

	pag.
<b>□ INTRODUCERE</b>	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
<b>□ RUBRICA PRACTICIANULUI</b>	
EFECTELE DESCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI	4
ASPECTE PRIVIND INECHITATEA ARTICOLULUI 141 DIN LEGEA NR. 85/2006	9
<b>□ RUBRICA MAGISTRATULUI</b>	
PROBLEME RIDICATE ÎN PRACTICĂ DE APLICAREA LEGII NR. 85/2006	13
<b>□ INTEGRARE EUROPEANĂ</b>	
SUMMIT-UL DE LA BRUXELLES DIN 21-22 Iunie 2007	16
<b>□ OPINIA SPECIALISTULUI</b>	
SCURTE CONSIDERAȚII ÎN LEGĂTURĂ CU RĂSPUNDEREA MEMBRILOR ORGANELOR DE CONDUCERE	23

Editor

**Mihai Dimonie**

Redactor șef

**Nicolae Șarambei**

Consultant științific

**prof. univ. dr. Radu Bufan** (Timișoara)

Secretar general

**Alexandru Frumosu**

Secretariat de redacție

**Adrian Ciochirdel**

**Andreea Mucileniță**

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 UNPIR ● Articolele publicate anterior pot fi citite și pe site-ul [www.unpir.ro](http://www.unpir.ro)

**Secretariat general al UNPIR**

Bd. Octavian Goga nr. 2, sector 3

București

Tel.: 021-316.24.84,

fax: 021-316.24.85

E-mail: [office@unpir.ro](mailto:office@unpir.ro)

## Cuvântul președintelui



Am avut o vară neobișnuit de „activă” din punctul de vedere al normelor care reglementează profesia noastră.

În primul rând în Monitorul Oficial al României nr.507 din 30.VII.2007 a fost publicată Legea nr.254 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.88/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență.

Legea are 52 de articole conținând deci modificări consistente ale ordonanței de urgență.

În opinia mea lucrul cel mai important este legat de lămurirea definiției modului de impozitare a SPRL și IPURL.

Pentru prima dată au fost create societăți profesionale cu răspundere limitată și personalitate juridică, cărora li se aplică regimul fiscal al impozitării veniturilor obținute de asociați.

Intr-un număr viitor al revistei voi face și alte comentarii în legătură cu textele legii de aprobare a O.U.G. 86/2006.

Un al doilea act normativ important îl constituie Ordinul ministrului economiei

și finanțelor, prin care a fost abrogat Ordinul ministrului nr.1186/2006.

Consider că în acest fel „s-a făcut dreptate” prin înlăturarea tuturor acelor prevederi care au creat atâtea probleme practicienilor în insolvență prin stabilirea onorariilor în funcție de sumele nerecuperate de către un singur creditor.

În sfârșit, țin să atrag atenția asupra Ordinului 1009 al Președintelui ANAF, publicat în Monitorul Oficial al României nr.543/9.VIII.2007. Acest ordin dă posibilitatea tuturor practicienilor, care nu sunt agreați încă de ANAF, să depună toată documentația necesară în vederea agreării.

Sper că întreaga colectivitate a practicienilor și-a refăcut forțele în perioada vacanței și aștept să mă întâlnesc cu reprezentanții la congresul UNPIR din septembrie.

**Av. Arin Octav Stănescu**  
**Președintele UNPIR**

# Efectele deschiderii procedurii insolvenței

*Motto: "Mai sunt lucruri de îndreptat"*

Deși titlul lucrării mele este „Efectele deschiderii procedurii insolvenței”, mă voi referi și la deschiderea propriu-zisă a procedurii.

a) Deosebiri față de legea anterioară în privința deschiderii procedurii.

Sediul materiei îl constituie Secțiunea a 2-a a Capitolului III al Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, articolele 32-60.

- În ceea ce privește deschiderea procedurii diferența substanțială între Legea nr. 85/2006 și Legea nr. 64/1995 este generată de existența în noul act normativ a procedurii simplificate care, de fapt, este o procedură de faliment.

Dacă ne aflăm în prezența cererii debitorului și dacă acesta solicită deschiderea procedurii falimentului sau nu depune documentele prevăzute de lege ori se încadrează în una din categoriile prevăzute la art. 1(2), judecătorul va dispune deschiderea procedurii simplificate șart. 32(1)ț.

- O altă diferență față de procedura anterioară rezidă în prevederile cu privire la opoziția creditorilor.

Opoziția este reglementată în cadrul art. 32(2). Diferența constă în aceea că, admitând opoziția, judecătorul va putea menține totuși deschisă procedura.

Singura consecință într-o astfel de situație este aceea că cererea debitorului va fi calificată ca prematură.

În opinia mea, există o contradicție „*in terminis*”. Dacă cererea creditorului este prematură, de ce se mai menține procedura deschisă?

Va fi extrem de dificil să se califice o cerere ca prematură având în vedere faptul că, în conformitate cu prevederile art. 27(2) se poate solicita deschiderea procedurii chiar și atunci când insolvența este doar iminentă. Oricum, din ultima frază a textului art. 32(2) rezultă, fără urmă de dubiu, că petentul care introduce opoziția trebuie să facă dovada nu numai că debitorul nu se afla în stare de insolvență sau de insolvența iminentă, dar și că a fost de rea credință când a introdus o astfel de cerere.

Sper ca aceste „dificultăți” să determine anumiți creditori să nu mai introducă opoziție numai pentru faptul că ar fi dorit să execute bunurile debitorului prin executorii proprii.

- O altă deosebire importantă între cele două acte normative constă în consecința respingerii contestației debitorului.

Într-o astfel de situație nu numai că se va deschide procedura de insolvență dar debitorul și acționarii/asociații săi

nu vor mai putea depune un plan de reorganizare, acest lucru rămânând la latitudinea creditorilor și a administratorului judiciar.

Această prevedere este extrem de severă și vine să sancționeze încercarea debitorului de a tergiversa în mod nejustificat procedura.

b) Efectele deschiderii procedurii.

- Primul efect al deschiderii procedurii constă în suspendarea **de drept** a tuturor acțiunilor în realizarea unui drept de creanță asupra debitorului sau bunurilor sale.

Prevederile art. 36 din Legea nr. 85/2006 diferă de cele ale art. 42 din Legea nr. 64/1995 prin aceea că se face precizarea că toate acțiunile se suspendă de drept nemaifiind necesară o solicitare în acest sens din partea debitorului.

Se va considera că s-a luat la cunoștință despre deschiderea procedurii odată cu publicarea hotărârii în Buletinul procedurilor de insolvență.

Cu toate acestea, este indicat să se depună și la dosarul cauzelor respective hotărârea de deschidere a procedurii.

În opinia mea, consecința suspendării de drept este că și în cazul în care se va obține o hotărâre împotriva debitorului, aceasta nu va putea fi luată în considerare iar creditorul nu va putea solicita să fie înscris în tabelul creditorilor.

Art. 37 conține o prevedere care vine să confirme cele arătate mai sus. Judecătorul-sindic va fi obligat să comunice hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței instanțelor de la sediul declarat al debitorului.

Întrebarea care se pune este însă: “Ce se întâmplă cu dosarele aflate pe rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție?”

Mă întorc la cele arătate mai sus și consider că odată hotărârea publicată, acționează prezumția că toți cei interesați, inclusiv instanțele judecătorești, au luat cunoștință despre deschiderea procedurii.

O chestiune deosebit de importantă din punctul de vedere al deschiderii procedurii o constituie reglementarea conținută de art. 39 din Legea nr. 85/2006 (O prevedere oarecum asemănătoare a existat și în Legea nr. 64/1995, fiind conținută de art. 43.).

Această prevedere se referă la posibilitatea creditorilor garantați de a solicita ridicarea suspendării și valorificarea

imediată a bunului asupra căruia poartă garanția în cadrul procedurii insolvenței.

Două sunt condițiile prevăzute de alin.(1) al art. 39 și anume:

- prima condiție este ca din prețul obținut să se achite cheltuielile de lichidare prevăzute de art. 121(1) pct.1;

- a doua condiție este ca valorificarea să se facă în conformitate cu prevederile art. 116-119 din Legea nr. 85/2006.

Deosebirea esențială față de art. 43 din Legea nr. 64/1995 constă în aceea că, pentru prima dată, se stabilește faptul că valorificarea bunurilor se va face în condițiile prevăzute pentru lichidarea averii debitorului în cadrul procedurii falimentului.

Discuțiile purtate până la intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006 se refereau la modul de valorificare a bunurilor.

Se putea susține că, de exemplu, ridicându-se suspendarea, dacă bunul fusese în procedura executării silite, se aplicau prevederile Codului de procedură civilă.

Noua reglementare înlătură orice urmă de dubiu: se stabilește în mod clar că vânzarea se va face în condițiile art. 116-118 din Legea nr. 85/2006.

În continuare, textul art. 39 stabilește situațiile în care se poate solicita suspendarea.

La litera A a art. 39(1) avem condiția principală – valoarea garanției (determinată de un expert) trebuie să fie depășită de valoarea creanțelor deținute de solicitant și garantate cu acel bun.

Acest lucru nu este însă suficient. Există și două subcondiții:

a) bunul aflat în garanție nu trebuie să fie determinant pentru reușita unui plan de reorganizare (de exemplu linia principală de producție);

b) nu se diminuează valoarea ansamblului funcțional din care face parte bunul.

Dacă prevederea de la lit. a) este extrem de clară, cea de la lit. b) este destul de ciudată.

Este greu de înțeles cum își poate păstra valoarea un ansamblu funcțional dacă se vinde separat un bun ce poate fi desprins din acel ansamblu. Oricum, este clar că legiuitorul nu a impus condiția ca ansamblul să fie în continuare funcțional, ci numai ca valoarea lui să nu scadă.

Punctul B al art. 39 se referă la inexistența unei protecții corespunzătoare făcând trimitere la trei motive.

Motivul prevăzut la lit. a) are în vedere diminuarea sau posibila diminuare apreciabilă a obiectului garanției.

La lit. b) este prevăzută o situație interesantă – înrăutățirea poziției unui creditor garantat de rang inferior din cauza măririi creanței unui creditor garantat de rang superior.

Înțelegem de aici că un creditor garantat de rang inferior poate solicita vânzarea bunului asupra căruia poartă garanția sa chiar dacă creditorul garantat de rang superior nu este interesat într-o asemenea vânzare.

Cea de-a treia posibilitate, prevăzută la lit. c) se referă la lipsa asigurării bunului.

Această prevedere este cel mai simplu de realizat.

În mod firesc, dacă nu există asigurare, creditorul garantat poate solicita vânzarea bunului pentru că nu este obligat să își asume riscul pieririi acestuia.

Alin. 2 al art. 39 acordă însă posibilitatea administratorului judiciar sau debitorului să adopte mai multe măsuri care să ofere protecție creanței garantate.

Primele două măsuri „încalcă” prevederile cu privire la egalitatea dintre creditori, stabilind posibilitatea efectuării unor plăți periodice către creditorul garantat.

Evident că plățile respective se vor face din alte surse și numai în măsura necesară acoperirii riscurilor prevăzute de cele două texte.

Oricum, este destul de ciudat că într-o procedură în care principiul egalității între creditorii din aceeași categorie este un principiu de bază, se acceptă o distribuție prioritară.

Cea de-a treia posibilitate, prevăzută de lit. c) este mult mai simplă și constă în posibilitatea constituirii unei garanții suplimentare sau a înlocuirii bunului dat în garanție cu un alt bun.

Alin. (3) al art. 39 conține o prevedere referitoare la sarcina probei.

Cel care cere ridicarea suspendării trebuie să dovedească situația prevăzută la alin. 1 lit. A.b).

Ar rezulta din această prevedere că existența celorlalte condiții nu trebuie dovedită de reclamant, lucru care nu este întemeiat și nici de dorit.

În orice caz, situațiile prevăzute la lit. A și B sunt alternative, deoarece textul alin. (1) al art. 30 se referă la „una din următoarele situații”.

Trebuie spus însă că în practică acest text este utilizat destul de rar.

Personal cred că, atunci când creditorii garanți consideră că valorificarea bunului asupra căruia poartă garanția în cadrul lichidării va întârzia, este indicat să solicite aplicarea prevederilor art. 39.

- Un alt efect al deschiderii procedurii este menționat în art. 40 (40 din Legea 64/1995) și anume suspendarea curgerii prescripției cu privire la acțiunile în pretenții împotriva debitoarei conform art. 36.

Acest text nu a fost comentat și mă tem că el are relevanță doar în cazul închiderii procedurii prin admiterea recursului introdus împotriva hotărârii de deschidere a procedurii sau în cazul admiterii opoziției (pe fond sau în recurs).

În toate celelalte situații, suspendarea nu are nici o relevanță.

- Continuând analiza efectelor deschiderii procedurii, vom constata schimbări importante introduse în textul legii, cu privire la adăugarea unor accesorii creanțelor născute înainte de data deschiderii procedurii.

Art. 41 din Legea nr. 85/2006 este mult mai complex decât art. 45 din Legea nr. 64/1995 și vine să clarifice acest aspect.

Legiuitorul a tranșat atât problema creanțelor născute înainte de deschiderea procedurii, fie că este vorba de reorganizare sau faliment, cât și a creanțelor născute ulterior deschiderii procedurii, fie că este vorba de un plan de reorganizare eșuat sau de ipoteza în care nici un plan nu este confirmat.

Prima schimbare privește creanțele garantate: dacă în Legea 64/1995 chestiunea continuării calculării accesoriilor era de la sine înțeleasă și nu era nevoie a fi înscrisă în tabelul de creanțe, art. 41 vine cu noutăți.

Textul prevede realizarea unei evaluări (conf. art. 39A) și înscrierea creanței în tabelul definitiv/definitiv consolidat la valoarea de evaluare.

În continuare însă, textul devine confuz făcând referire la distribuția prețului garanției (de fapt prețul bunului asupra căruia poartă garanția).

Deși fusese trecut în tabelul definitiv consolidat cu o anumită valoare a creanței (rezultată din expertiza de evaluare a bunului), creditorul garantat va putea să calculeze accesoriile până la momentul vânzării bunului respectiv. Aceasta, cu condiția ca prețul bunului să fie **corespunzător** mai mare decât valoarea inițial evaluată.

Consider că nu este clar ce înseamnă „corespunzător mai mare”.

Practic, acest text face inutilă evaluarea pentru că, de fapt, calculul sumei convenite creditorului se va face în funcție de prețul obținut prin vânzarea bunului.



Este firesc ca, în cazul în care sunt acoperite și accesoriile, acestea să fie calculate, după cum este la fel de firesc ca, în cazul în care nu se acoperă valoarea acestora sau se acoperă parțial, creditorul garantat să primească doar suma obținută.

Tot atât de neclară este și teza finală a alin. 2 al art. 41. „În cazul în care prețul va fi inferior valorii evaluate, la distribuție se va ajusta corespunzător raportul dintre partea garantată și cea negarantată a creanței.”

De fapt, este vorba de ceva extrem de simplu și anume că partea negarantată a creanței unui creditor garantat se va stabili prin „proba adevărului” – *prețul obținut din vânzarea bunului* – și atunci ne putem pune întrebarea dacă mai este necesară expertiza și dacă da, la ce servește ea.

Cred că stabilirea valorii garanției are relevanță doar în cazul votării unui plan de reorganizare. De exemplu, în cazul în care creditorul garantat va deține o creanță de 1.000.000 lei, dar expertul va stabili că bunul asupra căruia poartă garanția valorează doar 700.000 lei.

În cadrul votului asupra planului de reorganizare, creditorul garantat va vota în categoria creditorilor garanțati cu creanța de 700.000 lei și în categoria creditorilor negaranțati cu creanța de 300.000 lei.

Interesantă va fi însă situația în care, ulterior, bunul va fi vândut cu o sumă egală sau mai mare decât 1.000.000 de lei.

Extrem de interesantă este și prevederea alin. 3 al art. 41. Teza întâi a acestui articol face referire la accesoriile la creanțele născute ulterior datei deschiderii procedurii generale. Aceste accesorii se achită conform actelor din care rezultă și cu programul de plăți. Achitarea conform actelor este simplă și firească, fiind vorba despre o societate care își continuă activitatea. Conformitatea cu programul de plăți nu o prea înțeleg însă; să fie vorba de înscrierea în acesta a unor astfel de sume, deși s-au născut ulterior deschiderii procedurii?

Consider că este imposibil să înscrii în programul de plăți astfel de sume, deoarece ele constituie de fapt cheltuieli care trebuie achitate în mod curent, ca și obligațiile pe care le însoțesc.

Exemplificarea este simplă: dacă în cadrul desfășurării activității se încheie de către debitor cu un furnizor un contract de vânzare-cumpărare, prețul trebuie achitat furnizorului la data stabilită în contract, ca și penalitățile de întârziere (de ex.) prevăzute de acesta și nu conform prevederilor din programul de plăți care, în mod normal, nu poate face referire la creanțele născute ulterior aprobării planului de reorganizare.

Teza a doua a alin. 3 al art. 41 se referă la situația eșuării planului și trecerii la faliment.

Textul prevede că într-o astfel de situație nu se mai calculează penalități de la data intrării în faliment.

De fapt, legiuitorul a dorit să aplice creditorilor, în cazul unui plan eșuat, același regim juridic aplicabil în cazul deschiderii directe a procedurii falimentului.

Alin. 4 al art. 41 conține și el o prevedere ciudată, aplicând creanțelor născute în perioada de observație același regim juridic aplicabil creanțelor născute înainte de deschiderea procedurii, în sensul că nici aceste creanțe nu vor fi purtătoare de accesorii dacă nici un plan nu va fi confirmat.

- Este greu de înțeles de ce, de exemplu, firma de pază care nu a fost plătită la termen nu va putea să solicite dobânzi și penalități și de ce această situație există numai până în momentul trecerii la faliment.

- Un text nou, introdus în Legea nr. 85/2006, îl constituie prevederea cuprinsă în art. 43.

Prin aceasta, se suspendă de la tranzacționare, până la confirmarea planului de reorganizare, „acțiunile societăților emitente, în sensul Legii 297/2004 privind piața de capital...”

Momentul suspendării îl constituie primirea de către CNVM a comunicării de deschidere a procedurii.

Alin. 2 al art. 43 prevede că acțiunile societăților intrate în faliment se retrag de la tranzacționare de pe piața reglementată din momentul primirii comunicării de către CNVM.

Aceste prevederi au în practică efecte importante.

În cazul suspendării de la tranzacționare vorbim practic despre o înghețare a posibilităților de înstrăinare a acțiunilor, deși înstrăinarea este interzisă efectiv numai administratorilor (conf. art. 42). Întrebarea care se pune este dacă acțiunile suspendate de la tranzacționare pot fi înstrăinate în afara pieței în care se tranzacționau.

La prima vedere înclin să cred că o astfel de operațiune nu ar fi posibilă, având în vedere intenția legiuitorului.

În acest fel, însă, se blochează posibilitatea unor investitori pe piața de capital de a investi într-o societate aflată în insolvență, în perioada de observație.

În ceea ce privește societățile intrate în faliment, lucrurile sunt clare.

Acțiunile vor fi retrase de pe piața reglementată și deci vor putea fi tranzacționate, dacă se găsește cineva interesat să le cumpere, în afara pieței.

- O consecință deosebit de importantă a deschiderii procedurii o constituie cea menționată în alin. (1) al art. 46.

Toate „actele, operațiunile și plățile” (în afara celor autorizate de judecătorul-sindic sau exceptate) efectuate de către debitor după deschiderea procedurii sunt declarate nule de drept.

O astfel de prevedere vine în sprijinul creditorilor și a administratorului judiciar. Aceștia vor putea solicita constatarea nulității absolute a unor astfel de acte numai pentru simplul motiv că au fost făcute fără autorizare.

De fapt, lipsa autorizării duce la nulitatea absolută a actelor respective, fapt care îi va face în multe cazuri pe eventualii doritori de a înșela în vreun fel creditorii, să se răzgândească.

- Un alt efect extrem de important al deschiderii procedurii îl constituie cel prevăzut de art. 47 din Legea nr. 85/2006.

Este vorba despre ridicarea dreptului de administrare a bunurilor și de conducere a activității debitorului. De fapt, nu este vorba despre drepturile debitorului, ci despre drepturile administratorilor debitorului, fie ei societari sau speciali.

Ridicarea drepturilor se produce automat în cazul în care debitorul nu a declarat într-o formă sau alta, că dorește să-și reorganizeze activitatea. De precizat este faptul că, dacă declarația se face în temeiul art. 33(6) nu este suficientă numai dorința de reorganizare ci și lipsa contestației cu privire la starea de insolvență. Cu alte cuvinte, unui debitor care a introdus o contestație care a fost respinsă i se va ridica automat dreptul de a-și conduce activitatea și de a-și administra bunurile. Alin.(3) al art. 47 prevede că judecătorul-sindic va putea ridica aceste drepturi în tot sau în parte.

Față de cele menționate mai sus, rezultă că judecătorul-sindic va putea ridica drepturile respective (în tot sau în parte) chiar și în cazul în care cererea introductivă a fost depusă de către debitor sau acesta nu a contestat starea de insolvență declarând că dorește să-și reorganizeze activitatea. Evident că, într-o astfel de situație, judecătorul-sindic va trebui să-și motiveze temeinic hotărârea de ridicare a drepturilor (totală sau parțială).

Ridicarea drepturilor se poate face și la cererea creditorilor, a comitetului creditorilor sau a administratorului judiciar. Rezultă deci că oricare creditor poate solicita ridicarea drepturilor (art. 47, alin.5).

În situația intrării în procedura falimentului, dreptul de administrare și de conducere încetează de drept.

Art. 47 conține o prevedere specială în alin.(7) care, de fapt, nu are legătură directă cu ridicarea drepturilor sus-amintite. Această prevedere sună astfel: „De la data intrării în faliment, debitorul va putea desfășura doar activitățile ce sunt necesare derulării operațiunilor de lichidare”.

Acest text vine de fapt să restrângă capacitățile debitorului, stabilind clar limitele acestora la operațiunile de lichidare. Rezultă deci că după deschiderea procedurii falimentului nu se vor putea face alte operațiuni decât cele de lichidare a bunurilor și recuperare a creanțelor. În această situație vor fi desființate toate contractele, indiferent de ce natură ar fi ele.

Această prevedere vine oarecum în contradicție cu prevederile art.86 din lege, cel puțin în ceea ce-l privește pe lichidator. Nu vedem cum acesta ar putea să mențină contracte, altele decât cele care privesc lichidarea bunurilor.

Considerăm deci că, din confruntarea celor două texte, rezultă că numai administratorul judiciar poate decide menținerea contractelor și nu și lichidatorul.

O altă consecință a ridicării dreptului de administrare este prevăzută în textul art. 48 din lege.

În cazul ridicării dreptului de administrare, judecătorul sindic va dispune prin hotărâre ca băncile la care debitorul are deschise conturile să nu permită să se efectueze operațiuni fără ordinul administratorului sau lichidatorului. Această prevedere este importantă pentru că se vor putea evita situațiile, nu puține, din trecut, în care băncile au transferat sume de bani în urma titlurilor executorii primite de la organele fiscale.

Sanctiunea nerespectării dispozițiilor alin. 1 este cuprinsă în alin. 2 al art. 48 și constă în aplicarea unor amenzi. Evident că în afara amenzilor se va putea solicita și restituirea sumelor de către bancă.

- Deosebit de importante pentru desfășurarea activității debitorului după deschiderea procedurii, în perioada de observație, sunt prevederile art. 49.

În această perioadă debitorul își va desfășura în continuare activitatea curentă și va putea efectua plăți în condițiile obișnuite de exercitare a acestei activități.

Activitățile curente sunt definite în art. 3 pct. 14 ca fiind „*acele fapte de comerț și operațiuni financiare propuse a fi efectuate de debitor în perioada de observație, în cursul normal al comerțului său,cum ar fi:*

- a) *continuarea activităților contractate, conform obiectului de activitate;*
- b) *efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora;*
- c) *asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente.”*

Definiția nu este exhaustivă și cele trei fapte de comerț enumerate au caracter exemplificativ.

Rezultă din coroborarea celor două texte că debitorul, în perioada de observație, va desfășura o activitate normală în limitele stabilite de lege, de judecătorul-sindic sau de administratorul judiciar.

În situația în care actele, operațiunile și plățile depășesc cadrul stabilit la alin. 1, cel care le va putea autoriza va fi administratorul judiciar, după primirea, în prealabil, a aprobării comitetului creditorilor convocat de urgență (5 zile).

Din modul în care este redactat alin.(2) rezultă că măsurile sau plățile trebuie să fie cuprinse într-o cerere înaintată administratorului judiciar de către administratorul special.

Dacă dorim să analizăm care ar putea fi operațiunile sau plățile care depășesc condițiile „activităților curente” vom ajunge la concluzia că în această situație pot fi avute în vedere chiar și vânzări de active aparținând debitorului sau achiziționarea unor bunuri care nu sunt necesare în mod direct pentru desfășurarea activităților curente.

Practic, nu există nici un impediment pentru vânzarea bunurilor și nici nu sunt stabilite condițiile în care această vânzare se va face, spre deosebire de valorificarea unor bunuri în condițiile art. 39 (1), care se face cu aplicarea prevederilor art. 116-118 din lege.

Am putea trage concluzia că vânzarea se va putea face în condiții obișnuite dacă a fost aprobată de comitetul creditorilor și autorizată de administratorul judiciar. Ne aflăm deci în situația în care, fără a fi deschisă procedura falimentului și fără a exista un plan de reorganizare confirmat, bunuri aparținând societății pot fi înstrăinate iar sumele obținute pot fi folosite în alte scopuri decât achitarea creanțelor. Este de dorit ca această posibilitate să fie folosită cu prudență pentru a nu determina pagube creditorilor.

În ceea ce privește achiziționarea unor bunuri și efectuarea plăților corespunzătoare, îmi vine în minte următorul exemplu: în cadrul procedurii privind societatea „N”, am constatat că în patrimoniul acesteia se află un număr de vile, terenul însă fiind concesionat societății „N”. Pentru a putea valorifica în mod eficient vilele respective am hotărât, cu acordul concedentului, achiziționarea unui teren și efectuarea unui schimb cu terenul pe care erau construite vilele.

Înțelegând că este în interesul lor ca terenul respectiv să intre în proprietatea debitoarei, membrii comitetului creditorilor au aprobat operațiunea de achiziționare a terenului și schimbul acestuia. Iată cum, în conformitate cu prevederile art. 49 (2) sau efectuat acte și s-au făcut plăți care nu se încadrează în activitatea curentă a debitoarei.

Mai există o prevedere importantă conținută de alin. (3) al acestui articol, legată de vânzarea bunurilor constituite ca garanție în favoarea unor creditori. Chiar și aceste bunuri pot fi vândute cu condiția respectării prevederilor art. 39, în sensul asigurării unei protecții corespunzătoare pentru creanțele pe care le garantează.

Unul dintre cele mai bizare efecte ale deschiderii procedurii este generat de prevederile art. 50 din lege. O prevedere asemănătoare exista și în Legea nr. 64/1995. Se stabilește că, dacă la data deschiderii procedurii în legătură cu un act juridic nu fusese îndeplinită procedura de opozabilitate față de terți (oricare ar fi fost ea), operațiunile de publicitate efectuate ulterior deschiderii nu au efect față de masa creditorilor.

Există o singură excepție și anume situația în care la autoritatea competentă se depuse cererea legal formulată în prezua deschiderii procedurii. Acest text lipsește de efecte față de creditori un act juridic încheiat în mod legal.

Să luăm ca exemplu un contract de vânzare-cumpărare al unui imobil, încheiat între debitoare, în calitate de cumpărătoare și un terț în calitate de vânzător. Care sunt efectele neefectuării procedurii de întabulare?

Conform Legii nr. 7/1996, înscrierea vânzării în cartea funciară se face numai în scopul opozabilității față de terți. Deci, între părțile contractante actul este valabil. Textul vine și precizează că, în situația în care întabularea se face după deschiderea procedurii, ea nu produce efecte față de creditori.

Și ce se întâmplă în acest caz dacă, așa cum arătam mai sus, întabularea nu are efecte față de părțile contractante? Ne vom afla în fața unui transfer de proprietate care produce efecte și față de părți și față de terți, cu excepția creditorilor debitoarei?

Dacă actul nu este desființat, care este rostul acestei prevederi? În opinia mea, nici unul.

#### c) Rapoartele

În final, mă voi ocupa de cele două rapoarte extrem de importante prevăzute de legea insolvenței și care au o influență deosebită asupra sorții debitorului intrat în procedură. Dacă până la intrarea în vigoare a noii legi, Legea nr. 64/1995

prevedea o singură posibilitate de trecere la procedura falimentului înainte de expirarea termenului pentru depunerea planului de reorganizare, art. 54 aparținând actului normativ în vigoare stabilește o posibilitate mai rapidă de trecere la faliment și o alta, asemănătoare cu cea din actul abrogat.

Administratorul judiciar, în conformitate cu primul alineat al textului, este obligat ca, în termen de 30 de zile de la desemnare, să prezinte un raport prin care să propună trecerea la procedura simplificată (de fapt la faliment).

Raportul va trebui să facă trimitere la îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 1(2) și să cuprindă și probele în acest sens. Măsura trecerii la procedura simplificată este una extremă și rapidă. Nici măcar nu este necesară stabilirea masei credale prin depunerea tabelului preliminar de creanțe.

Dacă propune trecerea la procedura simplificată, administratorul judiciar va notifica acest lucru doar debitorului și creditorilor care au solicitat deschiderea procedurii. Judecătorul-sindic va stabili un termen de maxim 20 de zile și va supune dezbaterii propunerea.

Hotărârea de a deschide sau nu procedura simplificată aparține numai judecătorului, părțile putând doar să-și exprime un punct de vedere.

Consider că aceste prevederi au avut în vedere în primul rând eficientizarea procedurii și celeritatea acesteia.

În cadrul procedurii, așa cum era prevăzută de Legea nr. 64/1995, se pierdea foarte mult timp în perioada de observație, fie datorită tergiversării inițiate de debitor, fie datorită chiar nevoii de a respecta termenele stabilite de judecătorul-sindic.

Administratorul judiciar nu trebuie să ezite. Dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 1(2) trebuie să prezinte raportul cât mai repede și să solicite stabilirea unui termen de urgență și cu precădere.

În prezent nu mai are nicio bază neprimirea comunicării de numire, deoarece aceasta se publică în Buletinul procedurilor de insolvență.

Dacă nu ne aflăm în una din situațiile prevăzute de art. 1(2) din lege se va face aplicațiunea art. 59 și următoarele. Acest text este destul de asemănător cu textul conținut de Legea nr. 64/1995.

El prevede obligativitatea depunerii unui raport de către administrator/lichidator, în 60 de zile de la desemnare. Raportul va avea un dublu scop: stabilirea cauzelor și împrejurărilor care au generat starea de insolvență și, în cazul în care nu ne aflăm în procedura simplificată, indicarea faptului dacă există posibilități reale de redresare sau se impune trecerea la faliment.

În partea de raport în care va stabili cauzele care au produs insolvența, administratorul judiciar sau lichidatorul va trebui, dacă va considera că este cazul, să indice și persoanele care se fac vinovate de ajungerea societății într-o astfel de situație.

Trebuie să-i fie clar oricărui practician că, în situația în care, prin raport, a indicat persoanele vinovate de producerea stării de insolvență, va fi obligat să introducă împotriva acestora acțiunea de răspundere prevăzută de art. 138 din lege.

Noul act normativ stabilește administratorului judiciar atribuții importante și în ceea ce privește realizarea planului de

reorganizare. Dacă administratorul judiciar consideră realizabilă redresarea debitorului va trebui să precizeze în raport dacă va colabora cu debitorul la realizarea planului sau dacă va realiza planul singur sau împreună cu creditorii.

Rolul administratorului judiciar va fi extrem de important în situația în care debitorul a contestat starea de insolvență iar contestația sa a fost respinsă. În conformitate cu prevederile art. 33(4) din lege debitorul nu mai poate propune un plan de reorganizare.

Dacă va considera, totuși, că este posibilă redresarea debitorului, administratorul judiciar va putea să propună un plan de reorganizare singur sau împreună cu creditorii.

În cazul în care va ajunge la concluzia că redresarea nu este posibilă, administratorul judiciar va propune în raport trecerea la faliment. Judecătorul-sindic va fi acela care va convoca adunarea creditorilor pentru a se pronunța asupra propunerii administratorului judiciar.

Această adunare se va convoca în conformitate cu dispozițiile art. 62(1) lit. e).

Observăm diferența foarte mare de timp existentă între posibilitatea aprobării trecerii la procedura simplificată și trecerea la faliment în procedura generală.

O prevedere deosebit de interesantă și destul de greu de înțeles este conținută de alin.(2) al art. 60.

Pe lângă faptul că propunerea lichidatorului trebuie aprobată cu votul a două treimi din valoarea creanțelor prezente, în cazul în care creditorii deținători a 20% din valoarea creanțelor cuprinse în tabelul preliminar declară că doresc să depună un plan de reorganizare, propunerea administratorului judiciar va fi considerată respinsă.

Ne vom putea găsi în situații în care, deși propunerea este aprobată chiar de creditorii deținători a mai mult de două treimi din valoarea totală a creanțelor, ea totuși să fie respinsă de deținătorii a 20% din această valoare (1/5).

Probabil s-a considerat de către legiuitor că acei creditori care vor depune planul vor face unul atât de bun, încât îi vor convinge și pe ceilalți să-l voteze.

O altă posibilitate ar fi aceea că, luându-se în considerare votul pe categorii, planul să aibă șansa să fie votat.

Prevederea alin.4 al art. 60 nu este prea clară. Nu văd cum ar putea fi admis un plan în termenul de 60 de zile de la desemnarea administratorului judiciar. Poate că, totuși, acest lucru nu este imposibil.

Concluzionând, putem spune că secțiunea a 2-a a capitolului III al Legii nr. 85/2006 cuprinde prevederi noi sau diferite de cele ale Legii nr. 64/1995. Aceste prevederi sunt, în majoritatea lor, utile și dau o mai mare eficiență procedurii.

Din păcate, așa cum am arătat, *mai sunt lucruri de îndreptat*, dar aceste modificări se vor face după scurgerea unui timp suficient pentru a da posibilitatea verificării actului normativ în practică.





# Aspecte cu privire la inechitatea articolului 141 din Legea nr. 85/2006 – privind procedura insolvenței



**Jurist Tiberiu Faur**  
Membru UNPIR, Filiala Mureș

Odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței au apărut și primele inconveniente care au făcut și fac, de cele mai multe ori, ca cei care își desfășoară activitatea ca practicieni în insolvență, să nu poată pune în aplicare prevederile articolului 141 din lege care stipulează „**FIXAREA UNEI CAUȚIUNI DE 10 % DIN VALOAREA PRETENȚIILOR ESTE OBLIGATORIE**”, datorită modului inechitabil în care a fost reglementat, în ceea ce-i privește pe administratorii judiciari și lichidatori, ducându-mă chiar cu gândul la a considera acest articol ca **NECONSTITUȚIONAL** dacă nu aș avea în vedere răspunsul foarte clar, venit din partea Curții Constituționale române, la întrebarea: Dacă egalitatea protejează și persoane juridice? și anume că: „articolul 16 alineatul 1 din Constituție proclamă și garantează egalitatea în drepturi a cetățenilor, deci a persoanelor fizice care aparțin statului român și nu egalitatea persoanelor colective, a persoanelor juridice. Textul articolului 16 ar fi aplicabil persoanelor juridice, cu privire la care este creat un regim juridic diferit, doar cu condiția ca regimul juridic diferit să se răsfrângă asupra cetățenilor, antrenând inegalitatea lor în fața legii și autorităților publice.”

Astfel în conformitate cu prevederile art. 141 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, judecătorul-sindic are obligația, în vederea soluționării cererii, venite din partea administratorului judiciar sau a lichidatorului, de instituire a măsurilor asigurătorii asupra bunurilor mobile și imobile, aflate în averea personală a administratorilor pârâți, în cadrul procedurii de insolvență, să solicite, de la cei care au introdus o astfel de cerere, o sumă ce reprezintă **CAUȚIUNEA DE 10% DIN VALOAREA PRETENȚIILOR**, obligație care, în opinia mea, apare ca fiind **INECHITABILĂ** prin **DUBLA IMPUNERE** la care sunt obligații administratorii judiciari/lichidatorii față de aceeași obligativitate aplicată Comitetului creditorilor, aflați exact în aceeași situație și aceeași procedură a insolvenței, afirmație pe care o susțin cu argumentele, pe care le voi prezenta mai jos, ce au ca bază de pornire răspunsul la următoarele întrebări: Cine este administratorul judiciar și/sau lichidatorul?; Ce este cauțiunea?

1) În primul rând răspunsul la întrebarea-Cine este administratorul judiciar și/sau lichidatorul? este dat chiar de legea insolvenței, în urma analizei definițiilor date la art. 3 punctele 27 și 28 din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței, unde se spune că :

- „*administratorul judiciar este persoana fizică sau juridică, practician în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnat să exercite atribuțiile prevăzute la art. 20 în perioada de observație și pe durata procedurii de reorganizare;*”

- „*lichidatorul este persoana fizică sau juridică, practician în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnată să conducă activitatea debitorului și să exercite atribuțiile prevăzute la art. 25 în cadrul procedurii falimentului, atât în procedura generală, cât și în cea simplificată.*”

2) În al doilea rând răspunsul la întrebarea - Ce este cauțiunea? va fi regăsit în explicația dată atât de DEX cât și de Codul civil, după cum urmează :

DEX - Dicționarului explicativ al limbii române, unde se arată ce se înțelege prin cauțiune : „*Cauțiune=sumă de bani depuși pentru garantarea de către debitori a unei obligații*” .

Din punct de vedere juridic: cauțiune = fidejusiune (sinonim)

Prin fidejusiune se înțelege: „*Contractul prin care o persoană (fidejutor) se angajează în fața creditorilor să execute obligația debitorului în cazul în care acesta nu ar executa-o el însuși în termen .*”

Sub aspectul caracterului juridic, fidejusiunea este un contract accesoriu, consensual, unilateral, cu titlu gratuit.

Fidejusiunea legală este definită de art. 1675 din Codul civil, unde se arată :

„*De câte ori o persoană este obligată de lege sau de judecător a da o garanție, garantul ce se oferă trebuie să aibă condițiile prescrise de art. 1659 și 1660 din Codul civil.*”

De asemenea trebuie să avem în vedere prevederile art. 1676 din Codul civil : „*Cel ce e dator să dea garanție, e liber să dea un amanet sau altă asigurare, care să se găsească suficientă pentru asigurarea creanței*” .

Coroborate cele arătate, mai sus, în ceea ce privește fidejusiunea, cu cele prevăzute la art. 279 (1) din Codul de procedură civilă, unde se arată că : „*Instanța poate încuviința executarea vremelnică a hotărârilor privitoare la bunuri ori de câte ori va găsi de cuviința că măsura este de trebuință față de temeinicia vădită a dreptului, cu starea de insolvabilitate a debitorului sau că există primejdie vădită de întârziere, în acest caz instanța va putea obliga la darea unei cauțiuni.*”, scoate în evidență faptul că formularea „*fixarea unei cauțiuni de 10%*”



din valoarea pretențiilor este, de la articolul 141 din Legea nr.85/2006, apare ca o ingerință ce nu privește interesele procedurii prevăzute de legea insolvenței și principiile care o guvernează, respectiv: celeritatea operațiunilor și actelor prevăzute de lege, maximizarea valorilor din averea debitorului, realizarea drepturilor și obligațiilor participanților la procedură.

3) *În al treilea rând*, pentru a înțelege importanța celor prezentate la punctele 1) și 2), cu susținerile mele va trebui să prezint în continuare care este natura juridică dintre administratorul judiciar sau lichidator și ceilalți participanți la procedură, pornind de la definiția dată *scopului* de Legea nr. 85/2006.

Astfel la art. 2) din lege se arată că : „ *Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență*”, scop care se poate realiza fie prin continuarea activității, fie prin lichidarea activului, debitoarei aflate în insolvență .

De asemenea, în această analiză, trebuie ținut cont că atât administratorul cât și lichidatorul trebuie să fie în raport cu participanții la procedură, persoane „dezinteresate” și să nu se afle în conflict de interese sau să aibă interese private comune cu creditorii sau debitorul, de aici rezultând că practicianul în insolvență, desemnat în procedură, nu poate fi nici mandatar al creditorului și nici al debitorului.

Cum atribuțiile încredințate administratorului judiciar sau lichidatorului urmăresc realizarea acelor condiții prin care atât interesele legitime ale creditorilor , cât și ale debitorului sunt ocrotite, într-un cadru legal stabilit, se poate crea confuzia că între creditorii sau debitor și administratorul judiciar/lichidator s-ar putea lega anumite raporturi juridice de subordonare, supoziție înlăturată chiar de teoria clasică a efectelor patrimoniale, ale falimentului, care susține că, prin sentința declarativă de faliment, bunurile din averea debitorului primesc o afecțaiune specială, formând o *universitatis juris* destinată acoperirii creanțelor creditorilor, prin urmare potrivit acestei teorii-teoria patrimoniului de afecțaiune-atât administratorul cât și lichidatorul sunt reprezentanții acestei universalități de drept, asupra căreia poartă atât interesele creditorilor cât și ale debitorilor, adică :

- neputând să fie nici mandatarul creditorilor, întrucât aceștia, deși acționează colectiv, nu formează o persoană juridică, iar atribuțiile stabilite administratorului urmăresc să protejeze și interesele debitorului, nu numai pe cele ale creditorilor;

- nici mandatarul debitorului, întrucât unele din măsurile luate de el-cum ar fi, de exemplu, introducerea unor acțiuni pentru anularea unor transferuri patrimoniale –contravin intereselor debitorului, ori o asemenea contrarietate este incompatibilă cu raportul de mandat.

Idei regăsite și în legislația internațională, după cum este cea din :

- *Legea model privind insolvența transfrontalieră redactată de UNICITRAL în 1997, administratorul este privit ca un reprezentant al procedurii (art. 2 lit.(e) din lege), sau din Legea model privind cooperarea în insolvență internațională, unde se arată că aceeași funcție este îndeplinită de o „persoană care, indiferent de denumire, este împuternicită, în conformitate cu legea unei țări care se află în afara acestei jurisdicții, să îndeplinească funcții, în legătură cu o procedura străină, care sunt echivalente celor îndeplinite de un trustee, liquidator, administrator, manager sau alt reprezentant al debitorului sau al averii debitorului în această jurisdicție.”*

Această calitate de mandatar al justiției și reprezentant al procedurii, în ceea ce privește pe administratorul judiciar sau

lichidator, o regăsim și în prevederile Legii nr.85/2006, dacă avem în vedere principiile care guvernează procedura insolvenței, cât și pe text de lege, deoarece :

1. În vederea executării dispozițiilor legii, tribunalul și judecătorul-sindic sunt asistați de administrator sau lichidator, pe care îi desemnează, controlează și revocă, în condițiile legii, ba mai mult atribuțiile administratorului și ale lichidatorului sunt stabilite prin lege și prin încheierea judecătorului-sindic, astfel încât aceștia trebuie să se supună aceluiași imperative ale legii, privind realizarea drepturilor și obligațiilor participanților la procedură; cu alte cuvinte ei nu pot fi reprezentanți ai creditorilor sau ai debitorului și să îndeplinească, în același timp, atribuțiile delegate lor de judecătorul-sindic, întrucât aceste două poziții ar fi incompatibile.

2. Administratorul și lichidatorul exercita unele atribuții care sunt incompatibile cu poziția de mandatar al creditorilor:

- prezidează ședințele adunării creditorilor ;
- examinează creanțele și pot formula obiecții la acestea ;
- mențin sau denunță unele contracte încheiate de debitor .

Tot astfel, administratorul și lichidatorul exercita unele atribuții care sunt incompatibile cu poziția de mandatar al debitorului :

- introduc acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor ;
- supraveghează operațiunile de gestionare sau lichidare a patrimoniului debitorului ;
- administratorul poate cere judecătorului-sindic aprobarea începerii procedurii falimentului, dacă debitorul nu se conformează planului ;

Toate aceste atribuții arată că administratorul sau lichidatorul nu pot fi mandatar ai creditorilor sau ai debitorilor.

Faptul că, aparent, administratorul sau lichidatorul exercită unele atribuții în interesul creditorilor sau al debitorului nu trebuie să ne inducă în eroare cu privire la natura juridică a raporturilor dintre aceștia, de exemplu, atunci când examinează și obiectează cu privire la unele creanțe, administratorul/lichidatorul nu se comportă ca un reprezentant al debitorului, ci ca un reprezentant al procedurii, urmărind astfel prezervarea caracterului unitar, colectiv și egalitar al procedurii.

Odată cu răspunsurile la întrebarea Cine este administratorul judiciar și lichidatorul ? Ce este cauziunea ? și stabilirea naturii juridice a raporturilor dintre administratorul judiciar sau lichidator și ceilalți participanți la procedură voi trece la analizarea prevederilor de la art. 141 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, unde se arată că :„ (1) Odată cu cererea formulată conform art. 138 alin . (1) sau după caz, art. 138 alin.(3), administratorul judiciar sau lichidatorul ori, după caz , comitetul creditorilor va putea cere judecătorului-sindic să instituie măsuri asiguratorii asupra bunurilor din averea persoanelor urmărite, conform art. 138 din Legea nr.85/2006 „fixarea unei cauziuni de 10% din valoarea pretențiilor este obligatorie“.

În demonstrarea inechității acestui articol, voi porni de la definiția dată de Codul de procedură civilă cuvântului „ măsuri asiguratorii,, cuvânt care odată definit va trebui să fie coroborat cu definițiile date cauziunii, de la punctul 2) .

Măsura asiguratorie, prevăzută de art. 591 alin. (1) din C.p.civ., prevede că „Creditorul care nu are titlu executoriu, dar a cărui creanță este constatată prin act scris și este exigibilă, poate solicita înființarea unui sechestrul asigurator asupra bunurilor mobile și imobile ale debitorului, dacă dovedește că a intentat acțiune. El poate fi obligat la plata unei cauziuni în cuantumul fixat de către instanță”.

Ori, în cazul nostru, nu se poate cere administratorului judiciar sau lichidatorului să se angajeze în fața creditorilor să

exercite obligația debitorului în cazul în care acesta nu ar executa-o el însuși în termen, deoarece trebuie să avem în vedere cele prezentate mai sus și trasată o linie de demarcație dintre poziția de mandatar al creditorilor sau al debitorilor și cea de mandatar al justiției, deoarece dacă primii apară și reprezintă interesele celor cu care au încheiat un raport juridic, ceilalți reprezintă interesele procedurii și ale principiilor care o guvernează: celeritatea operațiunilor și actelor prevăzute de lege, maximizarea valorilor din averea debitorului, realizarea drepturilor și obligațiilor participanților la procedură.

Pe de altă parte putem observa că suma reprezentând 10% din valoarea pretențiilor, ce trebuie depusă cu titlu de cauțiune, în conformitate cu prevederile art. 141 din Legea nr. 85/2006, de către administratorul judiciar sau lichidator, ori după caz, de comitetul creditorilor, este instituită pentru a se repara eventualele prejudicii create, prin solicitarea măsurilor asiguratorii asupra bunurilor din averea persoanelor urmărite conform art.138, din lege, indicată mai sus, situație în care se creează, față de administratorul judiciar sau lichidator o *dublă impunere*, deoarece analizând această prevedere, constatăm că legiuitorul a neglijat rolul acestora de mandatar ai justiției sau reprezentanți ai procedurii și nu a ținut seama că în această calitate administratorul judiciar sau lichidatorul trebuie să dovedească faptul că deține o poliță de asigurare pentru răspundere profesională. Polița de asigurare poate fi făcută pentru o sumă care poate fi mai mare, egală sau mai mică decât 10% din suma solicitată cu titlu de cauțiune, din valoarea pretențiilor solicitate sau a eventualelor prejudicii ce s-ar putea crea prin această măsură. Totodată atunci când judecătorul-sindic consideră că nu s-ar acoperii eventualele prejudicii, prin polița de asigurare, poate solicita mărirea acesteia.

Prin urmare fixarea unei cauțiuni de 10% din valoarea pretențiilor, nu trebuie să se aplice administratorilor judiciari sau lichidatorilor atunci când judecătorul-sindic apreciază că asigurarea deținută de către aceștia acoperă un eventual prejudiciu ce s-ar putea crea față de persoana pentru care s-a solicitat instituirea măsurilor asiguratorii, în urma solicitării de angajare a răspunderii în baza art. 138 din Legea nr. 85/2006, sau dacă asigurarea nu acoperă 10% din valoarea pretențiilor solicitate, putând să fie obligat numai la depunerea unei cauțiuni ce reprezintă diferența dintre suma asigurată și suma necesară până la acoperirea celor 10% din valoarea pretențiilor solicitate sau a eventualelor prejudicii pe care, judecătorul-sindic, le consideră că s-ar putea produce prin instituirea măsurilor asiguratorii.

Această opinie s-a format pornind de la condiția *sine qua non conform căreia* pentru a putea fi desemnat în calitate de administrator judiciar sau lichidator într-un dosar este necesară dovada asigurării pentru răspundere profesională, prin subscrierea unei polițe de asigurare valabilă, poliță față de care judecătorul-sindic poate solicita mărirea acesteia atunci când consideră că nu ar acoperii în întregime eventualele prejudicii cauzate prin îndeplinirea (sau omisiunea îndeplinirii) atribuțiilor sale. Riscul asigurat trebuie să reprezinte consecința activității acestuia pe perioada exercitării calității de administrator judiciar sau lichidator, putând merge până la revocarea din funcție și obligarea la repararea prejudiciilor cauzate, atunci când în calitate de administrator judiciar sau lichidator ar diminua, în mod direct sau indirect, valoarea sumei asigurate prin contractul de asigurare.

În asemenea condiții, în baza celor arătate mai sus, se poate observa faptul că prin instituirea în mod obligatoriu a unei cauțiuni de 10 % din valoarea pretențiilor solicitate administratorului judiciar sau lichidatorului, în baza prevederilor art.141 din Legea nr. 85/2006, judecătorul-sindic este obligat să solicite acestora să depună, o sumă fixă, care este de 10% din valoarea pretențiilor solicitate, sumă pe care adminis-

tratorul judiciar sau lichidatorul trebuie să o *depună în mod suplimentar*, pe lângă suma asigurată prin lege, în comparație cu comitetul creditorilor care va fi obligat numai la depunerea unei sume fixe de 10% din valoarea, neținându-se seama, față de administratorul judiciar sau de lichidator, de prevederile art. 149 din Legea nr.85/2006, unde se arată că „ *Dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura compatibilității lor, cu cele ale Codului de procedură civilă, Codului civil, Codului comercial român și ale Legii nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței.*”, articol care coroborat cu prevederile art. 1675 și 1676 din Codul civil (unde se arată că „ *Cel ce e dator să dea garanție, e liber să dea un amanet SAU ALTĂ ASIGURARE, care să se găsească suficientă pentru asigurarea creanței*”) *poate duce, în anumite condiții la scutirea depunerii acestei cauțiuni din partea administratorului sau a lichidatorului. Menționez faptul că atunci când mă refer la inechitate am în vedere numai situațiile în care solicitarea, de a se încuviința măsura asiguratorie este făcută de către administratorul judiciar sau lichidator și nu și atunci când solicitarea, pentru aplicarea măsurilor asiguratorii este făcută de către Comitetul creditorilor, în condițiile prevăzute de legea insolvenței.*

Totodată prin menținerea în continuare a acestei formulări, „ *fixarea unei cauțiuni de 10 % din valoarea pretențiilor este obligatorie,*” fără a se face menționările de rigoare, consider ca atât administratorul judiciar cât și lichidatorul este supus nu numai unei inechități, prin dubla impunere, dar se creează o situație prin care aceștia sunt lipsiți de eficiență, în ceea ce privește realizarea scopului, prevăzut de Legea nr.85/2006, prin faptul că asemenea unui medic care după punerea „*diagnosticului*” rămâne singur și fără fonduri pentru a mai putea trata pacientul, așa și practicienii în insolvență, după solicitarea angajării răspunderii persoanelor vinovate, datorită situației aparte a societăților aflate în administrare sau lichidare, prin faptul că de cele mai multe ori aceste societăți nu dețin lichiditățile necesare pentru desfășurarea procedurii, ducând la instituirea unei măsuri de creditare a acestor societăți „ *bolnave*” din partea administratorului judiciar sau a lichidatorului în vederea realizării procedurii, în conformitate cu prevederile legale, ori în situația în care administratorul judiciar sau lichidatorul deține un număr mare de societăți aflate în procedura insolvenței îi va fi și lui foarte greu să mai facă infuzia de capital în vederea continuării procedurii, și cu atât mai puțin va putea să mai aloce bani suplimentari și pentru cauțiunile solicitate, în formula prevăzută de lege. Această situație va permite, persoanei vinovate, ca până la finalizarea solicitării de angajare a răspunderii în conformitate cu prevederile art. 138 din Legea nr.85/2006, față de care s-a solicitat să suporte pasivul societății aflată în stare de insolvență, să-și înstrăineze bunurile personale, administratorul judiciar sau lichidatorul nemaiavând, după amânarea definitivă a cererii de angajare a răspunderii, posibilitatea de a mai reîntregii patrimoniul înstrăinătorului și prin urmare scopul acestei legi va rămâne numai teoretic acela de a acoperii pasivul debitoarei aflate în insolvență. În practică se va produce o golire de scopul avut în vedere de legiuitor, prin lipsirea de eficiență a administratorului judiciar sau a lichidatorului în calitatea acestora de mandatar ai justiției și reprezentanți ai procedurii, în ceea ce privește interesele procedurii și ale principiilor care o guvernează, respectiv : celeritatea operațiunilor și a actelor prevăzute de lege , *maximizarea valorilor din averea debitorului*, realizarea drepturilor și obligațiilor participanților la procedură.

În situația creării unui prejudiciu, atât administratorul judiciar cât și lichidatorul vor putea fi trași la răspundere, pentru aceeași faptă, atât de către persoana asupra căruia s-a

instituit măsura asiguratorie pe bunurilor personale, cât și de către creditorii în condițiile dreptului comun, reglementate de art.998-999 C.civ.

Având în vedere aceste condiții, consider că se produce o INECHITATE prin faptul că Comitetului creditorilor li se recunoaște un regim juridic diferit față de administratorul judiciar sau lichidator. De aceea, având în vedere că în situația prezentată mai sus, inechitatea invocată vizează un interes public, modificator, prin interpretare, a unei practici judiciare, trebuie avută în vedere o egalitate și în acest domeniu invocat, deoarece nici prin legi sau alte acte normative, nici prin acte de aplicare a normelor juridice, nu se poate face vreo discriminare, deoarece persoanele în condiții identice trebuie să fie tratați identic, fără a înțelege prin aceasta că principiul egalității înseamnă uniformitate .

Potrivit prevederilor art. 5 alin.(2) din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței, tribunalul și judecătorul - sindic au îndatorirea să asigure realizarea, în condițiile legii, a drepturilor și obligațiilor participanților la actele și operațiunile prevăzute de această lege. Această normă cu valoare de principiu, stabilește obligația acestor organe de a urmări, ocroti și garanta realizarea drepturilor și obligațiilor participanților la procedură, în condițiile legii. Ea reprezintă o concretizare a principiului înscris în Proclamația Drepturilor Omului potrivit căruia „ Legea trebuie să fie egală pentru toți, fie că ocrotește, fie că pedepsește, astfel încât ea trebuie aplicată cu imparțialitate și fără discriminare. Egalitatea fiind un drept fundamental, ea este un instrument de protecție al individului împotriva puterii statale. Natura sa de drept subiectiv o face în mod profund individuală. În dreptul comparat și nu numai, s-a subliniat adeseori faptul că legea fundamentală „protejează persoane și nu grupuri”. În acest context, se pune întrebarea dacă ar fi oare posibil ca egalitatea să protejeze și persoane juridice? Astfel, atât în dreptul francez unde se arată că persoanele juridice dispun de drepturi și libertăți care nu pot fi dissociate de libertățile membrilor care le constituie, cât și din dispoziția art.19 alin. 3 din Legea fundamentală germană, rezultă că drepturile fundamentale au valoare și față de persoanele juridice în măsura în care, prin natura lor, le sunt aplicabile. De asemenea, dacă avem în vedere considerentul de principiu al Consiliului Constituțional francez, care admite că principiul egalității nu este mai puțin aplicabil între persoanele juridice decât între persoanele fizice, căci persoanele juridice sunt grupări de persoane fizice, nerespectarea principiului egalității între acelea echivalează cu nerespectarea principiului egalității între acestea. Trebuie reținut faptul că la fel ca persoanele fizice și persoanele

juridice au nevoie să fie protejate împotriva puterii statale. În cea mai mare parte, cu privire la drepturile fundamentale, în ciuda unor dificultăți inerente, persoanele juridice beneficiază de același regim juridic ca și persoanele fizice, deoarece principiul constituțional al egalității ar trebui să se aplice în varianta sa strictă în raport cu persoanele juridice de drept privat între ele atâta timp cât ele nu se găsesc în situații obiectiv diferite. Curtea Constituțională precizând că dispozițiile art. 41 din Constituție consacră un drept subiectiv fundamental, de care, prin definiție pot beneficia doar persoanele fizice, cele juridice putând să beneficieze de drepturi subiective numai în conformitate cu principiul specialității capacității de folosință, motiv pentru care, în prezent, ar rămâne fără rezultat ridicarea excepției de neconstituționalitate, a celor invocate la articolul 141 din legea insolvenței.

Iată de ce consider că aplicarea prevederilor art. 141, din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în care se arata că „FIXAREA UNEI CAUȚIUNI DE 10 % DIN VALOAREA PRETENȚIILOR ESTE OBLIGATORIE”, este INECHITABILĂ față de administratorul judiciar sau lichidator și este necesară o reformulare a acestui articol.

#### BIBLIOGRAFIE:

- Ioan Schiau, Regimul juridic al insolvenței comerciale, Editura All Beck, București-2001;
- Nicoleta Țândăreanu, Procedura reorganizării judiciare, Editura All Beck, București- 2000 ;
- Bianca Selejan-Guțan, Excepția de neconstituționalitate, Editura All Beck, București-2005 ;
- Constantin Crișu-Codul de procedură civilă, Editura Juris Argessis, Curtea de Argeș-2007 ;
- Constantin Crișu-Codul civil, Editura Juris Argessis, Curtea de Argeș-2004 ;
- Stanciu D. Cărpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hatca-Noua lege a insolvenței, Editura Hamangiu, București-2006 ;
- Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu, Legea procedurii insolvenței-Comentarii și explicații, Editura C.H. Beck-București-2006 ;
- Simina Elena Tănăsescu, Principiul egalității în dreptul românesc, Editura All Beck -1999;
- Stanciu D. Cărpenaru, Studii juridice alese, Editura C.H. Beck-2006 ;





# Probleme ridicate în practică de aplicarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței

Judecător Ionela Ghiugan

Tribunalul București

La opt luni\* de la intrarea în vigoare a dispozițiilor Legii nr. 85/2006 se poate constata o accelerare a procedurilor de insolvență, în special prin aplicarea procedurii simplificate.

Dacă judecătorul-sindic și administratorul judiciar iau măsurile necesare respectării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut de art. 54 din lege prin care se propune intrarea în procedură simplificată, respectiv a celui stabilit pentru depunerea raportului prevăzut de art. 59 al 3 din lege prin care se analizează șansele de reorganizare și se propune, eventual, trecerea la faliment și supunerea acestuia aprobării primei adunări a creditorilor, se ajunge la o scurtare semnificativă a perioadei de observație în cazul debitorilor care nu au șanse reale de reorganizare.

De asemenea, prin aplicarea art. 7 al 3 teza a doua din lege, conform căruia pentru creditorii care nu au putut fi identificați în lista prezentată de către debitor potrivit art. 28 al 1 lit c, procedura notificării deschiderii procedurii și a termenelor stabilite pentru depunerea declarațiilor de creanță și pentru întocmirea tabelelor preliminar și definitiv va fi considerată îndeplinită dacă a fost efectuată prin Buletinul procedurilor în insolvență, s-a eliminat posibilitatea depunerii unor declarații de creanță pe tot parcursul procedurii cu consecința prelungirii perioadei necesare stabilirii masei pasive.

Disocierea atribuțiilor jurisdicționale ale judecătorului-sindic de cele manageriale ale administratorului judiciar, respectiv ale lichidatorului, a permis o derulare mai eficientă a operațiunilor de administrare și valorificare a bunurilor din averea debitorului, exclusiv pe baza hotărârii adunării creditorilor.

Tot în vederea urgentării procedurii, potrivit art.7 și art. 156 al 2 și 3 din Legea nr.85/2006, începând cu data de 20.01.2007 citarea și comunicarea oricăror acte de procedură, a convocărilor și notificărilor emise după data deschiderii procedurii insolvenței trebuie realizată exclusiv prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență.

Nici instanțele și nici oficiile registrului comerțului nu dețin tehnica necesară publicării în Buletin a cererilor de chemare în judecată și căilor de atac depuse de părți în format de hârtie, în condițiile inexistenței unei prevederi legale exprese care să le oblige la depunerea lor și în format electronic.

Prin Buletinul procedurilor în insolvență se comunică la acest moment citațiile, convocările și notificările emise fie de către instanțe, fie de către practicienii în insolvență, precum și hotărârile judecătorești.

Nu toate instanțele procedează însă la comunicarea actelor procedurale exclusiv prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență, reținerile judecătorilor sindici în acest sens fiind întemeiate pe exigențele asigurării unui proces echitabil și a dreptului la apărare.

Sunt ridicate, de regulă, probleme legate de posibilitatea reală a tuturor participanților la procedură de a beneficia de acces la pagina de internet a Buletinului și de costurile pe care le implică consultarea informațiilor publicate în acest mod .

Deși nu există o prevedere expresă , judecătorul-sindic are posibilitatea de a stabili în sarcina administratorului judiciar obligația de a indica debitorului și creditorilor, odată cu notificarea deschiderii procedurii de insolvență, realizată conform Codului de procedură civilă, în condițiile art.61 al 3 din lege, împrejurarea că toate actele procedurale urmează a fi comunicate prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență.

Față de stadiul actual de dezvoltare la societății românești și în condițiile în care cei mai mulți dintre creditorii au calitatea de comercianți nu se poate aprecia că accesul on line la actele procedurale publicate în format electronic în Buletinul procedurilor de insolvență este atât de dificil de realizat încât să încalce drepturile procesuale ale părților .

Pe de altă parte însă, potrivit art. 15 din H.G. nr. 640/2005, modificată prin H.G. nr. 1881/21.12.2006, Oficiul Național al Registrului Comerțului furnizează informații din Buletinul contra cost.

Datele publicate pe pagina de internet cu titlu gratuit sunt limitate, conform art. 12 al 5 din același act normativ, la denumirea debitorului, codul de identificare fiscală, numărul de ordine în registrul în care este înregistrat, numărul dosarului de insolvență și instanța pe rolul căreia este înregistrat dosarul, primul termen de judecată după data deschiderii procedurii, tipul procedurii și numerele Buletinului în care sunt publicate actele de procedură referitoare la debitor.

În acest fel partea interesată obține în mod gratuit mai multe informații de pe paginile de internet ale tribunalelor unde, pe lângă denumirea părților și numărul de dosar, sunt publicate toate termenele de judecată, precum și dispozitivele hotărârilor pronunțate.

Dispozițiile H.G. nr. 640/2005 sunt în vădită contradicție cu prevederile art. 722 Cod de procedură civilă conform căruia îndeplinirea actelor de procedură și comunicarea lor se face în mod gratuit, iar cheltuielile necesare pentru îndeplinirea actelor de procedură și comunicarea lor, prin poștă sau alte mijloace, ocazionate de desfășurarea procesului, se acoperă din fondurile repartizate în acest scop de la bugetul de stat .



Este adevărat că dispozițiile Legii nr. 85/2006 se completează numai în măsura compatibilității cu cele ale Codului de procedură civilă, dar nici unul dintre principiile care guvernează procedura insolvenței nu poate fi socotit incompatibil cu realizarea gratuită a actelor procedurale.

Legea nr. 85/2006 a prevăzut numai o modalitate diferită de publicare a actelor procedurale menită să asigure respectarea principiului celerității impus de art. 5 al 2 din lege, dar nu se poate aprecia că derogarea se reflectă și asupra gratuității realizării actelor procedurale.

Mai mult decât atât, s-a ridicat problema nerespectării dreptului părții la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului prin comunicarea tuturor actelor procedurale prin intermediul Buletinului insolvenței unde părțile au acces numai după plata unor taxe.

În accețiunea Curții Europene a Drepturilor Omului garantarea dreptului la un proces echitabil presupune și asigurarea respectării principiilor egalității armelor și a contradictorialității procedurii.

În jurisprudența europeană respectarea principiului egalității armelor presupune asigurarea tratării egale a părților pe toată durata desfășurării procedurii, fără ca una din ele să fie dezavantajată în raport cu celelalte. În acest scop fiecărei părți trebuie să i se ofere o posibilitate *rezonabilă* de a-și susține cauza în condiții care să nu o plaseze în dezavantaj net față de adversarul său, iar instanța trebuie să asigure echilibrul necesar desfășurării unui proces echitabil, în special în privința comunicării între părți a tuturor pieselor dosarului care vor servi la adoptarea hotărârii judecătorești.<sup>1</sup>

Dreptul la o procedură contradictorie, considerată de jurisprudența Curții o garanție a procesului echitabil, constă în posibilitatea pe care o au părțile dintr-un proces de a lua cunoștință de toate piesele și observațiile prezentate judecătorului și de a le discuta.

Pentru respectarea acestei cerințe instanța națională trebuie să garanteze ca părțile iau cunoștință de depunerea observațiilor și de probele ce sunt administrate și au posibilitatea efectivă să le comenteze.<sup>2</sup>

În cadrul procedurii insolvenței creditorii odată ce depun declarațiile de creanță dobândesc termen în cunoștință, potrivit art. al 7 din Legea nr. 85/2006, dar sunt situații în care legea prevede în mod expres citarea părților pentru soluționarea unei anumite cereri cum este cazul contestației la măsurile administratorului judiciar reglementată de art. 21 al 2 -4.

De asemenea, comunicarea contestațiilor și a celorlalte cereri asimilate unei cereri de chemare în judecată trebuie realizată, conform art. 7 al 1 și 9 din lege, tot prin Buletinul de insolvență.

În condițiile în care părților li se pretinde oricum o diligență sporită pentru a lua cunoștință de actele procedurale prin consultarea periodică a Buletinului procedurilor de insolvență, îngreunarea accesului la informațiile respective ca urmare a percepției unei taxe poate fi interpretată ca o încălcare a principiului egalității armelor și a contradictorialității procedurii.

Limitarea posibilității de a lua cunoștință de conținutul actelor de procedură poate fi considerată astfel o măsură excesivă, care împiedică o comunicare reală a informațiilor necesare desfășurării unui proces echitabil și respectării dreptului la apărare al părților.

De asemenea, în practica Curții Europene a Drepturilor Omului s-a decis că limitările dreptului de acces la un tribunal, cuprinse în marja de apreciere lăsată de prevederile Convenției, includ și condițiile în care poate fi atacată o hotărâre a unei instanțe de fond.<sup>3</sup>

Hotărârile judecătorului-sindic se comunică tot prin publicare în Buletin, iar termenul de formulare a recursului

împotriva acestora curge de la comunicare, conform art. 8 al 2 din Lega nr. 85/2006.

Restricționarea excesivă a accesului la conținutul Buletinul procedurilor de insolvență prin perceperea taxelor aferente furnizării informațiilor poate afecta și comunicarea efectivă a hotărârii cu consecința pierderii termenului de exercitare a căii de atac și, implicit, a limitării dreptului garantat de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului privind soluționarea cauzei de către un tribunal.

Din aceste considerente mulți dintre judecătorii-sindici procedează la comunicarea în paralel a actelor de procedură și a hotărârilor judecătorești atât în condițiile Codului de procedură civilă, cât și prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență, în timp ce alții procedează exclusiv la citarea în una dintre cele două modalități, ceea ce este de natură a afecta caracterul predictibil al normei procedurale, la rândul ei condiție a asigurării dreptului la un proces echitabil.

Dacă soluția comunicării actelor de procedură prin Buletin a fost menită să asigure celeritatea derulării procedurii, în egală măsură ar trebuie avută în vedere și necesitatea garantării unui acces facil al părților la informațiile necesare derulării procesului în mod echitabil.

Pe de altă parte, formularul prevăzut pentru dovada privind îndeplinirea procedurii de citare sau comunicare în Buletin, prevăzut în anexa 5.2 a Ordinului nr. 1692/C/2006 al ministrului justiției, cuprinde mențiuni exclusiv cu privire la debitorul față de care se derulează procedura de insolvență, fără indicarea destinatarului sau a obligațiilor procesuale stabilite în sarcina sa și care i-au fost comunicate odată cu citația.

În acest mod nu se poate verifica cu exactitate care a fost conținutul citației sau comunicării publicate efectiv în Buletin, așa cum se întâmplă în situația îndeplinirii actelor de procedură în condițiile Codului de procedură civilă.

Un alt impediment în derularea procedurii lichidării îl reprezintă imposibilitatea constituirii legale a adunării creditorilor datorită neparticipării creditorilor la ședință.

Pe de o parte, creditorii chirografari, lipsiți de șanse reale de acoperire a creanțelor prin intrarea în concurs cu creanțele bugetare, nu sunt interesați decât în mică măsură de modul în care se derulează procedura.

Pe de altă parte, creditorii bugetari, în lipsa cărora, de regulă, nu poate fi întrunit cvorumul necesare luării deciziilor, nu au la dispoziție un număr suficient de consilieri juridici care să asigure prezența la toate termenele de judecată și participarea la adunările creditorilor.

Deși există posibilitatea votării prin corespondență, potrivit art. 14 al 4 din lege, scrisoarea prin care se exprimă votul trebuie să poarte semnătura reprezentantului instituției legalizată de notarul public sau certificată de avocat, ceea ce presupune cheltuieli suplimentare, neprevăzute în buget.

Avându-se în vedere că principalele măsuri de lichidare a averii debitorului necesită adoptarea unei hotărâri a adunării creditorilor ( art. 116 -118 din lege ) se ajunge în practică la convocări repetate ale adunării în vedere obținerii condițiilor de cvorum impuse de adoptarea unei decizii, ceea ce implică cheltuieli suplimentare și întârzierea încheierii operațiunilor impuse de derularea procedurii.

Confruntându-se cu această problemă, lichidatorii judicari procedează de multe ori la încheierea operațiunilor de valorificare a bunurilor în baza unui acord manifestat în scris de către creditorii prin depunerea unor adrese sau cereri la dosar, care însă nu au valoarea juridică a unui vot în adunarea creditorilor, fiind afectată astfel legalitatea actelor juridice respective.

Pentru evitarea unor astfel de situații ar fi utilă o modificare a prevederilor art.14 al 4 din lege în sensul de a se

a permite creditorilor bugetari să își exprime votul prin corespondență comunicând o scrisoare care să poarte semnătura reprezentantului legal și ștampila instituției .

În paralel poate fi acordată judecătorului sindic posibilitatea de a stabili obligația participării la ședința adunării creditorilor, în mod direct sau exprimând un vot prin corespondență, atunci când acest lucru este necesar pentru asigurarea celerității derulării procedurii și de a aplica o amendă în cazul neîndeplinirii acestei obligații, în conformitate cu art. 108<sup>1</sup> al 2 lit. b Cod procedură civilă.

Cu excepția situației particulare a hotărârii privitoare la desemnarea administratorului judiciar, legea nu prevede un termen pentru contestarea hotărârii adunării creditorilor.

În lipsa unei prevederi speciale dreptul părții de a solicita anularea hotărârii poate fi exercitat în cadrul termenului general de prescripție de trei ani atunci când sunt invocate cauze de nulitate relativă, iar în ipoteza unor cauze de nulitate absolută acțiunea este imprescriptibilă .

Adunarea creditorilor este doar un participant și nu un organ care aplică procedura, astfel încât, de regulă, deciziile adoptate de către aceasta nu pot fi puse în practică și nu își produc efecte decât prin luarea unei măsuri corespunzătoare de către administratorul sau lichidatorul judiciar.

Împotriva măsurilor administratorului judiciar poate fi formulată contestație, potrivit art. 21 al 3 din lege, în termen de 5 zile de la data depunerii raportului în care se face referire la încheierea operațiunii respective.

În condițiile în care nu a fost formulată în termen de contestație împotriva măsurii administratorului judiciar, cererea privitoare la desființarea hotărârii care a stat la baza măsurii respective poate fi considerată lipsită de interes.

Practica instanțelor nu este însă unitară sub acest aspect, fiind ridicată și problema posibilității desființării operațiunii juridice încheiate de către administratorul judiciar după anularea hotărârii adunării creditorilor pe care a fost întemeiată .

Pentru evitarea unor astfel de situații, în care se ajunge la contestarea legalității unor acte juridice încheiate de către administratorul/lichidatorul judiciar după expirarea termenului de 5 zile prevăzut de art. 21 al 3 din lege și prelungirea în acest mod a procedurii, ar fi utilă stabilirea aceluiași termen de 5 zile în cadrul căruia să poată fi solicitată desființarea hotărârii adunării creditorilor.

O altă problemă este ridicată de aplicarea art.19 din Legea nr. 85/2006 care, preluând dispozițiile art.23 al 4 din Legea nr. 64/1995, restricționează dreptul de reprezentare al administratorului judiciar la persoanele care au calitatea de practician în insolvență.

În completare, art. 40 alin. (2) și (3) din O.U.G .nr. 86/2006 prevede că societățile civile profesionale pot fi reprezentate

convențional numai de către persoanele care au calitatea de practician în insolvență compatibil, putând da mandat de reprezentare numai pentru încheierea sau exercitarea unor acte juridice ori procesuale ce nu presupun exercițiul atribuțiilor exclusive ale practicianului în insolvență.

Problema este că alineatul 4 al aceluiași articol include în categoria atribuțiile exclusive ale practicianului în insolvență aproape toate activitățile administratorului /lichidatorului judiciar, inclusiv susținerea rapoartelor periodice întocmite în cursul procedurii insolvenței (lit. k).

Dacă în situația întocmirii actelor juridice și a rapoartelor de activitate este justificată reprezentarea administratorului judiciar persoană juridică exclusiv de către practicieni în insolvență, nu vedem de ce raportul întocmit și semnat de către practicianul în insolvență nu poate fi susținut în instanță de către un avocat sau un consilier juridic.

Prezența unui reprezentant al administratorului sau lichidatorului judiciar la termenul de judecată este necesară pentru a putea oferi lămuriri cu privire la activitatea desfășurată și pentru a prezenta măsurile propuse în raportul de activitate , activități care nu implică și luarea unei decizii în numele practicianului în insolvență pe care îi reprezintă.

Dacă prevederile art. 40 al 4 lit. k din O.U.G .nr. 86/2006 se aplică cu rigurozitate se ajunge în situația în care o mare parte dintre administratorii judiciari și lichidatorii nu ar mai fi în măsură să asigure prezența la termenul de judecată a unui reprezentant practician în insolvență și s-ar limita la depunerea rapoartelor de activitate la dosar prin serviciul registratură, ceea ce îngreunează substanțial exercitarea de către judecătorul sindic a atribuțiilor specifice.

#### NOTE

\* Acest articol a fost primit la redacție în luna martie 2007, neputând fi însă publicat în numărul 20 al revistei (n.r.).

<sup>1</sup> Vezi Corneliu Bârsan, Convenția Europeană a Drepturilor Omului , Vol.1, editura All Beck, București, 2005, pg. 507-512 și hotărârile Ankerl contra Elveției din 23.10.1996, Niderost-Huber contra Elveției din 18.02.1997, Kress contra Franței din 07.06.2001, Bulut contra Austriei din 22.02.1996 .

<sup>2</sup> Vezi Corneliu Bârsan, Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Vol.1, editura All Beck, București, 2005, pg. 512-524 și hotărârile Brandestetter contra Austriei din 28.08.1991 și J.J. contra Pays Bas din 27.03.1998.

<sup>3</sup> Vezi Corneliu Bârsan, Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Vol.1, editura All Beck, București, 2005, pg. 462 și hotărârile Braulla Gomez de la Torre contra Spaniei din 19.12.1997, Edificaciones March Gallego SA contra Spaniei din 19.02.1998, F.E. contra Franței din 30.10.1998 și Guerin contra Franței din 29.07.1998.



# Summit-ul de la Bruxelles din 21-22 iunie 2007 – o veritabilă relansare a Uniunii Europene



**Prof. univ. dr. Augustin Fuerea**  
Facultatea de Drept a Universității București

## 1. Demers introductiv

Este o realitate, deloc de neglijat, faptul că nu puține au fost așteptările societății internaționale, în general, și ale celei europene, în special, de la recent încheiata președinție germană a UE (ianuarie – iunie 2007) din punctul de vedere al unuia dintre cele mai importante obiective stabilite, și anume relansarea „*Tratatului constituțional*” (Tratatul instituind o Constituție pentru Europa). Acest lucru se întâmplă după ce Europa s-a confruntat cu blocajul determinat de respingerea ratificării de către două dintre statele fondatoare ale Comunităților Europene (Franța și Olanda), state care au un cuvânt greu de spus în ansamblul vocilor de la nivel european. Se întâmplă, de asemenea, după ce, la aproape doi ani de blocaj, Finlanda, pe timpul exercitării președinției UE (iulie – decembrie 2006) sparge gheața demersurilor procedurale, prin ratificarea Tratatului constituțional, demers de natură să mai risipească norii euroscepticismului cu privire la viitorul UE, instalați după cele două respingeri.

Așteptările de la președinția germană au fost mari și, am putea adăuga, lungi, deoarece acestea și-au găsit consacrară chiar în ultima decadă a ultimei luni de exercitare a mandatului prezidențial. De ce? Pentru că știm – Germania este cel mai important contributor al UE, dar și unul dintre statele care, în mod inevitabil, alături de alte state mari, membre ale UE, deține busola orientării construcției europene în ansamblul oferit de contextul internațional actual, context destul de schimbat, modificat, completat, controversat și complicat dacă îl raportăm la cel anterior anilor 1990 și chiar anterior anilor 2004 (dinaintea extinderii cu cele 10 state din Europa Centrală și de Est), dar, mai ales, dacă îl raportăm la ceea ce va fi în viitor, cu trimitere la procesul de globalizare.

Se aștepta un semn, care semn putea fi de slăbire a UE, din perspectiva obiectivelor constituționale propuse sau, dimpotrivă, de relansare a acestei entități. Euroscepticii, dar și eurooptimiștii au avut timp suficient de reflecție, inițiind teze, scenarii, teorii dintre cele mai diverse, unele chiar fantasmagorice, în sensul, inclusiv, al dispariției uneia dintre cele mai coerente și eficiente, totuși, structuri economico-politice a secolului trecut și al celui actual, nu de mult început, ori al transformării radicale a acesteia.

Semnalul pozitiv, optimist dat de către Germania s-a concretizat nu numai cu prilejul Summit-ului de la Bruxelles din 21 – 22 iunie 2007, ci, considerăm că un bun prilej l-a constituit chiar (parcă nimic nu este întâmplător!) Declarația adoptată cu ocazia aniversării a 50 de ani de la semnarea Tratatului de la Roma (la 25 martie 2007), cunoscută și sub denumirea de „*Declarația de la Berlin*”. Declarația, extrem de sintetică, dar foarte bogată în conținut, reușește să surprindă și să evidențieze, în cuvinte impresionant de puține, tot ceea ce s-a realizat în cei 50 de ani. Reușește, totodată, să redea etapa la care s-a ajuns, dar și să sugereze obiectivele pe termen scurt, mediu și lung de atins. Din această a doua perspectivă, „*Declarația*” se constituie într-o veritabilă radiografie a consistentului Tratat constituțional. Mai mult, cu o precizie germană, demnă de toată admirația, conștienți fiind de impasul (până în vecinătatea blocajului) instituțional și normativ în care se găsește **acum UE**, „*Declarația*”, în penultimul său alineat, din partea a III-a și ultima, precizează: „*De aceea, astăzi, la 50 de ani de la semnarea Tratatelor de la Roma, suntem uniți, în scopul nostru de a așeza Uniunea Europeană pe baze noi comune înainte de alegerile europene din 2009*”. A fost, dacă putem să ne exprimăm așa, o pregătire a Summit-ului din 21 – 22 iunie 2007, din punctul de vedere al relansării UE.

Întrebările apărute, mai ales după complicatele și controversatele dezbateri la care am asistat, sunt multe. Una, însă, este esențială: ce se va întâmpla cu UE? La această întrebare încercăm să dăm un răspuns cât se poate de tranșant. De ce un răspuns tranșat? Pentru că, în prezent, într-o Românie, ca stat membru al UE, nu mai avem voie și nici timp de ezitări, de șovăiri cu privire la cunoașterea, înțelegerea și aplicarea unui sistem instituțional și normativ foarte generoase, complicate, diversificate, dar, mai ales, în permanență schimbare, transformare, adaptare la noile realități impuse de societatea internațională, în general și de cea europeană, în special. Răspunsul despre care vorbeam este unul pozitiv, favorabil pentru UE. Adică, vom constata faptul că 21 – 22 iunie 2007 înseamnă istorie, o istorie în care Germania, și nu numai, s-a implicat. De ce? Pentru că UE a fost, în mod clar, fără echivoc, relansată cu această ocazie. Folosind prilejul dezbaterilor „*a trebuie să se recurgă la*



compromisuri, dar care nu au compromis .... obiectivele și principiile fundamentale ale UE, ci, dimpotrivă, au deblocat mecanisme, au permis impulsivarea procesului de modernizare a Uniunii, de reformare a instituțiilor sale, de adaptare la realitățile prezente și care se prefigurează<sup>11</sup>. Reuniunea a fost un real succes și numai dacă amintim, pentru început, faptul că liderii europeni au fost de acord ca UE să dobândească personalitate juridică, personalitate consacrată și în Tratatul instituind o Constituție pentru Europa<sup>2</sup>, la art. 7, cel mai scurt articol al Tratatului, dar și cel mai important, format numai din patru cuvinte, și anume: „Uniunea are personalitate juridică”. Este un aspect asupra căruia vom reveni, deoarece personalitatea juridică este cea care consacră, *de jure*, existența ca subiect de drept internațional (în acest caz) a UE. De aici, toate cele care vor urma sunt simplu de dedus, dacă avem în vedere numai faptul că în viața internațională apare, încă, un partener, de referință, cu drepturi și obligații depline, partener care include și înlocuiește Comunitățile Europene (capitolul I), cele care, în prezent, au o astfel de vocație (Comunitatea Europeană – CE și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice – CEEA, după ce Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului – CECA și-a încetat existența la 23 iulie 2002).

Concret, implicarea activă și decisivă a Germaniei este dată, pe lângă „Declarația”, deja amintită, și de faptul că, așa cum este știut, din ianuarie 2007<sup>3</sup>, președinția Parlamentului European este deținută, prin excelență, tot de către Germania (sorți favorabile unui demers cu o astfel de miză, crucială pentru societatea europeană și cea internațională), în persoana d-lui Hans – Gert Pöttering. Este important de știut, de asemenea, faptul că înaintea reuniunii Consiliului European, domnia sa (Hans – Gert Pöttering) a prezentat un punct de vedere urmat de un schimb de opinii.

## 2. Concluziile Președinției Consiliului European<sup>4</sup>

Între problemele care fac obiectul Concluziilor Președinției Consiliului European, puse la dispoziția delegațiilor prezente la Reuniunea de la Bruxelles (21-22 iulie 2007), rețin atenția următoarele<sup>5</sup>: „CIG<sup>6</sup> își va desfășura activitatea în conformitate cu mandatul din anexa I la prezentele concluzii (Anexa o vom avea în vedere în explicațiile pe care le vom formula în continuare – n.n.<sup>7</sup>). Consiliul European invită viitoarea Președinție să redacteze textul unui proiect de tratat, în conformitate cu termenii mandatului și să îl prezinte în cadrul CIG, de îndată ce aceasta a fost deschisă. CIG își va finaliza activitatea cât mai rapid posibil, și, în orice caz, înainte de finele anului 2007, în vederea acordării unei perioade suficiente pentru ratificarea tratatului rezultat în urma acestei activități înainte de alegerile parlamentare europene din iunie 2009”<sup>8</sup>.

O astfel de decizie a fost luată pentru că, așa cum se precizează la punctul 8 al „Concluziilor”<sup>9</sup>, „după doi ani de nesiguranță cu privire la procesul de reformare a tratatului în cadrul Uniunii, a sosit momentul rezolvării acestei chestiuni, astfel încât Uniunea să avanseze. Această perioadă de reflecție a dat, între timp, prilejul unei dezbatere publice extinse și a ajutat la pregătirea terenului pentru adoptarea unei soluții”.

Gradul de urgență al rezolvării acestei priorități (rezolvarea rapidă a acestei chestiuni reprezintă o prioritate, așa cum se arată la punctul 9 din „Concluzii”) este pus în evidență și de formularea punctului 10 din „Concluzii”, punct la care se arată că „în acest scop, Consiliul European este de acord să convoace o conferință interguvernamentală și invită Președinția, fără întârziere, să ia măsurile necesare în conformitate cu articolul 48 din tratatul privind Uniunea

Europeană, în vederea deschiderii CIG înainte de finele lunii iulie, de îndată ce cerințele juridice sunt îndeplinite”.

Responsabilitățile sunt stabilite la cel mai înalt nivel politic, adică, precizează punctul 12, faptul că „CIG se va desfășura sub responsabilitatea șefilor de stat sau de guvern, asistați de către membrii Consiliului pentru afaceri generale și relații externe”. Se adaugă, „reprezentantul Comisiei care (precizarea noastră) va participa la Conferință”, iar „Parlamentul va fi asociat îndeaproape și profund implicat în activitățile Conferinței prin intermediul a trei reprezentanți”. Cu referire la Secretariatul General al Consiliului, acesta „va asigura Secretariatul pentru Conferință”.

## 3. Mandatul CIG<sup>10</sup>

În Anexa nr. 1 este formulat: „Proiectul de mandat pentru CIG” (sublinierea noastră) care conține cinci părți, și anume: observații generale (I); modificările Tratatului asupra UE (II); modificări aduse Tratatului CE (III); Protocoale și Tratatul Euratom (IV) și Declarații (V).

### A. Observații generale

Din conținutul „Observațiilor generale” (I) rezultă faptul că „CIG este invitată să redacteze un tratat (denumit în continuare « Tratat de reformă ») de modificare a tratatelor existente în vederea consolidării eficienței și legitimității democratice a Uniunii extinse, precum și a coerenței acțiunii sale externe. Se renunță la conceptul constituțional, care consta în abrogarea tuturor tratatelor existente și înlocuirea acestora cu un text unic intitulat « Constituție ». Tratatul de reformă va introduce în tratatele existente, care rămân în vigoare, elementele de noutate care au rezultat în urma CIG 2004 (...)”<sup>11</sup>. „Tratatul de reformă va cuprinde două clauze de amendare a Tratatului privind Uniunea Europeană (TUE) și respectiv a Tratatului de instituire a Comunității Europene (TCE). TUE își va păstra titulatura, iar TCE se va numi Tratatul privind funcționarea Uniunii, Uniunea având personalitate juridică unică. Cuvântul „Comunitate” se va înlocui cu „Uniune” în întregul text; se va menționa faptul că cele două tratate reprezintă tratatele care stau la baza Uniunii și că Uniunea înlocuiește Comunitatea și îi succede acesteia. Alte clauze vor conține dispozițiile obișnuite privind ratificarea și intrarea în vigoare, precum și dispoziții tranzitorii. Modificările de natură tehnică aduse Tratatului Euratom și protocoalelor existente se fac prin protocoale anexate Tratatului de reformă, astfel cum s-a convenit la CIG 2004”<sup>12</sup>. Aceste prime două puncte aduc o serie lămuriri conceptuale absolut necesare, într-un context plin de evoluții, schimbări, modificări.

La punctul 3 al părții I se face o precizare utilă, date fiind controversalele, destul de abundente, generate de conceptul „Constituție”, lansat de precedentul instrument<sup>13</sup>. Astfel, „TUE și Tratatul privind funcționarea Uniunii nu vor avea un caracter constituțional. Terminologia utilizată în întregul text al tratatelor va reflecta această modificare: termenul « Constituție » nu va fi utilizat”. În același sens, se continuă cu faptul că „Ministrul Afacerilor Externe al UE<sup>14</sup>” se va numi „Înaltul Reprezentant ale UE pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate”. „Se va renunța la denumirile de « lege » și « lege cadru »<sup>15</sup>, păstrându-se cele de « regulamente », « directive » și « decizii ». În mod similar, nu va mai exista în tratatele modificate nici un articol care să facă referire la simbolurile UE<sup>16</sup>, precum steagul, imnul sau deviza. În ceea ce privește supremația dreptului comunitar, CIG va adopta o declarație care să reamintească



jurisprudența existentă a Curții de Justiție a UE în materie<sup>17, 18</sup>.

Punctul 4 al părții I precizează că „În ceea ce privește conținutul modificărilor aduse tratatelor existente, elementele de noutate care au rezultat în urma CIG 2004 vor fi integrate în TUE și în Tratatul privind funcționarea Uniunii, conform prezentului mandat. Modificările aduse respectivelor elemente de noutate ca urmare a consultărilor care au avut loc cu statele membre de-a lungul ultimelor șase luni sunt indicate în mod clar mai jos. Acestea privesc în principal delimitarea competențelor care revin UE și respectiv statelor membre, natura specifică a politicii externe și de securitate comună, rolul consolidat al parlamentelor naționale, caracterul atribuit Cartei drepturilor fundamentale și crearea unui mecanism, în domeniul cooperării judiciare și polițienești în materie penală, care să permită statelor membre să avanseze în privința unui act specific, permițând în același timp celorlalte să nu participe la aceasta”.

## B. Modificările aduse Tratatului asupra UE

Un loc important în ceea ce privește economia mandatului CIG îl ocupă partea a II-a, intitulată „Modificările aduse Tratatului asupra UE”. La punctul 5 al părții a II-a, se precizează, pentru motive de claritate, faptul că „Clauza 1 din Tratatul de reformă va conține modificările aduse actualului TUE<sup>19</sup>”. Pe cale de consecință, rezultă că, așa cum se arată în continuare, „în absența unor indicații contrare cuprinse în prezentul mandat, textul actual al tratatului rămâne neschimbat”.

Din punctul de vedere al structurii, TUE este împărțit în 6 titluri: „Dispoziții comune (I), Dispoziții privind principiile democratice (II), Dispoziții instituționale (III), Dispoziții privind cooperarea consolidată (IV), Dispoziții generale privind acțiunea externă a Uniunii și dispoziții speciale privind politica externă și de securitate comună (V) și Dispoziții finale (VI)”<sup>20</sup>.

Observăm că Titlul I („Dispoziții comune”) al actualului TUE care, între altele, include și articole care fac trimitere la valorile și obiectivele Uniunii, la relațiile dintre Uniune și statele membre, dar și la suspendarea drepturilor statelor membre se modifică, așa cum s-a convenit în cadrul CIG din anul 2006, în următoarele puncte esențiale<sup>21</sup>:

- introducerea, în Preambulul Tratatului asupra Uniunii Europene, a celui de-al doilea considerent (considerent care, în timp, și el a generat multe controverse), astfel: „*inspirându-se din moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei, din care s-au dezvoltat valorile universale care constituie drepturile inviolabile și inalienabile ale ființei umane, precum și libertatea, democrația, egalitatea și statul de drept*”;

- în cadrul articolului 1 se introduc, încă, 2 teze, și anume: „*statele membre îi atribuie competențe pentru atingerea obiectivelor comune*” și, „*Uniunea are la bază prezentul tratat și Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Uniunea înlocuiește Comunitatea Europeană și îi succede acesteia*”;

- se introduce articolul 2 bis privind „*valorile Uniunii*”<sup>22</sup>, articol care, potrivit Anexei nr. 1, are același conținut cu ceea ce s-a convenit în cadrul CIG din anul 2004;

- se înlocuiește articolul 2 privind „*obiectivele Uniunii*” și se renumerează, devenind art. 3<sup>23</sup>; astfel, potrivit punctului 3 din Anexa nr. 1,

„*1. Scopul Uniunii este de a promova pacea, valorile sale și bunăstarea popoarelor sale.*

*2. Uniunea oferă cetățenilor săi un spațiu de libertate, securitate și justiție, fără frontiere interne, în cadrul căruia libera circulație a persoanelor este garantată împreună cu măsurile adecvate privind controalele la frontierele externe,*

*azilul, migrația, prevenirea și combaterea fenomenului infracțional.*

*3. Uniunea instituie o piață internă. Aceasta acționează pentru dezvoltarea durabilă a Europei, întemeiată pe o creștere economică echilibrată și pe stabilitatea prețurilor, pe o economie socială de piață foarte competitivă, care tinde spre ocuparea întregii forțe de muncă și spre progres social, precum și pe un nivel înalt de protecție și de îmbunătățire a calității mediului. Uniunea promovează progresul științific și tehnologic.*

*Uniunea combate excluderea socială și discriminările și promovează justiția și protecția socială, egalitatea între femei și bărbați, solidaritatea între generații și protecția drepturilor copilului.*

*Aceasta promovează coeziunea economică, socială și teritorială, precum și solidaritatea între statele membre. Uniunea respectă bogăția diversității sale culturale și lingvistice și veghează la protejarea și dezvoltarea patrimoniului cultural european.*

*3bis. Uniunea instituie o uniune economică și monetară a cărei monedă este euro.*

*4. În relațiile cu restul comunității internaționale, Uniunea își afirmă și promovează valorile și interesele și contribuie la protejarea cetățenilor săi. Aceasta contribuie la pacea, securitatea, dezvoltarea durabilă a planetei, solidaritatea și respectul reciproc între popoare, comerțul liber și echitabil, eliminarea sărăciei și protecția drepturilor omului, și în special a drepturilor copilului, precum și la respectarea strictă și dezvoltarea dreptului internațional, inclusiv respectarea principiilor Cartei Organizației Națiunilor Unite.*

*5. Uniunea își urmărește obiectivele prin mijloace corespunzătoare, în funcție de competențele care îi sunt atribuite prin tratate”.*

- articolul 3 se înlocuiește cu articolul 4, privind relațiile între Uniune și statele membre cu unele completări<sup>24</sup>;

- textul articolului 6, privind „*drepturile fundamentale*” (problemă asupra căreia nu s-a înregistrat unanimitate de opinii) dobândește următorul conținut:

„*1. Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute de Carta drepturilor fundamentale adoptată la 7 decembrie 2000, astfel cum a fost modificată în 2007, care are aceeași valoare juridică ca și tratatele. Dispozițiile cuprinse în Cartă nu vor extinde competențele Uniunii astfel cum au fost acestea definite în tratate.*

*Drepturile, libertățile și principiile cuprinse în Cartă sunt interpretate în conformitate cu dispozițiile generale din titlul VII al Cartei privind interpretarea și punerea sa în aplicare și cu luarea în considerare a explicațiilor la care face referire Carta, care prevăd originile acestor dispoziții.*

*2. Uniunea aderă la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.*

*Competențele Uniunii, astfel cum sunt definite în tratate, nu sunt modificate de această aderare.*

*3. Drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și care rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii”<sup>25</sup>.*

Articolul privind drepturile fundamentale va conține (așa cum se precizează la punctul 9 al Mandatului) o nouă referință transversală la Carta drepturilor fundamentale, așa cum s-a convenit în cadrul CIG din anul 2004, care să-i confere acesteia valoare juridică obligatorie și care să stabilească domeniul său de aplicare. Cu alte cuvinte, observăm că s-a convenit ca textul „*Cartei*” să nu fie inclus în tratate (Marea Britanie formulând o declarație la Cartă).

Titlul al II-lea („Dispoziții privind principiile democratice”) conține unele aspecte convenite, deja, în cadrul CIG din anul 2004 referitoare la: egalitatea democratică, democrația reprezentativă, democrația participativă și inițiativa cetățenilor. Parlamentele naționale, însă, vor avea un rol consolidat, dacă ne raportăm la dispozițiile convenite în anul 2004 cu prilejul CIG<sup>26</sup>. Cu titlu de argumente, în acest sens, vin următoarele:

- perioada stabilită parlamentelor naționale pentru examinarea proiectelor legislative și pentru emiterea unui aviz motivat referitor la principiul subsidiarității se prelungește de la 6 la 8 săptămâni<sup>27</sup>;

- se instituie un mecanism de control al respectării principiului subsidiarității consolidat.

Titlul al III-lea („Dispoziții instituționale”) precizează că „modificările (...) convenite în cadrul CIG/2004 vor fi integrate parțial în TUE și, parțial, în Tratatul privind funcționarea Uniunii. Noul titlu III va oferi o imagine de ansamblu a sistemului instituțional și va prevedea (...) modificări instituționale ale actualului sistem”<sup>28</sup>. În sinteză, acestea sunt:

- Parlamentul European<sup>29</sup> – noua componentă;
- Consiliul European<sup>30</sup> dobândește statut de instituție, stabilindu-se, inclusiv, modalitățile de vot și înființându-se cabinetul Președintelui;

- Consiliul<sup>31</sup> – introduce sistemul de vot cu dublă majoritate (nu rădăcină pătrată, așa cum propunea Polonia), iar cu privire la președinția rotativă de 6 luni se lasă posibilitatea unor modificări ulterioare;

- Comisia Europeană<sup>32</sup> – vizează noua componentă și consolidarea rolului președintelui;

- Ministrul Afacerilor Externe al Uniunii (propus prin Tratatul Constituțional) – își schimbă denumirea în „Înaltul Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate”, dobândind un nou cabinet;

- Curtea de Justiție a UE va cunoaște unele modificări în acord cu unificarea anumitor reglementări;

- sistemul de vot<sup>33</sup>, „cu dublă majoritate, astfel cum s-a convenit în cadrul CIG 2004, va intra în vigoare de la 1 noiembrie 2014, dată până la care sistemul actual de vot cu majoritate calificată articolul 205 alineatul (2) TCE) va continua să se aplice. După aceea, pe durata unei perioade tranzitorii până la 31 martie 2017, când o decizie trebuie adoptată cu majoritate calificată, un membru al Consiliului poate solicita ca respectiva decizie să fie luată în conformitate cu sistemul de vot cu majoritate calificată astfel cum este prevăzut la articolul 205 alineatul (2) al actualului TCE. În plus, până la data de 31 martie 2017, dacă membrii Consiliului reprezentând cel puțin 75% din populație sau cel puțin 75% din numărul statelor membre necesar constituirii unei minorități de blocaj astfel cum este prevăzut în articolul și-25 alineatul (2) își manifestă opoziția față de adoptarea de către Consiliu a unui act prin vot cu majoritate calificată, mecanismul prevăzut în proiectul de decizie inclus în Declarația nr. 5 anexată actului final al CIG din 2004 se aplică. Începând cu 1 aprilie 2017, se aplică același mecanism, procentele relevante fiind de cel puțin 65% din populație sau cel puțin 55% din numărul de state membre necesar constituirii unei minorități de blocaj, astfel cum este prevăzut în articolul și-25 alineatul (2)”<sup>34</sup>.

Titlul al IV-lea („Dispoziții privind cooperarea consolidată”), fostul Titlu VII din TUE, se referă, așa cum s-a convenit în cadrul CIG din anul 2004, la faptul că „numărul minim de state membre necesar pentru instituirea unei cooperări consolidate va fi de nouă”.

Interesante sunt și prevederile Titlului al V-lea („Dispoziții generale privind acțiunea externă a Uniunii și dispoziții

speciale privind Politica externă și de securitate comună”). Capitolul privind dispozițiile generale referitoare la acțiunea externă a Uniunii (care conține două articole) reglementează principiile și obiectivele acțiunii externe a UE, dar și rolul Consiliului European în stabilirea intereselor strategice și a obiectivelor acesteia. Capitolul al doilea (cuprinde dispozițiile titlului V al actualului TUE, așa cum s-a modificat cu prilejul CIG din anul 2004, inclusiv serviciul european pentru acțiunea externă și cooperarea structurată permanentă în domeniul apărării). În plus, în acest capitol, va fi introdus un nou prim articol care prevede că „acțiunea Uniunii pe plan internațional va fi orientată de principiile, va urmări obiectivele și se va desfășura în conformitate cu prevederile generale privind acțiunea externă a Uniunii”<sup>35</sup>. Tot aici, se va preciza, „în mod clar, faptul că PESC face obiectul unor proceduri și norme specifice. Va exista, de asemenea, o bază legală specifică pentru protecția datelor cu caracter personal în domeniul PESC”<sup>36</sup>.

Cel din urmă titlu, Titlul al VI-lea („Dispoziții finale”), are conținutul titlului VIII din actualul TUE. Aici întâlnim cel mai mare merit al reuniunii de la Bruxelles din 21-22 iunie 2007, în sensul că „va exista (...) un articol privind personalitatea juridică a Uniunii”<sup>37</sup> (se reia fostul articol 7 din Tratatul constituțional). Este pentru prima dată când se consacră (așa cum făcea și Tratatul constituțional) printr-un articol distinct „retragerea voluntară din Uniune”<sup>38</sup>. Articolul 48 se modifică pentru a reuni procedurile de revizuire a tratatelor (adică procedura ordinară și cele două proceduri simplificate). În ce privește procedura ordinară de revizuire, se prevede faptul că tratatele pot fi revizuite, în sensul creșterii sau reducerii competențelor Uniunii. La articolul 49, privitor la criteriile de eligibilitate și procedura de aderare la Uniune, referirea la principii se va înlocui cu o referire la valorile Uniunii și se va adăuga un angajament de promovare a acestor valori. Se precizează, de asemenea, obligația de notificare a Parlamentului European și a parlamentelor naționale în cazul unei cereri de aderare la Uniune, adăugându-se faptul că se vor lua în considerare condițiile de eligibilitate convenite de Consiliul European (stabilite prin Anexa nr. 1, titlul VI la Mandat).

### C. Modificările aduse Tratatului instituind Comunitatea Europeană<sup>39</sup> (fostul Tratat instituind Comunitatea Economică Europeană<sup>40</sup>)

Constatăm că a doua clauză din *Tratatul de reformă* va include modificările aduse actualului TCE<sup>41</sup>, care va dobândi denumirea de „*Tratatul privind funcționarea UE*”.

Modificările principale se referă la: categoriile și domeniile de competență; sfera de aplicare a votului cu majoritate calificată și a co-deciziei; diferența dintre actele legislative și cele nelegislative; spațiul de libertate, securitate și justiție; clauza de solidaritate; ameliorarea administrării monedei Euro; dispoziții transversale (de ex., clauza socială); dispoziții specifice (de ex., cele privind serviciile publice, spațiul, energia, protecția civilă, ajutorul umanitar, sănătatea publică, sportul, turismul, regiunile ultraperiferice, cooperarea administrativă) și dispoziții financiare (resursele proprii, cadrul financiar multianual, noua procedură bugetară)<sup>42</sup>.

Față de CIG din anul 2004, se introduc o serie de modificări (înscrise în Anexa nr. 2 la Mandat), cum ar fi: noul articol 1 precizează că cele două tratate (Tratatul de reformă și Tratatul privind funcționarea UE) au aceeași valoare juridică; teza privind adoptarea de măsuri referitoare la pașapoarte, cărți de identitate, permise de ședere și alte documente similare va fi eliminată și transferată la o bază legală asemănătoare, care urmează să fie introdusă în titlul privind spațiul de libertate,

securitate și justiție la articolul privind controalele la frontieră; în cadrul articolului 20 (protecția diplomatică și consulară), așa cum a fost modificat cu prilejul CIG din anul 2004, temeiul legal va fi modificat, în sensul prevederii posibilității de adoptare, în acest domeniu, a unei directive care să stabilească măsuri de coordonare și cooperare și multe altele.

#### D. Protocoalele și Tratatul Euratom<sup>43</sup>

În sinteză, reținem faptul că noile protocoale convenite în cadrul CIG din anul 2004 se anexează tratatelor existente. Este vorba despre: protocolul privind rolul parlamentelor naționale în cadrul UE; Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității; Protocolul privind Eurogrupul; Protocolul privind cooperarea permanentă structurată în domeniul apărării și Protocolul privind aderarea Uniunii la CEDO<sup>44</sup>.

Tot aici se mai adaugă două precizări importante, și anume: a) un Protocol anexat Tratatului de reformă va modifica protocoalele existente<sup>45</sup> și

b) un Protocol anexat Tratatului de reformă va prevedea modificările tehnice necesare Tratatului Euratom<sup>46</sup>.

#### E. Declarații

Referirile făcute la „Declarații” sunt mult mai simple, așa cum se arată la punctul 24 al Mandatului, după cum urmează: „pe lângă declarațiile la care face referire prezentul mandat, declarațiile convenite în cadrul CIG/2004 vor fi preluate de actuala CIG, în măsura în care au legătură cu dispozițiile și protocoalele care fac obiectul actualei CIG”.

\*

Summit-ul de la Bruxelles, din 21 – 22 iunie 2007, deschide noi posibilități de afirmare a UE în cadrul raporturilor internaționale, actuale și viitoare, deloc simple și lipsite de provocări ori dificultăți, prin realizarea unor mecanisme date de norme și instituții care își propun să contribuie la o mai bună celeritate a deciziei într-o continuă adaptare la realitățile pe care viața internă și internațională le impune. Este una dintre cele mai profunde și consistente transformări pe care liderii europeni au înțeles să o aducă, după anul 1990, când s-a decis, în mod ireversibil, extinderea UE spre Europa Centrală și de Est. La astfel de exigențe trebuie să se raporteze, în permanență, și statele membre ale UE, inclusiv România de la 1 ianuarie 2007, într-o economie de piață funcțională, economie în care criteriile de performanță sunt cele care dau măsura posibilelor evoluții. Acest lucru este posibil, dar numai cunoscând și înțelegând foarte bine mecanismele nou propuse, în condițiile respectului față de aplicarea normei.

#### Abrevieri

**CIG** - Conferința Interguvernamentală

**TUE** - Tratatul privind Uniunea Europeană

**TCE** - Tratatul de instituire a Comunității Europene, redenumit

- Tratatul pentru funcționarea Uniunii

**PESC** - Politica externă și de securitate comună

#### NOTE

<sup>1</sup> Revista „Diplomat Club, curierul vieții diplomatice, mondene și al lumii afacerilor”, nr. 5-6 (185-186), anul XV-2007, articolul intitulat „Bruxelles 21 – 22 iunie – un summit de referință pentru Uniunea Europeană”, pag. 1 și 12.

<sup>2</sup> În decembrie 2000, Consiliul European de la Nisa a decis faptul că este nevoie de o amplă revizuire a tratatelor, obiectiv programat pentru anul 2004, și asta nu întâmplător, ci pentru că acesta este chiar anul celei mai consistente extinderii din istoria UE. Declarația anexată Tratatului de la Nisa are în vedere dezbateră cu privire la viitorul Uniunii Europene, dezbateră care a avut ca obiective următoarele teme principale: simplificarea tratatelor; delimitarea mai clară a competențelor între statele membre și Uniune; statutul Cartei drepturilor fundamentale ale UE și rolul parlamentelor statelor membre. De asemenea, s-a prevăzut și faptul că o Conferință interguvernamentală (CIG) va fi convocată în anul 2004 pentru a dezbate cele patru subiecte.

În anul 2001, șefii de stat și/sau de guvern ai celor 15 state membre ale UE la acea vreme, reuniți în cadrul Consiliului European (Lacken - 14/15 decembrie 2001), s-au pronunțat asupra problemelor care urmează a fi dezbătute în anul 2004, precum și a metodelor de lucru ce trebuie urmate. S-a prevăzut faptul că CIG din anul 2004 trebuie să fie una obișnuită, dar și convocarea unei Convenții care să cuprindă reprezentanți ai Parlamentului european, ai parlamentelor naționale și ai Comisiei europene.

Potrivit Declarației de la Lacken, Convenția „va avea drept misiune examinarea problemelor esențiale pe care le ridică dezvoltarea viitoare a Uniunii și căutarea diferitelor răspunsuri posibile”.

Condusă de Valéry Giscard d'Estaing, Convenția și-a început lucrările la 28 februarie 2002. Timp de 15 luni, Convenția s-a reunit în sesiuni plenare, de două sau trei zile; în paralel cu sesiunile plenare ale Convenției, și-au desfășurat activitatea și 9 grupuri de lucru. După mai mult de 1 an de dezbateri, Convenția a ajuns la consens cu privire la Proiectul de Constituție, proiect pe care l-a transmis Consiliului European de la Salonic, din 20 iunie 2003, spre dezbateră. Textul prezentat de către Convenție a fost un proiect care a servit drept bază de lucru Conferinței interguvernamentale, conferință care și-a început lucrările în luna octombrie a anului 2003.

Prin prezentarea Proiectului de Constituție Consiliului european de la Salonic, Convenția europeană privind viitorul Europei și-a încheiat lucrările. Cu toate acestea, Consiliul European a considerat că este necesar ca anumite activități având caracter pur tehnic să fie desfășurate cu privire la Partea a III-a a Proiectului de Constituție, consacrată politicilor Uniunii. Aceste activități, însă, au primit acceptul extensiei, dar până cel târziu la data de 15 iulie 2003. Astfel, la 18 iulie 2003, a fost prezentat Consiliului european de la Roma Proiectul de Tratat instituind o Constituție pentru Europa.

După aproape doi ani și jumătate de negocieri, reprezentanții statelor membre ale UE au ajuns la un acord cu privire la Constituția Uniunii Europene, astfel încât, la 18 iunie 2004, Constituția UE a fost adoptată de către Consiliul European. Ca procedură de urmat, în continuare, a fost aceea a semnării de către Consiliul Uniunii Europene, a ratificării la nivel național (prin referendum sau în cadrul legislativului, în funcție de tradiția existentă în fiecare stat) și la nivel european (de către Parlamentul European). După finalizarea acestei proceduri, se preconiza ca Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa să intre în vigoare la 1 noiembrie 2006. Însă, după cum se știe, în prezent, 18 state membre ale UE au ratificat Tratatul constituțional (România și Bulgaria, prin Tratatul de aderare la UE, la care se adaugă: Lituania, Ungaria, Slovenia, Italia, Grecia, Slovacia, Spania, Austria, Germania, Letonia, Cipru, Malta, Luxemburg, Belgia, Estonia și Finlanda), iar altele două l-au respins (Olanda și Franța).

<sup>3</sup> 16 ianuarie 2007.

<sup>4</sup> Au fost valorificate informațiile de pe [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf)

<sup>5</sup> Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007) – [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf)

<sup>6</sup> Conferința Interguvernamentală (nota noastră).

<sup>7</sup> Nota noastră.

<sup>8</sup> Punctul 11 din Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007) – [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf)

<sup>9</sup> În continuare, prin „Concluzii” vom înțelege Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007)

<sup>10</sup> Au fost valorificate informațiile de pe [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf)



<sup>11</sup> Punctul 1, partea I, Observații generale, Anexa nr. 1.

<sup>12</sup> Punctul 2, partea I, Observații generale, Anexa nr. 1.

<sup>13</sup> Este vorba despre Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa. Etimologic vorbind, cuvântul „Constituție” provine din latinescul „constitutio”, care înseamnă „așezarea cu teme”, „starea unui lucru” (Ioan Muraru, „Drept constituțional și instituții politice”, vol. 1, Editura Proarcadia, București, 1993, pag. 39). Până în secolul al XVII-lea, termenul de „constituție” era sinonim cu cel de lege (De exemplu, în dreptul roman, legile date de împărat erau denumite „Constituții imperiale”, Ioan Muraru, idem). Termenul „constituție” continuă să aibă accepțiunea de lege până în secolul al XVII-lea, când i se dă un sens nou, acela de „lege fundamentală”. Mai mult chiar, unele acte constitutive ale organizațiilor internaționale se numesc tot Constituții („Constituție” pentru Organizația Internațională a Muncii/OIM – 1919; Organizația Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cercetare/UNESCO - 1945), aceasta marcând importanța deosebită ce se dorește a se acorda unor acte.

<sup>14</sup> Articolul I-28: „Ministrul Afacerilor Externe” din Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa face vorbire despre instituția Ministrului Afacerilor Externe, după cum urmează:

„1. Consiliul European, hotărând cu majoritate calificată, cu acordul președintelui Comisiei, numește Ministrul afacerilor externe al Uniunii. Consiliul poate să-l revoce din funcție urmând aceeași procedură.

2. Ministrul afacerilor externe al Uniunii conduce politica externă și de securitate comună a Uniunii. Prin propunerile sale, ministrul afacerilor externe contribuie la elaborarea politicii externe comune și o aduce la îndeplinire în calitate de împuternicit al Consiliului. Acționează la fel și în ceea ce privește politica de securitate și de apărare comună.

3. Ministrul afacerilor externe al Uniunii prezidează Consiliul Afaceri externe.

4. Ministrul afacerilor externe este unul din vicepreședinții Comisiei Europene. El asigură coerența acțiunilor Uniunii în exterior. În cadrul Comisiei este însărcinat cu responsabilitățile ce incumbă acesteia din urmă în domeniul relațiilor externe și cu coordonarea celorlalte aspecte ale acțiunii externe a Uniunii. În exercitarea responsabilităților sale în cadrul Comisiei, și numai cu privire la aceste responsabilități, el este supus procedurilor care reglementează funcționarea Comisiei, în măsura în care acestea sunt compatibile cu alin 2 și 3”.

<sup>15</sup> Potrivit Articolul I-33: „Actele juridice ale Uniunii” din Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa, „...Legea europeană este un act legislativ cu caracter general. Ea este obligatorie în toate elementele sale și se aplică direct în toate statele membre.

Legea-cadru europeană este un act legislativ care obligă orice stat membru destinat în ceea ce privește rezultatele care trebuie obținute, lăsând autorităților naționale competența în privința alegerii formei și a mijloacelor”.

<sup>16</sup> Acest aspect este reglementat în Tratatul constituțional la Articolul I-8: „Insemnele Uniunii”, după cum urmează: „Insemnele Uniunii?”:

Drapelul Uniunii reprezintă un cerc cu douăsprezece stele aurii pe fond albastru.

Imnul Uniunii este extras din „Oda Bucuriei” din Simfonia a 9-a de Ludwig van Beethoven.

Deviza Uniunii este: Unită în diversitate.

Moneda Uniunii este euro.

La 9 mai se sărbătorește în întreaga Uniune ziua Europei”.

<sup>17</sup> „Chiar dacă articolul privind supremația dreptului Uniunii nu va fi preluat în TUE, CIG va conveni asupra următoarei declarații: «Conferința reamintește că, în conformitate cu jurisprudența consacrată a Curții de Justiție a UE, tratatele și legislația adoptată de Uniune pe baza tratatelor au prioritate față de dreptul statelor membre, în condițiile prevăzute de jurisprudența susmenționată». În plus, avizul Serviciului juridic al Consiliului (doc. 580/07) va fi anexat Actului final al Conferinței”.

<sup>18</sup> Punctul 3 din Proiectul de Mandat.

<sup>19</sup> Tratatul asupra Uniunii Europene.

<sup>20</sup> Punctul 7 din mandat.

<sup>21</sup> Pentru detalii poate fi consultată Anexa nr. 1, Titlul I – Dispoziții comune, anexă care urmărește drept obiectiv principal „clarificarea modului exact de redactare acolo unde este necesar”.

<sup>22</sup> Potrivit Articolul I-2: „Valorile Uniunii”, din Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa, „Uniunea se bazează pe valorile respectării demnității umane, a libertății, a democrației, a egalității, a statului de drept, precum și pe respectarea drepturilor omului, inclusiv drepturile persoanelor aparținând minorităților. Aceste valori sunt comune statelor membre într-o societate caracterizată prin pluralism, toleranță, justiție, solidaritate și nediscriminare.”

<sup>23</sup> Textul prevăzut în Tratatul constituțional, referitor la obiectivele Uniunii este următorul: „1. Scopul Uniunii este de a promova pacea, valorile sale și bunăstarea popoarelor sale.

2. Uniunea oferă cetățenilor și cetățenilor săi un spațiu de libertate, securitate și justiție, fără frontiere interne, precum și o piață unică unde concurența este liberă și nedistorsionată.

3. Uniunea acționează pentru dezvoltarea durabilă a Europei, bazată pe o creștere economică echilibrată, pe o economie socială de piață foarte competitivă, vizând ocuparea deplină a forței de muncă și progresul social și un înalt nivel de protecție și de îmbunătățire a calității mediului. Uniunea promovează progresul științific și tehnic. Combate excluderea socială și discriminările și promovează justiția și protecția socială, egalitatea între femei și bărbați, solidaritatea între generații și protecția drepturilor copilului. Promovează coeziunea economică, socială și teritorială, precum și solidaritatea între statele membre. Uniunea respectă bogăția diversității sale culturale și lingvistice și veghează la păstrarea și dezvoltarea patrimoniului cultural european.

4. În relațiile cu comunitatea internațională, Uniunea afirmă și promovează valorile și interesele sale. Contribuie la pacea, la securitatea, la dezvoltarea durabilă a planetei, la solidaritatea și respectul reciproc între popoare, la comerțul liber și echitabil, la eliminarea sărăciei și la protecția drepturilor omului, în special ale copilului, precum și la respectarea strictă și la dezvoltarea dreptului internațional, în special la respectarea principiilor Cartei Națiunilor Unite.

5. Aceste obiective sunt duse mai departe prin mijloace adecvate, în funcție de competențele conferite Uniunii prin prezenta Constituție” (Articolul I-3: „Obiectivele Uniunii”).

<sup>24</sup> Punctul 4 din Anexa nr. 1: „Înlocuirea articolului 3 cu un articol 4 privind relațiile între Uniune și statele membre, cu adăugarea următoarelor la începutul acestuia și a unei teze la sfârșitul prezentului alineat 1, renumerotat 2:

« 1. Conform articolului [I-11], orice altă competență neatribuită Uniunii prin tratate aparține statelor membre.

2. Uniunea respectă, egalitatea statelor membre în fața tratatelor, precum și identitatea lor națională, inerentă structurilor lor fundamentale politice și constituționale, inclusiv în ceea ce privește autonomia locală și regională.

Aceasta respectă funcțiile esențiale ale statului, inclusiv pe cele care au ca obiect asigurarea integrității sale teritoriale, menținerea ordinii publice și apărarea securității naționale. În special, securitatea națională rămâne responsabilitatea exclusivă a fiecărui stat membru.

(actualul alineat 2 renumerotat 3) »”.

<sup>25</sup> Punctul 6 din Anexa nr. 1. În cadrul Tratatului constituțional, regăsim, la Articolul I-9: „Drepturile fundamentale”, următoarele dispoziții: „1. Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile enunțate în Carta Drepturilor Fundamentale care constituie partea II a prezentei Constituții.

2. Uniunea va adera la Convenția europeană de apărare a drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Aderarea la această Convenție nu modifică competențele Uniunii, așa cum sunt definite în prezenta Constituție.

3. Drepturile fundamentale, garantate prin Convenția europeană de apărare a drepturilor omului și a libertăților fundamentale și care rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, fac parte din dreptul Uniunii ca principii generale.

<sup>26</sup> Detaliile sunt stabilite prin Anexa nr. 1 la Mandat, titlul II.

<sup>27</sup> Pe cale de consecință, se modifică și „Protocoalele privind parlamentele naționale și principiile subsidiarității și proporționalității”.

<sup>28</sup> Punctul 12 din Mandat.

<sup>29</sup> Potrivit Articolul I-20: „Parlamentul European” din Tratatul constituțional, „1. Parlamentul European exercită, împreună cu Consiliul, funcțiile legislative și bugetară. El exercită și funcțiile de



control politic și consultativă, conform condițiilor stabilite prin Constituție. Parlamentul European alege președintele Comisiei Europene.

2. Parlamentul European este format din reprezentanți ai cetățenilor și cetățenilor Uniunii. Numărul lor nu va depăși șapte sute cincizeci. Reprezentarea cetățenilor și cetățenilor se face în mod proporțional degresiv, stabilindu-se un prag minim de șase membri pentru fiecare stat membru. Nici un stat membru nu poate deține mai mult de nouăzeci și șase de locuri.

Consiliul European va adopta cu unanimitate de voturi, la propunerea Parlamentului și cu aprobarea acestuia, o decizie europeană stabilind componența Parlamentului, cu respectarea principiilor enunțate la teza I.

2bis. Membrii Parlamentului European vor fi aleși pentru un mandat de cinci ani, prin sufragiu universal, liber și secret.

3. Parlamentul European își alege președintele și biroul dintre membrii săi”.

<sup>30</sup> Articolul I-21: „Consiliul European” din Tratatul constituțional menționează următoarele: „1. Consiliul European dă Uniunii impulsurile necesare dezvoltării acesteia și îi definește orientările și prioritățile de politică generală. Nu exercită funcții legislative.

2. Consiliul European este format din șefii de stat sau de guvern ai statelor membre, precum și din președinte său și președintele Comisiei. Ministrul afacerilor externe al Uniunii participă la lucrări.

3. Consiliul European se întrunește în fiecare trimestru la convocarea președintelui său. Atunci când ordinea de zi o impune, membrii Consiliului European pot decide să fie asistați de către un ministru și, în cazul președintelui Comisiei, de către un comisar european. Președintele convoacă o reuniune extraordinară a Consiliului European atunci când această situație se impune.

4. Consiliul European se pronunță prin consens, cu excepția cazului în care în Constituție se prevede altfel”.

<sup>31</sup> Articolul I-23: „Consiliul” – „1. Consiliul exercită, împreună cu Parlamentul European, funcțiile legislative și bugetară. Exercită funcții de definire a politicilor și de coordonare, conform condițiilor stabilite prin Constituție.

2. Consiliul este format dintr-un reprezentant al fiecărui stat membru la nivel ministerial, acesta fiind competent să angajeze guvernul statului membru pe care îl reprezintă, și să exercite dreptul de vot în numele acestuia.

3. Consiliul hotărăște cu majoritate calificată, cu excepția cazului în care în Constituție se prevede altfel”.

<sup>32</sup> Articolul I-26: „Comisia Europeană” – „1. Comisia Europeană promovează interesul european general și adoptă inițiativele necesare în acest scop. (...) Supraveghează aplicarea dreptului Uniunii sub controlul Curții de Justiție. Execută bugetul și gestionează programele. Exercită funcții de coordonare, execuție și gestionare, în condițiile stabilite prin Constituție. Cu excepția politicii externe și de securitate comune și a altor cazuri prevăzute în Constituție, asigură reprezentarea externă a Uniunii. Are inițiativa programării anuale și multianuale în vederea încheierii de acorduri inter-instituționale. (...)

3. Mandatul Comisiei este de cinci ani.

4. Membrii Comisiei sunt aleși în funcție de competența lor generală și de angajamentul lor european, iar independența lor trebuie să fie mai presus de îndoială (...)”.

<sup>33</sup> Potrivit Tratatului constituțional, „1. Majoritatea calificată este definită ca fiind cel puțin 55% din membri Consiliului, cuprinzând cel

puțin 15 dintre ei și reprezentând state membre reunind cel puțin 65% din populația Uniunii.

O minoritate de blocaj trebuie să includă cel puțin patru membri ai Consiliului, fără de care majoritatea calificată nu este considerată întrunită.

2. Prin excepție de la alin. 1, când Consiliul nu acționează la propunerea Comisiei sau a Ministrului Afacerilor Externe al Uniunii, majoritatea calificată este definită ca fiind cel puțin 72% din membri Consiliului, reprezentând state membre reunind cel puțin 65% din populația Uniunii.

3. Alin. 1 și 2 se aplică Consiliului European când acesta hotărăște cu majoritate calificată.

4. În cadrul Consiliului European, președintele acestuia și președintele Comisiei nu participă, la vot” (Articolul I-25: „Definiția majorității calificate în cadrul Consiliului European și al Consiliului”

<sup>34</sup> Punctul 13 din Mandat.

<sup>35</sup> Prevăzute de capitolul I.

<sup>36</sup> Proiectul de Mandat, Anexa nr. 1.

<sup>37</sup> CIG va conveni asupra următoarei declarații: „Conferința confirmă faptul că Uniunea Europeană are personalitate juridică, dar nu o va autoriza în nici un fel să legifereze sau să acționeze în afara competențelor care îi sunt conferite de către statele membre prin tratate”.

<sup>38</sup> Articolul I-60: „Retragerea voluntară din Uniune” din Tratatul constituțional precizează faptul că „1. (...) orice stat membru poate hotărî să se retragă din Uniunea Europeană.

2. Statul membru care hotărăște să se retragă notifică intenția sa Consiliului European. În lumina orientărilor Consiliului European, Uniunea negociază și încheie cu acest stat un acord de stabilire a modalităților de retragere, ținând cont de cadrul viitoarelor sale relații cu Uniunea. Acest acord trebuie negociat conform art. III-325 (3); se încheie de către Consiliu, care hotărăște cu majoritate calificată, după aprobarea Parlamentului European.

Reprezentantul statului membru care se retrage nu participă la deliberările sau la deciziile Consiliului European sau ale Consiliului care îl privesc (...)

Majoritatea calificată se definește ca fiind cel puțin 72% din membrii Consiliului, reprezentând statele participante și cuprinzând cel puțin 65% din populația acestor state.

4. Dacă statul care s-a retras din Uniune depune o nouă cerere de aderare (...)

<sup>39</sup> Au fost valorificate informațiile de pe [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf)

<sup>40</sup> Potrivit art. G, din Tratatul de la Maastricht (1992/1993), „Sintagma «Comunitatea Economică Europeană» este înlocuită cu sintagma «Comunitate Europeană»”.

<sup>41</sup> Tratatul instituind Comunitatea Europeană.

<sup>42</sup> Punctul 18 din Mandat.

<sup>43</sup> Au fost valorificate informațiile de pe [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf) - Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007)

<sup>44</sup> Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

<sup>45</sup> Eliminându-se 10 dintre acestea, așa cum s-a convenit la CIG din anul 2004.

<sup>46</sup> Așa cum s-a stabilit cu prilejul CIG din anul 2004.



# Scurte considerații în legătură cu răspunderea membrilor organelor de conducere în lumina Legii nr. 85/12006

– Partea I –

**Drd. Lajos Imre**  
Auditor de Justiție,  
Institutul Național al Magistraturii

Încă de la prima apariție a Legii nr.64/1995 am putut fi cu toții martori la crearea de către legiuitorul român prin art. 124 și următoarele a unei forme speciale de răspundere în caz de insolvență, formă de răspundere care până la apariția legii mai sus menționată nu era cunoscută în dreptul român, deoarece nici Codul comercial nici Codul civil n-o reglementau în mod expres.

În cei 11 ani de aplicare a legii această formă de răspundere a suferit diverse modificări prin prevederile O.G. nr.38/2002<sup>1</sup>, Legii nr.149/2004<sup>2</sup> și a Legii nr.249/2005<sup>3</sup> însă cea mai substanțială reformă a acestei instituții a fost adusă prin prevederile Legii nr.85/2006<sup>4</sup> privind procedura insolvenței.

În consecință obiectivul acestui articol este de a trece în revistă principalele modificări aduse de actuala lege a insolvenței și semnalarea efectelor benefice sau negative ale acesteia în ce privește instituția răspunderii reglementată de art. 138-142 din Legea nr.85/2006.

## **Natura juridică a răspunderii. Condițiile juridice ale răspunderii. Persoane pasibile de răspundere**

În ce privește categoria persoanelor care pot fi declarate răspunzătoare, Legea nr.85/2006 nu aduce modificări semnificative.

În consecință, rămân și pentru viitor pasibil de a fi declarate răspunzătoare, ca și în Legea nr.149/2004 și în Legea nr. 249/2005, următoarele categorii de persoane:

- membrii organelor de conducere: administratorii și/sau directorii debitorului
- membrii organului de supraveghere: cenzorul/cenzorii
- orice altă persoană care a contribuit prin faptele ilicite prevăzute expres de lege la ajungerea debitorului în stare de insolvență.

Modificarea notabilă adusă de Legea nr.85/2006 este faptul că textul art. 138 se referă în mod expres la membrii organelor de conducere și supraveghere fără să le mai numească în vreun fel, respectiv ca administratori, directori sau cenzori.

Motivele acestei modificări credem că ar putea fi următoarele:

*1. Necesitatea de a consacra legislativ o opinie corectă a jurisprudenței.*

În practică, încă de la apariția Legii nr.64/1995 au fost semnalate anumite probleme de interpretare a legii cauzate de existența unei diversități de denumiri sub care apăreau membrii organelor de conducere și/sau de supraveghere în statutul societăților comerciale (de exemplu: pe lângă arhicunoscutul și folositul administrator sau director apăreau în actul constitutiv și/sau în statutul societății organe de conducere sub denumiri ca administrator-delegat, director de resurse umane, director de marketing, director de vânzări, etc.).

În consecință în jurisprudență s-a pus problema dacă aceste persoane pot fi declarate răspunzătoare în conformitate cu prevederile fostului art. 124 având în vedere faptul că acel articol se referea în mod strict doar la administratori, directori și cenzori.

În final s-a ajuns la concluzia corectă (având în vedere scopul legii și al art. 124 din Legea nr.64/1995, respectiv ocrotirea creditului) că indiferent de denumirea postului, dacă persoana în cauză a îndeplinit funcții de conducere sau supraveghere în cadrul debitorului și a contribuit prin săvârșirea unei fapte prevăzute de fostul art. 124 din Legea nr.64/1995 la starea de insolvență a debitorului, trebuie să fie declarată răspunzătoare.<sup>5</sup>

*2. Evitarea pentru viitor a oricăror probleme de interpretare asupra ariei persoanelor răspunzătoare.*

Aceasta, având în vedere că prin Legea nr.85/2006 au fost introduse noi categorii de debitori având organe de conducere funcționând sub diverse denumiri

Astfel, prin prevederile art.1 al. 1 a fost extinsă categoria debitorilor cărora li se poate aplica procedura insolvenței, intrând astfel după ultima modificare a legii, în această categorie, atât societățile comerciale și cooperatiste sau grupurile de interes economic, cât și societățile agricole sau chiar orice persoane de drept privat care desfășoară printre altele și activități economice.

Având în vedere că de multe ori, în practică în, actele constitutive și în statutele societăților agricole, a asociațiilor sau a fundațiilor găsim organe de conducere și/sau

supraveghere funcționând sub diverse denumiri (de exemplu Consiliu Director, Comitet de conducere, Consiliu de supraveghere, etc.) pentru unitatea soluțiilor jurisprudențiale și pentru evitarea reapariției discuțiilor legate de caracterul limitativ sau exhaustiv al termenilor de administrator, director, cenzor, legiuitorul a considerat că este necesară consacrarea expresă în textul Legii nr.85/2006 a termenilor de „organe de conducere” și „organe de supraveghere” fără însă o enumerare exhaustivă a funcțiilor care sunt/ar putea fi cuprinse în aria termenului de organ de conducere sau supraveghere

### 3. Ocrotirea creditului

În conformitate cu prevederile art 2 din Legea nr.85/2006 scopul legii este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență. În consecință scopul legii este acela de a realiza o maximizare a averii debitorului și de satisfacere într-un quantum ridicat a creanțelor creditorilor.

Una dintre măsurile necesare pentru maximizarea averii debitorului (creșterea quantumului activelor) și în același timp de acoperire în înalt grad a pasivului debitorului este tragerea la răspundere a tuturor persoanelor care se fac vinovate pentru ajungerea debitorului în stare de insolvență.

Această măsură aduce rezultate benefice pentru creditorii prejudiciați dacă aria persoanelor posibil răspunzătoare este foarte largă și astfel se poate extinde acțiunea de stabilire a răspunderii și a efectelor acesteia asupra mai multor patrimonii care pot face obiectul unor executări silite pentru recuperarea creanțelor.

În vederea atingerii acestui scop este de preferat ca legiuitorul să utilizeze în textul legii de formulări cu caracter general tip ”membrii organelor de conducere” sau „membrii organelor de supraveghere” neînsoțite de enumerări, nici măcar cu caracter enunțiativ.

În consecință, folosind în textul art. 138 din Legea nr.85/2006 aceste formulări cu caracter general „organe de conducere”, „organe de supraveghere” credem că legiuitorul tinde să permită jurisprudenței extinderea ariei persoanelor posibil a fi declarate răspunzătoare, la orice persoană care în cadrul debitorului exercită funcții de conducere sau de supraveghere a administrării patrimoniului și care a contribuit prin faptele ilicite expres și limitativ prevăzute de art. 138 al. 1 lit a-g din Legea nr.85/2006 la ajungerea patrimoniului debitorului în stare de insolvență.

Aceeași tendință a legiuitorului de extindere a ariei persoanelor răspunzătoare o putem observa în textul noii legi, deoarece acesta în momentul în care vorbește despre categoria persoanelor răspunzătoare folosește în conținutul art. 138 o sintagmă cu caracter general, respectiv: „orice altă persoană care a contribuit prin faptele ilicite prevăzute expres la ajungerea debitorului în stare de insolvență”.

Încă de la prima apariție a acestei sintagme s-a pus în doctrină, dar mai ales în jurisprudență, următoarea problemă: prin orice altă persoană trebuie să înțelegem doar altă persoană care exercită funcții de conducere sau supraveghere în cadrul societății, ori ar putea fi declarat/declarate răspunzătoare sau și altă/alte persoană/persoane care nu deține/dețin asemenea funcții în cadrul debitorului (de exemplu: membrul/membrii adunării generale a asociaților/acționarilor) sau chiar și o terță persoană fără nici o legătură socială cu debitorul?

Doctrina și jurisprudența tind să limiteze înțelesul sintagmei „alte persoane răspunzătoare” doar la acele persoane care, cu toate că nu au calitatea de administratori, directori sau cenzori, funcționează în cadrul societății ca atare - cazul așa

numitului „administrator de fapt”<sup>6</sup>, excluzând astfel de la o posibilă stabilire a răspunderii, persoanele care nu au funcții de conducere/supraveghere în cadrul societății sau pe terți.

O dovadă a acestei concluzii este faptul că înainte de apariția Legii nr.149/2004 jurisprudența refuza în mod repetat să extindă acțiunea în stabilirea răspunderii la categoria „administratorului de fapt” motivând că această categorie de persoane nu face parte din cele enumerate în mod expres de art. 124 din Legea nr.64/1995, însă după intrarea în vigoare a legii mai sus citate, care a introdus pentru prima oară în legislația insolvenței sintagma „orice altă persoană răspunzătoare”, aceasta a subliniat în hotărârile sale faptul că sintagma în cauză nu poate să aibe un alt înțeles și nu se poate referi la alte persoane decât la categoria administratorului de fapt.

În general prin sintagma „administrator de fapt” jurisprudența înțelege o persoană care a exercitat funcția de administrator sau director în cadrul debitorului fără să fi fost numită în această calitate în mod legal (de exemplu: numirea unei persoane în funcția de administrator care s-a aflat într-o stare de incompatibilitate cu această funcție, sau a unei persoane care a fost condamnată penal pentru săvârșirea uneia din infracțiunile prevăzute expres de Legea nr.31/1990, ori numirea unei persoane în funcție care în momentul investirii avea deja calitatea de administrator în cel puțin 3 societăți comerciale, etc.)

Credem că această opinie restrictivă a jurisprudenței și a doctrinei nu este la adăpost de critici, iar sintagma „orice altă persoană” trebuie să fie interpretată „*lato sensu*”, pentru următoarele motive:

- Scopul prevăzut în art.2 din Legea nr.85/2006 este ocrotirea creditului, realizată prin acoperirea cât mai ridicată a pasivului neplătit al debitorului. Acoperirea într-o proporție ridicată a pasivului debitorului nu se poate realiza decât prin maximizarea averii debitorului. Unul din mijloacele de maximizare a averii debitorului este acțiunea de tragere la răspundere a persoanelor vinovate de ajungerea debitorului în stare de insolvență, care la rândul ei poate fi eficientizată prin extinderea ariei persoanelor împotriva cărora poate fi formulată acțiunea. În consecință, pentru ca acțiunea să poată fi formulată împotriva unei arii largi de persoane sintagmele „organe de conducere”, „organe de supraveghere” sau „orice altă persoană” trebuie interpretate cât mai larg posibil.

- Legiuitorul a renunțat la folosirea în textul art. 138 a termenilor de „administrator”, „director”, cenzor”, înlocuindu-le cu sintagmele „membrii organelor de conducere” și „membrii organelor de supraveghere” care au un caracter general pentru a cuprinde orice persoană care cu drept sau fără drept exercită activități de conducere sau supraveghere a gestiunii incluzând aici și așa numitul „administrator de fapt” în înțelesul său acordat de jurisprudența română (persoană care îndeplinește o asemenea funcție fără să fie în mod legal numită). Susținem că membrii organelor de conducere numiți în funcție în mod ilegal pot fi incluși în categoria „membrilor organelor de conducere” și nu în categoria „administratorului de fapt”, deoarece legiuitorul, în momentul când în art. 138 vorbește despre membrii organelor de conducere sau de supraveghere posibil răspunzători, nu distinge între persoanele numite în mod legal sau ilegal în funcție,

- Dacă înlocuim sintagma de „orice altă persoană răspunzătoare” cu sintagma „administrator de fapt” nu realizăm altceva decât să înlocuim o sintagmă generală cu alta la fel de generală căutând pe viitor înțelesul sintagmei de



„administrator de fapt” și în același timp răspunsuri la întrebările de la care am pornit, respectiv: prin „administrator de fapt” trebuie să înțelegem doar un administrator numit în mod ilegal ori putem înțelege și o altă persoană, un alt organ (adunarea generală) sau chiar un terț care exercită în fapt activitățile de administrator?

● În legea franceză printre persoanele posibile a fi declarate răspunzătoare este prevăzută și categoria „administratorului de fapt”. Cercetând înțelesul sintagmei „administratori de fapt” doctrina<sup>7</sup> și jurisprudența<sup>8</sup> franceză au ajuns la concluzia că în această categorie ar trebui să fie incluse printre altele, următoarele categorii de persoane:

o Persoane care în cadrul debitorului exercită în fapt activități de conducere: cazul administratorilor numiți în mod ilegal în funcție.<sup>9</sup>

o Persoane din cadrul societății care prin atribuțiile lor stabilite în lege sau în actul constitutiv nu exercită o activitate de conducere, însă cu toate acestea ele sunt persoanele care în fapt iau deciziile în ce privește gestiunea societății. Sunt incluse aici:

■ membrii adunării generale a asociațiilor/acționarilor care exercită în fapt activitățile de gestionare a patrimoniului societății în locul administratorului care în fapt nu dispune de nici o putere de decizie (cazul unui SRL cu doi asociați în care „omul de paie” – asociat este numit și administrator, dar conducerea în fapt este exercitată de către asociatul deținând majoritatea părților sociale)<sup>10</sup>

■ societățile mamă pentru filiale, pentru că deciziile în fapt nu sunt luate de către administratorii filialei ci de către organele de conducere ale societății mamă care controlează atât deciziile luate în cadrul adunării generale cât și cele luate în cadrul consiliului de administrație al filialei.<sup>11</sup>

o Terțele persoane care nu fac parte din organele de conducere, de supraveghere sau de deliberare ale societății, însă prin anumite mijloace pot influența în timp deciziile care vor fi luate de către membrii organelor de conducere ale debitorului. Astfel, practica judecătorească franceză a constatat că de multe ori o bancă care a acordat debitorului un împrumut care depășește cu mult valoarea capitalului social, în timpul restituirii are tendința de a interveni în luarea deciziilor în ce privește gestiunea patrimoniului debitorului.<sup>12</sup>

În consecință, credem că respectând indicațiile doctrinei și jurisprudenței franceze, așa cum au fost ele relevate mai sus, putem considera că există suficiente temeuri pentru a califica sintagma „administrator de fapt” ca un termen cu caracter general, care poate să cuprindă:

● atât persoane legate de debitor care exercită în fapt gestiunea patrimoniului (de exemplu: administratorul de fapt, adunarea generală a acționarilor/asociaților, societatea mamă pentru filială)

● cât și terțe persoane care nu sunt legate în vreun fel de debitor, însă dispun de anumite mijloace de presiune prin care pot influența luarea deciziilor privitoare la gestiunea patrimoniului societății (de exemplu: banca/băncile care au acordat credit societății).

Trăsătura comună a acestor categorii de persoane este că toate intervin și dirijează în fapt luarea deciziilor debitorului fără însă a avea în mod legal calitatea de membru al organelor de conducere sau de supraveghere.

Însă doctrina<sup>13</sup> și jurisprudența franceză în analiza înțelesului sintagmei „administrator de fapt” nu s-a oprit doar la acele persoane care intervin și dirijează în fapt luarea deciziilor ci, declară ca fiind răspunzătoare pentru cauzarea

stării de insolvență o terță persoană care nu s-a implicat deloc în luarea deciziilor debitorului, însă prin faptele comise a susținut în mod indirect luarea de către organele de conducere ale acestuia din urmă a unor decizii care au contribuit la ajungerea în stare de insolvență.

Astfel a fost declarat răspunzător pentru declanșarea stării de insolvență a patrimoniului debitorului un bancher care, cu toate că a cunoscut starea de insolvență iminentă a debitorului, a acordat acestuia un credit în scopul întârzierii declanșării procedurii de insolvență.

În consecință, având în vedere:

● tendințele noi ale doctrinei și jurisprudenței franceze care extind aria persoanelor răspunzătoare pentru declanșarea stării de insolvență nu numai la persoanele care se implică în fapt, dar fără drept, în luarea deciziilor de gestiune ci și la persoanele care nu se implică în această activitate, însă prin măsurile luate susțin adoptarea unor decizii care favorizează apariția sau agravarea stării de insolvență a debitorului;

● necesitatea evitării discuțiilor din doctrina și jurisprudența franceză, anterioare legii din 1984, referitor la faptul că o terță persoană care nu intervine, ci doar susține în mod indirect deciziile organelor de conducere poate fi inclusă sau nu în categoria „administratorului de fapt”;

● scopul legiuitorului român de a acorda o ocrotire crescută creditului și de a extinde, prin folosirea în textul legii a unor termeni generali, aria persoanelor posibil răspunzătoare pentru insolvența debitorului, putem trage concluzia că folosirea de către legiuitorul român în textul articolului 138 din Legea nr.85/2006 a sintagmei de „orice altă persoană” în loc de „administrator de fapt” a reprezentat o soluție corectă și sperăm noi în același timp reușită atât pentru creditorii cât și pentru organele care aplică procedura insolvenței.

Totuși, pentru a putea dovedi că soluțiile din doctrina și jurisprudența franceză sunt aplicabile și în cadrul dreptului român (fiind vorba de diferențe de ordin legislativ între instituția răspunderii membrilor organelor de conducere din dreptul român și acțiunea în completarea pasivului din dreptul francez) trebuie să verificăm dacă categoriile de persoane mai sus prezentate ar putea sau nu săvârși faptele expres și limitativ prevăzute de art. 138 al. 1 lit. a-g din Legea nr.85/2006.

Astfel, în ce privește prima categorie de persoane, respectiv cea a administratorului numit în mod ilegal în funcție, credem că discuțiile sunt inutile, deoarece așa cum am mai precizat, doctrina și jurisprudența română acceptă în majoritatea cazurilor că aceste persoane:

● se încadrează în categoria „administratorului de fapt”;

● înțelesul noțiunii de „orice altă persoană” cuprinde și categoria „administratorilor de fapt”;

● fiind vorba de administratori care exercită în fapt atribuțiile prevăzute de actele constitutive și lege, este îndubitabil, că aceștia pot săvârși faptele prevăzute de art. 138 din Legea nr.85/2006 și în consecință pot fi declarați răspunzători.

În ce privește următoarea categorie din înțelesul sintagmei „orice altă persoană”, respectiv aceea a organelor de deliberare care înlocuiesc în fapt organele de conducere, credem, având în vedere practica comercială de zi cu zi (așa cum ne demonstrează de multe ori SRL-urile cu asociat unic sau SRL-urile cu un număr mic de membri dintre care majoritatea dețin părți sociale într-un număr redus – ei reprezentând categoria așa numiților „oameni de paie”), că textele Legii nr.31/1990 nu

stabilesc suficiente piedici astfel încât să poată împiedica organele de deliberare (adunarea generală a asociațiilor/acționarilor) să ia deciziile de gestiune a patrimoniului debitorului în locul organelor de conducere și în consecință să săvârșească vreuna din faptele ilicite prevăzute de art. 138 al. 1

În ce privește relația societate mamă – filială, trebuie să constatăm că sunt fără echivoc următoarele:

- atât ședințele adunărilor generale cât și ședințele organului/organelor de conducere ale filialei sunt controlate de reprezentanții societății mamă,

- acești reprezentanți la rândul lor vor vota în cadrul acestor ședințe în conformitate cu hotărârile adoptate de organele de conducere/deliberare ale societății mamă,

- deciziile privitoare la gestiunea patrimoniului filialei nu vor fi luate de către organele de conducere ale acesteia ci ale societății mamă,

- prevederile Legi nr.31/1990 nu conțin dispoziții care să împiedice organele deliberative sau de conducere ale societății mamă să ia decizii în ce privește gestiunea patrimoniului filialei în locul organelor de conducere ale acesteia,

- aceste decizii ulterior se pot dovedi prejudiciabile și pot fi încadrate într-una din faptele prevăzute de art. 138 al.1 lit. a-g.

În ce privește situația băncii creditoare, practica celor 10 ani de aplicare a procedurii insolvenței în România ne-a demonstrat că de multe ori aceste societăți intervin prin intermediul unor mijloace de presiune sau prin relații de prietenie ori de afaceri în luarea deciziilor de către organele de conducere ale debitorului, în special cele care privesc administrarea patrimoniului.

Aceste intervenții în majoritatea cazurilor obligă în mod indirect organele de conducere ale debitorului să ia decizii în favoarea băncii și în detrimentul patrimoniului administrat sau a celorlalți creditori sociali.

Astfel, de exemplu, o bancă poate obliga în mod indirect prin diverse mijloace ca organele de conducere ale debitorului să plătească ori să dispună plata cu preferință față de ceilalți creditori a creanțelor băncii cu o lună înainte de apariția stării de insolvență (art. 138 al. 1 lit. g), ori în timpul restituirii creditului și a dobânzilor, în vederea asigurării recuperării sigure și în termen scurt a acestora obligând în mod indirect pe debitor să folosească bunurile sale în interesul băncii (art. 138 al. 1 lit. a).

Firește, această ultimă considerație poate fi criticată, având în vedere că nu banca (organele de conducere ale acesteia) a luat decizia de favorizare a altei societăți sau de folosire a bunurilor debitorului în interesul altei societăți, ci organele de conducere ale debitorului și în consecință doar acestea din urmă ar trebui trase la răspundere.

Credem, totuși, că această interpretare odată cu apariția Legii nr.85/2006 ar trebui să fie abandonată și înlocuită cu una modernă, inspirată din jurisprudența franceză, care declară o persoană răspunzătoare pentru contribuția sa la starea de insolvență chiar dacă aceasta nu a săvârșit în mod direct fapta ilicită ci doar a favorizat producerea rezultatului, altfel spus, a fost complicele organelor de conducere a debitorului (cazul relevat de Y. Guyon, respectiv acela, al bancherului care prevede că societatea se află în stare de insolvență iminentă și cu toate acestea acordă un credit prin care ajută organele de conducere a debitorului să amâne declanșarea procedurii insolvenței, prejudiciind astfel și mai mult pe ceilalți creditori).

Sigur, acestei opinii, i se poate contraargumenta că bancherul prin acordarea creditului nu a dorit întârzierea declanșării procedurii insolvenței și prejudicierea creditorilor, ci tocmai contrariul, să ajute societatea în evitarea insolvenței.

Credem că acest contraargument nu poate fi admis în toate situațiile.

Dacă esența relațiilor comerciale este profesionalismul cu atât mai mult această caracteristică iese în evidență în cazul relațiilor bancare unde înainte de a acorda un credit există obligativitatea legală pentru bancă de a elabora un studiu privind riscul de creditare prin care să fie calculat și prevăzut atât rezultatul patrimonial al acordării creditului pentru cel împrumutat cât și gradul de probabilitate al restituirii creditului și dobânzii de către acesta din urmă.

În cazul în care gradul de probabilitate nu depășește pragul de risc stabilit de lege sau de regulamentul interior al băncii, bancherul se poate exonera de răspundere, dovedind cu documente justificative faptul că în acordarea creditului a luat toate măsurile ce se impuneau și cu toate acestea nu putea să prevadă faptul că debitorul va intra în insolvență; indicatorii economici arătând un grad ridicat de solvabilitate și de lichiditate a patrimoniului.

În situația în care procentul de risc al restituirii creditului depășește pragul stabilit de lege sau de regulamente (deoarece indicatorii economici indică o rată scăzută a lichidităților sau o valoare scăzută a activelor, grad de îndatorare ridicat, etc.) și există o probabilitate ridicată de nerestituire a creditului acordat din cauza intrării împrumutătorului în stare de insolvență, bancherul nu se va putea exonera de răspundere deoarece în acest caz se poate dovedi cu documente că acesta a prevăzut posibilitatea declanșării stării de insolvență.

Prevăzând apariția acestei stări, după părerea noastră, este fără echivoc că acesta a acceptat posibilitatea nerestituirii creditului la scadențele stabilite în contract și faptul că acel credit nu reprezintă altceva decât o măsură „pompiestică” de amânare a declanșării procedurii.

Dovada faptului că bancherul a prevăzut și a acceptat această posibilitate o putem găsi în nivelul ridicat al dobânzii creditului (nivel peste media celui de pe piață, fiindcă băncile cresc nivelul dobânzii adăugând în plus la dobânda pieței și dobânda de risc) și în documentația creditului unde patrimoniul debitorului este analizat pe baza unor indicatori de analiză economică

Acceptând această interpretare și extinzând aria persoanelor posibil răspunzătoare potrivit art. 138 al.1 din Legea nr.85/2006 credem că vom avea efecte benefice și în practică deoarece vom putea responsabiliza bancherii, care cunoscând posibilitatea de a fi trași la răspundere, ar fi în mod indirect obligați să refuze acordarea creditului în cazul în care au date și indicii temeinice că acest credit nu reprezintă altceva decât o măsură de amânare a procedurii insolvenței.

Un alt argument care sprijină ideea noastră de a extinde aria persoanelor răspunzătoare potrivit art.138 al.1 din Legea nr.85/2006 și de a declara răspunzătoare atât persoanele care se implică în adoptarea acelor decizii care cauzează în mod direct insolvența, cât și persoanele care nu iau decizii în mod direct în ce privește gestiunea patrimoniului, ci doar favorizează apariția stării de insolvență, constă în următoarele:

- introducerea de către legiuitorul român încă de la apariția Legii nr. 64/1995 în categoria persoanelor răspunzătoare a cenzorilor, în calitatea lor de membri ai organelor de supraveghere a gestiunii,

● declanșarea răspunderii în cazul acelor membri ai organelor de conducere sau de supraveghere care în momentul adoptării unei măsuri ce favorizează apariția stării de insolvență, prevăzând această posibilitate, rămân neutri, sau în caz de neparticipare la ședință și la vot, nu solicită ulterior menționarea votului lor negativ în registrul de decizii.

Astfel, atât în doctrină cât și în jurisprudență este unanim acceptată ideea că cenzorii nu pot realiza în mod direct faptele prevăzute de art. 138 al. 1 din Legea nr.85/2006, însă ei pot contribui în mod indirect la ajungerea debitorului în stare de insolvență, prin neexercitarea *lato sensu* a atribuțiilor legale sau statutare.<sup>14</sup>

Dacă doctrina și jurisprudența franceză au acceptat să extindă acțiunea în complinirea pasivului față de complicitățile organelor de conducere, chiar dacă în textul de lege nu există prevăzută expres categoria comisariilor de conturi în categoriile de persoane răspunzătoare, cu atât mai mult noi ar trebui să acceptăm această posibilitate, având în vedere că în legea română cenzorii fac parte din categoria persoanelor răspunzătoare.

Dacă cenzorii pot fi declarați răspunzători chiar dacă nu cauzează în mod direct insolvența debitorului, ci doar contribuie în mod indirect prin omisiuni la realizarea acestei stări, este firesc, potrivit principiului constituțional al egalității și proporționalității, să aplicăm aceleași efecte în cazul acelorași rațiuni și în consecință să acceptăm posibilitatea extinderii răspunderii la orice altă persoană care în complicitate cu membrii organelor de conducere nu a cauzat în mod direct ci doar a favorizat apariția sau manifestarea stării de insolvență.<sup>15</sup>

În ce privește membrii organelor de conducere/supraveghere care rămân neutri (fiind prezenți în ședință nu participă la vot sau nefiind prezenți nu solicită trecerea în procesul-verbal al ședinței a votului negativ), putem constata faptul că aceștia nu cauzează în mod direct prejudiciul, deoarece nu votează favorabil pentru adoptarea măsurii prejudiciabile, însă ei pot fi declarați vinovați pentru starea prejudiciabilă creată, în situația în care din dovezile administrate în cauză ar rezulta următoarele<sup>16</sup>:

● au prevăzut că măsura propusă este una prejudiciabilă, contrară intereselor debitorului și care crește probabilitatea declanșării stării de insolvență – fapt ce se poate dovedi prin analiza conținutului documentelor în baza cărora a fost luată măsura;

● au acceptat producerea acesteia – fapt ce se poate dovedi prin analiza structurii acționariatului/asociațiilor și a drepturilor de vot corespunzătoare stabilite potrivit prevederilor actului constitutiv sau a legii. Dacă aceste persoane prin votul lor negativ (de unul singur sau însoțit de alți membri care au votat la rândul lor negativ sau au rămas neutri) ar fi putut influența procesul decizional în sensul respingerii măsurii, evitând astfel apariția stării de insolvență, însă nu au dat dovadă de această diligență, rezultă că au dat dovadă de nepăsare față de interesele societății și a creditorilor, dovedind complicitate cu persoanele care au votat în favoarea adoptării măsurii .

Credem că pentru susținerea argumentelor invocate mai sus sunt edificatoare cuvintele unui reputat profesor și comerciant, St. D. Cărpenu:<sup>17</sup> „...simpla absență nu este echivalentă cu lipsa culpei administratorului. Chiar dacă a lipsit la ședință la care s-a luat decizia, administratorul putea și era obligat să ia la cunoștință din registrul consiliului de administrație de acea decizie. În măsura în care, cunoscând

decizia, nu este de acord cu acesta, el trebuie să-și manifeste opoziția,... adică să consemneze în registrul de decizii împotrivirea.... Numai cu respectarea acestor condiții, administratorul este exonerat de răspundere pentru prejudiciile cauzate societății prin decizia luată în absența sa....”

Pentru ca aceste persoane să se poată apăra de răspundere sunt obligate să dovedească că nu au adoptat o poziție neutră, ci și-au manifestat în mod expres opoziția în ce privește luarea măsurii, solicitând în conformitate cu prevederile art. 144 al. 6 din Legea nr.31/1990 să se consemneze în conținutul registrului de decizii votul lor negativ, ori în cazul în care au lipsit de la ședința în care a fost adoptată măsura să fi cerut, după luarea la cunoștință a conținutului deciziei în cauză, să se consemneze votul lor negativ.<sup>18</sup>

O singură greșală putem imputa legiuitorului în acest caz, faptul că nu a stabilit un termen expres în care persoana care nu a participat la ședința organelor de conducere sau supraveghere în care a fost luată decizia, să fie obligată să își manifeste în vreun fel opțiunea.

Nestabilind un termen expres se lasă o nejustificată libertate de gândire și o posibilitate de exonerare de răspundere pentru o persoană care a fost complice la luarea deciziei prejudiciabile, deoarece i se permite acesteia să poată manifesta o perioadă lungă de timp o atitudine neutră, iar în momentul în care află de posibilitatea apariției stării de insolvență și în consecință a posibilității tragerii la răspundere, să-și manifeste instantaneu votul negativ.

Credem că acest text de lege trebuie modificat de urgență și stabilit un termen expres și scurt pentru manifestarea opțiunii, care însă să nu depășească mai mult termenul de 1 lună, exact cum este prevăzut expres în art. 144 al. 6 din Legea nr.31/1990.

Până la introducerea unui text expres în acest sens credem că am putea aplica pentru identitate de rațiune textul art. 144 al. 6 din Legea nr.31/1990.

În consecință, credem că există argumente solide în ce privește posibilitatea săvârșirii faptelor prevăzute de art. 138 al. 1 lit a-g din Legea nr.85/2006 și a extinderii răspunderii nu numai față de organele de conducere sau supraveghere, ci și la alte organe din cadrul societății, ori la alte persoane care neavând funcții de conducere în cadrul societății totuși în fapt s-au implicat în luarea deciziilor sau la terți care au fost complici cu organele de conducere la luarea deciziilor care au adus debitorul în stare de insolvență.

Totuși, trebuie să subliniem faptul că în ce privește aprecierea ariei de cuprindere a sintagmei „orice altă persoană care a cauzat insolvența” și în consecință a categoriilor de persoane care ar putea fi trase la răspundere, judecătorul-sindic beneficiază de o libertate de apreciere nelimitată de legiuitor.<sup>19</sup>

Pentru a putea accepta concluziile doctrinei și jurisprudenței franceze trebuie să verificăm încă un aspect.

Acest aspect este noul text introdus de Legea nr.85/2006 care vorbind despre pluralitatea de făptuitori stabilește în art. 138 al. 4 că răspunderea acestora va fi solidară „...cu condiția ca apariția stării de insolvență să fie contemporană sau anterioară perioadei de timp în care și-au exercitat mandatul sau în care au deținut poziția (subl. n.- Lajos Imre) care ar fi putut cauza insolvența”.

Întrebarea care se pune în acest caz este următoarea: trebuie să înțelegem acest text *stricto sensu* referindu-se doar la administratori, directori și cenzori ca membri ai organelor de conducere sau supraveghere care exercită un mandat sau



dețin o poziție în cadrul societății sau putem extinde acest text și la alte persoane?

După părerea noastră avem de a face din nou cu un text reușit al legii, deoarece oferă posibilitatea extinderii răspunderii și la orice altă persoană decât membrii organelor de conducere sau supraveghere.

Astfel prima parte a textului „..... perioadei de timp în care și-au exercitat mandatul...” cuprinde atât membrii organelor de conducere sau de supraveghere numiți în mod legal cât și cei numiți în mod ilegal, care însă în fapt au exercitat mandatul lor.

Important de observat este faptul că legiuitorul nu face distincție între membrii numiți în mod legal sau ilegal ceea ce înseamnă că nici interpretul nu ar trebui să facă asemenea distincții.

A doua parte a textului „..... în care au deținut poziția care ar fi putut cauza insolvența...” cred că ne oferă soluții pentru a extinde răspunderea și la alte persoane decât membrii organelor de conducere sau supraveghere.

În primul rând textul de lege nu vorbește deloc de deținerea unei „poziții” în cadrul societății sau în afara ei.

În consecință, această „poziție” poate fi deținută atât de un organ al debitorului sau o societate mamă a acestuia cât și de un terț, importantă fiind astfel nu atât identitatea sau calitatea organului sau a persoanei deținătoare a „poziției” ci mai ales calitatea poziției, în sensul în care aceasta a oferit posibilitatea de a influența luarea deciziilor care ulterior au adus patrimoniul debitorului în stare de insolvență.<sup>20</sup>

Care ar putea fi aceste poziții care permit influențarea deciziilor unui debitor?

O astfel de poziție ar putea fi:

- calitatea de membru în adunarea generală deținând de unul singur sau cu alți membrii majoritatea,
- „poziția dominantă” a unei societăți mamă față de filială,
- poziția unei bănci față de un debitor expus prin obligația de restituirea a creditului și a dobânzii la un risc major de insolvență.

Se poate aduce ca argument în contra acestor idei faptul că prevederile art. 138 al.4 din Legea nr.85/2006 trebuie în mod necesar să fie coroborate cu prevederile art. 138 al.1 din aceeași lege și interpretate ca atare în lumina acesteia.

Astfel, s-ar putea susține următoarele:

- legiuitorul în art. 138 al. 4 din Legea nr.85/2006, arătând că în cazul existenței unor organe colegiale de conducere sau supraveghere, răspunderea membrilor acestora va avea un caracter solidar se referă în mod expres doar la acele persoane care conform prevederilor art. 138 al. 1 sunt membrii ale celor două organe amintite mai sus nu și la orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului fără a îneplini vreo funcție în cadrul acesteia în sensul celor arătate mai sus;

- sintagma „exercitarea mandatului” din conținutul art. 138 al. 4 din Legea nr.85/2006 trebuie înțeleasă în sensul că aceasta se referă în mod exclusiv la exercitarea mandatului de către persoane care exercită funcții de supraveghere sau conducere nu și la alte categorii de persoane care nu sunt investite potrivit actului constitutiv sau legii cu asemenea puteri.

După părerea noastră acest contraargument nu poate fi primit pentru următoarele motive:

- legiuitorul, în conținutul art. 138 al. 1 din Legea nr.85/2006, se referă nu numai la membrii organelor de

conducere sau supraveghere ci și la orice altă persoană care a cauzat insolvența patrimoniului debitorului;

- nu există motive temeinice care ne-ar îndreptăți la o restrângere a ariei persoanele răspunzătoare doar la membrii primelor două organe amintite mai sus cu atât mai mult cu cât intenția legiuitorului prin adăugarea la prima parte a textului art. 138 al.4 a sintagmei „..... care au deținut poziția care ar fi putut cauza insolvența...” a fost tocmai aceea de a evita această restrângere și a realiza o armonizare deplină cu prevederile art. 138 al.1 din Legea nr.85/2006, astfel:

o Când legiuitorul folosește în prima parte a conținutului art. 138 al. 4 din Legea nr.85/2006 sintagma „exercitarea mandatului” aceasta se referă doar la membrii organelor de conducere sau supraveghere numiți în funcție în mod legal sau ilegal

o Când uzează de termenul „.....deținerea unei poziții care ar fi putut cauza insolvența...” legiuitorul se referă la orice altă persoană care deținând o „poziție” din care putea influența procesul decizional în organele de conducere ale debitorului a intervenit în fapt în acest proces având astfel o contribuție la ajungerea debitorului în stare de insolvență

Singura condiție cumulativă stabilită de legiuitor prin prevederile art. 138 al. 4 din Legea nr.85/2006 pentru atragerea răspunderii față de membrii organelor de conducere/supraveghere sau față de orice altă persoană care a cauzat insolvența patrimoniului debitorului este aceea ca exercitarea mandatului sau deținerea poziției să fie anterioară sau contemporană perioadei de timp în care a apărut starea de insolvență.

Din nou avem în față un text reușit deoarece fructifică opinia doctrinei și jurisprudenței franceze și românești care a subliniat că nu pot fi declarați răspunzători decât acei membri ai organelor de conducere sau de supraveghere care au exercitat mandatul înainte sau în momentul apariției stării de insolvență, fiind astfel excluși administratorii, directorii sau cenzorii care au fost investiți în funcție ulterior apariției stării de insolvență.<sup>21</sup>

Această concluzie corectă a doctrinei și jurisprudenței a rezultat din interpretarea textului fostului art. 124 al. 1 din Legea nr.64/1995 și a textului fostului art. 137 al.1 din Legea nr.149/2004 care stabileau ca persoane pasibile a fi declarate răspunzătoare doar pe acelea care au contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență.

Din momentul în care puteau fi declarate răspunzătoare doar persoanele care au contribuit la ajungerea debitorului în stare de insolvență era firesc să fie excluse de la răspundere persoanele care au dobândit funcții de conducere sau supraveghere după apariția insolvenței, fiindcă în acest caz acestea nu mai putea contribui în vreun fel la instalarea stării de insolvență, aceasta fiind deja instalată la data numirii în funcție.

În concluzie, având în vedere argumentele mai sus prezentate și scopul legii prevăzut în art. 2 din Legea nr.85/2006 credem că folosirea în textul legii a sintagmei „orice altă persoană” este corectă și benefică printre altele pentru următoarele motive:

- Fiind în concordanță cu scopul legii, acela de ocrotire în grad înalt a creditului, textul oferă posibilitatea de a extinde foarte mult aria persoanelor răspunzătoare chiar și la membrii organelor care nu au atribuții de conducere în cadrul societății, la membrii organelor de conducere ale societății mamă, ori la terțe persoane fără nici o legătură socială cu debitorul

- Evită discuțiile doctrinare și jurisprudențiale din dreptul francez în ce privește includerea terților fără nici o

legătură socială (de exemplu cazul băncilor care acordă credite) cu debitorul în categoria administratorului de fapt și astfel a persoanelor răspunzătoare

În ce privește aria persoanelor răspunzătoare, până în acest moment al studiului nostru, am putut semnală numai aspecte benefice ale modificărilor introduse de noile texte de lege.

Există însă în textul legii, respectiv în art. 138 al. 1 o *neconcordanță gravă care trebuie de urgență modificată*.

Astfel legiuitorul prin prevederile art. 138 al.1 vorbind despre categoria persoanelor răspunzătoare și despre raportul de cauzalitate între prejudiciu (starea de insolvență) și fapta ilicită a persoanelor răspunzătoare, ne arată că vor fi răspunzătoare doar acele persoane care „au cauzat” starea de insolvență a debitorului și nu cele care „au contribuit” la starea de insolvență a debitorului.

Acest text de lege trebuie de urgență modificat pentru următoarele motive:

- Modificarea textului de lege din „persoane care au contribuit” la ajungerea debitorului în stare de insolvență în „persoane care au cauzat insolvența” debitorului nu este justificată nici din punct de vedere doctrinar, nici din punct de vedere jurisprudențial, deoarece nici doctrina și nici jurisprudența română nu au semnalat în cei 10 ani de aplicare a procedurii insolvenței greșeli ale legiuitorului în folosirea sintagmei „au contribuit”, ci mai mult, de nenumărate ori în interpretările și hotărârile lor au evidențiat corectitudinea folosirii termenului

- Prin folosirea termenului „au contribuit” în loc de „au cauzat”, așa cum ne arată doctrina<sup>22</sup> și jurisprudența română, legiuitorul a ales pentru determinarea raportului de cauzalitate sistemul unității indivizibile între cauză și efect și astfel a preferat să cuprindă în aria faptelor care au produs starea de insolvență a patrimoniului debitorului nu numai faptele care au cauzat în mod direct insolvența ci și acele fapte care au reprezentat doar o condiție prilej pentru producerea rezultatului. Folosind această metodă de determinare a relației cauzale, legiuitorul a putut să extindă atât aria faptelor ilicite pentru care anumite persoane puteau fi trase la răspundere cât și aria categoriilor de persoane care puteau fi declarate răspunzătoare. Prin introducerea în noul text de lege a termenului de „au cauzat” în loc de „au contribuit” legiuitorul, în determinarea relației cauzale, tinde în mod inexplicabil să folosească sistemul cauzei proxime care reduce în mod nejustificat aria faptelor pentru care poate fi atrasă răspunderea la faptele care au cauzat în mod direct insolvența patrimoniului debitorului. În momentul în care scopul legiuitorului este acela de a maximiza averea debitorului și de a oferi creditorilor un mijloc util pentru completarea activului debitorului, este inadmisibil să folosești termene prin care tinzi la restrângerea ariei faptelor ilicite, sau cel puțin să lași loc la asemenea interpretări inutile.

- Folosirea termenului de „au cauzat” în loc de „au contribuit” nu este în concordanță nici cu prevederile actuale ale legii. Așa cum am arătat, printre persoanele răspunzătoare sunt numiți și cenzorii care niciodată nu pot cauza în mod direct insolvența, deoarece nu iau hotărâri directe privind patrimoniul debitorului, ci doar contribuie la ajungerea debitorului în această stare prin neexecutarea *lato sensu* a obligațiilor contractuale. Ori în momentul în care există o categorie care nu mai cauzează insolvența, ci doar contribuie la apariția ei, nu mai poți folosi în textul legii termenul de „au cauzat” în loc de „au contribuit”.

- Folosirea termenului de „au cauzat” în loc de „au contribuit” este nejustificată și pentru faptul că nu este în concordanță cu aria faptelor ilicite prevăzute de legiuitor în mod expres și limitativ pentru care se poate atrage răspunderea. Astfel prin săvârșirea acestor fapte expres prevăzute de art. 138 al. 1 lit. a-g din Legea nr.85/2006 nu se poate cauza în mod direct și ajunge instantaneu la starea de insolvență, ci doar favoriza apariția acesteia.

- Termenul de „au cauzat” nu este în conformitate cu prevederile art. 138 al. 1 lit. g, din Legea nr.85/2006 deoarece prin săvârșirea acestei fapte nu se va putea cauza niciodată insolvența, acesta fiind deja iminentă, ci doar contribui la adâncirea, la amplificarea acesteia

În consecință, credem, că la o următoare modificare a legii, legiuitorul va trebui să înlocuiască sintagma „persoanele care au cauzat starea de insolvență” și să revină la termenul inițial de „persoane care au contribuit la starea de insolvență”.

În ce privește vinovăția persoanelor răspunzătoare am apreciat într-un studiu recent<sup>23</sup> că acesta nu poate lua decât forma intenției directe sau indirecte, excluzând cu desăvârșire oricare dintre formele culpei (cu sau fără prevedere).

Am apreciat atunci, că în cazul acestei forme de răspundere speciale nu putem vorbi de o răspundere obiectivă deoarece nu se justifică ideea de bază a răspunderii obiective: greutatea cu care poate fi probată vinovăția.

Am susținut atunci că în acest caz vinovăția este destul de ușor de dovedit folosind în acest sens registrele ședințelor consiliului de administrație, consiliului director sau al comitetului de cenzori și verificând cine a votat în favoarea măsurii, prevăzând efectele deciziei luate și dorind producerea rezultatului, sau cine a fost neutru prevăzând și acceptând posibilitatea producerii.

Am considerat de atunci că ambele categorii de persoane vor fi răspunzătoare, fiind excluse de la răspundere doar acele persoane care s-au împotrivit în mod expres la luarea deciziei prin menționarea votului negativ în conținutul acestor registre.

Spre marea noastră satisfacție această interpretare a fost însușită de către legiuitor și așa cum am mai arătat, declară răspunzătoare prin prevederile art. 138 al. 4 din Legea nr.85/2006 doar acele persoane care au votat pentru adoptarea măsurii prejudiciabile sau care și-au manifestat neutralitatea lor în ce privește luarea deciziei.

În consecință, sunt răspunzătoare potrivit prevederilor Legii nr.85/2006 doar acele persoane care au prevăzut posibilitatea declanșării stării de insolvență și au dorit acest lucru (au votat favorabil – intenție directă) sau chiar dacă n-au dorit au acceptat posibilitatea producerii acestuia (au rămas neutri – intenție indirectă).

Credem că această nouă formă a textului de lege reprezintă încă un argument pentru ca în viitor (eventual până la adoptarea sistemului francez de răspundere) să fie declarate răspunzătoare doar acele persoane care au săvârșit faptele expres și limitativ prevăzute de art. 138 al. 1 lit. a-g din Legea nr.85/2006 cu forma de vinovăție a intenției directe sau indirecte.

Până în momentul de față am vorbit despre aspecte ce privesc următoarele condiții ale răspunderii:

- Fapta ilicită
- Raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu
- Vinovăție

Rămâne în cele ce urmează să cercetăm îndeaproape problematica prejudiciului.

Doctrina<sup>24</sup> a stabilit cu valoare de principiu că în cazul acestei forme de răspundere prejudiciul constă pentru creditori în diferența dintre valoarea încasată a creanțelor avute față de societate și valoarea creanțelor la care au fost îndreptățiți potrivit prevederilor contractuale.

Mai nou în doctrină<sup>25</sup> a apărut opinia potrivit căreia această determinare a prejudiciului nu este suficientă ci avem nevoie de metode prin care valoarea prejudiciului ar putea fi cuantificată în funcție de tipul de faptă ilicită săvârșită, urmând a fi luat în considerare doar acel prejudiciu suferit de creditori care se află în relație cauzală cu faptele săvârșite.

Astfel autorul<sup>26</sup> susține că prejudiciul ar trebui să fie determinat de la caz la caz ținând seama de următoarele aspecte:

- Folosirea bunurilor sau a creditelor societății în folos propriu sau cel al unei alte societăți poate fi pusă în relație cauzală pe de o parte cu aceea parte a pasivului care constă în obligațiile (creanțele creditorilor) pe care societatea nu le-a putut plăti pe perioada folosirii bunurilor sau a creditului în interes propriu sau al unei alte societăți, iar pe de altă parte cu dobânzile sau penalitățile la care societatea a fost obligată pentru plata cu întârziere a obligațiilor sale

- În situația în care fapta ilicită constă în efectuarea unor acte de comerț în interes personal sub acoperirea societății, valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu valoarea pierderilor înregistrate de societate în această perioadă, respectiv cu beneficiile nerealizate ca urmare a deturnării unor contracte în interes propriu.

- În cazul în care fapta ilicită constă în ținerea unei contabilități fictive sau în dispariția unor documente contabile ori neținerea evidenței contabile, acestea pot fi asociate cu ascunderea unor părți din active, însușirea unor fonduri bănești, întârzierea plății unor creanțe care au generat daune–interese sau penalități, iar prejudiciul cuantificat la valoarea acestora

- În situația în care fapta constă în deturnarea sau ascunderea unei părți din activul societății, valoarea prejudiciului care ar trebui să fie reparat de către persoanele declarate răspunzătoare ar putea fi egală cu valoarea fondurilor deturnate sau ascunse, la care s-ar adăuga valoarea dobânzilor și penalităților, la plata cărora societatea a fost obligată ca urmare a faptelor ilicite săvârșite. Dacă fapta ilicită constă în mărirea fictivă a pasivului, valoarea prejudiciului de reparat ar putea fi egală cu valoarea cu care a fost majorat în mod fictiv pasivul debitorului.

- În cazul în care fapta ilicită constă în folosirea de mijloace ruinătoare pentru a procura societății fonduri în scopul întârzierii încetării plății, partea de pasiv la completarea căreia ar putea fi obligate persoanele răspunzătoare ar trebui să fie reprezentată de diferența dintre valoarea de achiziție și cea de vânzare a mărfurilor sau a activelor, fie de valoarea creditelor contractate și a dobânzilor rezultate din acesta

- În cazul plății cu preferință a creanței unui creditor în dauna celorlalți creditori, prejudiciul reparabil ar putea consta în valoarea plății făcute la care s-ar adăuga dobânzile și penalitățile datorate de societate pentru creanțele având o scadență anterioară celei plătite.

După părerea noastră și în acord cu intenția autorului mai sus citat ar fi binevenit pentru viitor ca instanțele române în conținutul hotărârilor de stabilire a răspunderii să nu se mai folosească de formulări de tip general ca de exemplu: „obligă

administratorii să suporte o parte din pasivul societății” sau „obligă administratorii societății să suporte pasivul societății în măsura în care sumele obținute din valorificarea bunurilor societății nu vor fi îndeștuloare pentru acoperirea creanțelor creditorului”, ci să încerce în măsura posibilităților să cuantifice valoarea prejudiciului care se cere a fi reparat.<sup>27</sup>

Totodată credem că această practică ar obliga pe administratorii judiciari și pe lichidatori să solicite fiecărui creditor în parte o estimare exactă a prejudiciului suferit și în același timp documente justificative prin care pretenția proprie va putea fi dovedită.

Însumarea valorii totale a prejudiciului estimat de creditori ar putea fi un mijloc util în formularea obiectului acțiunii în stabilirea răspunderii, oferindu-i în același timp judecătorului-sindic un punct de plecare în ce privește evaluarea prejudiciului.

Totodată documentele justificative strânse de administratorul judiciar sau de lichidator din partea creditorilor vor putea reprezenta un instrument prețios în dovedirea exactă a pretențiilor solicitate.

În ce privește modalitatea de cuantificare a prejudiciului, după părerea noastră, în acest caz fiind vorba de o formă a răspunderii civile delictuale, în lipsa unor prevederi contrare va trebui să ținem seama de prevederile corespunzătoare ale Codului civil.

Astfel judecătorul-sindic, în evaluarea prejudiciului, va trebui să țină seamă potrivit art. 1084 C.civ. nu numai de prejudiciul efectiv suferit (*damnum emergens*) ci și de beneficiul nerealizat (*lucrum cessans*) de creditori, și în acord cu cele arătate de autorul mai sus citat<sup>28</sup> să aibă în vedere doar acele efecte negative (prejudicii) pentru patrimoniul creditorilor care se află în legătură cauzală directă cu fapta ilicită săvârșită de persoanele răspunzătoare.

În finalul tratării aspectelor de fond ale acestei forme speciale de răspundere vrem să atragem atenția asupra unei *inadvertențe având un caracter terminologic*, inadvertență folosită din păcate atât de legiuitor cât și de doctrină și jurisprudență.

Încă de la apariția Legii nr.64/1995, pornind de la definiția dată de către legiuitor acestei forme de răspundere, atât doctrina cât și jurisprudența în mod unanim au căzut de acord să intituleze această formă de răspundere specială „răspunderea membrilor organelor de conducere pentru ajungerea societății în stare de insolvență” sau mai simplu „răspunderea membrilor organelor de conducere”.

Dacă această sintagma „răspunderea membrilor organelor de conducere” a fost încă de la început doar într-o oarecare măsură corectă, deoarece excludea din aria ei de cuprindere cenzorii –persoane posibil răspunzătoare, potrivit legii, însă care nu fac parte din organele de conducere, ci printre altele **supraveghează** administrarea patrimoniului - odată cu apariția Legii nr.85/2006 și a extinderii posibilității de tragere la răspundere a unei arii largi de persoane credem că, în acest caz, ar fi nevoie de o reorientare terminologică a doctrinei și a jurisprudenței.

În dreptul francez această acțiune în stabilirea răspunderii se numește „acțiune în complinirea pasivului”. La data adoptării legii franceze a insolvenței au existat cel puțin două argumente pentru a intitula astfel acțiunea:

- A defini în mod precis și clar obiectul și rezultatul acțiunii - completarea activului debitorului și acoperirea într-un procent ridicat a pasivului



● A evita limitarea ariei persoanelor răspunzătoare prin folosirea sintagmei în textul legii a „administratorului de fapt” doar la administratorii numiți în mod ilegal în funcție. Dacă legiuitorul francez ar fi intitulat această formă de răspundere” răspunderea membrilor organelor de conducere” atât doctrina cât și jurisprudența ar fi putut interpreta textul legii și sintagma „administrator de fapt” doar la administratorii numiți în mod ilegal în funcție (fapt spre care tinde jurisprudența română în ziua de azi).

În opinia noastră, având în vedere următoarele argumente:

● Titlul capitolului din lege „Răspunderea membrilor organelor de conducere” nu este *ab initio* corect deoarece nu este în concordanță cu prevederile art. 138 al. 1 din Legea nr.85/2006 excluzând din aria sa de cuprindere membrii organelor de supraveghere, care la rândul lor nu exercită activități de conducere

● Scopul legii – acoperirea în procent înalt a pasivului debitorului

● Extinderea ariei de persoane răspunzătoare la orice altă persoană care a contribuit la starea de insolvență a debitorului

● Obiectivul și rezultatul acțiunii în stabilirea răspunderii - completarea activului debitorului și acoperirea într-un procent ridicat a pasivului

Credem că pe viitor doctrina și jurisprudența sau chiar și legiuitorul ar putea adopta o altă denumire a acestei forme speciale de răspundere, corespunzătoare modificării textelor care reglementează această formă de răspundere și a efectelor acesteia.

În consecință, această acțiune ar putea fi intitulată pentru viitor în mod corespunzător cu titulatura acordată acesteia de doctrina și jurisprudența franceză precum și de legiuitorul francez ca: „acțiunea în stabilirea răspunderii și în completarea activului”.

## NOTE

- <sup>1</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I, nr. 95/02.02.2002
- <sup>2</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I, nr. 424/12.05.2004
- <sup>3</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I, nr. 678/28.07.2005
- <sup>4</sup> Publicată în Monitorul Oficial Partea I, nr. 359/21.04.2006
- <sup>5</sup> În același sens I. Turcu, Falimentul. Actuala procedură, Editura Lumina Lex, București, 2005, pg.474., Curtea de Apel Cluj, dec. nr. 3800/20.04.2004, citată în I. Turcu, op.cit., pg. 474
- <sup>6</sup> În acest sens I. Turcu, op.cit. pg. 474, V. Pașca op.cit., pg.30, V. Pașca op.cit., pg.101, N. Făndăreanu, Procedura reorganizării judiciare, Editura All-Beck, București, 2000, pg. 245, Curtea de Apel Cluj, dec. nr. 5104/30.11.2004, citat., în I. Turcu, op.cit., pg. 474, Tribunalul Timiș încheierea nr. 9713/18.09.2003, citată în V. Pașca op.cit., pg.102
- <sup>7</sup> Yves Guyon, Droit des affaires, Tome 2, Enterprises en difficultes. Redressement judiciaire – Faillite, Ed. Economica, Paris, 1991, pg. 433-434, Ph. Delebecque, M. Germain, Droit commercial, Tome 2, L.G.D.J., Paris, pg. 1192
- <sup>8</sup> Com. 9 mai 1978, Nancy 15. dec.1977, Paris, 17 mars 178, citate de Y. Guyon, op. cit pg. 433
- <sup>9</sup> Com. 3 mars 1981, J.C.P. 1982, II, 177954 citată în I.Turcu op.cit. pg., 474, Com. 8.11.1973, D.1974, pg.32, citată în Robert Obert, Eric Delesalle, Barthelemy Mercada, Patrick Dalion, Gilles Noel, Drept și contabilitate, Editura Economica, București, 2001, pg. 66, Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1192, Cas. 17 martie 1998, D. Aff., 1998, pg. 765, citată în Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1192, Paris 20 februarie 1978, Rev. Soc. 1979, pg. 122, Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1192

- <sup>10</sup> V. Pașca op.cit., pg.30, V. Pașca op.cit., pg.101, Com. 25.10.77, Rev. Soc., 1978, pg. 299, citat., în Robert Obert Ji al. ii, pg. 66, Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1193, Cass. Com. 3 februarie 1998, Rev. Proc. coll., 1998., 514, citata în Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1193
- <sup>11</sup> Aix en Provence, 26.05.1981, D.S., 1983, I.R., 60, citata în I. Turcu, op.cit., pg. 474, Aix 15.12.1978, Buletinul Cur.ii de Aix en Provence, 1978/4, pg. 89, citata în Robert Obert și alții, pg. 66, Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1193
- <sup>12</sup> Paris 3 mars 1978, D. 1978, I.R., 420, citată în I. Turcu, op.cit., pg. 474, Paris, 03 05.1978, G.P., 1978, som. 394, citată în Robert Obert și alții, pg. 66, Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1193, Paris 3 martie 1975, R.J. Com, pg. 350, citată în Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1193
- <sup>13</sup> În același sens Y. Guyon, op.cit. pg. 433
- <sup>14</sup> În același sens I. Turcu, op.cit., pg. 474, I. Făndăreanu, op.cit., pg. 251, V. Pașca, op.cit., pg. 31-32, V. Pașca, op.cit., pg.102-103, Lajos Imre, Răspunderea membrilor organelor de conducere Răspunderea organelor de conducere ale unei S.A. sau S.R.L., potrivit prevederilor art.124 alin. 1 din Legea 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și al falimentului, partea a-II-a, nr. 9/2004, pg. 27-28
- <sup>15</sup> Ibidem op.cit., pg. 32, Ibidem op.cit., pg.103
- <sup>16</sup> În același sens V. Pașca op.cit., pg. 31, V. Pașca, op.cit., pg.102
- <sup>17</sup> St. D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, ed. a-V-a, Editura All-Beck, București, 2004, pg. 235
- <sup>18</sup> Ibidem op.cit., pg. 31, Ibidem op.cit., pg.102
- <sup>19</sup> În același sens I. Turcu, op.cit. pg. 475, Com. 14.11.1984, Bull. III, no. 311, pg. 251, citată în I. Turcu, op.cit., pg. 475
- <sup>20</sup> În același sens Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1192, Cass. 17 martie 1998, D. Aff., 1998, pg. 765, Paris 20 februarie 1978, Rev. Soc. 1979, pg. 122, citată în Ph. Delebecque, M. Germain, op. cit. pg. 1192
- <sup>21</sup> În același sens Ph. Delebecque, Michel Germain, op.cit. pg. 1196, Corinne Saint Alary Houin, *Droit des entreprises en difficulte*, Editura Monthcrestien, Paris, 1995, pg. 689, I. Turcu, op.cit. pg. 474, N. Făndăreanu, op.cit., pg. 245, V. Pașca, op.cit., pg. 30, V. Pașca, op.cit., pg.101, Radu Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul, Editura Lumina Lex, București, 2001, pg.319, Robert Obert, și alții, op.cit., pg.67, Curtea de Apel Cluj, dec. nr. 1381/01. 10.2002, citată în I. Turcu, op.cit. pg. 474, Paris 29 iunie 1967 citată în Ph. Delebecque, Michel Germain, op.cit. pg. 1196, Com. 13.10.1993, RJDA, 2294, n.222, citată în Corinne Saint Alary Houin, op.cit., pg. 689
- <sup>22</sup> În același sens St. D. Cârpenaru, op.cit., pg. 644, V. Pașca op.cit., pg. 37-38, V. Pașca op.cit. pg. 99, I. Turcu, op.cit., pg. 478, R. Bufan, op.cit., pg. 321, I. Turcu Răspunderea membrilor organelor de conducere în procedura insolvenței, Revista de Drept comercial nr. 7-8/2003 pg. 16, I. Turcu Răspunderea membrilor organelor de conducere ale societăților comerciale reglementat., de Legea 64/1995, Revista de Drept Comercial nr. 3/1996, pg. 65, N. Făndăreanu, op.cit. pg. 251, Lajos Imre, Răspunderea membrilor organelor de conducere Răspunderea organelor de conducere ale unei S.A. sau S.R.L., potrivit prevederilor art.124 alin. 1 din Legea 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și al falimentului, partea I-a, Revista Phoenix nr. 6/10-12/2003, pg.28-29, Curtea de Apel Cluj, dec. nr. 1964/04.11.2003, publicată în Buletinul Jurisprudenței Curții de Apel Cluj, Editura Lumina Lex, București, 2003, pg. 50, în același sens doctrina și jurisprudența franceză Ph. Delebecque, Michel Germain, op.cit. pg. 1197, Corinne Saint Alary Houin, op.cit. pg. 690, Cass. Com. 13.11.1990, R.J.D.A., 1991, pg. 98, citată în Ph. Delebecque, Michel Germain, op.cit. pg. 1197
- <sup>23</sup> Lajos Imre, op.cit., pg.25-26, Com. 17.02.1990, R.J.D.A. 6/1998, n. 776, pg. 547, citată în Corinne Saint Alary Houin, op.cit., pg. 690, Versailles 3.11.1994, R.J.D.A. 2/1995, n.216, citată în Corinne Saint Alary Houin, op.cit., pg. 690
- <sup>24</sup> I. Turcu, op.cit. pg. 475, I. Făndăreanu, op.cit. pg. 248, L. Imre, op.cit. pg. 24-25
- <sup>25</sup> V. Pașca, op.cit., pg. 106-108
- <sup>26</sup> Idem, op.cit., pg. 108-109
- <sup>27</sup> În același sens V. Pașca, op.cit. pg. 106
- <sup>28</sup> Idem, op.cit., pg. 107-108

