu va putea solicita concordatul preventiv debitorul care la data cererii, sau ulterior, pe parcursul planului de redresare înregistrează datorii restante către bugetul de stat sau/și bugetul asigurărilor de sănătate, constând în taxa pe valoarea adăugată, accize, impozite și accesori, putem concluziona că cei care pot beneficia de procedura concordatului nu trebuie să aibă datorii fiscale și nici intenția de a diminua sau reeașalona creanțele creditorilor garanți.

În vechea reglementare a Legii asupra concordatului preventiv de la 1929, creditorii garanți nici măcar nu participau la exprimarea votului cu privire la concordat.

Mai mult, erau excluși de la procedura votării concordatului toți titularii de creanțe admise ca privilegiate în materie de faliment.

Pentru a putea participa la vot, creditorii care aveau un drept de preferință asupra bunurilor debitorului, trebuiau să renunțe la ipotecă, gaj sau privilegiu.

În cazul în care totuși participau la vot deși aveau calitatea de creditor garantat sau privilegiat, participarea implică renunțarea la această calitate, efecte renunțării încetând de drept în situația în care nu se admitea concordatul sau deși acesta era admis, era anulat ulterior⁴.

În reglementarea din 1929, concordatul era admis cu votul creditorilor reprezentând două treimi din totalul creanțelor chirografare.

Chiar și în aceste condiții însă, existenței unei reglementări care permitea cu ușurință realizarea concordatului, grație modalității de vot favorabile debitorului, s-a constatat că în cursul timpului rezultatele aplicării acestei proceduri nu au fost spectaculoase.

Rămâne însă să vedem dacă acest lucru s-a datorat faptului că procedura de la 1929 era una eminentă judiciară.

Considerăm că cele două proceduri – cea de la 1929 și cea în fază de proiect a concordatului extrajudiciar, cuprind reglementări extreme, fiind necesară, în opinia mea, găsirea unei soluții de mijloc, care să asigure atât garantarea drepturilor creditorilor, cât și șansele reale de redresare ale debitorului prin aplicarea concordatului.

Poate că în acest context, ar trebui avută în vedere formula propusă în proiectul privind concordatul judiciar, cu privire la modalitatea de votare și aprobare a ofertei de concordat.

Potrivit acestui proiect, creditorii formează tot două categorii, garanți și chirografari (fiind excluși titularii de creanțe bugetare), dar modalitatea de admitere a planului este diferită, proiectul impunând o dublă majoritate, atât a valorii creanțelor dintr-

o categorie de creanțe, cât și a numărului de creditori din cadrul unei categorii.

Astfel, un plan de redresare este considerat admis potrivit proiectului de concordat judiciar, în situația în care 50% + 1 din valoarea creanțelor din fiecare categorie va vota în favoarea sa. Pentru votarea planului de redresare și confirmarea concordatului va fi necesar un cvorum de 50% + 1 din numărul creditorilor din acea categorie.

Este greu de anticipat, la acest moment care va fi impactul noii legi a concordatului în activitatea practică, dacă această reglementare va salva sau nu agenții economici de la eșecul falimentului, rațiunea introducerii concordatului preventiv fiind însă perfect justificabilă și de bună intenție.

Potem doar să învățăm din experiența altora și să încercăm să evităm pe cât posibil, repetarea acelorași greșeli. După cum este știut, reglementări ale concordatului au fost legislative și în alte state, iar faptul că aceste dispoziții legale nu au avut efectul scontat, s-a datorat cam acelorași cauze, ce se însearcă a fi înălțat acum.

Legislație franceză

Există 2 proceduri pre-falimentare:

1. mandatul ad-hoc
2. „reglement amiabil” (finalizat cu un acord de conciliere amiabilă)

Ambele proceduri sunt inițiate de conducătorii societății care trece prin dificultăți financiare, dar nu este în stare de insolvență, nu a fost deja subiectul unor proceduri pre-falimentare sau falimentare și demonstrează că are o activitate viabilă.

Efectul acestei cereri este numirea de către instanță a unui agent (mandatar ad hoc sau conciliator) care să coopereze cu conducerea societății și cu creditorii majoritari pentru găsirea unei soluții negociate de a scoate societatea din dificultățile financiare.

Cei mai importanți creditori sunt de obicei invitați să discute despre eșalonarea debitelor și stergerea lor.

Procedura mandatului ad-hoc este voluntară, confidențială iar un plan al creanțelor acceptat de unii creditori nu poate fi impus altor creditori care nu și-au dat acordul.

Legea belgiană privind concordatul judiciar (nr.17 din iulie 1997)

Potrivit acestei legi, procedura concordatului este inițiată de către autoritatea publică pe baza informațiilor culese despre agentul economic. Concordatul nu poate fi acordat decât dacă situația financiară a întreprinderii poate fi remediată și dacă redresarea sa economică pare posibilă⁵. Criteriile sunt stabilite intenționat flexibile și multiple, dând instanței puteri de apreciere sporite.

Unii autori belgieni sunt de părere că celealte părți implicate (creditori, angajați, etc) ar trebui să aibă dreptul de a iniția această procedură. Totuși, această extindere a drepturilor de inițiativă ar fi împotriva scopului proiectului concordatului, care nu se bazează pe o presiune asupra comerciantului, ci pe libertatea de opiniu a acestuia.

Odată începându-se procedura concordatului, intră în vigoare un moratoriu temporar de maxim 6 luni, timp în care societatea trebuie, asistată de administrator, să elaboreze un plan de redresare care să fie prezentat creditorilor și, în final, instanței.

Planul poate specifica măsuri variate de restructurare, cum ar fi: măsuri de restructurare socială, reeașalonare a debitelor,

transferul responsabilităților, schimburi în structura managementului, etc.

O importantă modificare adusă de amendamentele din 1997 se referă la extinderea efectelor planului de redresare asupra creditorilor garanți și a creditorilor preferențiali: planul de redresare poate afecta situația creditorilor garanți și preferențiali, dar în funcție de măsurile propuse se poate cere aprobarea lor expresă (de ex. suspendarea plărilor creanțelor mai mult de 18 luni, etc). Această extindere a fost considerată ca o importantă inovație menită să măreasă șansele de succes ale procedurii de concordat⁶.

La finalul moratoriului temporar, planul de redresare este supus **votului creditorilor și aprobării instanței**.

Dacă planul este aprobat cu o majoritate simplă, (jumătate din creditorii care au luat parte la vot și reprezentând ca valoare mai mult de jumătate din creanță) intră în vigoare și leagă toți creditorii din momentul aprobării instanței. Dacă planul este respins de creditori sau de instanță, aceasta poate deschide procedura falimentului.

După intrarea în vigoare a amendamentelor din 1997, o analiză critică arată că nu s-a înregistrat o scădere semnificativă a falimentelor, iar procedura concordatului a fost rareori folosită. De asemenea, multe din societățile care au trecut prin această procedură au trecut, în cele din urmă, la faliment.

Motivele slabelor rezultate s-au datorat în principal:

1. ignoranței: societățile cu dificultăți nu au conștientizat posibilitățile oferite de procedura concordatului;

2. publicitate negativă: ordinul instanței trebuie publicat în Monitorul Oficial și în 2 zile; această publicitate negativă atrage reținerea terților (clienți, bănci, furnizori) de a avea relații contractuale cu societatea în dificultate;

3. atitudine ezitantă: societățile în dificultate așteaptă prea mult timp până să inițieze procedura concordatului;

4. recunoașterea dificultăților financiare: societățile nu acceptă faptul că afacerea lor este în dificultate;

5. costurile: de multe ori procedura concordatului este complicată și prea scumpă pentru companii mici și medii (onorariul administratorului).

Dată fiind experiența anterioară acumulată de aceste state, este de preferat să prevenim neajunsurile printre-o legiferare clară, rapidă și ceea ce credem că este mai important, să asigurăm mediatisarea legii în cercurile oamenilor de afaceri interesati direct de beneficiile acestei proceduri.

NOTE

¹ Gheorghe Piperea „Concordatul preventiv ca soluție de redresare a întreprinderii în dificultate” Revista Phoenix nr.13 iulie–septembrie 2005

² Arin Octav Stănescu, Președinte UNPRL este autorul primului proiect legislativ al concordatului preventiv, publicat și în revista noastră în nr.6, octombrie-decembrie 2003

³ Gheorghe Piperea, Vicepreședinte UNPRL este inițiatorul proiectului privind concordatul extrajudiciar

⁴ Articolele 20 și 21 din Legea asupra concordatului preventiv din 10.07.1929

⁵ Articolul 9 # 2 din Legea din 17 iulie 1997 ref. la Concordatul judiciar (Monitorul belgian din 28 octombrie 1997)

⁶ Restructuring and Insolvency 2004-2005

PRACTICA JUDICIARĂ A TRIBUNALULUI ARAD ÎN MATERIA INSOLVENȚEI – PROBLEME DE ACTUALITATE. COMENTARII.

Daniela Claudia Muntean
Judecător – Tribunalul Arad

1. În temeiul art.137 din Legea nr.64/1995 republicată poate fi antrenată răspunderea civilă delictuală atât a administratorilor de drept cât și a administratorilor de fapt atunci când din probele administrative rezultă că administratorul de fapt a efectuat acte specifice acestei funcții și care au condus la apariția stării de insolvență a debitoarei.

Din probele existente la dosarul cauzei, instanța reține în fapt că prin încheierea nr.1299 din 22.11.2001 pronunțată de această instanță în dosarul 5260/2001 s-a dispus deschiderea procedurii prev. de Legea nr. 64/1995, împotriva societății debitoare SC "A.T." SRL Arad societate care, potrivit actelor constitutive, l-a avut ca administrator, desemnat în condițiile Legii nr. 31/1990, pe părățul R.M.C.

Potrivit raportului întocmit de administratorul, și apoi lichidatorul judiciar desemnat în dosarul nr. 5260/2001, SC "E" SA Arad în temeiul prev. art. 18 lit. a și 41 din Legea nr. 64/1995 modificată, debitoarea fiind golită de avere care a fost transferată către alte societăți care i-au avut ca acționari și administratori pe părăți.

Conform același raport, societatea debitoare nu a luat măsurile necesare pentru urmărirea debitorilor societății, prejudiciind-o, prin aceasta, cu suma de 3.098.371.342 lei, sumă pentru care, în parte, la data deschiderii procedurii, dreptul de a formula acțiune, era prescris, iar pentru o altă parte la aceeași dată, a intervenirii în cauză a competențelor administratorului judiciar, nu mai existau posibilități obiective de recuperare, pentru motivele invocate pe larg în raportul mai sus arătat.

Lichidatorul judiciar a mai stabilit că debitoarea nu a ținut contabilitatea conform dispozițiilor legale în materie, fapt ce rezultă și din actele încheiate de DGFP la care se face trimitere în raport.

Atât răspunsurile date la interogator de către părățul R.D., cât și restul probelor administrative în cauză, respectiv depozitiile martorilor ca și actele încheiate și semnate în numele societății de către părăț, dovedesc că acesta deși nu avea calitatea de administrator al societății, a efectuat acte de administrare și gestionare a patrimoniului acesteia, creând impresia față de terzi a deținerii acestei calități, cu atât mai mult cu cât este acționar al societății, alături de fiul său, părățul R.M.C.

Din raportul de expertiză contabilă efectuat în cauză se reține că, în perioada 1 ianuarie 2000 – 22 noiembrie 2001, în evidențele contabile ale societății debitoare s-au efectuat, cu bună știință, înregistrări inexacte având drept consecință, denaturarea rezultatelor financiare și a elementelor de activ și pasiv patrimonial, reflectate în bilanțul contabil, fapte prin care s-a creat un prejudiciu de 281.416.116 lei.

Aceeași expertiză a concluzionat și asupra creditelor societății în sensul utilizării lor în folosul propriu al administratorului sau al altor societăți, prin aceste fapte creându-se un prejudiciu total de 858.161.531 lei și a stabilit că societatea debitoare, a ajuns în stare de încetare de plăți datorită înregistrării, pe cheltuieli, a unor facturi aferente societății SC "A.T." SRL, cheltuielii unor sume de bani din activul societății, în folosul personal al părăților, ori al unor alte societăți din cadrul grupului, în detrimentul creditorilor și lipsei totale de interes în administrarea societății, având ca scop falimentarea ei.

Având în vedere concluziile raportului de expertiză, ca și restul probelor administrative în cauză, instanța va constata că în cauză sunt îndeplinite condițiile preținse de prev. art. 124 lit. a și d din Legea nr. 64/1995 modificată, în sensul că părății au determinat ajungerea societății SC "A.T." SRL Arad în stare de încetare de plăți prin folosirea actelor societății în interes personal sau al altor societăți la care aveau, de asemenea, calitatea de asociati și administratori, și nu au respectat dispozițiile legale în materia ținerii evidențelor contabile, ba chiar mai mult au grevat patrimoniul societății debitoare cu cheltuieli personale, ori ale altor societăți.

Instanța va aprecia că apărările formulate de părății sunt nedovedite și lipsite de relevanță față de probele administrative în cauză și care dovedesc, în mod indubitat, atât săvârșirea faptelor incriminate de prevederile articolelor 124 literele a și d din Legea nr. 64/1995, cât și legătura de

cauzalitate dintre acestea și ajungerea societății debitoare în stare de încetare de plăți.

Se va aprecia, ca fiind, de asemenea, irelevante, apărările formulate de părățul R.D. privind lipsa calității sale de administrator, atâtă vreme cât, întreaga probăjune administrată în cauză, relevă că prin actele semnate și comportamentul adoptat în administrarea și gestionarea bunurilor societății, acesta a desfășurat alături de părățul R.M.C., activitățile incriminate, care au determinat ajungerea societății debitoare în stare de încetare de plăți.

Prin încheierea din 29 septembrie 2003 instanța în temeiul prevederilor articolelor 126 din Legea nr. 64/1995 a dispus înființarea măsurii sechestrului asigurator asupra bunurilor mobile și imobile din averea părăților, până la concurența sumei de 3.233.465.154 lei.

Pentru considerențele arătate, văzând și dispozițiile articolelor 126 din Legea nr. 64/1995 și art. 42 din Codul Comercial, instanța va admite, în parte, acțiunea reclamantei creditoare și îi va obliga pe părății, în solidar, să plătească averii debitoarei suma de 1.139.577.647 lei, reprezentând daune interese, respingând restul pretențiilor formulate. (Tribunalul Arad – Secția Comercială și de Contencios Administrativ – Sentința nr. 1395/10 mai 2004 pronunțată în dosar nr. 6423/2003, irevocabilă prin nerecurare)

Art. 137 din Legea nr. 64/1995 republicată, indică membrii organelor de conducere - administratori, directori, censori, precum și orice altă persoană față de care judecătorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul debitoarei să fie suportată de către aceștia.

Cu privire la administratori, în doctrină se susține că, textul face referire atât la **administratorul de drept** numit prin actul constitutiv al societății sau desemnat ulterior prin hotărârea adunării generale, înscris ca atare în registrul comerțului și aflat în funcție la data încetării plășilor societății, cât și la **administratorul de fapt**.

Administratorul de fapt este considerat a fi acea persoană care desfășoară activități specifice, însă, fie nu este desemnată în conformitate cu dispozițiile legale în materie, fie nu figurează înscris în această calitate în registrul comerțului.

În practică, sunt uneori cazuri în care, administratorul de drept transmite dreptul de a reprezenta societatea unei alte persoane care exercită efectiv actele de administrare.

În condițiile art. 71 al. 1 din Legea nr. 31/1990 republicată, transmisionea poate avea loc dacă această facultate li s-a acordat administratorilor în mod expres. Conform art. 71 alin.3 din aceeași lege, administratorul care, fără drept, își substituie altă persoană răspunde solidar cu aceasta pentru eventualele pagube aduse societății, acest text reglementând atât răspunderea administratorului de drept cât și a celui de fapt față de societate.

2. Acțiune în atragerea răspunderii fostului administrator al debitoarei, admisă în baza art.124 litera a și c din Legea nr.64/1995 modificată [art.137 din Legea nr. 64/1995 (r.2)] pe motiv că fostul administrator a efectuat acte de administrare după deschiderea procedurii insolvenței, folosind bunurile societății în folos propriu și disponând în interes personal, continuarea activității debitoare care ducea în mod vădit pe aceasta în încetare de plăți. Parte din pasiv precis determinată.

Din înscrисurile depuse în dosar, instanța reține în fapt că prin încheierea nr.1851/19.09.2002 pronunțată de judecătorul sindic în dosarul nr.4246/2002, s-a deschis procedura reorganizării judiciare și falimentului față de debitoarea SC "R.S.V." SRL Arad, fiind desemnat ca administrator judiciar al societății debitoare SC "E" SRL Arad, cu obligația acestuia de a conduce în tot activitatea debitoarei.

Ca urmare a acestor dispoziții deși fostul administrator al debitoarei ț.I.M. nu mai putea efectua acte de administrare, acesta la data de 7.10.2002 și respectiv 27.11.2002 a încheiat contracte de prestări servicii turistice cu SC "P.C." SA și SC "A" SRL, societatea debitoare beneficiind de serviciile acestora, fără însă a le fi achitate aceste servicii, aceste două societăți

depunând declarații de creație pentru sumele datorate de debitoare, respectiv 10.825.510 lei SC "P.C." S.A. și 64.662.664 lei SC "A." SRL.

Contravaloarea serviciilor incasate de părăt de la beneficiarii serviciilor turistice nu a fost depusă în contul societății debitoare.

Intrucât prin cele două contracte s-a agravat masa pasivă a debitoarei, iar părătul a folosit sumele societății în folosul propriu și a dispus în interes personal, continuarea unei activități care ducea societatea la încetare de plăti, în temeiul art.124 lit.a și c din Legea 64/1995 modificată, a fost admisă cererea formulată de creditoarea SC "P.C." SA și s-a dispus suportarea de către T.I.M. a sumei de 75.488.164 lei, reprezentând parte din pasivul societății debitoare.

(Extras din Sentină civilă nr.2572/7.12.2004 pronunțată de Tribunalul Arad – Secția Comercială și de Contencios Administrativ în dosar nr.674/2004, irevocabilă prin nerecurare).

În cazul răspunderii civile delictuale a membrilor organelor de conducere ale societății aflate în stare de insolvență, temeiul îl constituie pasivul societății, la plata căruia persoanele răspunzătoare pot fi obligate în tot sau numai în parte.

Prejudiciul este un element esențial al răspunderii civile delictuale, chiar dacă legiuitorul are în vedere doar plata unei părți din pasivul debitoarei, pentru că acest pasiv sau o parte din el, este consecința activității culpabile a conducătorilor societății, care prin actele sau faptele lor au contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență.

În spate, fostul administrator al debitoarei a făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea societății.

Partea din pasiv la care judecătorul sindic va obliga conducătorii societății trebuie exact determinată, intrucât o exprimare vagă ar crea dificultăți la executarea silită a hotărârii pronunțate.

3. Este sau nu aplicabilă Legea 64/1995, republicată în cazul unei societăți comerciale aflate în procedura dizolvării, respectiv lichidării reglementate de dispozițiile speciale ale Legii nr.359/2004 modificată?

Din certificatul constatator al Oficiului Registrului Comerțului rezultă că societatea debitoare nu și-a preschimbat certificatul de înmatriculare în termenul prevăzut de art. 26 din Legea nr. 359/2004, și în consecință a fost dizolvată de drept conform prevederilor art. 30 din aceeași lege.

Intrucât din același certificat constatator, nu rezultă că împotriva încheierii de constatare a dizolvării de drept s-ar fi formulat recurs, judecătorul sindic va constata că, potrivit prevederilor art. 31 alin.2 din Legea nr. 359/2004, constatarea dizolvării de drept a societății este urmată de procedura lichidării reglementată de prevederile Legii nr. 31/1990, modificată.

Așadar, intrarea de către societatea debitoare, în procedura dizolvării de drept și cea a lichidării reglementate de dispozițiile speciale din Legea nr. 359/2004, nu permite supunerea patrimoniului același societăți, procedurii execuției silită colective, reglementate de prevederile Legii nr. 64/1995, republicată, prevederi față de care dispozițiile Legii nr. 359/2004, au caracter special.

Judecătorul sindic va constata că în cauză nu sunt incidente dispozițiile art. 254 alin. 4 din Legea nr. 31/1990 republicată, potrivit cărora, lichidarea nu împiedică deschiderea procedurii de faliment a societății, deoarece, cererea creditoarei SC "A.I." SRL Satu Mare vizează deschiderea procedurii prevăzute de Legea nr.64/1995 republicată și pe calea acestei proceduri, nu se poate dispune direct deschiderea procedurii falimentului, fără parcurgerea fazelor procedurale anterioare, reglementate de dispozițiile art. 38 - 105 din legea nr. 64/1995 republicată (deschiderea procedurii insolvenței cu efectele sale specifice, notificarea creditorilor cunoșcuți la data deschiderii procedurii, verificarea creațelor, întocmirea tabelului preliminar, soluționarea contestațiilor la tabelul preliminar, înregistrarea tabelului definitiv).

Pentru considerentele expuse apreciind că debitoarea SC "R.A." SRL Arad este supusă deja unei proceduri speciale de lichidare, care exclude aplicarea dispozițiilor Legii nr. 64/1995 republicată, judecătorul sindic va respinge cererea creditoarei.(Tribunalul Arad-Secția Comercială și de Contencios Administrativ,Sentină nr.339/21.03.2005 pronunțată în dosar nr. 1646/2005).

Această problemă prezintă importanță, intrucât numai în județul Arad există peste 3400 de societăți comerciale aflate sub incidență Legii nr. 359/2004, dintre care sigur o parte au datorii la diversi creditori.

Faptul că o societate debitoare se află supusă lichidării prevăzute de Legea nr. 359/2004, afectează sau nu dreptul creditorului social de a acționa în justiție această societate comercială pentru a i se aplica procedura insolvenței ?

Într-o asemenea interpretare, ca în spate de sus se încalcă oare accesul liber la justiție consacrat de art.21 alin.1 din Constituție al aceluia creditor social ?

Există cauze pe rol având ca obiect aplicarea Legii nr. 64/1995 republicată, în care deși societățile debitoare se află sub incidența Legii nr.359/2004 pentru că nu și-au preschimbat certificatul de înmatriculare și cel

de înregistrare fiscală cu noul certificat de înregistrare conținând codul unic de înregistrare în termenul legal, unii judecători sindici au deschis procedura insolvenței.

Știut fiind că, pricinile care au ca obiect procedura insolvenței durează de multe ori ani, problema este că în termen de 6 luni de la data pronunțării încheierii de dizolvare, prevăzută de art. 30 alin.2 din Legea nr. 359/2004, sau, după caz, de la data respingerii recursului formulat împotriva acestei încheieri, aceste societăți comerciale debitoare, conform art. 31 alin.5 din aceeași lege se radiază din oficiu din registrul comerțului.

Ori de la data radierii, încetând personalitatea juridică a acestor societăți comerciale, cum vor putea astfel de societăți să mai fie supuse procedurii insolvenței ?

Trebuie menționat că lichidarea administrativă conform art. 254 alin.1 din Legea nr.31/1990 republicată, nu poate dura mai mult de 3 ani de la data dizolvării, iar pentru motive temeinice, tribunalul poate prelungi acest termen cu cel mult 2 ani.

Dacă s-ar deschide procedura insolvenței împotriva unei societăți comerciale aflate în lichidare, conform Legii nr. 359/2004, termenul maxim al lichidării s-ar prelungi cu durata procedurii prevăzută de Legea nr.64/1995 republicată,(care uneori, în practică depășește acest termen de 5 ani).

Pentru a încerca să răspundem la această întrebare, trebuie analizate în prealabil dispozițiile Legii nr. 359/2004.

Această lege prevede la art. 30 alin.1 un caz de dizolvare de drept a societăților comerciale care nu și-au preschimbat certificatul de înmatriculare și cel de înregistrare fiscală, cu noul certificat de înregistrare conținând codul unic de înregistrare până la data de 31 decembrie 2004.

Această lege a instituit o serie de norme speciale cu privire la dizolvarea și lichidarea societăților comerciale care nu și-au îndeplinit această obligație în termenul de mai sus.

Conform art. 30 alin.2 din Legea nr. 359/2004, calitatea procesuală activă de a exercita acest gen de acțiune, respectiv acțiunea în constatarea dizolvării de drept ca urmare a faptului că societățile comerciale nu și-au îndeplinit obligația de a preschimba certificatul de înmatriculare și cel de înregistrare fiscală aparține Oficiului Național al Registrului Comerțului.

Competența de soluționare a acestei acțiuni revine judecătorului delegat la oficiul registrului comerțului care constată dizolvarea.

Trebuie precizat că dizolvarea se produce de plin drept – ope legis, dacă ipoteza Legii nr. 359 /2004 este satisfăcută.

Încheierea de constatare a dizolvării de drept se va înscrise din oficiu în registrul comerțului conform art. 30 alin.3 teza I coroborat cu art. 26 alin.2 din Legea nr. 26/1990, ce prevede că înregistrarea în registrul comerțului se operează în termen de 24 de ore de la data încheierii judecătorului delegat.

Prin derogare de la normele referitoare la publicitatea hotărârilor pronunțate în materia dizolvării, prevăzute de art. 227 din Legea nr. 31/1990 republicată, pentru a fi oposabilă terților, publicitatea constatării dizolvării se face într-o manieră greoaie , în mai multe modalități care trebuie realizate cumulativ :

- se comunică persoanei juridice la sediul social;
- Ministerului Finanțelor Publice;
- la Agenția Națională de Administrare Fiscală pe cale electronică, și
- se publică concomitent pe pagina de Internet a Oficiului Național al Registrului Comerțului, precum și la sediul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal.

Încheierea de constatare a dizolvării de drept este supusă numai recursului, la cererea oricărei persoane interesate, în termen de 15 zile de la publicarea prevăzută la art. 30 alin. (3).

Acest termen procesual nu curge conform dreptului comun, de la data la care persoana a luat la cunoștință de încheiere, ci de la data publicării încheierii conform art. 30 alin.3 din lege.

Cu privire la efectul hotărârii judecătorescă de constatare a dizolvării, art. 31 alin.2 din Legea nr. 359/2004 prevede că, dacă nu s-a declarat recurs sau recursul a fost respins, persoana juridică intră în lichidare potrivit prevederilor Legii nr.31/1990 privind societățile comerciale, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Hotărârea judecătorescă de constatare a dizolvării, cu efectul ei imediat - deschiderea procedurii lichidării - va produce aceste consecințe juridice doar după rămânerea ei irevocabilă, fie prin nerecurare, fie prin respingerea recursului.

Reprezentantul legal al persoanei dizolvate de drept, are obligația de a numi și înregistra în registrul comerțului un lichidator în termen de 6 luni de la data pronunțării încheierii de dizolvare, prevăzută de art.30 alin. (2) din Legea nr. 359/2004, sau, după caz, de la data respingerii recursului formulat împotriva acesteia, conform art. 31 alin.3 din aceeași lege.

Dacă nu există reprezentant legal ori acesta nu procedează la numirea lichidatorului în termenul prevăzut la alin. (3), la cererea oricărei persoane interesate, judecătorul delegat la oficiul registrului comerțului numește un lichidator, de pe lista practicienilor în reorganizare și lichidare, remunerarea acestuia urmând a fi făcută din averea persoanei juridice dizolvate sau, în cazul lipsei acesteia, din fondul de lichidare constituit în temeiul Legii nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

Prin sintagma "orice persoană interesată" trebuie să se înțeleagă orice creditor al societății comerciale dizolvate, fie că este bugetar, nebugetar, chirografar sau garantat.

Dacă în cele 6 luni judecătorul delegat nu a fost sesizat cu nici o cerere de numire a lichidatorului în condițiile alin.(3) și (4) din Legea nr. 359/2004, persoana juridică se radiază din oficiu din registrul comerțului, prin încheierea judecătorului delegat, pronunțată la cererea Oficiului Național al Registrului Comerțului.

Acest alin. 5 al art. 31 din Legea nr. 359/2004 este criticabil pentru că, deși prevede că persoana juridică se radiază din oficiu din registrul comerțului prin încheierea judecătorului delegat, totuși această încheiere, se pronunță doar la cererea Oficiului Național al Registrului Comerțului.

În privința motivelor de recurs, Legea nr. 359/2004 nu prevede nici o situație specială, derogatorie de la dispoziția art. 304¹ c.pr.civ., așa cum a prevăzut Legea nr. 314/2001, care prin art. 3 alin.3 a prevăzut că, tribunalul poate admite recursul atunci când constată că societatea comercială a fost în imposibilitate de a se conforma normelor legale privitoare la majorarea capitalului social la nivelul minim prevăzut de Legea nr. 31/1990, modificată și îi poate acorda un termen de cel mult 3 luni pentru completarea capitalului social.

Față de această tăcere a legii, vor putea oare cele 15 curți de apel, în recurs, să repună în termen societățile comerciale care nu și-au preschimbat certificatul de înmatriculare și cel de înregistrare fiscală cu noul certificat de înregistrare conținând codul unic de înregistrare în termenul legal?

Pe o parte, o astfel de repunere în termen ar putea fi pusă în discuția părților de instanță de recurs chiar din oficiu.

Argumentul juridic în acest sens îl constituie art. 162 c.pr.civ. ce prevede că *excepțiile de procedură de ordine publică pot fi ridicate înaintea instanței de recurs numai când nu este nevoie de o verificare a împrejurărilor de fapt în afara dosarului.*

Interesul public l-ar constitui interesul comerțului, întreaga legislație în materia societăților comerciale fiind conturată în sensul conservării existenței comerțiantului ori de câte ori acest lucru este posibil - de pildă în cazul reorganizării procedurii judiciare, sau a acțiunii în regularizarea unei societăți comerciale nelegal constituită.

Pe de altă parte, însă, aceeași ordine publică impune ca toate persoanele juridice să respecte dispozițiile imperitative atât ale dreptului public cât și ale dreptului privat.

Fără a încerca să dăm soluții în această problemă controversată, apreciem că *societățile comerciale aflate sub incidența Legii nr. 359/2004, vor trebui supuse procedurii speciale de lichidare prevăzute de dispozițiile acestei legi pentru că este inaceptabil să se deruleze în paralel două proceduri de lichidare, una administrativă iar alta judiciară, cu reguli proprii.*

Cât de flexibil este, oare, în această materie principiul "electa una via non datur recursus ad alteram"?

Se poate, și dacă se poate, până în ce moment se poate transforma lichidarea administrativă într-o judecătorie?

Este adevarat, lichidarea societății conform Legii nr. 31/1990 republicată, se face în principal în interesul asociațiilor, pe când lichidarea conform Legii nr. 64/1995, republicată se face în interesul creditorilor.

Un alt aspect care trebuie amintit aici, este acela că în procedura lichidării administrative reglementată de Legea nr. 359/2004, lichidatorul este numit de judecătorul delegat de la oficiul registrului comerțului, la cererea oricărui persoană interesată, iar în lichidarea judiciară lichidatorul este numit de judecătorul sindic conform art. 106 lit. D pct.2, lit.b din legea nr. 64/1995, republicată.

4. Fiind în prezența unei proceduri speciale, cu reguli proprii, nici un creditor nu-și poate aroga dreptul de a depune declarații de creanță parțiale, urmând ca la un anumit termen, stabilit de el - în mod unilateral - să depună declarație de creanță rectificativă, invocând disp. art. 132 alin.2 pct.2 c.pr.civ.

Creditoarea MFP-ANAF – AFP Arad, a depus declarație de creanță în termen solicitând înscrisarea sa în tabelul preliminar al debitoarei cu suma de 6.893.355.400 lei.

În această declarație de creanță, este adevarat, că această creditoare, a menționat că această declarație este parțială, întrucât se efectuează un control la debitoare, urmând a se depune o declarație de creanță rectificativă.

Conform art. 58 indice 1 din Legea nr. 64/1995 modificată (aplicabil la momentul deschiderii procedurii prev. de Legea nr. 64/1995, modificată) judecătorul sindic a trimis notificări tuturor creditorilor menționăți în lista depusă de debitoarea SC "P" SA Arad, în spățiu chiar acest debitor solicitând aplicarea Legii nr. 64/1995, fiind notificați inclusiv Ministerul Finanțelor Publice, AJOFM Arad și Casa Judecătană de Pensii Arad. În aceste notificări s-a menționat expres termenul limită pentru depunerea declarațiilor de creanță ca fiind 19 ianuarie 2004.

Agenția Judecătană pentru Ocuparea Forței de Muncă a depus declarație de creanță în termen pentru suma de 1.276.269.968 lei, la fel și Casa Judecătană de pensii Arad pentru suma de 10.544.392.017 lei.

La termenul de judecată din 19 ianuarie 2004, la solicitarea administratorului judecător, în baza art. 58 indice 2 alin. 1 lit.b din Legea nr. 64/1995, modificat raportat la art. 58 indice 2 alin.3 din aceeași lege, raportat și la numărul mare de creditori - 22 - s-a prelungit acest termen de depunere a declarațiilor de creanță cu încă 30 de zile până la data de 18 februarie 2004.

După expirarea acestui termen, deși creditorii interesati puteau solicita pentru motive temeinice, din nou prelungirea acestui termen, conform art. 58 indice 2 alin.3, nu s-a cerut în spățiu acest lucru.

Abia la data de 24 martie 2004, MFP -AFP Arad a depus declarația de creanță rectificativă pentru suma totală de 10.665.047.504 lei (o diferență de 3.771.692.104 lei față de cea inițială).

Faptul că acest creditor bugetar a efectuat un control la societatea debitoare, nu-l exonerează de obligația legală de a depune la fel ca toți ceilalți creditori (fără nici o discriminare, indiferent că sunt creditori bugetari, nebugetari, chirografari ori garanți) declarație de creanță în termen.

Obligația de a depune, în această fază a procedurii, în termenul fixat de judecătorul sindic, cerere de admitere a creanțelor, incumbă tuturor creditorilor ale căror creanțe s-au născut anterior deschiderii procedurii, cu o singură excepție, cazul salariaților pentru ale căror creanțe izvorăte din raportul juridic de muncă, obligația de înregistrare revine administratorului judecător.

Fiind în prezența unei proceduri speciale, cu reguli proprii, nici un creditor nu-și poate aroga dreptul de a depune declarații de creanță parțiale, urmând ca la un anumit termen, stabilit de el - unilateral - să depună declarație de creanță rectificativă, invocând disp. art. 132 alin.2 pct.2 c.pr.civ.

Pentru toate considerente expuse judecătorul sindic va respinge contestația la tabelul preliminar al acestui creditor și va dispune conform art. 90 din Legea nr. 64/95, republicată, înscrisarea declarației de creanță rectificativă la categoria - creanțe tardive. (Tribunalul Arad - Secția Comercială și de Contencios Administrativ - Sentința nr. 205/21.02.2005 pronunțată în dosar nr. 7902/2003)

Art. 132 alin.2 pct.2 c.pr.civ., prevede că o cerere în justiție nu se socotește modificată când reclamantul mărește sau micșorează cătiva obiectele cererii.

Art. 147 din L nr. 64/95 republicată, prevede că dispozițiile Legii nr. 64/1995 se completează, în măsura compatibilității lor, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului Comercial Român.

Față de disp. art. 78 din Legea nr. 64/95, republicată care instituie pentru toți creditorii ale căror creanțe sunt anterioare datei deschiderii procedurii, cu o singură excepție, mai sus amintită, să depună declarații de creanță în termenul fixat, este evident că disp. art. 132 alin.2 pct.2 c.pr.civ. invocate de creditorul MFP ANAF nu sunt incidente.

5. Acțiune în atragerea răspunderii foștilor administratori ai debitoarei, formulate de Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Statului București anulată pentru lipsa capacitatii procesuale de exercițiu în baza art.8 al.1, art.10 din OUG nr.23/2004 și art. 161 alin.2 c.pr.civ.

Cu privire la excepția lipsei capacitatii procesuale de exercițiu asupra căruia s-a rămas în pronunțare se refine că acțiunea este semnată doar de vicepreședinte AVAS București - D-na E.M..

Conform art. 8 alin.1 din OUG nr.23/2004, Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Statului București este condusă de un președinte ajutat de 4 vicepreședinți, iar conform art. 9 alin.1 teza finală din acest act normativ, președintele AVAS reprezintă această instituție în fața instanțelor judecătoarești.

Conform art. 10 alin.1 din același OUG, vicepreședinții AVAS exercită atribuțiile delegate de către președinte, iar conform alin 2 al aceluiași articol, dacă președinții din diferite motive nu-și poate exercita atribuțiile curente, îl deleagă prin ordin pe unul dintre vicepreședinți să exercite aceste atribuții.

Această excepție a fost invocată la primul termen de judecată conform art. 134 c.pr.civ. și deși s-au mai acordat două termeni de judecată, reclamanta conform art. 161 alin.2 din c.pr.civ. nu a depus, Ordinul președintelui AVAS privind delegarea cu atribuție de reprezentare în instanță al semnatarului acțiunii, acțiunea fiind semnată de o persoană fără calitate dovedită.

Pentru considerentele expuse raportat la textele legale de mai sus judecătorul sindic va anula acțiunea formulată de reclamanta Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Statului București împotriva părților I.L., P.A. și H.E.V. pentru atragerea răspunderii administratorilor în conformitate cu disp. art. 137 din L 64/1995 republicată (fost art.124 din legea nr. 64/1995, modificată) și debitoarea SC "P" SA prin administrator SC "A" G SRL Arad pentru opozabilitatea hotărârii. (Tribunalul Arad - Secția Comercială și de Contencios Administrativ - Sentința nr. 347/21.03.2005 pronunțată în dosar nr. 762/2005).

Această spățiu a pus în discuție și alte două probleme de drept:

a) admisibilitatea/inadmisibilitatea acțiunii în atragerea răspunderii foștilor administratori ai debitoarei, raportat la modul defectuos cum a fost formulată ;

b) stabilirea cadrului procesual al unei asemenea acțiuni ; calitatea procesuală activă/pasivă și reprezentarea debitoarei în cadrul acțiunii în atragerea răspunderii foștilor administratori ai debitoarei.

a) Reiterând exact petitul acțiunii, reclamanta AVAS București a chemat în judecată, în baza art. 124 lit.a și d din Legea nr.64/1995, republicată pe foșii membrii ai organelor de conducere ai debitoarei, pentru ca prin hotărârea ce se va pronunța în cauză să se dispună obligarea acestora la plata debitorilor către AVAS în sumă de 111.305,14 USD cu titlu de creață prioritată a statului, nerecuperată în procedura falimentului".

Analizând obiectul acțiunii, acesta conține o cerere în pretenții formulată de reclamantă împotriva celor 3 părți, foșii administratori, pentru obligarea acestora la plata sumei mai sus menționate, ori, conform art. 138 din Legea nr.64/1995, republicată, sumele obținute din executarea membrilor organelor de conducere ale societății debitoare „vor intra în averea debitorului”.

Acest aspect este întărit de reclamantă prin faptul că se subliniază cu ce titlu se cere această sumă "cu titlu de creață prioritată a statului, nerecuperată în procedura falimentului", de unde ar rezulta că cererea este exercitată în afara procedurii insolvenței.

Părății au invocat faptul că fiind vorba de o acțiune de drept comun, judecătorul trebuie să respecte principiul disponibilității așa cum este reglementat prin art. 129 alin.2 și 6 c.pr.civ., iar obiectul acțiunii nu poate fi modificat de reclamant după termenul prevăzut de art. 132 coroborat cu art. 134 c.pr.civ. și nici de judecător.

Totodată părății, au invocat **excepția de necompetență materială** a judecătorului sindic de a soluționa acțiunea, **excepția prematurităii ei**, deoarece nu s-a respectat procedura conciliarii conform art. 720¹ coroborat cu art. 109 c.pr.civ. precum și **excepția inadmisibilității ei**, atât timp cât reclamanta AVAS nu este unicul creditor al debitoarei SC "P" SA Arad.

Toate aceste excepții au fost respinse de judecătorul sindic raportat la temeiul juridic al acțiunii indicat de reclamantă în limine litis, respectiv art.124 din Legea nr.64/1995, modificată, care este fundamental juridic al pretențiilor deduse în această acțiune, nu înainte de a pune în discuția contradictorie a părților acest aspect.

Oricum, plata datorilor debitoarei din sumele obținute în urma admiterii unei asemenea acțiuni, se va face conform ordinii de prioritate prevăzută de art. 122 din Legea nr. 64/1995 republicată, unicul temei juridic pentru efectuarea plăților.

b) Părățul P.A. a invocat că administratorul judiciar al debitoarei SC "A.G." SRL Arad a acționat în nume propriu, fără să fi fost chemat sau introdus în acest proces, nici măcar în numele debitoarei SC "P" S.A. Arad, depășindu-și competențele și atribuțiile stabilite prin legea insolvenței, întrucât din antetul actelor depuse la dosar nu rezultă mențiunea "în insolvență" în cele 3 limbi, română, engleză și franceză așa cum prevede imperativ art. 48 alin.1 din aceeași lege iar debitoarea SC "P" S.A. Arad nu a fost și nu este parte procesuală în acest litigiu, deoarece reclamanta AVAS nu a chemat-o în judecată.

Părățul a mai invocat că nu există nici un temei juridic care să inducă convincerea că SC "A.G." SRL Arad ar fi acționat ca reprezentant al reclamantei AVAS, deoarece conform art. 6 din O.G. nr.79/1999 societățile comerciale profesionale de administrare judiciară și/sau de lichidare au ca unic obiect de activitate desfășurarea activității de reorganizare și/sau lichidare, putând cuprinde și acordarea de consultanță economico-financiară – nu și activități de consultanță juridică.

Întrucât SC "A.G."SRL Arad a solicitat instanței instituirea sechestrului asigurator și a depus documente în baza cărora judecătorul sindic a încuviințat sechestrul și a detaliat bunurile asupra cărora s-a instituit această măsură, mai mult același administrator a întreprins demersuri din proprie inițiativă cu privire la punerea în executare a încheierii de sechestr, demersuri care încalcă flagrant disp. art. 593 alin.1 c.pr.civ., administratorul judiciar substituindu-se atât reclamantei cât și executorului judecătoresc, același părăț a solicitat în baza art. 108⁴ raportat la art. 108¹ alin.1 pct.1 lit.a și art.723 c.pr.civ. sănătarea administratorului judiciar prin aplicarea unei amenzi judiciare în quantumul maxim prevăzut de lege precum și la plata unor despăgubiri de 30.000.000 lei.

Cu privire la această cerere, judecătorul sindic a respins-o, întrucât SC "A.G." SRL a fost numit administratorul judiciar al debitoarei SC "P" SA Arad conform Legii nr.64/1995 modificată, iar apoi și lichidator judiciar, în baza aceleiasi legi, ori debitoarei SC "P" SA Arad, fiindu-i ridicat de drept, dreptul de administrare încă de la deschiderea procedurii prevăzută de Legea nr. 64/1995 modificată, aceasta este reprezentată prin administratorul/lichidatorul judiciar numit în cauză.

Calitatea procesuală activă a acțiunii în răspunderea membrilor organelor de conducere o are societatea debitoare sau persoanele prevăzute la art.139 din Legea nr. 64/1995 republicată, cu drept de sesizare a judecătorului sindic cu o asemenea acțiune.

Calitatea procesuală activă aparține societății debitoare, subiectele prevăzute la art.139 – administrator – lichidator, neavând decât un drept de

reprezentare procesuală, derogator de la norme de drept comun în materie de reprezentare.

Argumentul juridic în acest sens îl constituie tocmai art.138 din Legea nr.64/1995 republicată care dispune că sumele obținute din executarea membrilor organelor de conducere al societății „vor intra în averea debitorului”.

Este firesc acest lucru deoarece prin faptele ilicite ale foștilor administratori a fost prejudiciat patrimoniul societății debitoare; ori în cadrul raportului juridic obligațional dedus judecății, titularul dreptului de creață este societatea debitoare.

Un alt argument juridic al calitatii procesuale active a societății debitoare îl reprezintă și art.73 al.1 din Legea nr.31/1990, text care, cu titlu de lege generală, completează dispozițiile Legii nr.64/1995, referitoare la răspunderea membrilor organelor de conducere al debitoarei, acest text precizând că, „administratorii sunt solidari răspunzători față de societate”.

Atunci când acțiunea în atragerea răspunderii foștilor administratori ai debitoarei este formulată de către un creditor, cum s-a întâmplat în speță, este evident că debitoarea prin administrator/lichidator numit în cauză are calitatea procesuală pentru considerențele mai sus expuse.

Mai mult, raportat la același art. 138 din procedura insolvenței, judecătorul sindic, în baza rolului activ, trebuie să citeze debitoarea prin administratorul/lichidatorul judiciar pentru ca hotărârea judecătorească ce se va pronunța să-i fie opozabilă.

În plus, administratorul judiciar și lichidatorul, ca și organe care aplică procedura reorganizării judiciare, asigură, în raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la încetarea de plăți, informații privind eventuala răspundere a oricărui administrator, director sau censor.

6. Acțiunea în atragerea răspunderii patrimoniale a fostului administrator al debitoarei admisă în baza art.137 litera d din Legea nr.64/1995 republicată.

Excepția lipsei calitatii procesuale pasive a foștilor administratori ai debitoarei pe motiv că art.137 din Legea nr.64/1995 republicată nu distinge între administratorii în funcție la data deschiderii procedurii și administratorii anteriori; excepție respinsă întrucât fapta invocată – neținerea contabilității – a avut loc anterior revocării din funcție a celor două administratori.

Obligația părăților la plata întregului pasiv al debitoarei.

Judecătorul sindic din probele administrate în cauză, respectiv tabelul definitiv al creditorilor debitoarei, actul adițional de cesiune, procura specială extras din registrul de deces, contractele de credit nr. 271/1999 și 95/1998, interrogatorile părăților, declarația martorei P.N., adresa MFP, reține în fapt următoarele :

Prin Sentința civilă nr. 631/17.03.2003 pronunțată în dosarul nr. 1106 /2003 al Tribunalului Arad debitoarea a intrat în procedura prevăzută de Legea nr. 64/1995 la cererea creditoarei Banca Comercială "Ion Tîriac" SA - Sucursala Timișoara, iar apoi prin Sentința nr. 3221/03.II.2003 pronunțată în același dosar, aceeași debitoare a intrat în procedura falimentului.

Din tabelul definitiv consolidat al debitoarei rezultă că datoriile acesteia se ridică la suma totală de 2.878.471.255 lei.

Din adresa nr. 13740/27.10.2004 emisă de M.F.P. – DGFP A.F.P. Gurahonț rezultă că ultimul document contabil depus în numele debitoarei a fost bilanțul contabil la 31 decembrie 2000 înregistrat sub nr. 39/04.04.2001.

Din declarația martorei P.N. - chiar mama părăței și totodată persoana mandatată de către noul asociat - G. I. de a accepta cesiunea și de a prelua societatea cu întregul activ și pasiv - rezultă că aceasta nu cunoaște să se fi încheiat vreun proces verbal de predare primire a activului și pasivului societății debitoare cu noul asociat, iar în momentul cessionării în patrimoniul debitoarei se găseau doar 2 mese, niște scaune și un calculator.

Prin actul adițional de cesiune, cei doi asociați și administratori ai debitoarei, P.C.N. și T.M. au cessionat, cu titlu gratuit toate părțile sociale deținute la societatea debitoare către noul asociat cessionar prin împunerit P.N.

Noul asociat a preluat toate părțile sociale ale debitoarei, cei doi foști administratori fiind revocați din funcție și numit în calitate de administrator noul asociat G.I.

La circa 4 luni după autentificarea actului adițional,noul asociat a decedat conform actului de la dosar de sindromul imunodeficitar acut.

Din interrogatorile celor doi părăți, rezultă că, la aspectele cele mai importante, au răspuns că nu cunosc aspecte esențiale din activitatea comercială a debitoarei, a cărei administrator au fost ani de zile, încheie acte de dispoziție esențiale în ceea ce privește activitatea debitoarei,cum ar fi cele două contracte de credit, iar societatea avea mari probleme financiare.

Cu privire la excepția lipsei calitatii procesuale pasive a părățului T.M., Legea nr.64/1995, republicată, nu distinge între administratorii în funcție la data deschiderii procedurii și administratorii anteriori, astfel că poate fi anrenată și răspunderea acestora din urmă în măsura în care ei au contribuit, prin fapte dintre cele enumerate de art. 137 la insolvența comercială a societății.

Un argument juridic în acest sens ar fi, art. 144 alin.4 din Legea nr. 31/1990 republicată, conform căruia administratorii în funcție sunt solidari

răspunzători cu predecesorii lor imediați dacă având cunoștință de neregulele săvârșite de acești nu le denunță censorilor sau auditorilor financiari.

Având în vedere faptă invocată – neînarea contabilității conform Legii nr.82/1991-art.11,25-26, care, a avut loc anterior revocării din funcție a celor doi administratori, este evident că raportat la art. 137 lit.d, din Legea nr. 64/1995 republicată, T.M. și desigur P.C.N. au calitate procesuală pasivă, astfel că pentru considerente expuse va respinge exceptia lipsei calității procesuale pasive invocată de părțile T.M.

Lipsa totală a documentelor contabile despre activitatea debitoarei anterior momentului cesiunii din 25.10.2001, duce la concluzia că foștii asociați și administratori ai debitoarei, de comun acord, au încheiat contractul de cesiune a părților sociale tocmai în scopul de a se sustrage obligațiilor de plată pe care le avea debitoarea față de creditorii acesteia.

Acest aspect rezultă și din faptul că, G.I. a devenit asociat unic și administrator la o societate fără bunuri, cu datorii de peste 2 miliarde de lei, în situația în care debitoarea nu deținea nici un fel de exclusivitate comercială, care să inducă o atracțivitate deosebită la cumpărare, iar la circa 4 luni după cesiune noul asociat, "potențialul investitor" a decedat.

Toate aceste împrejurări duc la concluzia că foștii administratori au folosit mijloace dolosive pentru a induce în eroare pe creditorii debitoarei.

Faptul generator al prejudiciului, neînarea evidenței contabile conform legii, nu este o activitate direct producătoare de prejudiciu, însă raportat la împrejurările mai sus relevante a ocasionat starea de insolvență.

Față de considerente expuse, având în vedere prejudiciul adus societății debitoare de 2.878.471.255 lei, faptul generator al prejudiciului, raportul de cauzalitate între prejudiciu și omisiunea delictuoasă a foștilor administratori de a ţine evidență contabilă conform legii, precum și vinovăția acestora, judecătorul sindic va admite acțiunea formulată de reclamanta S.C. "E" SA Arad în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC "I.P.I." SRL Arad împotriva părților P.C.N. și T.M. și în consecință va obliga părții să plătească, în solidar, pasivul societății debitoare SC "I.P.I." SRL Arad, în sumă de 2.878.471.255 lei, care va intra în avere debitoarei pentru acoperirea pasivului acesteia (Extras din Sentința nr.278/7.03.2005 pronunțată de Tribunalul Arad în dosar 5673/2004).

Această speță implică comentarii pentru că cei foști asociați au fost obligați la plata întregului pasiv al debitoarei.

Ori, obligarea la plata întregului pasiv, reprezentă limita maximă a întinderii răspunderii membrilor organelor de conducere ale societății aflate în insolvență.

Raportat la împrejurările de fapt - cessionarea cu titlu gratuit, de către cei doi asociați și un alt aspect, respectiv acela că în anul 2001, când a avut loc cesiunea părților sociale ale unei societăți falite, cu datorii de peste două miliarde de lei, fără active, unui terț, "potențial investitor", care la scurt timp decedează de SIDA - sunt evidente, manoperele dolosive folosite de cei doi foști asociați ca prin mijloace violente să se sustragă răspunderii patrimoniale.

Aici trebuie menționat și un alt aspect, respectiv acela că în anul 2001, când a avut loc cesiunea părților sociale a acestei societăți cu probleme financiare, respectiv cele două contracete de credit nefiind onorate, nu există reglementată infracțiunea de bancrută simplă.

Prin art. 127¹ alin.1 din Legea nr. 149/2004 s-a statuat că, constituie infracțiunea de bancrută simplă și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă **neintroducere** sau introducerea tardivă, de către debitor persoană fizică ori reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare, a cererii de deschidere a procedurii în termenul prevăzut la art. 25.

Legiuitorul a apreciat că, o asemenea omisiune, respectiv **neintroducerea cererii de deschidere a procedurii** prevăzută de Legea nr. 64/1995 republicată, care prejudiciază grav interesele creditorilor comerciantului trebuie sănctionată, nu doar patrimonial, cum s-a prevăzut inițial prin art. 25 alin.4 din Legea nr. 64/1995 modificată, dar și penal.

Astfel, art. 25 alin.4 din Legea nr. 64/1995 modificată prin OG 38/2002 prevedea că introducerea prematură, cu rea-credință sau tardivă de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii atrage răspunderea patrimonială a debitorului persoană fizică sau a reprezentanților statutari ai persoanelor juridice debitoare, pentru prejudiciile pricinuite.

Nedeclararea stării de insolvență și neintroducerea cererii de declanșare a procedurii prevăzută de Legea nr. 64/1995 modificată, de către cei doi asociați a avut ca efect creșterea pasivului societății debitoare.

Asigurarea legalității și moralității activității comerciale, impun ca în cazul săvârșirii unor fapte grave, comercianții să fie decăzuți din dreptul de a exercita o profesiune comercială.

Întrucât sancțiunea decăderii din dreptul de a exercita o profesiune comercială, constituie o decădere din drepturile unei persoane, ea nu poate interveni decât în cazurile și în condițiile prevăzute de lege.

Un astfel de caz era reglementat în Codul comercial, în materia falimentului, art. 881 și 882, în prezent abrogat, care, prevedea că, cel ce se face culpabil de bancrută simplă și frauduloasă, pe lângă sancțiunea închisorii, era declarat decăzut din dreptul de a exercita profesiunea de comerciant.

Ca și propunere de lege ferenda, având în vedere scopul cazierului fiscal, așa cum este reglementat prin art. 1 din O.G. nr.75/2001 republicată,

respectiv prevenirea și combaterea evaziunii fiscale precum și întărirea administrației impozitelor și taxelor datorate bugetului de stat, este util ca cele două infracțiuni, de bancrută simplă și bancrută frauduloasă, astfel cum sunt reglementate, în prezent de art. 141 din Legea nr. 64/1995 republicată, să fie înscrise în cazierul fiscal al foștilor administratori ai debitoarei.

Judecătorul delegat la oficiul registrului comerțului ar avea motiv de a respinge cererea de autorizare a înființării unor societăți comerciale cu un asociaț care ar avea înscris în cazierul fiscal o astfel de faptă.

7. Inadmisibilitatea exercitării acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere ale debitoarei după închiderea procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995, republicată.

Din ansamblu probator administrat în cauză, se reține în fapt următoarele :

Reclamanta a formulat cerere de declanșare a procedurii falimentului împotriva debitoarei SC "A.C.O." SRL, iar prin încheierea nr.629 din 17 martie 2003 a judecătorului sindic dată în dosarul nr.861/2003, s-a deschis procedura prevăzută de Legea nr.64/1995, modificată, fiind desemnat în calitate de administrator judiciar SC "A.G." SRL Arad.

Prin încheierea nr.1494/22 mai 2003 s-a deschis procedura falimentului în condițiile art.77-78 din Legea nr.64/1995 modificată, fiind desemnat în calitate de lichidator judiciar foștul administrator.

Prin raportul final depus de lichidatorul judiciar s-a arătat că la sediul declarat al debitoarei s-a constatat că la această adresă nu funcționează societatea comercială, nu au fost găsite documente contabile, neputându-se întocmi raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la încreștere de plată, iar fosta administratoare M.E.F. nu mai locuiește la domiciliul cunoscut.

Lichidatorul a întocmit și un bilanț general al lichidării conform căruia societatea comercială nu detine bunuri susceptibile de a fi aduse în masa patrimonială activă, astfel că s-a propus închiderea procedurii conform art. 117 alin.2 din Legea nr.64/1995, modificată și radieră SC "A.C.O." SRL Arad din evidențele ORC Arad.

Prin Sentința nr. 3134/27.10.2003 pronunțată în dosar nr.861/2003 s-a aprobat raportul final, iar în baza art. 117 al.2 din Legea nr.64/1995 modificată s-a procedat la închiderea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului împotriva debitoarei SC "A.C.O." SRL Arad și totodată în baza art.122 din același act normativ s-a procedat la descărcarea lichidatorului judiciar de toate îndatoririle și responsabilitățile cu privire la procedura prevăzută de Legea nr.64/1995 modificată.

Totodată în baza art. 117 alin.2 teza finală din Legea nr.64/1995, modificată s-a dispus radieră societății debitoare din evidențele ORC Arad.

Având în vedere că acțiunea în atragerea răspunderii delictuale a administratorilor societății comerciale astfel cum este reglementată de art. 124 din L nr.64/1995 modificată, se soluționează obligatoriu înainte de închiderea procedurii după cum rezultă din disp. art. 125 din aceeași lege, pentru că în caz contrar nu ar fi posibil ca sumele obținute pe calea acestei acțiuni, să servească fie continuării activității debitorului, fie acoperirii pasivului, mai mult lichidatorul este descurcat de orice responsabilități conform art. 122 din aceeași lege, prezenta acțiune fiind introdusă după închiderea procedurii insolvenței, judecătorul sindic va respinge acțiunea formulată precizată de reclamanta Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Bancare împotriva părții M.E.F. și S.C. "A.C.O." SRL prin lichidator S.C. "A.G." SRL Arad, pentru opozabilitate, în vederea atragerii răspunderii patrimoniale conform art. 124 din Legea nr. 64/1995, modificată. (Sentință civilă nr.621/8.03.2004 pronunțată de Tribunalul Arad în dosar nr.8540/2003, rămasă irevocabilă prin respingerea recursului).

Sediul juridic al materiei privind răspunderea membrilor organelor de conducere ale debitoarei în procedura insolvenței îl găsim în cuprinsul Legii nr.64/1995 republicată, după texte care reglementează închiderea procedurii. Aceasta este explicația unei mari diversități de practică judiciară, pentru că unii judecători sindici, soluționează cererile cu acest obiect numai după ce închid procedura, deși au fost investiți anterior, iar alții, din contră, apreciază că o astfel de acțiune este admisibilă doar până la închiderea procedurii insolvenței.

Soluția de mai sus este legală deoarece prin închiderea procedurii, judecătorul sindic, administratorul sau lichidatorul judiciar sunt descurcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și avere lui, creditori, titulari de garanții, acționari sau asociați, conform art.135 din Legea nr.64/1995 republicată.

Rezolvarea acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale conform art.137 din Legea nr.64/1995 republicată, așa cum s-a apreciat în doctrina de specialitate, constituie o adevărată chestiune prealabilă față de închiderea procedurii insolvenței. Textul legal care dă impresia că o astfel de acțiune ar putea fi introdusă și după închiderea procedurii insolvenței este art.140 al.2 din Legea nr.64/1995 republicată, ce prevede că: „După închiderea procedurii falimentului, sumele rezultante din executarea silită vor fi depuse într-un cont bancar distinct la dispoziția judecătorului sindic pentru distribuirea acestor sume, în condițiile legii”, ori acest text nu se coroborează cu art.135 mai sus menționat.

Regimul juridic al creațelor salariale în cazul insolvenței angajatorului în dreptul european



**Lector univ.dr. Diana Ungureanu
Judecător, Tribunalul Comercial Argeș**

I. CONSIDERAȚII GENERALE

Situarea salariailor în cazul procedurilor colective este o problemă care preocupa în egală măsură legislațiile naționale și dreptul comunitar.

Procedurile colective implică, prin ipoteză, o situație de penuria, în care nu toți creditorii vor putea fi plătiți integral și imediat.

Componentă esențială a întreprinderii, salariajii au drepturi care intră în competiții cu cele ale altor creditori. Deși majoritatea legislațiilor naționale recunosc un privilegiu creațelor salariale, ele trebuie să ţină seama, în același timp, de faptul că a favoriza cu orice preț toate drepturile salariale riscă să producă injustiții.

Jurisprudența franceză, în hotărârea LIP¹, a arătat că a sacrifica furnizorii în favoarea salariajilor înseamnă a sacrifica indirect pe salariajii acestor furnizori. Unii creditori ai debitorului supus procedurii sunt ei însăși salariaj, cum ar fi cei care au dat un avans pentru un bun care nu le va fi niciodată livrat. În plus, salariajii aparțin ei însăși unor realități sociale diferite, de la muncitor la directorul care pretinde creațe salariale foarte ridicate, adeseori disproportionate în raport cu munca prestată și care este mai mult sau mai puțin responsabil de proasta gestiune care a condus la închiderea de plată².

Regimul juridic al creațelor salariale în cadrul procedurilor colective este prin urmare o problemă de echilibru care se situează la convergența normelor din domeniul securității sociale cu cele din dreptul procedurilor colective.

II. DREPTUL LUCRĂTORILOR LA PROTECȚIA CREAȚELOR ÎN CAZ DE INSOLVABILITATE A PATRONILOR, DREPT SOCIAL FUNDAMENTAL

Carta social europeană, adoptată la 12 octombrie 1961, revizuită la 3 mai 1996 conține prevederi din domeniul dreptului social, fiind prevăzute un număr de 31 de drepturi pe care statele semnătoare se obligă să le pună în aplicare. Dreptul lucrătorilor la protecția creațelor lor în caz de insolvență a patronilor este unul din aceste drepturi.

Drepturile sociale fundamentale au fost consacrate de către Organizația Internațională a Muncii începând cu Declarația de la Philadelphia din 1948, când s-au stabilit obiectivele acestei organizații și continuând cu numeroase convenții și recomandări adresate statelor membre, care s-au constituit, așa cum arată majoritatea autorilor, într-un veritabil drept internațional al muncii și protecției sociale¹.

Conferința Generală a Organizației Internaționale a Muncii convocată la Geneva de către Consiliul de administrație al Biroului Internațional al Muncii și care s-a reunit la 3 iunie 1992 în cea de 79-a sesiune - subliniind importanța protecției creaței lucrătorilor în caz de insolvență a celor care angajează, ținând cont de consecințele sociale și economice ale insolvenței, precum și de evoluțiile importante înregistrate în legislația și practica multor state membre, în sensul ameliorării regimului juridic al creațelor lucrătorilor în caz de insolvență a celor care angajează și considerând că ar fi oportun ca în cadrul conferinței să adopte noi norme referitoare la creațele lucrătorilor - adoptă la 23 iunie 1992 Convenția nr. 173 asupra protecției creaței lucrătorilor în caz de insolvență a celor care angajează².

Convenția nr. 173/1992 este chemată astfel să dezvolte dispoziția în materie din Convenția nr. 95/1949, care doar enunță acest principiu.

Statul ce ratifică această convenție se obligă să protejeze creațele lucrătorului cu titlu de salar, fie prin intermediu acordării titlului de

creațe privilegiate, fie prin instituirea unei garanții, fie prin aceste două mijloace combinate.

România a ratificat Convenția nr. 95/1949 și poate, adoptând o lege în materie care să dezvolte dispozițiile de principiu ale art. 167 din Codul muncii, să ratifice și Convenția nr. 173/1992, considerată drept un instrument internațional nu numai de referință, dar și unul dintre cele mai moderne elaborate în cadrul vreunei organizații internaționale.

Convenția este structurată pe trei părți, astfel: partea I conține dispoziții generale în care este definit termenul de insolvență, precum și obligațiile care revin fiecărui stat membru care ratifică convenția, partea a II-a se referă la protecția creațelor lucrătorilor pe calea unui privilegiu, iar partea a III-a privește protecția creaței lucrătorilor printr-o instituție de garanție.

II.1. Dispoziții generale

În acceptarea convenției, termenul de insolvență desemnează situațile în care, în conformitate cu legislația și practica națională, a fost deschisă o procedură privind activele unui angajator în scopul de a plăti în mod colectiv creditorii săi.

Orice stat membru poate extinde termenul de insolvență și la alte situații în care creațele lucrătorilor nu pot fi plătite din cauza situației financiare a angajatorului, spre exemplu, în cazul în care suma activelor nu este suficientă pentru a justifica deschiderea procedurii de insolvență.

Art. 3 din convenție prevede că orice stat membru care ratifică convenția trebuie să accepte fie obligațiile din partea a II-a, care prevăd protecția creațelor lucrătorilor pe calea unui privilegiu, fie cele din partea a III-a care prevăd protecția creațelor lucrătorilor printr-o instituție de garanție, fie obligațiile din partea a II-a și a III-a. Această opțiune trebuie indicată într-o declarație care însoțește ratificarea.

Orice stat membru care nu a acceptat inițial decât obligațiile din partea a II-a sau din partea a III-a ale convenției poate, ulterior, să extindă acceptarea sa asupra celorlalte părți printr-o declarație adresată directorului general al Biroului Internațional al Muncii.

În situația în care un stat membru a acceptat obligația ambelor părți ale convenției poate, după consultarea organizațiilor reprezentative ale angajatorilor și ale lucrătorilor, să limiteze aplicarea părții a III-a la anumite categorii de lucrători și la anumite ramuri economice. Această limitare trebuie specificată în declarația de acceptare, iar în primul raport pe care îl înaintează Organizației Internaționale a Muncii trebuie să expună motivele pentru care și-a limitat acceptarea.

De asemenea, orice stat membru care a acceptat obligațiile din partea a II-a și a III-a din convenție poate, după o prealabilă consultare a organizațiilor reprezentative ale angajatorilor și ale lucrătorilor, să excludă de la aplicarea părții a II-a creațele protejate în virtutea părții a III-a.

Autoritatea competentă poate, după consultarea organizațiilor reprezentative ale angajatorilor și ale lucrătorilor, să excludă din partea a II-a sau din partea a III-a sau din ambele părți ale prezentei convenții, categorii determinate de lucrători – în special agenți publici, datorită naturii specifice a raportului lor de muncă sau dacă există alte garanții care le oferă o protecție echivalentă cu cea care rezultă din convenție; aceste excepții de care se pot prevăda statele membre trebuie raportate Organizației Internaționale a Muncii, statele fiind obligate să furnizeze informații și să arate motivele.

II.2. Protecția creațelor lucrătorilor pe calea unui privilegiu

În caz de insolvență a angajatorului, creațele lucrătorilor, în calitatea lor de angajați trebuie protejate printr-un privilegiu, astfel încât acestea să fie plătite din activele angajatorului insolvent, înaintea creditorilor neprivilegiati.

Privilegiul, așa cum se arată în art.6 din convenție, trebuie să acopere cel puțin creațele lucrătorilor:

- pentru salarii aferente unei perioade determinate, care nu trebuie să fie mai mică de 3 luni, ce precede insolvența sau închiderea raporturilor de muncă;

- pentru conchedile cu plată datorate ca rezultat al muncii prestate în cursul anului în care a survenit insolvența sau închiderea raporturilor de muncă, precum și în anul precedent;

- pentru sume datorate altor conchedii cu plată, aferente unei perioade determinate, care nu trebuie să fie mai mică de 3 luni, ce precede insolvența sau închiderea raporturilor de muncă;

- pentru indemnizațiile ce sunt datorate lucrătorilor la închiderea raporturilor de muncă.

Art. 7 din convenție prevede o serie de limitări, în sensul că legea națională poate limita sfera privilegiului creaței lucrătorilor la o sumă fixă, care nu trebuie să fie inferioară unui prag acceptabil din punct de vedere social.

În cazul în care privilegiul creațelor este astfel limitat, această sumă trebuie ajustată atât cât este necesar, pentru a-i menține valoarea.

În fine, art. 8 din convenție stabilește rangul privilegiului. Prin urmare, legislația națională trebuie să plaseze creațele lucrătorilor la un rang de privilegiu superior majorității creațelor privilegiate și în special ale statului și ale securității sociale.

În situația în care creațele lucrătorilor sunt protejate printr-o singură instituție de garanție, în conformitate cu partea a III-a a convenției, creațele astfel protejate pot fi plasate la un rang de privilegiu inferior celor ale statului și securității sociale.

III.3. Protecția creațelor lucrătorilor printr-o instituție de garanție

Plata creațelor lucrătorilor în calitatea lor de angajați în raport cu angajatorul trebuie să fie garantată prin intermediul unei instituții de garanție, în cazul în care plata nu poate fi efectuată de către angajator, dată fiind starea sa de insolvență.

În punerea în aplicare a convenției, orice stat membru poate, după o prealabilă consultare cu organizațiile reprezentative ale angajatorilor și ale lucrătorilor, să adopte măsurile adecvate pentru evitarea abuzurilor.

Totodată, modalitățile de organizare, gestionare, funcționare și finanțare a instituțiilor de garanție trebuie să fie stabilite pe calea legislației naționale.

Creațele protejate printr-o instituție de garanție trebuie să includă, potrivit art. 12 din convenție, cel puțin:

- creațele pentru salarii aferente unei perioade determinate, care nu trebuie să fie mai mică de 8 săptămâni, ce precede insolvența sau închiderea raporturilor de muncă;

- creațele pentru conchedile cu plată datorate pentru munca efectuată în timpul unei perioade determinate, care nu trebuie să fie mai mică de 6 luni, ce precede insolvența sau închiderea raporturilor de muncă;

- creațele pentru sume datorate pentru alte conchedii cu plată aferente unei perioade determinate, care nu trebuie să fie mai mică de 8 săptămâni, ce precede insolvența sau închiderea raporturilor de muncă;

- indemnizațiile ce sunt datorate lucrătorilor la plecare, în cazul închidării raporturilor de muncă.

Art. 13 din Convenție conține o serie de limitări în sensul că aceste creațe pot fi plafonate la o sumă determinată care nu trebuie să fie mai mică decât un prag socialmente acceptabil, iar în cazul unei asemenea limitări, această sumă trebuie indexată pentru a-i menține valoarea.

III. DREPTUL COMUNITAR ÎN MATERIA REGIMULUI JURIDIC AL CREAȚELOR SALARIAȚILOR ÎN CAZ DE INSOLVABILITATE A ANGAJATORILOR

Reglementarea comunitară în materia regimului juridic al creațelor salariaților în caz de insolvență a angajatorilor este mult mai exigentă decât Convenția adoptată în cadrul Organizației Internaționale a Muncii.

Sediul materiei îl reprezintă Directiva 80/987/CEE/20.10.1980 privind armonizarea legislației statelor membre, referitoare la protecția salariaților în cazul insolvenței angajatorului.³

Caracteristica Directivei, ca instrument juridic, este aceea că leagă statele în ceea ce privește rezultatul ce urmează a fi atins, dar nu și în ceea ce privește formele și mijloacele utilizate care jin de competența autorităților statele.

Prin urmare, Directiva obligă statele să se conformeze unui anume obiectiv, dar lăsându-le libertatea alegerii mijloacelor menite să-i asigure realizarea într-un răstimp determinat.

Pentru a atinge obiectivele fixate printr-o directivă, statele membre trebuie să adopte o nouă legislație națională sau să modifice ori să abroge dispoziții legislative, regulamentare sau administrative existente.

Deși directivele se adresează statelor membre și nu creează drepturi sau obligații directe pentru cetățenii comunității, Curtea Europeană de Justiție a consacrat dreptul cetățenilor Uniunii de a se prevala în mod direct de dispozițiile directivelor, cu condiția ca termenul de transpunere în dreptul național a prevederilor directivelor să se fi scurs și ca dispozițiile acestor acte comunitare să fie suficient de clare pentru a nu lăsa statelor membre nici un dubiu cu privire la conținutul lor.

III.1. Dispoziții generale

Directiva se aplică creațelor lucrătorilor cu contract individual de muncă sau aflați într-un raport de muncă cu angajatorii aflați în situație de insolvență.

Prin această directivă se creează garanții prin care atunci când angajatorul devine insolvent, salariile neplătite la momentul respectiv sunt parțial achitate dintr-un fond de garantare creat în fiecare stat membru.

Statele membre pot, cu titlu excepțional, să exclude din cîmpul de aplicare al Directivei anumite categorii de angajați în considerarea naturii particulare a contractului sau raportului de muncă al acestora sau a existenței unor alte forme de garanție care oferă acestora o protecție echivalentă celei rezultând din Directivă.

În Hotărârea 22/87 din 2 februarie 1989⁴, Comisia contra Italia, Curtea a stabilit că legislația unui stat membru nu respectă minimul de protecție instituit de Directivă dacă prezintă lacune în ceea ce privește beneficiarii săi, în sensul că aceasta nu se aplică anumitor categorii de întreprinderi sau salariați, altele decât cele pentru care Directiva prevede expres posibilitatea unei derogări. Mai mult, în Hotărârea 53/88 din 8 noiembrie 1990⁵, Comisia contra Grecia, Curtea a stabilit că, dacă excluderea este autorizată în virtutea naturii particulare a contractului sau raportului de muncă al acestora, ea nu este condiționată de existența unei alte forme speciale de garanție. Dacă însă excluderea este autorizată tocmai în considerarea existenței unor alte forme de garanție, ea nu poate fi acordată decât dacă angajatul beneficiază de garanții esențiale rezultând din Directivă, chiar dacă în alte modalități decât cele prevăzute de aceasta.

Cu titlu de excepție, prin anexa la Directivă, unele state precum Grecia, Irlanda, Olanda, Italia etc., au precizat unele categorii de salariați ce sunt excluse de la aplicarea dispozițiilor directivei datorită caracterului special al contractului sau raportului de muncă al salariaților sau a existenței altor forme de garanție;

- patronul și membrii echipajului unui vas de pescuit în măsura în care sunt plătiți sub forma participării la câștiguri (Grecia);

- lucrătorii la domiciliu, dacă nu au contract de munca;

- rudele apropiate ale angajatorilor care nu au contract de munca și a căror munca se desfășoară într-o gospodărie privată (Irlanda);

- oamenii de serviciu la domiciliu încadrați de o persoană fizică și care lucrează mai puțin de 3 zile pe săptămână (Olanda);

- echipajele navelor maritime, în măsura în care sunt plătiți sub forma participării la câștiguri (Italia).

Conform art. 2 al Directivei, un angajator este considerat în stare de insolvență dacă sunt îndeplinite cumulativ două condiții:

- a fost formulată o cerere de deschidere a unei proceduri privind patrimoniul angajatorului, în scopul de a satisface în mod colectiv drepturile creditorilor și

- autoritatea competentă a decis deschiderea procedurii sau a stabilit ca întreprinderea sau sediul secundar să fie definitiv închis, din cauza insuficienței activului disponibil pentru a justifica deschiderea procedurii.

Statele membre sunt obligate, conform art. 3 paragraful 1 al Directivei, să ia măsurile necesare ca instituțiile de garanție să asigure plata creațelor salariaților, care rezultă din contractele sau raporturile de muncă și care privesc salarizarea pe o perioadă anterioară unei date stabilite care poate fi la alegerea statelor membre:

- cea la care a survenit insolabilitatea angajatorului;
- cea a preavizului de concediere a salariatului ca urmare a insolabilității angajatorului;
- cea la care a survenit insolabilitatea angajatorului sau cea la care contractul sau raportul de muncă cu angajatorul a început ca urmare a insolabilității angajatorului.

Statele membre au facultatea de a limita obligația de despăgubire din partea instituțiilor de garanție prevăzute de Directivă, care este de minimum 3 salarii. Totuși, pentru a se evita plata sumelor ce depășesc obiectivul social al Directivei, se poate stabili un plafon pentru garanția de plată a creațelor salariaților.

Curtea Europeană de Justiție, în cazurile în Cazurile unite 6 și 9/1990 din 19 noiembrie 1991, Andrea Francovich și Danila Bonifaci contra Italia⁶, ținând cont de finalitatea socială a Directivei, a considerat că moment de începere a curgerii obligației de garanție, data la care a survenit insolabilitatea angajatorului, întrucât celelalte două date, data cererii de deschidere a procedurii de despăgubire colectivă și cea a preavizului de concediere a salariatului ca urmare a insolabilității sunt în mod necesar posterioare intervenirii stării de insolabilitate, ceea ce ar presupune o perioadă mai lungă de timp de acoperit de către instituția de garanție.

Definiția dată de Directivă insolabilității angajatorului nu afectează facultatea statelor membre, de a aplica sau de a introduce dispoziții mai favorabile lucrătorilor, în special pentru acoperirea remunerărilor neplătite în cursul unei perioade posterioare introducerii cererii de deschidere a procedurii pentru despăgubire colectivă.

În ceea ce privește instituțiile care garantează plata creațelor salariaților, acestea trebuie să îndeplinească trei condiții:

- patrimoniu lor trebuie să fie independent de capitalul de exploatare al angajatorilor și inaccesibil procedurilor de insolabilitate, adică să fie constituit de astă manieră încât asupra acestuia să nu poată fi pus sechestrul în cursul unei proceduri în caz de insolabilitate;
- angajatorii trebuie să contribuie la finanțarea lui, în măsura în care acesta nu este acoperit integral de către autoritățile publice;
- obligația de plată a acestor instituții există independent de executarea obligației angajatorului de a contribui la finanțare.

Statele membre sunt obligate să ia măsuri pentru menținerea drepturilor lucrătorilor la prestații prevăzute de regimurile legale de securitate socială, chiar și în cazul în care angajatorul nu a plătit cotizațiile obligatorii instituției de asigurare.

În plus, statele membre trebuie să asigure adoptarea măsurilor necesare în vederea protejării intereselor salariaților și persoanelor care au părăsit deja întreprinderea angajatoare insolabilă, în ceea ce privește drepturile la pensia pentru limită de vîrstă, inclusiv la pensia de urmăș, dobândite sau în curs de dobândire, în cadrul regimurilor complementare de pensii organizate la nivel de întreprindere sau grup de întreprinderi aflate în afara regimurilor naționale de securitate socială.

În situația în care lucrătorul s-a stabilit într-un alt stat decât cel în care a locuit și și-a desfășurat activitatea salarială, instituția de garantare competentă este cea a statului pe teritoriul căruia a fost deschisă procedura de despăgubire colectivă sau a fost decisă închiderea întreprinderii.

Referitor la aplicarea Directivei, Curtea Europeană de Justiție a admis, în Cazurile unite 6 și 9/1990 din 19 noiembrie 1991, Andrea Francovich și Danila Bonifaci contra Italia, că un stat membru este obligat să repare pagubele suferite de particulari prin neînțeperea în dreptul intern a Directivei.

Deplina eficacitate a normelor comunitare ar fi pericolită și protecția drepturilor pe care ele le recunosc ar fi slăbită dacă particularii n-ar avea posibilitatea de a obține o reparație atunci când drepturile le sunt lezate printr-o încălcare a dreptului comunitar care le este imputabilă. Această posibilitate de a obține o reparație este în mod special necesară atunci când deplina eficacitate a normelor comunitare este subordonată condiției unei acțiuni din partea statului membru și, în consecință, particularii n-ar putea, în lipsa unei asemenea acțiuni, să valorifice în fața jurisdicțiilor naționale drepturile care le sunt recunoscute de către dreptul comunitar.

A fost astfel consacrat principiul responsabilității statelor membre pentru prejudiciile cauzate particularilor (neplata salariaului ca urmare a falimentului angajatorului) printr-o încălcare a dreptului comunitar care le este imputabilă. În cauză Italia nu transpusese Directiva în dreptul intern, iar după cum se știe, directivele nu produc efecte directe în ordinea juridică a statelor membre.

Prin urmare, salariații erau îndreptăți să obțină din partea statului italian o reparație a prejudiciului care le fusese cauzat de către acesta prin neînființarea instituțiilor de garanție a plății salariailor lor.

Obligația pentru statele membre de a repara aceste prejudicii își găsește fundamental în art. 5 din Tratatul CEE în virtutea căruia statele membre trebuie să ia măsuri ferme pentru a asigura executarea obligațiilor care le revin conform dreptului comunitar, și, în consecință, pentru a înlătura consecințele ilicite ale încălcării dreptului comunitar.

Curtea Europeană de Justiție a constatat că, deși dispozițiile Directivei sunt suficiente și necondiționate, în ceea ce privește determinarea beneficiarilor garanției și al conținutului acestei garanții, aceste elemente nu sunt suficiente pentru ca particularii să se poată prevăla de dispoziții ale Directivei în favoarea jurisdicțiilor naționale.

Dispozițiile Directivei nu precizează identitatea debitorului garanției iar, pe de altă parte, statul nu poate fi considerat debitor pentru singurul motiv că nu a respectat termenul de transpunere a dispozițiilor Directivei.

Dacă Directiva nu precizează identitatea debitorului garanției și statul este ținut să stabilească o instituție de garanție, nu înseamnă că el poate fi considerat debitor, dar cu toate acestea, persoana interesată poate invoca responsabilitatea puterii publice pentru paguba suferită dacă sunt îndeplinite cumulativ trei condiții: regula nerespectată să aibă ca obiect conferirea unui drept în profitul particularilor; conținutul acestui drept să poată fi suficient identificat sau caracterizat pe baza dispozițiilor Directivei, să existe o legătură de cauzalitate între încălcarea obligației ce incumbe statului și prejudiciul suferit de persoana lezată.

O nouă Directivă europeană asupra insolabilității a modificat Directiva din 1980. Această Directivă, nr. 2002/74/CE din 23 septembrie 2002⁷ trebuie transpusă în dreptul intern, într-un termen de 3 ani. Ea va permite, în special, garantarea creațelor salariaților având contract de muncă cu o întreprindere situată în străinătate și care nu are nici un sediu secundar în Franța.

IV. ASPECTE DE DREPT COMPARAT

Proiectul de ghid UNCITRAL asupra dreptului insolabilității a subliniat faptul că existența unui fond special destinat să protejeze salariații are puține șanse să modifice cursul insolabilității, dacă nu se admite ca acest fond să nu aibă același rang de prioritate ca și salariații. Fără o formulă o altă recomandare, Proiectul atrage atenția asupra soluțiilor pe care le propun diferitele sisteme juridice, majoritatea lor consacrand pentru instituția de garanție aceleași drepturi ca și pentru salariați. Proiectul subliniază ideea că un sistem de garanție socială ar profita masei insolabilității, în măsura în care această categorie de creațe ar fi exclusă de la repartitia activului, prin dispoziții care să impună plata salariaților de către instituția de garanție, fără însă să acorde acestei instituții același rang de prioritate ca și cel al salariaților⁸.

Analizăm în continuare soluțiile propuse de două sisteme legislative, respectiv cel francez și cel român.

IV.1. Legislația franceză

În dreptul francez, salariații se bucură mai întâi de un privilegiu general, mobilier și imobilier care garantează plata a șase luni de salariu. Se asimilează salariului indemnizațiile de concediu cu plată. Privilegiul nu se intinde însă asupra sumelor datorate cu titlu de participare a salariaților la profit și nici asupra primelor variabile.

Deși ar părea că acest privilegiu constituie o garanție eficientă, în practică s-a dovedit că acesta prezintă două inconveniente⁹. Mai întâi rangul său nu este cel mai bun. Asupra bunurilor mobile el este devansat de drepturile creditorilor gajiști și de privilegiul finanțelor. Privilegiul salariaților vine în concurs cu privilegiul Securității sociale. Asupra imobilelor, situația este mai favorabilă pentru că privilegiul primează asupra creditorilor ipotecari. Dar valorificarea imobilelor este lentă și dificilă, ceea ce antrenează cel de-al doilea inconvenient al privilegiului. Privilegiul conferă un drept, dar valorificarea sa practică

nu are o dată certă. Or, salariatul și familia sa nu se pot hrăni numai cu speranță¹⁰.

De aceea, Decretul lege din 8 august 1935, devenit art.L.143-10 din Codul Muncii a instaurat o garanție suplimentară pentru o parte a acestor creațe privilegiate. Practic a definit această dispoziție de favoare sub numele de „super-privilegiu”¹¹.

Domeniul de aplicare al acestui super-privilegiu este dublu limitat: el nu acoperă decât ultimele 60 de zile de muncă și nu se aplică întregului salariu, ci doar unei sume plafonate la dublul cotizației reținute pentru securitatea socială.

Salariatul trebuie să fie plătit indiferent de existența oricărei creațe privilegiate. Formula este deosebit de energetică. Caracterul alimentar al salariului protejat de super-privilegiu l-a determinat pe legiuitor să asigure o plată rapidă. În principiu, aceasta trebuie să opereze în cele 10 zile de la pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii, dacă administratorul dispune de fondurile necesare. Această măsură rămâne adeseori literă moartă ținând seama de calculele complexe pe care le necesită stabilirea quantumului sumei acestui super-privilegiu. În consecință, chiar înainte de a stabili creața, administratorul trebuie să verse imediat salariaților, cu titlu provizoriu, pe baza ultimei dispoziții de plată, o parte din salariu, plafonată, ca super-privilegiu. S-a vorbit de existența unui super super-privilegiu. Expresia nu este însă exactă, este vorba doar de vărsarea unui aconț și nu de o ordine preferențială. Acest vărsământ presupune autorizarea judecătorului comisar și bineînțeles existența fondurilor disponibile.

Situația este și mai îngrijorătoare atunci când disponibilitățile lipsesc, ceea ce din nefericire este destul de frecvent, fie pentru că debitorul este insolabil, fie pentru că valorificarea activelor sale presupune întârzieri. Or, cea mai mare parte a salariaților nu poate aștepta plata a ceea ce le este datorat.

O lege din 27 decembrie 1973, încorporată în art.143-11 și urm. din Codul Muncii a organizat un sistem de asigurare împotriva riscului de neplată a salariilor, plafonat la o sumă fixă, după grile care țin seama de un plafon variabil proporțional cu contribuția la securitatea socială.

Regimul s-a inspirat din cel al asigurărilor de șomaj și se aplică salariaților angajați de comercianți, meșteșugari și agricultori sau de persoane juridice de drept privat.

Asociația pentru gestionarea regimului de asigurare a creațelor salariale (AGS) trebuie să furnizeze reprezentantului creditorilor, într-un termen de 5 zile, disponibilitățile de care are nevoie pentru a acoperi sumele definitiv stabilite.

Pentru a alimenta fondul de asigurare, angajatorii varsă o cotizație specială, însă salariații au dreptul la garanție chiar dacă cotizația nu a fost plătită.

AGS se subrogă în drepturile salariaților. El participă la procedura colectivă invocând, după caz, privilegiul sau super-privilegiul acestora. Prin urmare, asigurarea nu modifică întinderea pasivului garantat de privilegiul salariaților.

IV. Legislația națională

Urmărind integrarea în textul Codului muncii a Convenției Organizației Internaționale a Muncii nr. 173/1992 privind protecția creațelor lucrătorilor în caz de insolabilitate a celui care angajează, precum și a Directivei Uniunii Europene nr. 80/987/CEE/20.10.1980 privind armonizarea legislației statelor membre referitoare la protecția salariaților în cazul insolabilității angajatorului, noul Cod al muncii, Legea nr. 53 din 24.01.2003, a preluat principiile cuprinse în Directiva Comisiei Europene astfel încât Titlul IV din Capitolul IV reglementează “fondul de garantare pentru plata creațelor salariale care privește protecția socială a salariailor firmelor falimentare”.

Dacă fiind faptul că aceste prevederi au suscitat luări de poziție din partea partenerilor sociali, O.U.G.65/2005 a abrogat art.168 și a modificat art.167 din Codul muncii, lăsând în sarcina unei viitoare legi speciale stabilirea modului de constituire și utilizare a fondului de garanție, deși Guvernul României s-a obligat față de Uniunea Europeană să nu depășească anul 2005 pentru punerea în aplicare a acestei legi.

Textul art. 167 stipula obligația angajatorului de a contribui la fondul de garantare pentru plata creațelor salariale care rezultă din contractele individuale de muncă, în condițiile legii, iar în teza a II-a a aceluiași articol, era definită funcția acestui fond, și anume aceea de a asigura plata creațelor ce privesc salarizarea. Art. 168 enumera principiile care trebuiau respectate cu privire la modul de constituire și utilizare a fondului, astfel:

- patrimoniul instituțiilor de garantare a fondurilor trebuie să fie independent de capitalul de exploatare a unităților și trebuie să fie constituit astfel încât asupra acestuia să nu poată fi pus sechestrul în cursul procedurii de insolvabilitate;

- angajatorul trebuie să contribuie la finanțare în măsura în care acesta nu este acoperit integral de către autoritățile publice;

- obligația de plată a instituțiilor de administrare a fondurilor va exista independent de îndeplinirea obligațiilor de contribuție la finanțare.

Acest mod de contribuție financiară este aplicat în statele membre ale Uniunii Europene, în topul cărora este în care se aplică acest sistem situându-se Slovenia, unde angajatorii au contribuit cu 1,53 miliarde de dolari, restul de până la 3,63 miliarde căt au fost cheltuite, fiind suportate de către stat. Din banii astfel acumulați sunt plătite salariile angajaților întreprinderilor aflate în procedura de faliment sau care au fost declarate falimentare.

O serie de prevederi din Directiva 80/987/CEE/20.10.1980 au fost preluate prin Legea nr. 64/1995 republicată, privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

Astfel, art. 122 pct.3 situează creațele izvorăte din raporturile de muncă pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii imediat după cheltuielile aferente procedurii și după creațele reprezentând creditele, cu dobânzile și cheltuielile aferente, acordate de instituții de credit după deschiderea procedurii și cele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii.

Se constată astfel că sunt respectate dispozițiile Directivei atât în ceea ce privește executarea creațelor reprezentând drepturi salariale pentru o perioadă determinată cât și situarea acestora înaintea creațelor statului.

În lipsa unei legi speciale privind modul de constituire și utilizare a fondului de garanție, pentru rezolvarea unor situații sociale deosebite (falimentul unor companii importante, disponibilizări ca urmare a inițierii unui vast program de reorganizare, restrukturare și privatizare a unor întreprinderi), în vederea asigurării unei reale protecții sociale, Guvernul României a adoptat o serie de acte normative pentru plata creațelor izvorăte din contractele de muncă.

O.U.G. nr. 8/2003 privind stimularea procesului de restructurare, reorganizare și privatizare a unor societăți comerciale cu capital majoritar de stat, precum și O.U.G. nr. 93/1999 pentru aprobarea finanțării repatrierii personalului navigant debarcat sau aflat la bordul unor nave maritime de transport și achitarea drepturilor salariale restante sunt câteva din actele normative care se integrează în politica socială promovată de România.

NOTE

¹ Citată de Yves Guyon, Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite, tome 2, 7^e édition, Ed.Economica, Paris, 1999, p.392 și urm.

² G.Lyon-Caen, Quand cesse-t-on d'être salarié, Le salarié-employeur, Droit, 1977, p.109

³ Publicată în JOCE no. L 283 din 28 octombrie 1980

⁴ Publicată în Culegere de jurisprudență, 1989, p.00143

⁵ Publicată în Culegere de jurisprudență, 1990, p.I-03917

⁶ Publicată în Culegere de jurisprudență, 1999, p.I-05357

⁷ Publicată în JOCE L 270 din 08.10.2002

⁸ Proiectul de ghid UNCITRAL asupra dreptului insolabilității, doc. A/CN.9/WG.V/WP.57, p.71, no. 228-231

⁹ Corrine Saint Alary – Houin, Droit des entreprises en difficultés 3^e, edition, Ed. Montchrestien, Paris, 1999, p.375 și urm., Corrine Saint Alary – Houin, L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales, Droit social, 1987, p.842

¹⁰ Yves Guyon, Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite, tome 2, 7^e édition, Ed. Economica, Paris, 1999, p.392 și urm.

¹¹ Derrida, Le super-privilège des salariés, Droit, 1973, p.65

A Word from the President

Att. Arin Octav Stanescu

In the previous issue of our review I expressed hope that a new normative act would soon be enacted, regulating the insolvency procedure and replacing the repeatedly amended Law 64/1995.

Also, I said that other two major bills had been proposed, i.e. a new law regarding insolvency practitioners and a bill on composition.

Unfortunately, none of the three normative acts made progress.

The Senate's Legal Committee endorsed the insolvency law but, in the plenum of the Senate, after repeated deferral, they decided to send the bill back to the Committee. The situation of the other two bills is not better either. Still there is hope the bill on organizing the profession of insolvency practitioner will soon submitted to the government for approval.

If I have first referred to the drawbacks (for which we are not to blame), now I wish to express my satisfaction about the way the first five professional training seminars were organized.

Having participated in four of those seminars, I can state that we have colleagues who are very competent and can hold very interesting lectures, with focus on practical aspects.

This fact buttressed my view that the best lecturers for the training sessions are our very colleagues.

These seminars or courses, which will soon be mandatory, must have a markedly applicative character.

In fact, with all the special importance of the theoretical aspects debated, it is still the solution of practical problems occurring in the context of our very complex activity that is more important.

I hope that when the bills I have mentioned are enacted, we will be able to hold training sessions that will enable all our colleagues to keep abreast of all the new developments.

Managerial Reengineering and Its Impact on Managerial Performance

(First part)

Ion Verboncu

Management is the decisive factor of the economic and financial results in every social and economic system, and also in every organizational component of this one. More than that, managerial performances start the process of obtaining economic performances in practice, and that situation needs a continuous modernization of managerial systems or radical improvement, in order to rebuild those enterprises or those economies that are on the wane.

Managerial reengineering based on the "all or nothing" principle addresses the following three categories of enterprises:

v Enterprises that are on the economic or financial deep wane – for these managerial reengineering is the only viable solution;

v Enterprises that are going well from the economic point of view, but that are very strongly threatened by changes in the national and international environment. Without an efficient management these enterprises risk to pass into the first category;

v Enterprises that are going very well today but feel their market position is threatened by the enterprises in full expansion. To those, managerial reengineering is an efficient solution to consolidate their position.

For the Romanian enterprises, reengineering the entire management is not only necessary, but opportune due to: numerous dysfunctions manifest in managerial functioning and its components (methodological, organizational, decision-making and informational), contextual influences amplifying (economic, managerial, technical and technological, political, socio-cultural, demographical, ecological, juridical) or multiplying and diversifying the problems that they are confronting.

The specific methodology of this complex process aims at the following points:

v To realise the strategy in order to fundament, to elaborate and to implement it;

v To reengineer/to redesign the entire managerial system;

v To implement the new managerial system;

v To evaluate the efficiency and the efficacy of the new redesigned managerial system.

Respecting this methodological scenario will assure or will amplify the managerial and economic performances in enterprises.

Application of Law no. 64/1995 in the Case of Leasing Companies

Ignatie Todor-Soo

This paper analyses the particularities of applying the reorganization and bankruptcy procedure in the case of leasing operations, presents synthetically the manner in which the reorganization plan is voted and certain aspects related to the reorganization procedure conducted at a commercial company the author calls LEASING SRL. To note that a vote on the reorganization plan was taken in 2005, before the amendment of Law no. 64/1995 by Law no. 249/2005.

Application of the reorganization and bankruptcy procedure in the case of leasing operations entails a number of particular aspects that are not clearly regulated by the legal provisions or, if they are, there is no unitary practice in the field yet.

One should proceed from the general principle that, in a reorganization and bankruptcy procedure, a company may have various positions. It can be present as owner/lessor but also as user. Moreover, one should keep in mind the fact that a leasing contract can be concluded for financial or operational leasing. These factors determine the way the insolvency practitioner acts.

Although the user, according to the legal provisions, can recoup the losses that might occur following the unilateral termination of the leasing contract, this possibility remains a theoretical rather than a real alternative when the leasing company (the owner/lessor) ends up in a liquidation situation. To note that usually the goods used on the basis of a leasing contract make the object of the security lodged in favour of the financing entity.

The matter is relatively simple in the situation when the debtor has the status of user. In this case, should the contract terms not be observed, the leasing contracts are terminated, and in the case of observance, the appointed practitioner has to analyze the opportuneness of maintaining or denouncing the leasing contract.

In our view, no matter the situation of the debtor, the practitioner has to establish whether the leasing contract should be maintained or terminated. Thus we believe it is not opportune to denounce a financial leasing contract if following the denunciation the goods retrieved can yield more than would be obtained by enforcing the contract.

That is why in this work two action alternatives at the practitioner's disposal are retained: monitoring the implementation of the contracts according to the initial or the modified terms (based on negotiation with the users), considering also the cession of the contracts in favour of another leasing company or, second, terminating the leasing contracts.

The second chapter of the article presents the way the procedure unfolds and the main activities conducted by the judicial administrator in the case under survey, of the above-mentioned debtor.

The proposals at the end of the article show the author's view that it would be opportune to have a clearer legal regulation of contractual leasing relations, since at the current stage one cannot find in Romanian specialized literature or in the insolvency practice any valid conclusions on how to address leasing contracts as part of the reorganization and bankruptcy procedure. This regulation should focus on the interests of users in the context of leasing contracts, provided that at the moment of their conclusion these contracts did not pursue to diminish the economic potential of the debtor. This could be achieved by the obligation of maintaining the contracts, while observing the users' option on acquiring the goods in the case of payment in due time and in whole of the installments and the residual values, etc. These measures would help stabilize the leasing market and would protect the interests of users, who in most cases are not to blame for the debtor's insolvency, and in the case of contracts denounced by judicial administrators/liquidators, the users themselves bear the losses incurred.



CONFERINȚA ANUALĂ

***28 septembrie – 1 octombrie 2006
BUCUREȘTI, ROMÂNIA***

În anul 2006, Bucureștiul va găzdui Conferința anuală a INSOL EUROPE, care va avea ca temă:
„Legislația europeană privind insolvența – Contextul global, perspectiva corporatistă și cooperarea practicienilor”

Într-un recent mesaj adresat practicienilor în insolvență, dl. prof. Bob Wessels, președintele Comitetului tehnic al conferinței, spunea:

„Practicienii din domeniul reorganizării și lichidării trebuie să facă față vitezei cu care se produc schimbările legislației în domeniu și profunzimii acestora. În cadrul conferinței practicienii vor fi informați despre ultimele evoluții și cazurile aduse în fața justiției”.

Conferința va avea loc în intervalul 28 septembrie-1 octombrie 2006 la Hotelul J.W. Marriott din București și va constitui un prilej pentru ca specialiști de marcă în domeniul insolvenței să prezinte cunoștințele și experiența lor.

*
* *

Broșura principală cu privire la înregistrarea delegaților va fi disponibilă din luna aprilie 2006 la adresa de Internet www.insol-europe.org

Informații suplimentare despre conferință pot fi obținute de la Caroline Taylor, Member Services, INSOL Europe, PO Box 7149, Clifton, Nottingham NG11 6WD, UK. Tel/Fax (+44)115 8780584. E Mail: caroline@insoleurope.co.uk.