Phoenix, revista de insolvenţă

Nr. 22, octombrie-decembrie 2007

sumar

pag.

❑ **INTRODUCERE**

CUVÂNTUL PREŞEDINTELUI 3

❑ **RUBRICA PRACTICIANULUI**

ADMISIBILITATEA UNEI NOI CERERI DE ATRAGERE A RĂSPUNDERII 4

ACTUL DE ADJUDECARE 7

❑ **RUBRICA ANALISTULUI**

CONTRIBUŢII LA CONTURAREA NOULUI CONCEPT DE PROCEDURĂ A INSOLVENŢEI 11

ASPECTE GENERALE PRIVIND GARANŢIILE ÎN PROCEDURA INSOLVENŢEI 17

❑ **OPINIA SPECIALISTULUI**

SCURTE CONSIDERAŢII ÎN LEGĂTURĂ CU RĂSPUNDEREA MEMBRILOR ORGANELOR DE CONDUCERE (PARTEA A II-A) 25

❑ **INTEGRARE EUROPEANĂ**

TRATATUL DE ADERARE A ROMÂNIEI LA UE CU PRIVIRE LA LIBERA CIRCULAŢIE A SERVICIILOR (I) 29

Editor
Mihai Dimonie

Redactor şef
Nicolae Şarambei

Consultanţi ştiinţifici
prof. univ. dr. Radu Bufan (Timişoara)
av. Simona Maria Miloş (Bucureşti)
av. drd. Ana-Irina Şarcane (Bucureşti)

Secretar general
Alexandru Frumosu

Secretariat de redacţie
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniţă

Tehnoredactare computerizată
Anca Vergulescu

Editare şi imprimare
Redacţia Publicaţiilor pentru Străinătate

● Opiniile exprimate în articolele publicate în revistă, precum şi responsabilitatea ştiinţifică şi juridică privind conţinutul acestora aparţin în exclusivitate autorilor. ● Toate drepturile asupra acestei publicaţii sunt rezervate UNPIR ● Articolele publicate anterior pot fi citite şi pe site-ul www.unpir.ro

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

Coperta I – Clădirea Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie

ISSN: 1583-2368

Cuvântul preşedintelui

Discutând cu un cunoscut despre diverse chestiuni legate de activitatea noastră, a practicienilor în insolvenţă, îmi spunea că după opinia sa, am avut în ultimul timp numai succese.

A fost adoptată Legea nr. 85/2006 şi mai ales, O.U.G. nr. 86/2006 modificată amplu şi aprobată prin Legea nr. 254/2007.

Acest din urmă act normativ a schimbat din temelii sistemul formelor de organizare a profesiei.

Practicienii în insolvenţă şi-au ocupat în sfârşit locul cuvenit în rândul profesiilor liberale şi s-au rezolvat în mare măsură, cred eu, o serie întreagă de probleme legate de practicarea profesiei de practician în insolvenţă.

Din păcate, cu toate că s-au făcut progrese însemnate şi în această direcţie, numirile continuă să constituie o problemă deosebit de spinoasă.

Deşi legea este clară, de multe ori numirea ca administrator judiciar sau lichidator provizoriu nu se face conform prevederilor acesteia. Sunt încă judecători-sindici care nu ţin seama de solicitarea creditorului sau a debitorului care a depus cererea de deschidere a procedurii sau de ofertele depuse la dosar.

Cred că o poziţie fermă a practicienilor va putea determina schimbarea opticii şi va contribui la îmbunătăţirea situaţiei numirilor.

Trebuie să recunoaştem însă faptul pozitiv al schimbării atitudinii Ministerului Economiei şi Finanţelor şi a Agenţiei Naţionale de Administrare Fiscală.

Ordinul ministrului care condiţiona primirea onorariului de către practician în funcţie de măsura recuperării creanţelor fiscale a fost abrogat, iar prin ordinul preşedintelui ANAF au fost stabilite criterii clare pentru desemnarea practicianului în insolvenţă a cărui numire va fi susţinută în adunarea creditorilor de către creditorul fiscal.

În curând se vor organiza de către UNPIR, în colaborare cu ANAF, seminarii profesionale în toate regiunile de dezvoltare. La aceste seminarii vom dezbate teme de interes comun şi îi rog pe toţi membrii UNPIR să facă propuneri în acest sens.

Sper ca în viitor să găsim soluţii pentru toate problemele care îi nemulţumesc pe membrii noştri.

Pentru că acest număr este ultimul care apare în acest an profit de aceasta pentru a ura tuturor membrilor U.N.P.I.R.

La mulţi ani, sănătate şi fericire!

Av. Arin Octav Stănescu
Preşedintele UNPIR

cyanmagentablack
cyanmagentablack

Admisibilitatea unei noi cereri de atragere a răspunderii, în condiţiile existenţei unei sentinţe pronunţate într-o cerere anterioară

Viorica Munteanu
Vicepreşedinte UNPIR

Dacă reglementarea anterioară a Legii nr.64/1995 era suficient de lapidară şi dădea naştere la o practică neunitară în materie de atragere a răspunderii, deşi legea insolvenţei vine cu o serie de precizări în cuprinsul ei, practica instanţelor este în continuare eterogenă, existând abordări diferite chiar în cadrul aceleiaşi instanţe.

In condiţiile art. 138 din legea insolvenţei : *„La cererea administratorului sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvenţa, să fie suportată de membrii organelor de supraveghere din cadrul societăţii sau de conducere, precum şi de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvenţă a debitorului, prin una dintre”* faptele expres prevazute în cadrul Legii nr.85/2006. De asemenea, *“Comitetul creditorilor poate cere judecătorului-sindic să fie autorizat să introducă acţiunea prevăzuta la alin. (1), dacă administratorul judiciar sau lichidatorul a omis să indice, în raportul său asupra cauzelor insolvenţei, persoanele culpabile de starea de insolvenţă a patrimoniului, debitorului persoană juridică, ori dacă acesta a omis să formuleze acţiunea prevazută la alin. (1) şi răspunderea persoanelor la care se referă alin. (1) ameninţă să se prescrie.”*

Prin raportarea de la special la general, admisibilitatea unei cereri de atragere a răspunderii, formulată în cadrul procedurii insolvenţei, este condiţionată de întrunirea tuturor elementelor răspunderii civile delictuale, ca normă generală:

- existenţa unui *prejudiciu* adus societăţii, prin comiterea faptelor prevazute de art. 138;
- comiterea *faptelor ilicite,* limitativ prevăzute la art. 138, *cu vinovaţie*, chiar în forma culpei celei mai mici;
- *raportul de cauzalitate* între faptă şi prejudiciul cauzat societăţii (spre deosebire de reglementarea cuprinsă în Legea nr.64/1995, în ultima sa formă, Legea nr. 85/2006 aduce o modificare substanţială, în sensul înlocuirii termenului „au contribuit la ajungerea debitorului” în stare de insolvenţă – cu termenul „au cauzat” starea de insolvenţă a debitorului). Raportul de cauzalitate implică cu necesitate ca faptele enumerate să constituie cauze exclusive ale insolvenţei debitorului, faţă de reglementarea anterioară, în care suficientă pentru stabilirea existenţei raportului de cauzalitate, era constarea funcţiei contributive a aceloraşi fapte, susceptibile de a se conjuga cu alte fapte sau împrejurări, pentru ajungerea în insolvenţă.

Premisele acţiunii reglementate de art. 138 se regăsesc în raportul administratorului judiciar/lichidatorului privind cauzele şi împrejurările care au determinat ajungerea societăţii în stare de insolvenţă, în cadrul acestui raport fiind obligatoriu a fi cuprinse informaţiile şi datele identificate, privind persoanele cărora li se poate imputa această stare a patrimoniului societăţii. Pe baza acestui raport sau pe baza altor informaţii şi documente din dosarul cauzei, judecătorul-sindic poate fi sesizat de administratorul judiciar sau de lichidator şi în subsidiar de comitetul creditorilor, cu excluderea altor persoane.

Raportul privind cauzele şi împrejurările care au determinat ajungerea societăţii în stare de insolvenţă, împreuna cu alte acte şi înscrisuri depuse în dosarul de faliment, sub imperiul Legii nr.64/1995, a stat la baza formulării acţiunii de atragere a răspunderii, de către creditorii societăţii debitoare, şi constituie, şi în prezent, punctul de pornire pentru formularea aceleiaşi acţiuni, dar de către administratorul judiciar/lichidator, în principal, şi, în subsidiar, de către comitetul creditorilor.

Judecătorul-sindic învestit cu soluţionarea unei cereri de atragere a răspunderii poate hotărî numai asupra obiectului cererii deduse judecăţii.

În aplicarea corectă a acestei norme de principiu, Înalta Curte de Casaţie si Justiţie, Curtea de Apel Bucureşti şi alte curţi de apel au decis:

- „Instanţa nu poate introduce din oficiu o altă persoană în proces, deoarece potrivit principiului disponibilităţii, doar

părţile au această posibilitate" *(C.S.J., s.com. dec. nr. 2135 din 27 mai 1999, BJ CD 1999, p. 386);*

- „Instanţele nu se pot sesiza din proprie iniţiativă... Obligaţia instanţei de a se pronunţa numai cu privire la obiectul acţiunii constituie, corelativ, garanţia aplicării principiului disponibilităţii, recunoscut părţii reclamante." *(C.S.J., s.civ, dec. nr. 1966 din 15 septembrie 1993, DJR 1989-1994, p. 69-70);*

- „Principiul disponibilităţii în procesul civil lasă la libera apreciere a reclamantului fixarea cadrului procesual şi a limitelor cererii, inclusiv cu privire la persoanele cu care înţelege să-şi dispute obiectul procesului. În acest context, introducerea în cauză a altor persoane, din iniţiativa instanţei, este nelegală şi nu poate fi explicată în baza principiului rolului activ al judecătorului, deoarece acesta se referă la folosirea unor mijloace legale pentru aflarea adevărului, în limitele legii şi în cadrul procesual stabilit prin voinţa reclamantului. *(Curtea de Apel Bucureşti, s. a IV-a civ., dec. nr. 794 din 30 mai 1997, în CPJC 1993-1998, p. 263)"*

Articolul enunţat la începutul prezentei expuneri precizează care sunt persoanele ce pot avea iniţiativa unei asemenea cereri de atragere a răspunderii, respectiv administratorul judiciar sau lichidatorul, precum si comitetul creditorilor.

În practică s-a perpetuat interpretarea legală a art. 138 alin. (3) din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenţei: *"Comitetul creditorilor **poate** cere judecătorului-sindic"* în sensul că, **promovarea unei asemenea acţiuni de către comitetul creditorilor, se poate face doar în condiţiile existenţei autorizării** de către judecătorul-sindic în acest sens, în lipsa acesteia promovarea unei acţiuni fiind sancţionată cu inadmisibilitatea acesteia. Autorizarea va putea fi dată cu respectarea a doua condiţii cumulative. Prima condiţie este alternativă şi constă fie în neindicarea de către administratorul judiciar/lichidator a persoanelor responsabile de ajungerea în starea de insolvenţă în raportul privind cauzele insolvenţei, fie în omisiunea de a introduce acţiunea de atragere a răspunderii. A doua condiţie se referă la iminenţa prescrierii acţiunii. Prin urmare, oricum s-ar putea interpreta textul legal, mai devreme de 18-20 de luni de la deschiderea procedurii, comitetul creditorilor nu poate fi autorizat să introducă cererea de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere.

În practică, creditorii care au formulat acţiuni de atragere a răspunderii întemeiate pe fostul art. 137 din Legea nr.64/1995, au solicitat, în general, administrarea în probaţiune, a rapoartelor administratorului judiciar/lichidatorului, si în special a raportului privind cauzele, depuse în dosarul de faliment, precum şi a înscrisurilor depuse tot de către administratorul judiciar/lichidator în dovedirea aspectelor evidenţiate în cadrul rapoartelor, cu incidenţă asupra răspunderii membrilor organelor de conducere ale debitoarei.

În ce priveşte autorizarea prealabilă, în doctrina de specialitate s-a aratat că este contraindicată formula prealabilei autorizări a comitetului creditorilor de către judecătorul-sindic, deoarece pronunţându-se favorabil cererii de autorizare, judecătorul-sindic poate fi recuzat. O asemenea procedură de prealabilă autorizare a existat şi în textul alin.(2) al art. 62 din Legea nr. 64/1995, dar în Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei s-a eliminat această reglementare, înlocuindu-se cu abilitarea legală a comitetului creditorilor. Aceeaşi rezolvare ar fi trebuit să fie regăsită şi în cazul reglementat de art. 138.

Apreciem însa, în contextul celor aratate mai sus, ca art. 138 alin. (3) din legea insolvenţei se impune a fi interpretat în sensul că promovarea unei acţiuni privind atragerea răspunderii nu este condiţionată de existenţa autorizării prealabile a judecătorului-sindic.

În soluţionarea unor cereri de atragere a răspunderii, în funcţie şi de aspectele identificate, şi de probele administrate, judecătorul-sindic a admis în totalitate, sau în parte acţiunile formulate de către creditori, dispunând atragerea răspunderii persoanelor gasite vinovate de ajungerea în stare de insolvenţă a societăţii falite, dar nu pentru mai mult decât pentru totalul creanţelor cuprinse în tabelul definitiv consolidat al creditorilor.

În contextul formulării de acţiuni în atragerea răspunderii de către creditorii societăţii, în general s-a tins spre o practică unitară a instanţelor, în sensul reunirii tuturor acţiunilor formulate de către creditori diferiţi pentru atragerea răspunderii aceloraşi persoane, în legatură cu acelaşi dosar de faliment, şi soluţionarea lor într-o singură sentinţă.

O astfel de practică s-a aflat în deplin acord cu p*rincipiul colectivităţii,* care a guvernat şi guvernează în continuare procedura insolvenţei, veniturile obţinute prin punerea în executare a unei astfel de sentinţe, făcându-se venit la masa credală, neprofitând doar creditorilor care au formulat cereri de atragere a răspunderii.

Totuşi, în condiţiile formulării de astfel de cereri de către creditori, sub imperiul Legii nr.64/1995, s-a ajuns şi la situaţii în care, din cauza intervalului de timp prea mare ce s-a scurs între momentul înregistrării pe rolul instanţei a cererilor distincte, stadiul procesual al fiecărei cereri în parte, nu a mai permis soluţionarea tuturor acţiunilor, împreună, printr-o singură sentinţă, instanţa nemaiputând proceda la reunirea tuturor cauzelor, având ca obiect atragerea răspunderii aceleiaşi (aceloraşi) persoane, în legatură cu acelaşi dosar de faliment.

În acest caz, prin sentinţa obţinută pe baza celei dintâi cereri înregistrate, instanţa, a fost în masură să stabilească prejudiciul adus societăţii, maxim la nivelul cerut de către creditoarea a cărei cerere a fost admisă, respectiv maxim la nivelul creanţei cu care aceasta a fost admisă în tabelul definitiv consolidat al creditorilor, limitarea prejudicului fiind dată atât de cuantumul total al masei credale, dar şi de nivelul creanţei creditoarei a cărei cerere a fost admisă.

În acest context, în practică s-a născut în mod legitim întrebarea, î*n ce măsură, ar mai fi admisibilă atât cererea unei alte creditoare, sau (şi) - în contextul intrării în vigoare a Legii nr.85/2006 - a cererii formulate de către administratorul judiciar/lichidator?,* pentru diferenţa de pasiv, dintre cuantumul total al sumelor admise în tabelul definitiv consolidat şi prejudiciul stabilit prin prima sentinţă.

Asfel, deşi în soluţionarea cererilor de drept comun, în principiu, cel care formulează o cerere trebuie să o şi probeze, probarea aspectelor imputate parţii pârâte revenind reclamantului, în practică, în soluţionarea cererilor de atragere a răspunderii fie ele formulate de creditori, sau practicianul în insolvenţă, sunt probate doar de către acesta din urmă.

Aceasta, în mod firesc, întrucât, actele din care rezultă aspectele invocate în cererea de atragere a răspunderii, sunt

predate, spre analiză administratorului judiciar/lichidatorului, care, pe baza lor, întocmeşte raportul privind cauzele, care, aşa cum arătam mai devreme, conţine premisele pentru formularea cererii în discuţie.

Instanţa care soluţionează acţiunea, porneşte în analiză, de la raportul privind cauzele, în care se detaliază asupra identificării de fapte imputabile şi intrunirii condiţiilor de atragere a răspunderii, şi, în particular, asupra fiecărei condiţii de admisibilitate a unei astfel de acţiuni: subiect activ, fapte, prejudiciu, vinovăţie şi raport de cauzalitate. În continuare, apreciază asupra întrunirii condiţiilor de atragere a răspunderii, în măsura susţinerii aspectelor evidenţiate în raport, prin acte şi înscrisuri, precum şi a altor probe administrate în cauză.

În măsura aprecierii admisibilităţii acţiunii în atragere a răspunderii, instanţa statuează în limita cuantumului sumei solicitate prin cerere, prejudiciul astfel stabilt, în condiţiile admiterii cererii unui singur creditor, neputând fi decât inferior întregului pasiv.

În condiţiile în care instanţa ar fi învestită cu soluţionarea unei noi cereri de antrenare a răspunderii în vederea suportării diferenţei de pasiv, admiţând cererea s-ar ajunge la situaţia inadmisibilă de a statua de două ori, asupra aceloraşi fapte, şi asupra aceloraşi probe, dar prin stabilirea unui prejudiciu distinct, întrucât paguba cauzată prin comiterea unei fapte delictuale, nu poate fi decât unică.

Admiterea unei a doua sentinţe, prin statuarea asupra aceloraşi fapte şi probe, ar determina stabilirea concomitentă a două prejudicii distincte, ceea ce ar încălca principiul unicităţii prejudiciului.

În acest sens statuează şi practica: *„Deci, se constată prin sentinţa la care ne-am referit,* (n.n. sentinţa prin care s-a stabilit anterior prejudicul şi faptele pentru care s-a impus antrenarea răspunderii) *ca s-a stabilit, în mod irevocabil, contribuţia administatorului pârât la ajungerea debitoarei în stare de insolvenţă, astfel, o nouă cerere întemeiată pe aceleaşi temeiuri de drept şi, de fapt, este inadmisibilă.*

Procedura insolvenţei instituită prin Legea nr.85/2006 are un caracter colectiv, iar constatarea irevocabilă, pe cale judiciară, a conduitei ilicite a organelor de conducere vizând falimentul societăţii debitoare, în condiţiile dispoziţiilor art. 138 alin. (1) din lege, în corelaţie cu art. 998 – 999 C.civ., face inacceptabilă o a doua cerere în acest sens, în considerarea faptului că, în asemenea situaţii, nu se pune problema recuperării prejudiciului înregistrat de un creditor anume, iar sumele obţinute prin aplicarea dispoziţiilor legale nu se plătesc creditorului reclamant, ci se varsă în contul de lichidare al debitoarei, după care se vor distribui de către practicianul judiciar, prin plan de distribuire în ordinea de prioritate stabilită de lege, repectiv de către executorul judecătoresc, în aplicarea art. 142 alin. (2) din Legea nr.85/2006.

Drept urmare, instanţa va dispune respingerea acţiunii reclamantei creditoare ca inadmisibilă”[1].

Apreciem, totuşi că, în măsura în care, prin cererea nou formulată reclamantul ar aduce elemente noi: fapte, probe, înscrisuri care nu au putut fi avute în vedere la momentul formulării primei cereri etc., cu corectivul că toate aceste aspecte ar fi aduse în faţa instanţei în termenul de prescripţie stabilit de art. 139 din Legea nr.85/2006, o astfel de cerere ar fi admisibilă.

În încheiere, abrogarea Legii nr.64/1995, şi intrarea în vigoare a Legii nr.85/2006, sub aspectul modificării prevederilor privind formularea de catre comitetul creditorilor a unei cereri de atragere a raspunerii, doar în subsidiar, în condiţiile în care practicianul în insolvenţă a omis să formuleze o astfel de acţiune, este de natură să determine pronunţarea unor sentinţe temeinic întemeiate în fapt şi în drept, întrucât administratorul/lichidatorul intră, nemijlocit, în contact cu actele şi înscrisurile societăţii falite, le analizează, întocmeşte raportul privind cauzele, în cuprinsul căruia pune primele concluzii, şi apoi formulează cererea de antrenare a răspunderii, în cadrul căreia este în măsură să administreze, în mod temeinic, probele necesare pentru dovedirea susţinerilor.

De asemenea, prejudiciul solicitat a fi suportat de către persoanele stabilite de art. 138, prin formularea cererii de către practicianul in insolvenţă, nu mai este limitată de aplicarea principiului disponibilităţii, cum se întâmpla în cazul cererilor formulate de către creditorii debitoarei.

[1]Sent. Civ. nr. 619/11.05.2007 pronunţată de Tribunalul Covasna în Dosarul. nr. 55/119/2005

ACTUL DE ADJUDECARE în derularea unor proceduri de insolvenţă

Av. Alina Maer
Membră UNPIR. Filiala Prahova

Obligaţia lichidatorului, similară cu cea a executorului judecătoresc, de a încheia actul de adjudecare în urma licitaţiilor organizate în vederea vânzării bunurilor în faliment implică cunoaşterea dispoziţiilor legale referitoare la cuprinsul acestui act şi la caracterul lui juridic, la înscrierea actului de adjudecare în cartea funciară, precum şi la efectele actului de adjudecare. Toate aceste aspecte sunt reglementate de art.516-519 C.p.civ.

Cuprinsul actului de adjudecare şi caracterul lui juridic

Conform disp.art.516 C.p.civ., actul de adjudecare se întocmeşte de către executorul judecătoresc, pe baza procesului-verbal de licitaţie, după plata integrală a preţului de adjudecare sau a avansului prevăzut de art.515 C.p.civ., dacă imobilul a fost vândut cu plata în rate.

În Legea nr. 85/2006, respectiv disp.art.120 referitoare la actul de transfer al proprietăţii se face vorbire, pe de o parte de vânzarea prin negociere - situaţie în care lichidatorul va încheia contracte de vânzare cumpărare, pe de altă parte de vânzarea prin licitaţie publică - situaţie în care procesul verbal de adjudecare semnat de lichidatorul judiciar constituie titlu de proprietate şi va fi înscris, în cazul imobilelor, în registrele de publicitate imobiliară.

Actul de adjudecare în cazul încheierii lui de către lichidator, trebuie să conţină elementele prevăzute cf.disp.art.516 C.p.civ.,după cum urmează:

1. denumirea şi sediul organului de executare/al lichidatorului;
2. numele şi calitatea executorului/lichidatorului;
3. numărul şi data procesului-verbal de licitaţie;
4. numele şi domiciliul sau, după caz, denumirea şi sediul debitorului şi adjudecatarului;
5. preţul la care s-a vândut şi modalitatea de achitare în cazul în care vânzarea s-a făcut cu plata în rate;
6. menţiunea, dacă este cazul, că imobilul s-a vândut grevat de drepturile de uzufruct, uz, abitaţie sau servitute, ori după caz, liber de aceste drepturi, în condiţiile prevăzute de art.509 alin.3 şi 4 C.p.civ.;
7. datele de identificare a imobilului;
8. menţiunea că actul de adjudecare este titlu de proprietate şi că poate fi înscris în cartea funciară, precum şi faptul că, pentru adjudecatar, constituie titlu executoriu împotriva debitorului, dacă imobilul se află în posesiunea acestuia din urmă sau împotriva oricărei persoane care are în posesiune ori deţine în fapt, fără nici un titlu, imobilul adjudecat
9. menţiunea că, pentru creditor/lichidator, actul de adjudecare constituie titlu executoriu împotriva adjudecatarului care nu plăteşte diferenţa de preţ, în cazul în care vânzarea s-a făcut cu plata preţului în rate;
10. semnătura şi ştampila executorului/lichidatorului şi semnătura adjudecatarului.

Pe lângă aceste menţiuni, în opinia noastră, actul de adjudecare întocmit de lichidator va cuprinde referiri şi la hotărârea adunării creditorilor prin care s-a decis vânzarea bunurilor la licitaţie publică.

Se vor reproduce şi textele incidente din Legea nr. 85/2006 care prevăd obligativitatea încheierii actului de adjudecare, respectiv disp.art.120 al.2:" *Dacă vânzarea activelor se va face prin licitaţie publică, procesul-verbal de adjudecare semnat de lichidatorul (judiciar) constituie titlu de proprietate şi va fi înscris, în cazul imobilelor, în registrele de publicitate imobiliară.*", precum şi disp.art.53. – "*Bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau de lichidator, în exerciţiul atribuţiilor sale prevăzute de prezenta lege, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum ipoteci, garanţii reale mobiliare sau drepturi de retenţie, de orice fel, ori măsuri asigurătorii.*" Acest din urmă articol reprodus reia regula prev.de disp.art. 518 al. 3 C.p.civ. care arată că "*prin întabulare, adjudecatarul dobândeşte dreptul de a dispune de imobilul cumpărat, potrivit regulilor de carte funciară*". În ceea ce priveşte bunurile mobile afectate de garanţii, art.70 din Legea nr. 99/1999 precizează că cumpărătorul dobândeşte proprietatea bunului liber de orice garanţie reală existentă sau de sarcini.

În lucrarea "Noua Lege a insolvenţei - legea nr.85/2006" apărută la ed. Hamangiu-2006, autori Prof. univ. dr. St. Carpenaru, V. Nemeş, M. A. Hotca, se arată: "*aspectele specifice dobândirii bunurilor în urma procedurilor de executare silită, reglementate de Codul de procedură civilă şi de Legea nr. 99/1999 sunt aplicabile şi bunurilor dobândite ca efect al producerii insolvenţei, iar acţiunea în anularea înstrăinării bunurilor de administratorul judiciar sau lichidator, din averea debitorului, în condiţiile art.53, va fi admisă doar în cazul în care a existat fraudă din partea celor implicaţi în operaţiune*".

Actul de adjudecare va fi o sinteză a modului în care s-a făcut adjudecarea, cu referire la procesul-verbal sau procesele-verbale intervenite la termenele de vânzare, dacă s-au ţinut mai multe licitaţii, individualizarea imobilului adjudecat, numele fostului proprietar (debitorului urmărit) şi al adjudecatarului, confirmarea obligaţiilor legale ale adjudecatarului (privitoare la plata preţului în întregime ori a condiţiilor de plată, în cazul vânzării imobilului cu plata în rate), iar în ipoteza imobilului construit pe bază de credit, menţionarea autorizaţiei instituţiei de credit.

În conformitate cu prevederile art.517 C.p.civ.," *un exemplar, de pe actul de adjudecare, se predă dobânditorului imobilului (adjudecatarului), spre a-i servi ca titlu de proprietate şi pentru a fi înscris în cartea funciară.*

În cazul în care imobilul a fost vândut cu plata preţului în rate, executorul judecătoresc va înainta un exemplar al actului de adjudecare biroului de carte funciară, pentru a înscrie, în cartea funciară, interdicţia de înstrăinare şi grevare a imobilului, până la plata integrală a preţului şi a dobânzii corespunzătoare."

Deşi vorbim de caracterul colectiv al procedurii insolvenţei, actul de adjudecare nu se predă creditorilor de catre lichidator. In schimb, „*executorul judecătoresc va preda un exemplar al actului de adjudecare şi creditorului urmăritor, spre a-i servi ca titlu executoriu împotriva cumpărătorului, dacă acesta nu plăteşte diferenţa de preţ*" .

In procedura colectivă, apreciem că actul de adjudecare se impune a fi încheiat în 4 exemplare, câte unul pentru debitor, adjudecatar, lichidator, ultimul urmând a fi depus la grefa instanţei în cadrul dosarului de faliment, pentru a da posibilitate tuturor persoanelor interesate să îl analizeze .

Efectele adjudecării

Actul de adjudecare este un act translativ de proprietate, întrucât prin el se materializează vânzarea silită a imobilului urmărit, şi eliberarea lui condiţionează trecerea imobilului din proprietatea debitorului în aceea a adjudecatarului .

În Tratatul de executare silita – Lumina Lex 2001-pag. 430, autorii (prof.univ.dr.S.Zilberstein si prof.univ.dr. V.M.Ciobanu arătau „*Pornind de la caracterul urmăririi silite imobiliare, ca o procedură de executare silită, cu caracter necontencios, se sfârşeşte printr-un act de adjudecare – act de autoritate publică – emanând de la executorul judecătoresc, ca organ de executare, investit de lege în îndeplinirea unui serviciu de interes public, ne conduce la concluzia că actul de adjudecare poate fi calificat astăzi ca un act judiciar, procedural, complex, producând efecte specifice şi multiple, pe planul dreptului material – civil şi comercial – şi al dreptului procesual*".

Reglementarea privitoare la efectele produse de actul de adjudecare îşi află sediul în art.518-519 C.proc.civ. Pe planul dreptului material, actul de adjudecare, obţinut ca rezultat final al procedurii de vânzare silită a imobilului urmărit, cu caracter irevocabil şi pus în executare, trece asupra adjudecatarului dreptul pe care l-a avut debitorul asupra acestui imobil, în general, dreptul de proprietate.

Am arătat că suntem, în prezenţa unui act translativ al dreptului de proprietate şi, de la această dată, adjudecatarul are dreptul să culeagă fructele şi veniturile, dar în acelaşi timp datorează dobânzi până la plata integrală a preţului şi suportă toate sarcinile imobilului. Sunt dispoziţiile art.518 alin.1 C.p.civ.

Potrivit art.518 alin.2, „*prin intabulare, adjudecatarul dobândeşte dreptul de a dispune de imobilul cumparat, potrivit regulilor de carte funciară*" . De la data intabulării, în conformitate cu dispoziţiile art.518 alin.3, „*imobilul rămâne liber de orice ipoteci sau alte sarcini privind garantarea drepturilor de creanţă, creditorii putându-şi realiza aceste drepturi numai din preţul obţinut. Dacă preţul de adjudecare se plăteşte în rate, sarcinile se sting la plata ultimei rate*".

Uzufructul, uzul, dreptul de abitaţie , servituţile sau alte drepturi ce pot greva imobilul nu sunt incluse în această liberare de sarcini. Acestea se exercită împotriva adjudecatarului în calitate de continuator al fostului proprietar, afară numai dacă adjudecarea s-a făcut în condiţiile art.509 alin.3 C.p.civ.

În conformitate cu prevederile art.518 alin.4,"*ipotecile şi celelalte sarcini reale , precum si drepturile reale intabulate după notarea somaţiei în cartea funciară se vor radia din oficiu, afară de cele pentru care adjudecatarul ar conveni să fie menţinute; de asemenea, vor fi radiate din oficiu drepturile reale intabulate ulterior înscrierii vreunei ipoteci, dacă vânzarea s-a făcut în condiţiile prevăzute de art.509 alin.4, toate notările făcute cu urmărirea silită, precum şi interdicţia de înstrăinare sau de grevare, dacă există, inclusiv promisiunea de a incheia un contract viitor, dacă până la întocmirea actului de adjudecare beneficiarul promisiunii nu si a înscris în cartea funciară dreptul dobândit în temeiul contractului care a facut obiectul acesteia*"

În actul de adjudecare, pentru a preîntampina eventuale litigii, se impune a specifică că adjudecatarul este considerat proprietar din momentul depunerii preţului şi tot de atunci are dreptul să încaseze chiriile sau să culeagă fructele produse de acel imobil.

Dacă imobilul a fost cumpărat cu plata în rate, cumpărătorul nu-l va putea înstrăina sau greva, fără încuviinţarea creditorilor urmăritori, înainte de plata integrală a preţului (art.518 alin.5).

Actul de adjudecare este titlu executoriu pentru adjudecatar, dacă imobilul se află în posesia debitorului (art.516 pct.8), această situaţie regăsindu-se atât în procedura colectivă, cât şi în cea individuală. În cazul în care executarea nu se face de bunăvoie, în baza actului, adjudecatarul poate cere executorului judecătoresc să fie pus în posesie, în sensul predării silite a imobilului.

Pentru creditor, împotriva cumpărătorului care nu plăteşte diferenţa de preţ atunci când vânzarea s-a făcut cu plata în rate (art.516 pct.9, actul de adjudecare constituie titlu executoriu în cadrul procedurii de drept comun. Si lichidatorul, în baza actului de adjudecare, trebuie, să înscrie în cartea funciară interdicţia de grevare sau de înstrăinare până la plata integrală a preţului şi a dobânzii corespunzătoare.

Disp. art. 520-523 C.p.civ. reglementează problemele cererii de evicţiune privind imobilul adjudecat.

Evicţiunea reprezintă pierderea proprietăţii lucrului (în total ori în parte), sau tulburarea cumpărătorului în exercitarea prerogativelor de proprietar. Codul civil, în art.1337, prevede că vânzătorul este *de drept obligat* să îl garanteze pe cumpărător de evicţiunea totală sau parţială a lucrului vândut, precum şi de sarcinile ce nu au fost declarate în cazul vânzării.

Conform disp. art.520 C.p.civ., " *orice cerere de evicţiune, totală sau parţială, privind imobilul adjudecat este stinsă,*

dacă imobilul adjudecat era înscris în cartea funciară şi dacă de la data înregistrării cererii de înscriere formulată de dobânditorul anterior al dreptului înscris în folosul terţului adjudecatar au trecut cel puţin 3 ani. În cazul imobilelor înscrise pentru prima dată în cartea funciară, în temeiul actului de adjudecare, cererea de evicţiune se va prescrie în termen de 3 ani de la data înscrierii actului de adjudecare în cartea funciară. Această prescripţie curge şi împotriva dispăruţilor, minorilor şi persoanelor puse sub interdicţie."

În dreptul comun, potrivit art.21 din Decretul nr.167/1958, dreptul de acţiune privind drepturile reale principale, se prescrie prin termenele lungi din Codul civil, nefiindu-le aplicabile dispoziţiile Decretului nr.167/1958.De observat ca termenul de 3 ani, prevăzut de art.520 C.p.civ. este mai scurt decât cel din dreptul comun .

Nu se ţine cont de faptul că acţiunea în revendicare este, în principiu, imprescriptibilă. Raţiunea fixării unui termen relativ scurt permite lămurirea rapidă a situaţiei juridice a imobilului, conferindu-se mai multă siguranţă adjudecatarului .

Şi în cazul procedurii colective, pentru ipoteza în care cererea de evicţiune este introdusă înainte de distribuirea între creditori a sumei realizate din executarea silită, judecătorul-sindic (in locul instanţei de executare), la cererea adjudecatarului, va putea să suspende distribuirea (împărţeala) preţului de adjudecare până la judecata definitivă a cererii de evicţiune.

Disp. art. 522 C.p.civ.precizează consecinţele evicţiunii adjudecatarului în dreptul comun" *dacă a fost evins, total sau parţial, adjudecatarul, în măsura evicţiunii, se va putea îndrepta printr-o acţiune în despăgubiri împotriva debitorului urmărit. Iar dacă adjudecatarul nu va fi îndestulat de debitor, pe măsura întinderii evicţiunii, el va putea acţiona pe creditorii urmăritori, în limita sumei încasate de aceştia*".

<u>În cazul vânzării în procedura insolvenţei, apreciem că va fi declarată ca inadmisibilă acţiunea în evicţiune promovată de adjudecatar împotriva creditorilor sau a lichidatorului</u> .

În contractul obişnuit de vânzare-cumpărare, subiectul activ al obligaţiei de garanţie este vânzătorul. Dacă vânzarea–cumpărarea s-a făcut prin intermediar, acesta nu va fi ţinut de garanţia contra evicţiunii, potrivit regulilor contractului de mandat .

În cazul vânzării la licitaţie instrumentată de executor s-a pus problema: cine este ţinut de obligaţia de garanţie - obligaţie existenţă indubitabil - creditorul ce a declanşat procedura sau chiar debitorul al cărui bun s-a pus în executare?

Adjudecatarul bunurilor urmărite nu poate avea acţiune în rezilierea vânzării în contra creditorului urmăritor, o atare acţiune trebuie să fie îndreptată contra debitorului.

Orice pretenţie pentru faptul că nu a fost în posesia bunurilor, din culpa practicianului, poate fi formulată de cumpărător, cel mult prin acţiunea reglementată de art.998 şi urm.C.civ. coroborate cu disp.art. 20 si 25 din Legea nr.85/2006.

În practică - dec.civ.56/1938 - în Jurisprudenţa română a Inaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie 1938 - pag.247 se arată că, adjudecatarul este prezumat că a renunţat la beneficiul art.1364 C.civ., fiind ca atare, ţinut să achite în întregime preţul adjudecării, chiar dacă e ameninţat de evicţiune. Cât timp adjudecatarul – în cazul executării silite individuale nu poate pretinde că preţul depus să nu se împartă între creditorii urmăritori până la încetarea ameninţării, la fel nu se poate suspenda distribuirea sumelor de către practician în baza planului de distribuţie efectuat cu respectarea formelor de publicitate .

Codul civil, în disp.art.1352, face vorbire şi de o altă raspundere a vânzătorului, în sensul asigurării cumpărătorului unei folosinţe utile a lucrului. Astfel, vânzătorul răspunde pentru viciile ascunse ale lucrului, dacă din cauza lor lucrul este impropriu întrebuinţării după destinaţie sau dacă viciile micşorează într-atât valoarea de întrebuinţare încât cumpărătorul, în cunoştinţă de cauză, nu ar fi cumpărat sau ar fi plătit un preţ mai redus.

Când lucrul vândut este afectat de un viciu, în sensul disp.art.1352 C.civ., situaţia prezintă asemănări cu viciul de consimţământ al erorii sau dolului asupra substanţei obiectului contractului (art.954 al.1 C.civ.).

Obligaţia de garanţie pentru vicii se aplică la orice vânzare, exceptând cazul vânzării prin licitaţie publică (art.1360 C.civ.). Apreciem că împotriva practicianului nu se pot promova acţiuni redhibitorii în situaţia în care cumpărătorul vizioneaza bunurile, i se comunică şi conţinutul raportului de evaluare întocmit în cauză şi declară că are cunostinţă despre situaţia faptică şi juridică a bunului.

Pe lângă analiza atentă a textelor Codului de procedură civilă referitoare la actul de adjudecare, se impune ca practicianul să posede informaţii temeinice în ceea ce priveşte identificarea cadastrală a imobilului, fiind pus în situaţia de a întocmi anterior vânzării documentaţia cadastrală .

Cadastrul general este sistemul unitar şi obligatoriu de evidenţă tehnică, economică şi juridică prin care se realizează identificarea, înregistrarea, reprezentarea pe hărţi şi planuri cadastrale a tuturor terenurilor, precum şi a celorlalte bunuri imobile de pe întreg teritoriul ţării, indiferent de destinaţia lor şi de proprietar.

Entităţile de bază ale acestui sistem sunt parcela, construcţia şi proprietarul. Prin imobil, în sensul prezentei legi, se înţelege parcela de teren cu sau fără construcţii.

Vom enumera câteva din prevederile Legii nr. 7 din 13 martie 1996 a cadastrului şi a publicităţii imobiliare, text republicat în M.Of. nr. 201/03.03.2006 :

- Funcţia tehnică a cadastrului general se realizează prin determinarea, pe bază de măsurători, a poziţiei configuraţiei şi mărimii suprafeţelor terenurilor pe destinaţii, categorii de folosinţă şi pe proprietari, precum şi ale construcţiilor.
- Funcţia juridică a cadastrului general se realizează prin identificarea proprietarului pe baza actului de proprietate şi prin înscrierea în cartea funciară.
- Dreptul de proprietate şi celelalte drepturi reale sunt opozabile faţă de terţi, fără înscrierea în cartea funciară, când provin din succesiune, accesiune, vânzare silită şi uzucapiune. Aceste drepturi se vor înscrie, în prealabil, dacă titularul înţelege să dispună de ele.

Înscrierile sunt de trei feluri:

a) întabularea, având ca obiect înscrierea definitivă a drepturilor reale;

b) înscrierea provizorie a drepturilor reale sub condiţia justificării ulterioare;

c) notarea, având ca obiect înscrierea drepturilor personale, a actelor şi faptelor juridice referitoare la starea şi capacitatea persoanelor, acţiunilor şi căilor de atac în justiţie, precum şi a măsurilor de indisponibilizare, în legătură cu imobilele din cartea funciară.

Cel care s-a obligat să strămute sau să constituie în folosul altuia un drept real asupra unui imobil este dator să îi predea toate înscrisurile necesare pentru înscrierea acelui drept. Dacă un drept înscris în cartea funciară se stinge, titularul este obligat să predea celui îndreptăţit înscrisurile necesare radierii. În situaţia în care cel obligat nu predă înscrisurile, persoana

interesată va putea solicita instanţei să dispună înscrierea în cartea funciară. Hotărârea instanţei de judecată va suplini consimţământul la înscriere al părţii care are obligaţia de a preda înscrisurile necesare înscrierii.

Dreptul la acţiunea în prestaţie tabulară este imprescriptibil.

În cazul în care cuprinsul cărţii funciare nu corespunde, în privinţa înscrierii, cu situaţia juridică reală, se poate cere rectificarea sau, după caz, modificarea acesteia.

Prin rectificare se înţelege radierea, îndreptarea sau menţionarea înscrierii oricărei operaţiuni, susceptibilă a face obiectul unei înscrieri în cartea funciară. Rectificarea înscrierilor în cartea funciară se poate face fie pe cale amiabilă, prin declaraţie autentică, fie în caz de litigiu, prin hotărâre judecătorească definitivă şi irevocabilă.

Prin modificare se înţelege orice schimbare privitoare la aspecte tehnice ale imobilului, schimbare care nu afectează esenţa dreptului pe care îl poartă asupra acelui imobil. Modificarea nu se poate face decât la cererea titularului dreptului de proprietate.

Erorile materiale săvârşite cu prilejul înscrierilor în cartea funciară pot fi îndreptate la cerere sau din oficiu.

Procedura de înscriere în cartea funciară

Cererea de înscriere în cartea funciară se va depune la birourile teritoriale ale oficiului teritorial şi va fi însoţită de înscrisul original sau de copia legalizată de pe acesta, prin care se constată actul sau faptul juridic a cărui înscriere se cere; copia legalizată se va păstra în mapa biroului de cadastru şi publicitate imobiliară.

Înscrierile în cartea funciară se efectuează la cererea părţilor interesate, cu excepţia cazurilor în care legea prevede înscrierea din oficiu; cererea de înscriere se îndreaptă la biroul unde se află cartea funciară în care urmează să se facă înscrierea.

Întabularea sau înscrierea provizorie poate fi cerută de orice persoană care, potrivit înscrisului original, hotărârii judecătoreşti sau hotărârii autorităţii administrative, urmează să strămute, să constituie, să modifice, să dobândească sau să stingă un drept tabular.

În cazul în care identificarea cadastrală a imobilului nu este posibilă, pe baza datelor existente, vor fi folosite documentaţii cadastrale întocmite şi recepţionate conform prevederilor prezentei legi.

În cazul în care o carte funciară urmează a fi întocmită ori completată prin înscrierea unui imobil care nu a fost cuprins în nici o altă carte funciară, precum şi în cazul în care o carte funciară a fost distrusă, pierdută ori a devenit nefolosibilă, în tot sau în parte, din diferite cauze, întocmirea, completarea şi reconstituirea, după caz, se face de către registratorul de la biroul teritorial, la cerere sau din oficiu, cu acordul celor interesaţi, pe baza unei încheieri. În acest scop se folosesc toate înscrisurile şi documentaţiile tehnice existente, privitoare la imobilele în cauză, precum şi situaţia dreptului de proprietate.

Încheierea poate fi atacată, după caz, în condiţiile art. 50 alin. (2).

Erorile materiale săvârşite cu prilejul înscrierilor sau radierilor se pot îndrepta, prin încheiere motivată, de către registratorul de la biroul teritorial, la cerere sau din oficiu, cu comunicarea acesteia persoanei interesate.

Privilegiul pentru garantarea preţului datorat de coproprietarul adjudecatar al imobilului supus împărţelii se va înscrie în temeiul actului de adjudecare.

Dacă ipoteca creanţei novate a fost rezervată pentru garantarea noii creanţe, aceasta se va înscrie, în rangul vechii ipoteci sau vechiului privilegiu, în temeiul înscrisului care face dovada novaţiunii.

Cel subrogat în drepturile creditorului ipotecar sau privilegiat va putea cere înscrierea strămutării dreptului de ipotecă sau privilegiului în temeiul înscrisurilor ce dovedesc subrogarea.

Faţă de cele prezentate mai sus, rezultă că atribuţia practicianului în insolvenţă de a emite actele de adjudecare în urma licitaţiilor, se înscrie pe linia lărgirii competenţelor practicianului şi a degrevării judecătorului-sindic de atribuţii manageriale, linie promovată de noua lege a insolvenţei .

BIBLIOGRAFIE

"Tratatul de executare silita" – Ed.Lumina Lex 2001, autori - Prof.univ.dr.Savelly Zilberstein si Prof.univ.dr. Viorel Mihai Ciobanu
"Noua Lege a insolvenţei-legea nr.85/2006" - Ed. Hamangiu-2006, autori Prof.univ.dr.St.Carpenaru, Lect.univ.dr.Vasile Nemes, Lect.univ.dr.Mihai Adrian
"Comentariile Codului de procedura civila"- Ed.All Beck-vol. I, autor Prof.univ.dr.Ioan Les
'Evictiunea in contractele civile"-Ed.All1998, autor Lector univ.dr.Camelia Toader

Contribuţii la conturarea noului concept de procedură a insolvenţei

Asist. univ. drd. Mădălina Stan
Universitatea *Ovidius* Constanţa

Prof. univ. dr. Ion Turcu
Universitatea *Babeş-Bolyai* Cluj-Napoca

INTRODUCERE

Într-o lume chinuită de frământări, în veşnică şi neostenită goană după bani, o constantă: FALIMENTUL!

Predica Sfântului Apostol Luca a fost dată uitării: „Iubiţi-vă duşmanii, faceţi numai bine şi împrumutaţi fără să aşteptaţi răsplată."

În zilele noastre banul a devenit o materie primă care se cumpără, se vinde, se joacă, se speculează. A devenit propriul său scop, fără legătură precisă cu realitatea economică, productivă. Circa 1500 miliarde dolari inundă zilnic pieţele de schimb valutar în căutarea unui _profit instantaneu, fără nicio legătură cu industria, comerţul sau serviciile. Consecinţa este creşterea continuă a veniturilor capitalului în detrimentul veniturilor muncii, generalizarea precarităţii şi extinderea sărăciei.

De ce averea debitorului? Pentru că ea este epicentrul întregii proceduri de insolvenţă. Spre ea se îndreaptă toate speranţele şi asupra ei se revarsă toate decepţiile. „Averea" (în limbaj cotidian) sau „patrimoniul" (în limbaj juridic) poate fi, ca reprezentare juridică doctrinară, o emanaţie a personalităţii, deşi ea poate fi uneori practic un receptacul abstract şi vid sau plin de datorii. Robespierre şi Babeuf au propus să fie eliminat acest cuvânt din vocabular iar autorii contemporani sugerează construcţii noi cu care să fie substituit patrimoniul: grupările de persoane fizice fără personalitate juridică şi grupările de bunuri (universalităţile).

Trinitatea insolvenţei: o persoană – un patrimoniu – o procedură nu este obligatorie.

Confuziunea patrimoniilor, concept utilizat în procedurile colective, se cere a fi foarte precis definită pentru că reprezintă o armă foarte periculoasă. Ea permite reunirea mai multor persoane pentru ca ansamblul activelor să suporte ansamblul pasivelor. Un mecanism similar se regăseşte în dreptul SUA (*substantive consolidation*).

S-ar putea crede că teoria falimentului s-a născut pentru a crea dreptului civil probleme pe care altfel nu le-ar fi avut de înfruntat : revendicările de bunuri incorporale, de creanţe, de bunuri fungibile etc. Atunci, de ce nu mai pot fi revendicate şi în situaţiile debitorului *in bonis*?

Numai dreptul insolvenţei, de unul singur, nu ar putea justifica noile soluţii propuse în privinţa proprietăţii şi a dreptului bunurilor. Redresarea debitorului, obiectul primordial al procedurii, este chemat să explice toate ciudăţeniile procedurii insolvenţei.

Dreptul de proprietate este conceput de dreptul civil ca având o existenţă perpetuă şi de aceea nu se pierde prin neuz. Totuşi, dreptul insolvenţei îi impune să se exercite într-un termen scurt, prin acţiunea în revendicare (art. 90 al Legii nr. 85/2006).

În dreptul civil, proprietarul care îşi revendică bunul trebuie să-l identifice cu precizie. Dreptul insolvenţei permite chiar şi revendicarea bunurilor nesusceptibile de identificare, deoarece sunt fungibile.

Acţiunea în revendicare din dreptul civil pune în discuţie dreptul de proprietate.

Dreptul insolvenţei acceptă şi revendicările bunurilor a căror apropriere este negată, cum sunt bunurile incorporale şi creanţele.

Pentru omul de rând, falimentul nu este evocator de impresii agreabile: un faliment bancar din pricina căruia i-a fost ruinată afacerea; oameni lăsaţi în şomaj, furnizori neplătiţi, pustiirea unor orăşele etc.

Pentru asemenea isprăvi, în antichitate şi în evul mediu existau pedepse corporale şi procedura tehnică infamantă (*banca rota*). Denumirea a rămas (bankruptcy), dar procedura s-a schimbat radical. Creditorii votează în favoarea planului de reorganizare iar judecătorul se limitează la constatarea că el serveşte *the best interest of creditors*. Toţi sunt convinşi că interesele lor sunt convergente. Uneori debitorul face uz de strategia *bankruptcy* şi cere deschiderea procedurii, în momentul în care se simte încolţit de creditori, pentru a evita plăţile silite. Ultimii ani au readus în atenţie falimentul prin nume sonore ca gigantul energetic ENRON (20 miliarde de dolari datorii), gigantul în telecomunicaţii WorldCom, societatea de biotehnologie ImClone şi altele.

I. UN DREPT AL CONFLUENŢELOR

§ 1. Morala creştină şi Dreptul

Poruncile creştineşti din timpuri străvechi se remarcau printre altele şi prin spiritul de întrajutorare. Acest spirit era comun Orientului şi Occidentului dar modul concret de acţiune pe care îl sugerau poruncile conţinea o diferenţă semnificativă.

Astfel, Biblia, poruncea credinciosului să se conformeze Talmudului şi să îşi deschidă mâna pentru a-l ajuta pe cel sărac

din poporul său. Despre cel sărac din poporul vecin nu se făcea nici o referire.

În mod diferit suna porunca, mai veche cu peste două milenii, din vremea lui Confucius şi din patria lui. „Dacă vrei să-l ajuţi pe seamănul tău dăruieşte-i un peşte, dar mai bine învaţă-l să pescuiască."

Protejarea şi sprijinirea celui slab, restabilirea unui corect echilibru în raporturile interumane de toate felurile era un comandament moral prezent în toate orânduirile sociale, pentru că cel sărac şi îndatorat era considerat că face tot ceea ce îi stă în putinţă pentru a-şi plăti datoriile şi numai împrejurările mai presus de voinţa sa şi contrare tuturor eforturior sale îl împiedică.

Această idee pune sub semnul îndoielii corectitudinea demersurilor creditorului de a obţine cu maximă exigenţă plata datoriei, pentru că legea nu cunoaşte compasiunea.

§ 2. Terapia debitorului în suferinţă

În vremurile noastre, am putea crede că aceeaşi idee se regăseşte, într-un plan secund, în năzuinţele terapeutice ale procedurilor de insolvenţă la căpătâiul debitorilor în suferinţă. Este o certă neconcordanţă cu mijloacele de constrângere nemiloase pe care le oferă Codul de procedură civilă în reglementarea urmăririi silite a debitorului.

Respectul angajamentului luat nu poate fi conceput în armonie cu neplata datoriilor, dar pe de altă parte, salvarea unor debitori ar putea contribui la evitarea unor tulburări economice. Fenomenul nu este izolat, astfel că soarta unei intreprinderi nu poate fi indiferentă pentru întreaga colectivitate, deoarece dispariţia intreprinderii va produce efecte dăunătoare multiple şi inacceptabile. Se consideră, astfel, că prăbuşirea unora dintre debitori nu este o afacere strictă între ei şi creditorii lor, ci interesează societatea într-un sens mai larg şi poate întreaga economie. Numai că redresarea unei intreprinderi necesită un tratament uneori preferenţial care bulversează regulile de drept comun ale urmăririi silite şi deranjează pe partenerii economici ai acelei intreprinderi. Interesele economiei naţionale nu pot permite ca mijloace de producţie viabile să fie distruse pentru doar unele raţiuni juridice.

Până unde se poate merge în mlădierea dreptului în faţa realităţii faptelor, pentru asigurarea supravieţuirii unor intreprinderi care întâmpină dificultăţi?

Dificultăţile privind recuperarea creanţelor sunt deseori la originea situaţiilor de criză în care se află debitorul. Aceste situaţii nu-şi vor găsi rezolvarea în alt mod decât prin deschiderea procedurii insolvenţei.

„În sport, principalul este să participi. În procedura insolvenţei principalul este să nu participi." (Bernard Soinne)

Numeroşi autori, mai în glumă, mai serios recomandă creditorilor să facă totul pentru a evita implicarea într-o procedură de insolvenţă. Uneori dificultăţile de plată cu care se confruntă debitorul îşi au sorgintea într-o situaţie de criză accentuată şi îndelungată care nu-şi poate găsi remediul nici într-o procedură de insolvenţă. Dacă, adeseori, această terapie judiciară devine necesară, este totuşi preferabil să nu se evite nici un efort pentru a evita acest deznodământ.

S-au întâlnit şi situaţii în care creditorul poate găsi în procedura insolvenţei satisfacţia bunei conştiinţe şi fermităţii pentru a justifica, mai ales faţă de administraţia finanţelor publice îndeplinirea tuturor diligenţelor necesare pentru a-şi încasa creanţa.

Rezultatele acestor eforturi sunt modeste. Circa 95% din cazurile de proceduri deschise se finalizează în lichidare judiciară, care, la rândul ei, are un rezultat dezastruos. Creanţele chirografare pot spera într-o recuperarea medie de 1% în procedura de reorganizare. Această constatare îl pune pe gânduri pe creditor care mai verifică încă odată oportunitatea deschiderii procedurii. Cum însă opţiunea este între acţiune şi pasivitate, unii vor prefera să încerce deschiderea şi nu dezarmanta pasivitate[1].

§ 3. Intervenţia autorităţilor publice

Intervenţia autorităţilor publice sau judiciare, pentru adaptarea la seismele economice şi sociale se caracterizează prin voinţa de a considera că dreptul nu este un sistem închis şi static, ci un instrument pentru promovarea anumitor valori.

Deşi principiul are un domeniu mai vast, el iese în relief mai ales în procedura insolvenţei.

Dacă regulile privind constrângerea debitorului să-şi plătească datoriile sunt juste şi trebuie să fie aplicate situaţiilor obişnuite, aceste reguli nu vor permite soluţionarea crizelor generalizate pentru care se cer remedii adecvate[2]. De aceea necesită a fi adaptate alte reguli, prin normele care alcătuiesc procedurile de insolvenţă. Aceste norme urmăresc să organizeze raporturile juridice între debitor şi parteneri într-o procedură neobişnuită, colectivă şi egalitară, care utilizează atât instrumentul redresării cât şi cel al lichidării, după caz, pentru atingerea obiectivului plăţii datoriilor.

II. INSOLVENŢA – UN DREPT CONFLICTUAL

Legiuitorul a atribuit procedurii insolvenţei funcţii multiple, dar a privilegiat una sau alta dintre cele trei mai importante: evacuarea de pe piaţă şi sancţionarea agenţilor economici necinstiţi; asigurarea plăţii creanţelor pe o bază colectivă; redresarea întreprinderii în dificultate. Aceasta din urmă, corespunde nu numai intereselor supravieţuirii unei intreprinderi ci şi restructurării economiei într-un context concurenţial[3].

Dreptul insolvenţei este marcat puternic şi profund de concepţia economică. Înţesat de excepţii, el este scena conflictelor de interese deopotrivă legitime, dar contradictorii, unele fiind sacrificate prin dispoziţii de ordine publică. Interesul intreprinderii în insolvenţă este de a obţine amânări la plată sau iertări de datorie. Totuşi, dispariţia intreprinderii este un fenomen la fel de natural ca şi decesul unei persoane fizice[4]. Interesul creditorilor este de a fi plătiţi cât mai curând şi cât mai complet. Totdată ei sunt interesaţi să-şi primească în natură prestaţia la care s-a obligat debitorul. Salariaţii, în calitate de creditori, se tem de concediere mai mult decât de neprimirea plăţilor. Colectivitatea întreagă este la rândul ei interesată de soarta intreprinderii a cărei dispariţie va conduce la creşterea şomajului şi la alte efecte nedorite.

Dreptul insolvenţei este, aşadar, un drept pronunţat conflictual pentru că se aplică la situaţii conflictuale. El este un drept pluridisciplinar pentru că interesează mai multe ramuri ale dreptului, iar cel care se consacră practicii acestui domeniu trebuie să posede o calificare polivalentă.

Dreptul insolvenţei este un drept al răspântiilor, al confluenţei numeroaselor discipline juridice şi de altă natură, la frontiera dreptului privat, menit să concilieze raporturi juridice şi economice. El nu este autonom faţă de dreptul privat şi reprezintă un subansamblu al dreptului comercial care alcătuieşte o ramură distinctă a dreptului privat.

Pe de altă parte, este un drept cu tendinţe invadatoare în dreptul privat.

Interesul studierii interacţiunilor dreptului insolvenţei cu alte ramuri ale dreptului privat depăşeşte cadrul prezentului studiu. Ne vom rezuma, în acord cu alţi autori, să constatăm că el supune multe dintre pârghiile dreptului privat la soluţii derogatorii care le denaturează uneori. Pe de altă parte, el

conferă uneori o nouă vigoare mecanismelor juridice de drept privat. Confruntarea lui cu dreptul privat este profitabilă pentru că favorizează geneza unor ramuri de drept privat şi confirmă flexibilitatea dreptului.

Pentru a reliefa rolul de laborator experimental al dreptului insolvenţei, se cer a fi ordonate interacţiunile după raţiunea lor juridică expunând divergenţele şi explicând cum pot fi conjugate numeroasele ramuri de drept privat.

III. INTERACŢIUNEA CU DREPTUL ECONOMIC

„Cum ar putea exista o lume fără norme care să reglementeze falimentul?" – se întreabă un autor american[5]. Întrebarea pare fără sens în zilele noastre când mereu apar noi discipline juridice care îşi revendică autonomia. De altfel, rădăcinile procedurii falimentului sunt profunde în istorie şi materia este controlată de forţa publică. Mai curând se caută noi metode şi procedee juridice menite să facă această procedură cât mai eficientă sub aspect economic. Această tendinţă nu este întâmplătoare pentru că tot mai mult dreptul este investit de economie cu rezolvarea unor probleme importante şi complexe.

Relaţia între drept şi economie presupune interacţiuni bilaterale. Dreptul influenţează economia şi determină modificarea comportamentului agenţilor economici, prin reguli mai ales de natură fiscală. În ce priveşte falimentul problema care se cere a fi rezolvată este dacă este bine şi util să crească costurile directe ale întreprinderii prin aplicarea procedurilor de insolvenţă costisitoare sau este preferabil să se utilizeze dreptul comun al garanţiior şi al realizării creanţelor prin urmărire silită asumând riscul creşterii costurilor indirecte, în detrimentul creditorilor.

Pe de altă parte, economia exercită o influenţă asupra dreptului mai ales prin creşterea nivelului de viaţă şi multiplicarea necesităţilor.

Interacţiunea dreptului cu economia se reflectă cel mai concret în dreptul economic, un drept mai liberal în zilele noastre decât în trecut.

Uniunea Europeană intervine prin promovarea principiilor de eficienţă şi prin alocarea eficientă a resurselor pentru a sprijini dezvoltarea unui drept economic care să garanteze libertatea circulaţiei şi a concurenţei pe piaţă. Astfel, dreptul economic apare nu doar ca o ştiinţă a deciziei, ci şi ca o ştiinţă a acţiunii, urmărind obţinerea celui mai bun rezultat posibil.

Relaţia dreptului insolvenţei cu dreptul economic a fost pusă în evidenţă numai în recentele evoluţii. Un timp îndelungat dreptul insolvenţei s-a bazat pe teoria obligaţiilor şi pe dreptul bunurilor. În evoluţiile recente, ţinta a fost modificată prin operarea distincţiei între persoană şi întreprindere. Obiectivul prioritar este salvarea întreprinderii şi nu sancţionarea debitorului falit. Înzestrându-se cu instrumentele necesare pentru îndeplinirea obiectivelor şi incitând la dobândirea unei dimensiuni economice a raţionamentului juridic, dreptul insolvenţei prezintă notele caracteristice ale unei discipline aparţinând dreptului economic şi s-ar putea intitula dreptul economic al întreprinderilor în insolvenţă. [6]

Realităţile cazurilor de insolvenţă au demonstrat că entităţile supuse acestei proceduri, aproape în totalitate sunt incapabile de redresare şi circa 90% sunt lichidate. Sfidând această realitate dreptul economic al întreprinderilor în insolvenţă îşi propune să facă posibilă salvarea întreprinderilor. Acest drept este condiţia salvării dar nu cauza acesteia. O terapie de redresare aplicată unei entităţi fără active este lipsită de orice raţiune.

Pe de altă parte trebuie să avem în vedere că dreptul economic al insolvenţei nu a fost creat numai pentru sprijinirea debitorului, ci şi pentru promovarea intereselor creditorilor care acţionează în aceleaşi condiţii ale mediului de afaceri.

Dreptul economic al insolvenţei are două ţinte: falimentul debitorului şi dificultăţile insolvenţei debitorului.

Acest din urmă obiectiv presupune intervenţia precoce înainte ca incapacitatea de plată să fie iremediabilă.

Studiul insolvenţei este aproape întotdeuna descurajant pentru că succesul este aproape întotdeuna de domeniul mirajului şi cu toate acestea disciplina de studiu rămâne atractivă pentru jurişti, dacă nu chiar fascinantă. Dreptul insolvenţei are ca punct de plecare o realitate economică - incapacitatea de plată - şi propune modalităţi pentru soluţionarea aceteia. Aceste mijloace şi modalităţi sunt diverse privite pe plan naţional, european şi internaţional. Pe plan naţional s-a remarcat o evoluţie similară cu aceea din alte ţări, de la falimentul dezonorant din reglementarea Codului comercial român de la 1887, la conceptul modern de reorganizare, şi de la debitorul comerciant incapabil să-şi plătească datoriile comerciale la debitorul comerciant sau necomerciant care nu poate face faţă datoriilor de orice fel, de la lichidare la redresare.

Problema care dăinuie este cine va obţine recuperarea creanţei şi în ce măsură. Soluţia nu poate fi lăsată la iniţiativa individuală a unuia sau altuia dintre creditori, astfel că procedura insolvenţei este în mod necesar colectivă şi concursuală. În zilele noastre regulile contra debitorului în insolvenţă şi cele care favorizează redresarea coabitează. Distincţia între persoană şi întreprindere este primordială. Pe de o parte nu se poate imputa vinovăţia conducătorului şi în acelaşi timp consecinţele acestei culpe să fie suportate de întreprindere, ci se preferă sancţionarea conducătorului şi salvarea întreprinderii dacă este posibilă. În sens contrar este fără sens menţinerea unei întreprinderi care econmic nu mai este viabilă şi este injust să fie pedepsit un conducător care a fost victima circumstanţelor economice.

Pe plan european posibila armonizare a drepturilor naţionale rămâne un obiectiv dorit, chiar dacă statele membre, cu legislaţii diferite, adoptă aceleaşi principii.

Uniunea Europeană este cert interesată în procedurile de insolvenţă în spaţiul liberei circulaţii a persoanelor, mărfurilor, serviciilor şi capitalurilor dotat cu reguli precise de concurenţă. Dacă nu s-a putut realiza până în prezent o armonizare, cauza este diversitate al regimurilor juridice aplicabile creditorilor cu creanţe garantate. Aşa se explică şi faptul că statele Uniunii Europene au preferat să pună accentul pe norme de drept internaţional privat cu caracter comunitar. Aceste norme s-au materializat în Regulamentul 1346/2000 din 29 mai 2000. Obiectivul este coordonarea procedurilor de insolvenţă deschise în diferite state memebre prin reguli privind competenţa jurisdicţională şi recunoaşterea hotărârilor judiciare. Regulamntul este aplicabil de la 31 mai 2002 tuturor statelor memebre cu excepţia Danemarcei şi numai dacă principalul centru de interese ale debitorului este situat într-un stat membru. Regulamentul nu se aplică întreprinderilor de asigurări, instituţiilor de credit şi altor categorii menţionate.

Pe plan internaţional s-au încheiat convenţii bilaterale sau multilaterale, de exemplu organizaţia pentru armonizarea în Africa a dreptului afacerilor OHADA. Comisia Naţiunilor Unite pentru dreptul comercial internaţional (CNUDCI) a adoptat ghidul pentru legea DIP care serveşte ca model de legislaţie naţională. Banca Mondială a realizat în anul 2001 principiile şi liniile directoare pentru procedurile de faliment. Tot Banca Mondială publică rapoarte Doing business care măsoară eficienţa economică a legislaţiillor naţionale inclusiv în domeniul procedurilor de insolvenţă, pentru a desemna cele mai reuşite sisteme. Din analiza acestor rapoarte se poate concluziona că dreptul poate influenţa economia fie dând mai

multă securitate pieţei printr-un cadru juridic previzibil în cazul falimentului unei întreprinderi, fie prin ameliorarea situaţiilor întreprinderilor în insolvenţă.

În ceea ce priveşte implicarea judecătorului în insolvenţă, tendinţa este de creştere a importanţei rolului său pentru soluţionarea conflictelor între debitor şi creditori şi pentru redresarea debitorului. Rolul judecătorului nu este unanim apreciat, ci este considerat ca fiind prea puţin adaptat nevoii de decizie rapidă şi sigură. Prezenţa lui în procedura insolvenţei are mai mult raţiuni istorice, pentru că raţiunea lui s-a schimbat. Cu toate acestea, având în vedere tensiunile şi conflictele între protagoniştii procedurii, se menţine rolul important al acestui judecător în procedura insolvenţei.

Propunându-şi ca obiectiv prioritar redresarea debitorului insolvent, această procedură se dotează cu mijloace curative, dar şi cu mijloace preventive.

Insolvenţa nu este un teren rezervat dreptului comercial, pentru că dimensiunea economică a fenomenului justifică implicarea dreptului economic al insolvenţei.

Însăşi activitatea economică se consideră raţiunea existenţei dreptului insolvenţei. Conjunctura economică este cea care, în perioadele de recesiune impune existenţa unor reguli privind insolvenţa debitorului. Oscilând între favorizarea debitorului şi favorizarea creditorului, dreptul economic al insolvenţei îşi găseşte în activitatea economică justificarea sa esenţială.

Concepţia juridică asupra insolvenţei are în vedere caracterul colectiv al urmăririi silite a creanţelor, pe baza principiilor dreptului bunurilor, garanţiilor şi obligaţiilor. Concepţia economică pune pe planul secund interesul creditorilor şi pe primul plan salvarea întreprinderii. În unele opinii, procedura insolvenţei trece printr-un proces de diminuare a importanţei juridicului în favoarea economicului.[7]

Economiştii manifestă un interes tot mai accentuat faţă de dreptul insolvenţei şi prezenţa lor majoritară în efectivul practicienilor în insolvenţă din România este cea mai bună dovadă în acest sens. Aşadar juriştii şi economiştii sunt la unison interesaţi în existenţa reglementărilor având ca obiectiv insolvenţa. Divergenţele se referă la ierarhia obiectivelor, favorizarea creditorului sau a debitorului, iar răspunsul se caută în eficienţa economică a celor două alternative.

Evaluarea contabilă a eficienţei se realizează prin statistica redresărilor reuşite şi a lichidărior falimentare. La noi ca şi în alte ţări proporţia este de 95% pentru lichidări şi numai 5% pentru redresări. În Franţa circa 80% din totalul lichidărilor comerciale nu permit nici o repartizare pentru creditori. Aşadar s-a generat o absurditate economică prin cheltuieli de procedură deloc neglijabile dar şi nerecuperabile în 80% din cazuri. Pe lângă aglomerarea instanţelor şi a practicienilor, aceste proceduri au costat în 1998 cel puţin 500 milioane franci francezi.

Pentru evaluarea procedurilor, economiştii utilizează criterii diferite: durata, costul reorganizării, modificarea rangului priorităţii creanţelor, procentul de recuperare, succesul planului.

Evaluarea juridică se referă la normele de procedură în măsura în care sunt adecvate şi la imparţialitatea şi competenţa organelor care aplică procedura.

IV. INTERACŢIUNEA CU DREPTUL PRIVAT

§ 1. Confruntări şi compromisuri

Scopurile procedurii insolvenţei au evoluat în timp, de la represiunea răilor platnici la prevenirea şi redresarea intreprinderilor. Legiuitorul a optat pentru a frâna dispariţia locurilor de muncă pentru că ele sunt indispensabile salariaţilor dar totodată de ele depinde prosperitatea unui mediu geografic şi în sens mai larg prosperitatea economiei naţionale. Aceste obiective se confruntă cu numeroase reguli de drept comun, fie drept civil fie drept comercial, dreptul muncii, dreptul fiscal etc. De aceea procedura insolvenţei este, prin natura sa, un compromis între propriile scopuri şi obiectivele celorlalte discipline, este un loc de confruntare a intereselor şi a decepţiilor, pentru că apropape întotdeauna resursele debitorului nu sunt suficiente pentru satisfacţia tuturor. Astfel, în Franţa, în anul 2002, circa 90% din proceduri s-au finalizat prin lichidare judiciară, iar în 2003 numai 3 din 10 proceduri iniţiau un plan de redresare[8].

Relaţia între dreptul privat, ca drept comun, şi dreptul insolvenţei, ca drept special este marcată de generalitatea dispoziţiilor dreptului comun. Dacă am considera o normă ca fiind specială faţă de alta, care este drept comun, aceeaşi normă specială poate să reprezinte drept comun pentru raportul cu a treia normă.

Dispoziţiile dreptului insolvenţei sunt speciale în raport cu Codul civil care reprezintă dreptul comun al contractelor. Totuşi, aceleaşi dispoziţii speciale din dreptul insolvenţei pot fi considerate ca drept comun în raport cu texte din dreptul bancar şi dreptul pieţelor financiare.

Apartenenţa la una sau alta din categoriile de mai sus, determină prioritatea aplicării acestora. În prezenţa normei de drept special, dreptul comun are o aplicaţie reziduală, dar dacă ar lipsi norma de drept special s-ar aplica norma de drept comun.

Există procedee tehnice, în forma unor maxime, care au ca scop să articuleze cele două tipuri de norme pentru rezolvarea unui conflict de texte, intervenind simultan. Maximele confirmă vocaţia reziduală a dreptului comun de a se aplica de îndată ce o anumită situaţie juridică nu s-ar încadra cu precizie în obiectul unei norme speciale.

Studiul interacţiunilor procedurii insolvenţei cu diferitele ramuri de drept privat reclamă **echilibrul intereselor divergente, idealul simbolizat de balanţa justiţiei.** Nimeni nu trebuie să fie sacrificat pentru satisfacţia altora, dar fiecare trebuie să accepte sacrificiile pe care le impune viaţa socială, cu sentimentul că nu i se cere lui mai mult decât altora.

Un sistem de norme juridice, care trebuie să concilieze interese variate şi imperativ diverse, trebuie să prezinte o securitate certă prin previzibilitatea sa, dacă vrea să fie acceptat şi să nu şocheze subiectele de drept înşelate în aşteptările lor.

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

Acest obiectiv ideal a rămas şi astăzi neatins.

Uneori procedura insolvenţei este învinsă de dreptul comun, alteori dreptul comun cedează terenul în faţa imperativului redresării întreprinderii.

Cu privire la rezolvarea conflictelor între normele dreptului comun şi cele speciale s-au manifestat atitudini diverse[9].

Pentru început, trebuie să luăm în considerare dificultatea de a califica fără ezitări şi eroare o normă ca fiind de drept comun sau de drept special în domeniul obligaţiilor. Faptul că o normă este inclusă într-un cod sau altul nu ajută cu nimic la calificarea ei, pentru că după cum ştim o asemenea includere nu este dictată exclusiv de motive de ordin teoretic ci dimpotrivă, imperativele de politică legislativă influenţează

vizibil repartiţia regulilor şi deci, trasarea graniţei între dreptul comun şi drepturile speciale.

Dacă ne punem nădejdea în doctrină pentru a clarifica ideea, trebuie să ne resemnăm că ne întoarcem cu mai multe îndoieli decât certitudini. Oricum, după lectura operelor ştiinţifice consacrate problemei rămânem cu impresia că dreptul nostru contemporan se caracterizează sub acest aspect prin fluiditatea sau chiar inceţoşarea frontierelor dintre dreptul comun şi drepturile speciale.

În această perspectivă, pentru a elucida ideea, vom depăşi optica clasică, pentru a pune în evidenţă două fenomene: *coexistenţa* dreptului comun cu drepturile speciale şi *convergenţa* între acestea.

§ 2. Coexistenţă şi convergenţă. Rezistenţă şi complementaritate

Coexistenţa dreptului comun cu drepturile speciale în materie de obligaţii se manifestă, în dreptul pozitiv, în două forme diferite. În prima, se manifestă rezistenţa dreptului comun, în cea de-a doua se constată un raport de complementaritate între cele două.

Rezistenţa poate fi exemplificată prin reglementarea deschiderii procedurii în legislaţia consacrată acestui domeniu. Astfel, Codul comercial prin dispoziţiile art. 695, permitea creditorului să ceară deschiderea procedurii falimentului numai dacă debitorul avea calitatea de comerciant şi încetarea plăţilor se referea la datoriile sale comerciale. Legea nr. 64/1995, în varianta publicată la 29 iunie 1995, în art. 1 preciza că procedura reorganizării şi lichidării judiciare se aplică numai comercianţilor persoane fizice şi societăţilor comerciale, care nu mai pot face faţă datoriilor lor comerciale. Legea nr. 85/2006, în art. 1 prevede că procedura insolvenţei se aplică atât comercianţilor cât şi unor necomercianţi şi pentru orice fel de datorii, nu numai pentru cele comerciale. Aşadar rezistenţa a fost treptat slăbită şi domeniul de aplicare a procedurii insolvenţei a fost extins iar procesul extinderii încă nu s-a încheiat.

Complementaritatea se exprimă prin recurgerea procedurii insolvenţei la normele dreptului comun atât pentru raţiuni de tehnică juridică (lacune, imperfecţiuni, impreciziuni etc.) cât şi pentru imperative de politică juridică. Astfel, de exemplu, Legea nr. 85/2006, pentru raţiuni de tehnică juridică prevede în art. 7 alin. (1), (2) şi (3), recurgerea la dispoziţiile Codului de procedură civilă pentru modalităţile de citare. Pentru raţiuni de politică juridică au fost edictate normele cuprinse în art. 12 alin. (2) cu privire la neaplicarea regulilor incompatibilităţii precum şi normele din art. 64, privind înregistrarea din oficiu a creanţelor salariaţilor.

Dreptul insolvenţei poate juca două roluri diferite: drept special faţă de dreptul comun şi drept comun faţă de alte norme în domeniu.

Dreptul insolvenţei este răspântia unor diferite orientări ale gândirii juridice, economice şi politice. În virtutea intereselor divergente care se confruntă pe terenul său, este un drept conflictual. Dăinuirea sa rezultă din echilibrul intereselor şi elaborarea unei structuri adecvate scopului. Coabitarea acestor interese contrarii este dificilă şi rămâne încă un deziderat. După ce a jucat rolul de instrument al executării silite private, s-a ajuns la subordonarea intereselor creditorilor faţă de interesul superior al intreprinderii. Ca drept special, dreptul insolvenţei este evins adeseori de dreptul comun, pentru a soluţiona opoziţia între interesul intreprinderii, de a obţine o diminuare a datoriei şi de a se redresa şi interesul creditorilor care în schimbul creditului acordat pretind să fie just onorate creanţele lor. La rândul său, dreptul insolvenţei poate fi evins de norme speciale cum sunt cele din domeniul insolvenţei băncilor şi altor instituţii financiare.

§ 3. Confruntare şi evicţiune. Filozofia individualistă şi filozofia economistă

Dreptul insolvenţei este un drept de ordine publică, derogatoriu faţă de dreptul comun. Numeroase dispoziţii din această ramură afirmă imperativul salvării intreprinderii. Concilierea intereselor divergente se soldează cu evingerea dreptului comun de către dreptul insolvenţei în beneficiul intreprinderii în dificultate sau în favoarea creditorilor.

În confruntarea dreptului comun al contractelor cu dreptul insolvenţei, este uneori evins dreptul comun. Astfel, contractanţii *in bonis*, stipulează clauze reciproc satisfăcătoare şi adecvate nevoilor lor. Dreptul insolvenţei trece pe un plan secund analiza de drept civil a contractului, pentru a favoriza valoarea sa patrimonială şi obiectivul său economic, care îi va decide şi soarta. Astfel, de exemplu, art. 86 al Legii nr. 85/2006, acordă administratorului judiciar/lichidatorului facultatea de a menţine sau de a denunţa contractele în curs, ţinând seama de criteriul interesului debitorului de a creşte la maximum valoarea averii sale. Aşadar, dispoziţiile de drept comun privind forţa obligatorie a convenţiilor legal încheiate sunt îndepărtate pentru a face loc aplicării altor norme care slujesc mai bine redresării intreprinderii. Clauza contractuală este calificată mai curând după valoarea sa economică decât ca raport juridic cu forţă obligatorie. Contractele utile redresării sunt privilegiate în mod evident. Echilibrul contractual este astfel perturbat de promovarea unilaterală şi exorbitantă a interesului debitorului. Dreptul comun obligă la respectul clauzelor negociate şi al obligaţiilor asumate datorită autonomiei voinţei. Conform dreptului comun, partenerii sunt liberi să negocieze şi să contracteze sau să nu contracteze. Dacă au optat pentru a contracta, sunt obligaţi să-şi respecte angajamentele. Pe de altă parte, numai cei care s-au obligat sunt ţinuţi de clauzele contractului, datorită efectului relativ al acestuia. Aceste principii ale dreptului comun sunt repuse în discuţie de dreptul insolvenţei ca drept special. Filozofiei individualiste a dreptului comun i se opune filozofia economistă a dreptului insolvenţei[10].

Evicţiuni ale dreptului comun sunt prezente şi în favoarea creditorilor care au la dispoziţie norme pentru recuperarea creanţelor şi din patrimoniile conducătorilor debitorilor ca şi din patrimoniile garanţilor (art. 138 şi urm. din Legea nr. 85/2006 şi art. 126 din aceeaşi lege).

Ca drept comun, dreptul insolvenţei este uneori evins parţial prin dispoziţiile speciale ale procedurii insolvenţei băncilor şi instituţiilor financiare sau al instituţiilor de asigurări.

Un exemplu în acest sens este oferit şi de reglementarea legală a lichidării averii debitorului. Textele art. 113-120 din Legea nr. 85/2006, reprezintă norme speciale, deorgatorii care, înlătură aplicarea unora dintre dispoziţiile Codului de procedură civilă art. 370-580, dar restul dispoziţiilor din acest cod, au vocaţia de a reprezenta dreptul comun şi pentru procedura lichidării averii debitorului în insolvenţă. Între normele speciale din Legea nr. 85/2006 pe de-o parte şi normele de drept comun din Codul de procedură civilă, pe de altă parte, se situează textele privind lichidarea societăţilor comerciale din Legea nr. 31/1990. Aşadar, normele legale speciale se raportează la un dublu drept comun, atât la normele din Legea nr. 31/1990 cât şi cele din Codul de procedură civilă.

O evicţiune totală este reprezentată de interzicerea accesului procedurii insolvenţei în domeniul datoriilor persoanelor fizice fără calitate de comerciant.

Determinarea economică a dreptului insolvenţei este în afara oricărei discuţii. Cadrul legal nu poate fi concordant şi util pentru obiectivele economiei dacă nu se integrează în ansamblul celorlalte reglementări ale vieţii economice, care trasează regulile de conduită pe piaţă şi sancţiunile încălcării

lor. Fără aceste reglementări clare şi coerente nu se poate concepe previzibilitatea şi siguranţa activităţii corecte a agenţilor economici. Legislaţia insolvenţei nu poate în mod obiectiv să împiedice acţiunea legilor economice ale pieţei şi în special libertatea concurenţei între entităţile prospere şi cele insolvente[11].

În accepţiune restrânsă, dreptul insolvenţei este reprezentat de ansamblul normelor de procedură colectivă a executării silite faţă de averea debitorului insolvent şi faţă de alte persoane. În sens larg, dreptul insolvenţei cuprinde şi alte norme legale în domeniul societăţilor comerciale, activităţii bancare, concurenţei comerciale, legislaţiei muncii, fiscalităţii, procedurii civile etc.. Aceste norme complementare sunt menite să ofere soluţii adecvate protecţiei creditorilor şi echilibrului intereselor cu care se confruntă. Dreptul insolvenţei, este menit să se integreze ca o piesă funcţională a mecanismului legislativ pentru a facilita eliminarea cu minimum de costuri şi sancţionarea entităţilor care au sucombat datorită unui comportament ilicit fără a omite să protejeze pe acei debitori care, deşi au funcţionat corect, au eşuat pentru motive neimputabile.

NOTE

[1] Jean-Claude Woog, Marie-Cristine Sari, Stephane Woog, *Strategie contentieuse du creancier,* 2e edition, Dalloz, 2006, p. 429;

[2] Pentru dezvoltări, Y. Guyon, *Droit des affaires,* t.2, *Entreprisses en difficultes,. Redressement judiciaire. Fallite,* Economica, 7e edition, 1999, n°1005, p. 6; J. Bonnard, *Droit des entreprises en difficultes,* 2e edition, Hachette Superieur, 2003, Y. Chaput, *Droit des entreprises en difficultes et fallite personnele,* PUF, Droit fondamental, 1996; A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultes,* 3e edition, Litec, 2003; P. Le Cannu, *Droit commercial. Instruments de paiement et de credit – Entreprises en difficultes,* refonde de l£øouvrage de M.Jeantin, 6e edition, Dalloz, Precis, 2003; F.Perochon, R.Bonhomme, *Entreprises en difficultes – Instruments de credit et de paiement,* L.G.D.J., 6e edition, 2003, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficultes,* 4e edition, Montchrestien, Domat, 2001;

[3] Michel Jeantin, *Droit commercial. Instruments de paiement et de credit. Entreprises en difficultes,* 3e edition, Dalloz, 1992, p. 302;

[4] Yves Guyon, *Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficultes. Redressement judiciaire – Fallite,* 2e edition, Economica, 1989, p. 10;

[5] D. G. Baird, *A world without bankrupcy, corporate bankrupcy, Economic and legal perspectives, Ed. J. S. Bhandari, R.A. Weiss, Cambridge, University Press, 1996, p. 29, citat de Denis Voinot, Droit economique des entreprises en dificulte, L.G.D.J – Montchrestian, 2007, Introduction, p. 1.*

[6] Denis Voinot, op. cit, p. 3.

[7] Rene Rodier, B. Oppetit, *Droit commercial 8e ed. Dalloz, 1978, p. 270, 271.*

[8] Michel Jeantin, Paul Le Cannu, *Droit commercial. Entreprises en difficultes,* 7e edition, Dalloz, 2007, p. 1;

[9] Aceste atitudini ar putea fi calificate astfel:
- *Pesimism* (norma specială trimite în planul secund norma de drept comun).
- *Detaşare* (departe de a elimina dreptul comun, se conbină cu el).
- *Militar* (dreptul comun suportă asalturile drepturilor speciale care constituie o maşină de război contra lui).
- *Alarmism* (drepturile speciale conduc la destrămarea dreptului comun, fiind un ferment de dizolvare, de diluarea al acestuia).
- *Euforic* (drepturile speciale întăresc, dinamizează şi reactivează dreptul comun).
- *Agresiv* (drepturile speciale tind să reducă dreptul comun asemenea metaforicei şi misterioasei *peau de chagrin* din romanul lui Balzac, dar în acelaşi timp îl şi transformă de o manieră insidioasă).
- *Emfatic* (drepturile speciale nu sunt decât false tulburări ale dreptului comun şi veritabile indicatoare ale evoluţiei sale).
- *Dramatic* (cu dezvoltarea drepturilor speciale şi proliferarea codurilor pe care se sprijină, s-a abolit ideea de drept comun care-şi pierde raţiunea de a fi).
- *Categoric* (mulţimea de regimuri speciale a avut ca preţ forţarea şi tensionarea dreptului comun, ceea ce le-a făcut să-şi piardă simplitatea şi coerenţa originară).

Denis Mazeaud, *L'imbrication du droit commun et des droits speciaux,* în volumul: *Forces subversives et forces creatrices en droit des obligations. Retrospective et perspectives a l'heure du Bicentenaire du Code civil,* sous la direction de Genevieve Pignarre, Dalloz, 2005, p. 73;

[10] Eran Chevika, *Droit prive et procedures collectives,* Editions Defrenois, 2003, p. 15 şi urm.;

[11] I.Turcu, *Tratat de insolvenţă,* C.H.Beck, 2006, p. 197 şi urm.,

Aspecte generale privind garanţiile în procedura insolvenţei

Lect. univ. drd. Daniela Moţiu
Universitatea de Vest din Timişoara

1. Noţiunea şi funcţiile garanţiilor

1.1. Preliminarii. La o privire mai atentă asupra teoriei generale a obligaţiilor, garanţia nu se limitează numai la contractul de cauţiune, ci dimpotrivă îmbracă forme variate, în vederea atingerii securităţii şi protecţiei care îi este atribuită. Garanţia este utilizată în numeroase situaţii de o mulţime de utilizatori, de vreme ce asigură securitatea specifică raporturilor juridice în cadrul societăţii. În sens larg, garanţia poate fi definită ca fiind orice mecanism care previne o persoană contra unei pierderi pecuniare[1] (”tout mècanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniare”).

Linie mediană care întăreşte şi consolidează raporturile sociale, garanţia se înfăţişează ca un factor al securităţii contractuale, favorizând încheierea convenţiilor şi, implicit, dezvoltarea economică. În acest sens, s-a afirmat in doctrina franceza[2] că garanţia este destinată să faciliteze încheierea contractului, asigurând creditorului o securitate consolidată („la garantie est destinée à faciliter la formation du contract en assurant au créancier une sécuritée renforcé”).

1.2. Despre garanţie. În dreptul francez sunt utilizate în acelaşi timp două noţiuni[3], care au aceeaşi semnificaţie: *la garantie* (garanţie) şi *la sûreté* (garanţie), ceea ce ne determină la utilizarea primei noţiuni cu sensul de mijloace de garantare privite în sens larg şi regăsibile la nivelul întregii teorii generale a obligaţiilor şi, respectiv, la folosirea celei de-a doua, cu sensul de garanţie în sens restrâns, ce cuprinde garanţiile personale şi cele reale. Sau, pentru delimitarea semnificaţiei celor două noţiuni, putem apela la termenii de garanţii generale şi garanţii specifice[4].

În ceea ce priveşte etimologia se subliniază că termenul de a garanta (*garantir*) este de origine germanică, provenind de la *gewähr* care vine de la *wahr*, acesta din urmă semnificând adevărul. ”Etimologic, termenul de a garanta este deci asigurarea, dar tot cu sensul de garantare, încredinţarea (s.n.) că această alegere este adevărată, că această calitate există. (…) Dreptul civil utilizează termenul de garanţie în acest sens. Astfel este garanţia viciilor ascunse la vânzare-cumpărare, de exemplu”[5].

Cu această semnificaţie, mijloacele de garantare privite în sens larg se apropie de garanţiile propriu-zise, dat fiind că ambele conferă beneficiarului o anumită linişte, o anumită securitate: mijloacele de garantare ar aduce siguranţă prin afirmarea unei realităţi şi ar privi astfel prezentul, iar garanţiile propriu-zise ar aduce siguranţă prin mărirea posibilităţilor de realizare ulterioară a unui eveniment şi ar privi atunci viitorul[6].

Însă acelaşi autor precizează şi cea de-a doua semnificaţie a noţiunii de garanţie, care vine din cuvântul vechi francez *garer*, *garir,* şi care ar însemna a pune la adăpost, adică a proteja, a ocroti, a apăra, semnificaţii regăsibile în termenul francez warant: în acest fel, de la garanţia realităţii s-a trecut la garanţia conta apariţiei viitoare a unui eveniment (…) garanţia asigură unei persoane folosinţa unui bun sau unui drept, ea protejează contra unei pagube eventuale, ea le apără contra unei pagube care ameninţă. Garanţia ia atunci forma unui contract de asigurare sau de cauţiune. În acest sens, garanţiile, indiferent că sunt privite în sens larg sau în sens restrâns, se confundă, aproape că cele două noţiuni (*le garantie* şi *le sûreté*) manifestă o influenţă asupra viitorului. *La sûreté* apare ca un aspect particular (…) a unui gen mai vast, care este cel al *la garantie*[7].

În încercarea de a distinge între cele noţiuni, arătăm că garanţia poate primi două accepţiuni diferite[8]: prima, în sensul larg, amintit anterior – acela de mijloace de garantare, constituie garanţie ”orice mecanism care previne o persoană contra unei pierderi pecuniare”, ca de exemplu, garanţia vânzătorului neplătit, garanţia asigurătorului etc… În sens tehnic, garanţia este definită ca o obligaţie accesorie născută din anumite contracte (vânzare, locaţiune, societate etc) în sarcina unei părţi şi care întăresc poziţia celeilalte în cazul în care în cursul executării aceasta nu obţine satisfacţiile pe care ar fi fost în drept să le aştepte (garanţia evicţiunii, garanţia contra viciilor ascunse, garanţia dată de antreprenor etc).

În cea de-a doua accepţiune – de garanţie propriu-zisă, aceasta este definită ca fiind pentru creditor o garanţie furnizată de o persoană sau stabilită de lege pentru executarea unei obligaţii sau o dispoziţie destinată garantării plăţii unei datorii la scadenţă, în ciuda insolvabilităţii debitorului.

Aşa cum s-a spus, ”orice garanţie este mijloc de garantare. Dar, nu orice mijloc de garantare este o garanţie”[9]. Se impune o rezervă, potrivit căreia garanţiile reale (cauţiunea reală, gajul, ipoteca etc) nu pot crea nici o obligaţie de garantare în sens larg, de vreme ce aceasta din urmă este, prin natura ei, o legătură de drept între două sau mai multe persoane. Mergând puţin mai departe[10], putem exclude din domeniul obligaţiei de garantare în sens larg toate varietăţile de garanţii, fie reale, fie personale, care au ca scop de a garanta creditorul contra insolvabilităţii debitorului, dar a cărei natură nu e cea a unei garanţii, ca de exemplu scrisoarea de intenţie, promisiunea de porte-fort, solidaritatea sau chiar delegaţia.

Departajarea dintre mijloacele de garantare şi garanţiile propriu-zise s-ar putea realiza în funcţie de următoarele criterii:

- raţiunea de a fi a operaţiei: mijloacele de garantare sunt conservatorii şi protejează creditorul, în timp ce garanţiile sunt cominatorii şi ameliorează situaţia creditorului;

- tehnica utilizată: mijloacele de garantare pot fi obţinute în două feluri, prin constituirea unui drept de creanţă, când garanţia este ataşată la singura calitate a debitorului (de exemplu, excepţia de neexecutare a contractului) şi prin utilizarea anumitor mecanisme ale dreptului obligaţiilor, deturnate de la scopul lor expres stabilit de legiuitor pentru a garanta cocontractanţii (de exemplu, promisiunea de porte-fort, contractul de ducroire, clauza penală şi compensaţia). În schimb, garanţiile propriu-zise presupun o prerogativă specială tehnicilor ordinare născute din contract, lege sau hotărâre. În sens mai larg, garanţia propriu-zisă conferă creditorului puterea de a acţiona accesorie raportului existent cu debitorul (ca de exemplu, în contractul de cauţiune, scrisoarea de intenţie, delegaţia simplă, garanţia primei cereri);

- efectele legale: beneficiarul garanţiei privite în sens larg nu dispune, în opoziţie cu creditorul titular al unei garanţii, de niciun drept de exclusivitate sau de preferinţă prin raportare la ceilalţi creditori.

Deşi s-a afirmat că garanţiile reale nu pot crea nicio obligaţie de garantare, totuşi nu înseamnă că ele însele nu exprimă, prin chiar conţinutul şi finalitatea lor, mecanisme prin care debitorul conferă creditorului o consolidare mai puternică a dreptului său. Aceasta pentru că garanţiile reale, prin ele însele, nu sunt altceva de mecanisme de garantare, în mod special suplimentar, a obligaţiei iniţiale a debitorului, ele perforând în profunzime perimetrul patrimoniului celui obligat şi beneficiind astfel de puterea forţei recunoscută în manieră legală prin dislocarea substanţei patrimoniului celui obligat, prin valorificarea bunului afectat garanţiei.

Pe de o parte, garanţiile reale nu pot lua naştere decât pornind în mod inevitabil de la existenţa unui raport juridic între două sau mai multe persoane, ceea ce determină caracterul accesoriu al acestora, iar pe de altă parte garanţiile reale împrumută atât aspectul conservator al oricărui mijloc de garantare al unei obligaţii (fiind o modalitate prin care creditorul îşi menţine conţinutul dreptului său, dar în patrimoniul unei alte persoane), dar cu deosebire aspectul cominator (prin puterea drepturilor de care se bucură creditorul, graţie prerogativelor legale, în realizarea creanţei sale).

În consecinţă, garanţiile nu sunt altceva decât mecanisme de garantare a creditorului, aidoma celor prezente în cadrul teoriei generale a obligaţiilor, însoţite de anumite particularităţi speciale şi derogatorii prin voinţa legiuitorului. Aceste mecanisme de garantare – văzute în sensul larg al noţiunii, în dreptul nostru, se înfăţişează sub forma unor instituţii juridice proprii, plasate şi analizate în literatura de specialitate în cadrul actelor şi faptelor juridice producătoare de obligaţii, precum şi a efectelor acestora, în cadrul modurilor de transmitere, transformare şi stingere a obligaţiilor sau a efectelor acestora. De asemenea, legiuitorul a reglementat exhaustiv contractul de asigurare. Astfel, aşa cum s-a spus în literatura de specialitate[11], prin intermediul unei asemenea extinderi a noţiunii de ”garanţie” s-ar ajunge, implicit, la includerea în sfera acestei instituţii juridice a tuturor modalităţilor, mijloacelor de care dispune oricare creditor spre a obţine satisfacerea creanţei sale şi chiar a facultăţii de a apela la forţa coercitivă a statului pentru realizarea executării silite, ceea ce este de neadmis.

Însă, noţiunea de garanţie, reală sau personală, are un specific aparte, dat de înţelesul restrâns al noţiunii de garanţie, definit[12] ca fiind acel mijloc juridic care, dincolo de limitele dreptului de gaj general şi în plus faţă de acest drept, conferă creditorului garantat anumite prerogative suplimentare, constând, de regulă, fie într-o prioritate faţă de ceilalţi creditori, fie în posibilitatea ca, în caz de neexecutare din partea debitorului, să urmărească pe o altă persoană, care s-a angajat să execute ea obligaţia ce revenea debitorului.

şi în literatura franceză există dificultăţi în definirea noţiunii de garanţie, specialiştii fiind divizaţi în două mari categorii[13] în abordarea acestei noţiuni, iar Ordonanţa din 23 martie 2006, prin simplul fapt că s-a abţinut de la definirea termenului, a evitat să adere în mod expres la una sau alta din opiniile doctrinare existente. Cu toate acestea, integrând clauza de rezervă a dreptului de proprietate, Reforma pare să se înscrie într-o concepţie largă şi funcţională, căreia i se opune concepţia restrânsă şi conceptuală.

a) Concepţia restrânsă şi conceptuală. Pentru unii autori (L. Aynès, P. Crocq), garanţia este un drept special acordat creditorului în scopul de a garanta plata obligaţiei sale şi se distinge prin sursa sa – legea sau convenţia specială – de obligaţia de garanţie. Ea se caracterizează prin cele trei trăsături esenţiale amintite anterior: finalitatea sa, care ameliorează situaţia creditorului fără a-l îmbogăţi; efectul său, care permite creditorului obţinerea plăţii de la terţii care au acceptat consimţirea unei garanţii personale; tehnica sa, prin afectarea satisfacerii creanţei creditorului a unui bun, ansamblu de bunuri sau patrimoniu, prin aducerea, pe lângă drepturile care ar rezulta în mod normal din operaţiunea principală, a unui drept de acţiune accesoriu dreptului său de creanţă. Este vorba de drepturile reale accesorii de ipotecă, anticreză, gaj cu şi fără deposedare, privilegii, care sunt însoţite de dreptul de urmărire şi dreptul de preferinţă.

b) Concepţia largă şi funcţională. Pentru partizanii acestei concepţii, garanţii ar fi toate procedeele care tind în mod direct la garantarea executării obligaţiilor, inclusiv cele care pot avea, în circumstanţe diferite, alte funcţii. Această concepţie conduce la includerea garanţiilor în cadrul instituţiilor a căror primă funcţie nu este aceea de a acoperi insolvabilitatea debitorului.

Astfel, categoria garanţiilor personale se fortifică prin cuprinderea instituţiilor deja recunoscute în dreptul obligaţiilor, ca de exemplu, solidaritatea pasivă, indivizibilitatea, delegaţia imperfectă sau promisiunea de porte-fort. Categoria garanţiilor personale include şi diferite tipuri de asigurări, ca de exemplu, asigurarea de credit şi asigurarea de deces-incapacitate, care însoţesc contractele de credit.

În cazul garanţiilor reale, concepţia largă este dusă la extrem, conducând la depăşirea noţiunii privită în nucleul ei, mergând până la includerea oricărui mecanism care permite consolidarea dreptului de creanţă împotriva debitorului. În acest sens, garanţiile reale clasice constituie o subcategorie distinctă, care coabitează cu celelalte modalităţi de presiune, în principal – dreptul de retenţie şi cu celelalte situaţii de exclusivitate. Această ultimă categorie este alcătuită din mecanismele în temeiul cărora un creditor chirografar va dispune asupra unuia din bunurile debitorului nu de un drept de preferinţă, dar în mod sigur de un drept exclusiv al lui, care-i permite eludarea bunului în concurs cu alţi creditori titulari ai unui drept de preferinţă asupra bunului în cauză.

Pentru bunurile corporale, această prerogativă exorbitantă are ca obiect utilizarea proprietăţii, fie reţinută cu titlu de garanţie (locaţiunea de credit în vânzarea cu rezerva proprietăţii, până la plata integrală a preţului), fie că va fi transferată cu titlu de garanţie (vânzarea cu clauză de răscumpărare sau cesiunea fidejusiunii).

Pentru bunurile incorporale, menţionăm compensaţia prin care creditorul este plătit cu titlu exclusiv cu creanţa pe care debitorul o are împotriva lui, acţiunile directe care-i permit să reclame plata de la un debitor al debitorului său şi chiar cesiunea de creanţe profesionale în profitul instituţiilor de credit în cazul în care este realizată cu titlu de garanţie.

Această concepţie prezintă avantajul realităţii. Fiind fondată pe un singur criteriu, cel al finalităţii, conduce la plasarea în concurenţă a diferitelor mecanisme în cercetarea eficacităţii lor. Astfel concepută, materia permite ilustrarea

fenomenelor contemporane de neglijare a garanţiilor reale tradiţionale, în profitul noilor forme de garantare, bazate în principal pe proprietate şi detenţie. Însă, apărătorii tezei restrictive reproşează totuşi concepţiei largi negarea existenţei diferenţelor între noţiunile de garanţie şi mijloc de garantare sau estimează că garanţiile propriu-zise formează un grup particular, în sensul celui mai larg, al mijloacelor de garantare.

1.3. Funcţiile garanţiilor. Interesul oricărui creditor, obligat la manifestarea unei minime aparenţe de diligenţă, se traduce în constituirea unei garanţii asupra patrimoniului debitorului, fiind suscitat şi de posibila stare de insolvabilitate a acestuia. În acest sens, apreciem că garanţia îndeplineşte şi acoperă rolul de (pre)asigurare împotriva insolvabilităţii debitorului[14], în scopul atenuării sau rolul eliminării riscului pierderii care decurge pentru creditor din insolvabilitatea debitorului[15], fiind o măsură de asigurare a executării obligaţiei[16].

Pe lângă acestea, garanţiile îndeplinesc şi alte funcţii:

- funcţia de asigurare a protecţiei intereselor creditorului, indiferent că este vorba de interese private sau publice. Interesele creditorului sunt conservate, începând cu contractarea obligaţie de garanţie şi până la momentul final al executării acesteia, printr-o serie de mijloace specifice puse la îndemâna creditorului, care-i acordă astfel o stare de siguranţă, de certitudine, de puţin mai mult confort spiritual ancorat în reperele legislative date prin raportare la oricare alt creditor ordinar. Protecţia intereselor creditorilor este relevată şi sub aspectul cominator, chiar punitiv, conferit de legiuitor unor astfel de mijloace juridice, apt de a produce ecouri nefavorabile în ceea ce priveşte credibilitatea debitorului;
- funcţia de asigurare a securităţii creditului, în relaţiile civile şi comerciale, şi într-o anumită măsură chiar a circulaţiei creditului[17]. Indiferent de forma în care se prezintă şi de domeniul în care acţionează, legiuitorul dovedeşte o preocupare sporită în vederea asigurării siguranţei creditului, care trebuie protejat prin certitudinea conferită titularului în privinţa returnării sale în condiţiile în care s-a stabilit acordarea sa.

Funcţiile garanţiilor, astfel cum au fost ele precizate, se deosebesc între ele sub raportul caracterului intervenţiei manifestate de creditor şi a momentului acestei intervenţii, prin raportare la scadenţa obligaţiei, forţa de acţiune a acestora nefiind obligatoriu să se manifeste concomitent în fiecare situaţie în parte. În acest sens, se constată că în cadrul funcţiei de asigurare a protecţiei intereselor creditorilor, intervenţia creditorului este necesar să aibă un caracter activ şi să se manifeste doar ulterior scadenţei obligaţiei, în situaţia în care debitorul nu şi-a îndeplinit-o până la acest termen.

Însă elementul comun, care le asigură caracterul unitar, complex şi deplin, se regăseşte în mecanismul asigurării, identificabil la nivelul fiecărei modalităţi şi forme a garanţiilor, ceea ce face din garanţii, tocmai garantul realizării asigurărilor prezent în fiecare garanţie.

Calităţile garanţiilor permit decelarea unor trăsături comune ale acestora, ca de exemplu, faptul că garanţiile se constituie pe cale legală sau convenţională, pe cale accesorie sau principală, că sunt specifice contractelor cu caracter oneros, că presupun capacitatea deplină de exerciţiu a părţilor, că implică un aspect suplimentar vis-a-vis de obligaţia debitorului etc.

Nu în ultimul rând, atragem atenţia asupra inconvenientelor, în special de ordin financiar, care însoţesc constituirea garanţiilor, dar care nu se reduc numai la bani.

Izvorul acestor inconveniente ar putea fi:

– mentalitatea negativistă a membrilor unei societăţi, care îşi poate găsi explicaţia plauzibilă în lipsa unei educaţii îndreptată spre valenţele pozitive ale creditului;

– nesiguranţa instaurată de calitatea de garant şi consecinţele acestei calităţi;

– lipsa de stabilitate monetară manifestată, într-un nivel general de trai scăzut, care implică reticenţe serioase în privinţa plăţii formalităţilor necesare constituirii garanţiilor, etc.

În consecinţă, pentru debitor garanţia se înfăţişează cu deosebire dificil de constituit, costisitoare într-o anumită măsură, obligatorie prin voinţa celui cu care contractează sau a legii, necesară pentru satisfacerea interesului propriu. Pentru creditor garanţia prezintă şi avantaje – de exemplu, în privinţa asigurării securităţii creditului, dar şi dezavantaje – cu deosebire în privinţa regimului suplimentar al obligaţiilor pe care le incumbă realizarea garanţiei în caz de neexecutare corespunzătoare a obligaţiilor asumate de debitor la scadenţă, precum şi, în mod implicit, incertitudinea sub aspect temporal, în privinţa finalizării operaţiunii în sine.

2. Clasificarea garanţiilor

În realizarea operaţiei de clasificare a garanţiilor, legiuitorul a adoptat criteriul privitor la obiectul garanţiei, înţeles aici ca prestaţia personală sau un anumit bun, concret pe care garanţia o vizează. Astfel, cei mai mulţi autori delimitează două categorii de garanţii, respectiv garanţiile personale şi garanţiile reale.

În categoria garanţiilor personale se înscrie fidejusiunea, denumită şi cauţiune, care poate fi definită ca fiind un accesoriu al obligaţiei principale, ce constă în angajamentul pe care o altă persoană decât debitorul principal şi-l asumă faţă de creditor, de a executa obligaţia, în cazul în care debitorul principal nu o va face.

În categoria garanţiilor reale se înscriu gajul, garanţia reală mobiliară, ipoteca, privilegiile reale, dreptul de retenţie (cu precizarea că acesta din urmă este o garanţie reală imperfectă, având în vedere că este lipsit de una din cele două prerogative speciale conferite de drepturile reale accesorii, respectiv de atributul de urmărire), al căror specific se exprimă prin afectarea specială a unui bun pentru garantarea obligaţiei, prin instituirea unui veritabil drept real accesoriu – de garanţie, cu privire la bunul în cauză. Dreptul real de garanţie constituit în aceste condiţii conferă creditorului titular atât un drept de preferinţă, cât şi un drept de urmărire.

Dreptul de gaj sau de ipotecă poate fi instituit în două modalităţi:

- de către debitorul principal, asupra bunurilor sale din patrimoniul propriu;
- de către o terţă persoană (în calitate de fidejusor), în această situaţie fiind vorba de ceea ce se denumeşte în literatura juridică cauţiunea reală.

3. Consideraţii generale privind garanţiile

Înainte de a analiza creanţele garantate, ca şi categorie distinctă în cadrul procedurii insolvenţei, căreia legiuitorul îi acordă o atenţie specială, prin evidenţierea unor reguli particulare, derogatorii, vom proceda la o scurtă prezentare a noţiunilor de bază specifice garanţiilor[18].

3.1. Garanţiile personale. Fidejusiunea

Sunt garanţii personale fidejusiunea şi derivatele sale (avalul cambiei, avalul biletului la ordin, scrisoarea de garanţie independentă).

Fidejusiunea (cauţiunea), singura garanţie reglementată de Codul civil, este un contract prin care fidejusorul se obligă faţă de creditorul altei persoane să execute el însuşi obligaţia pe care o garantează, dacă acesta nu o va executa.

Indiferent de izvorul ei (convenţională, legală sau judecătorească), fidejusiunea nu ia naştere în mod valabil decât prin încheierea contractului între fidejusor şi creditorul debitorului, chiar în lipsa unei dispoziţii în acest sens, chiar în lipsa consimţământului sau chiar fără ştirea debitorului principal.

Poate fi garantată orice obligaţie, chiar cele contractate intuitu personae.

Cum fidejusiunea este o legătură accesorie, subsidiară şi personală, în situaţia în care fidejusorul este urmărit în mod direct de creditor pentru executarea creanţei sale, acesta poate invoca, alături de excepţii de ordin general, şi două excepţii specifice fidejusiunii: beneficiul de discuţie şi beneficiul de diviziune[19].

Beneficiul de discuţie constă în posibilitatea acordată de lege fidejusorului de a pretinde creditorului, care a început urmărirea împotriva sa, în vederea plăţii creanţei sale, să urmărească cu întâietate bunurile debitorului şi, numai în subsidiar, să-l urmărească pe el.

Beneficiul de diviziune, cu aplicabilitate în situaţia în care mai multe persoane au garantat ca fidejusori pentru debitor, constă în posibilitatea fidejusorului faţă de care creditorul a pornit urmărirea pentru plata întregii creanţe, de a pretinde ca acesta să-şi dividă urmărirea, reducând-o în mod proporţional, prin raportare la numărul fidejusorilor.

Atunci când fidejusorul a plătit întreaga datorie a debitorului, în temeiul subrogaţiei reale în dreptul creditorului plătit, a mandatului sau chiar a gestiunii intereselor altei persoane, acesta are dreptul de a se întoarce împotriva debitorului pentru suma plătită, cheltuielile efectuate, dobânzile cuvenite, precum şi daune-interese. Dacă fidejusorul a garantat mai mulţi debitori, ţinuţi solidar pentru una şi aceeaşi datorie, va beneficia în continuare de solidaritatea debitorilor principali.

Fidejusiunea se poate stinge în mod indirect, urmare a stingerii obligaţiei principale şi în mod direct, independent de soarta obligaţiei principale (prin remitere de fidejusiune, confuziunea dintre patrimoniul creditorului şi cel al fidejusorului, compensaţia opusă creditorului de către fidejusor etc), inclusiv în ipoteza în care, fidejusorul pierde, prin plata datoriei principale, privilegiile şi ipotecile de care beneficia creditorul, din culpa acestuia din urmă.

Aplicaţii ale fidejusiunii în procedura insolvenţei. Ca şi în reglementarea generală din Codul civil, şi în concepţia Legii 85/2006, fidejusorul dobândeşte calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei, în situaţia în care acesta a plătit datoria debitorului, pentru ceea ce a plătit.

Aplicaţii ale fidejusiunii în cuprinsul Legii 85/2006 întâlnim în cadrul atribuţiilor prevăzute în sarcina administratorului judiciar şi a lichidatorului (art. 20 lit. m) şi, respectiv, art. 25 lit. j)), în ceea ce priveşte regulile de verificare a creanţelor în vederea întocmirii tabelului de creanţe de către administratorul judiciar sau de către lichidator (art. 71); la planul de reorganizare (art. 102); la descărcarea debitorului persoană fizică prin închiderea procedurii de faliment (art. 137).

3.2. Garanţiile reale

3.2.1. Gajul sau amanetul este un contract prin care debitorul sau o terţă persoană remite creditorului sau unui terţ un bun mobil, corporal sau incorporal, în vederea garantării executării unei obligaţii[20].

El este reglementat în Codul civil (art. 1685-1696), dispoziţii care se completează cu alte prevederi, cuprinse în legi speciale, prin intermediul cărora se instituie forme particulare de gaj (de exemplu, gajul fără deposedare, reglementat de Legea 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanţii şi răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor[21], modificată prin Legea 54/1994) sau se prevăd dispoziţii derogatorii de la Codul civil, prin care sunt înlocuite regulile referitoare la gaj în privinţa ordinii de prioritate şi a măsurilor de publicitate (este vorba de Legea 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice[22]).

Efectul principal al gajului priveşte naşterea unui drept real, de garanţie, indivizibil în favoarea creditorului gajist, ceea ce înseamnă că bunul mobil rămâne afectat în întregime garantării obligaţiei, până la plata întregii datorii, garanţia nefiind fracţionată proporţional cu eventualele plăţi făcute eşalonat.

În ceea ce priveşte ordinea de prioritate şi măsurile de publicitate, actuala reglementare se găseşte în cuprinsul Titlului VI – Regimul juridic al garanţiilor reale mobiliare, din cadrul Legii 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice şi prevede constituirea Arhivei Electronice de Garanţii Reale Mobiliare, care preia atribuţiile judecătoriilor în ceea ce priveşte publicitatea garanţiilor reale, mobiliare sau imobiliare.

În privinţa efectelor gajului constituit de debitorul din raportul juridic obligaţional, care constituie regula constituirii gajului, arătăm că creditorul gajist devine titularul unui drept real accesoriu, de garanţie, în virtutea căruia beneficiază de trei atribute: drept de retenţie, drept de urmărire şi drept de preferinţă[23].

Excepţia intervine atunci când o terţă persoană constituie gajul asupra unui bun proprietatea sa. Astfel, când debitorul principal nu-şi execută propria obligaţie, creditorul gajist va putea trece la realizarea gajului pentru realizarea creanţei sale împotriva terţului constituitor, bucurându-se de cele trei prerogative, anume de dreptul de retenţie, urmărire şi preferinţă. Însă, terţul constituitor va avea acţiune în regres faţă de debitorul principal, prin care să-şi recupereze toate daunele suferite prin atribuirea bunului creditorului gajist.

Ca orice contract accesoriu, gajul se poate stinge în mod indirect, ca urmare a stingerii obligaţiei principale, sau în mod direct, prin unul din modurile de stingere a obligaţiilor în general: renunţarea creditorului la gaj, pieirea totală a lucrului gajat din cauză de forţă majoră etc). În plus, contractul de gaj încetează într-un mod specific: desesizarea voluntară a creditorului de obiectul gajat.

3.2.2. Garanţia reală mobiliară reglementată de Titlul VI al Legii nr. 99/1999

Potrivit art. 14 din Legea 99/1999, contractul de garanţia reală mobiliară este acel contract în temeiul căruia debitorul unei obligaţii constituie, în favoarea creditorului, o garanţie reală asupra unor bunuri mobile sau drepturi în scopul asigurării executării obligaţiei asumate[24]. Garanţia reală mobiliară (bun mobil afectat garantării unei obligaţii civile sau comerciale) se constituie într-un drept real accesoriu şi indivizibil unui contract principal, ce conferă creditorului garantat dreptul de a-şi satisface creanţa cu bunul afectat garanţiei înaintea oricărui creditor negarantat şi înaintea altor creditori ale căror garanţii reale sau drepturi asupra bunului afectat garanţiei au un grad de prioritate inferior (art. 9 alin. 2 din Legea 99/1999). Ca natură juridică, garanţia reală mobiliară este o varietate de gaj, cu particularităţi deosebite faţă de gajul reglementat de Codul civil.

Pornind de la situaţiile din realitate, în care cele mai multe bunuri pot constitui atât obiect al contractului de garanţie reală mobiliară, cât şi obiect al contractului de gaj, în literatura juridică[25] s-a conchis că dificultăţile de interpretare asupra

naturii juridice a contractului îşi găsesc rezolvarea pornind de la voinţa reală a părţilor, care transpare din convenţia încheiată.

Contractul de garanţie, ca izvor al garanţiei reale mobiliare, este un contract care poate fi încheiat în formă autentică sau prin înscris sub semnătură privată[26], este ori unilateral, ori sinalagmatic (prin raportare la obligaţiile asumate de părţi), este un act juridic de dispoziţie (ce presupune capacitate deplină de exerciţiu pentru cel ce constituie garanţia) şi constituie titlu executoriu, potrivit art. 17 din Legea 99/1999.

Legea 99/1999 conţine prevederi exprese în ceea ce priveşte descrierea bunului afectat garanţiei (clauza individualizării, conform art. 16 pct. 1 din lege), consacră modalităţi specifice prin care se constituie garanţia reală mobiliară asupra valorilor mobiliare, potrivit art. 13 pct. 2 şi 3, descrie cu suficientă precizie atât bunurile ce pot fi afectate garantării executării unei obligaţii prin garanţia reală mobiliară[27], cât şi obligaţiile care pot fi garantate.

Noutatea Legii 99/1999 se evidenţiază cu claritate mai ales în materia publicităţii mobiliare, care se realizează prin înscrierea garanţiei mobiliare într-o bază de date electronică în Arhiva Electronică de Garanţii Reale Mobiliare[28]. Publicitatea garanţiei reale mobiliare îndeplineşte o dublă funcţie, în sensul că existenţa privilegiului – priorităţii faţă de alţi creditori ai aceluiaşi debitor la satisfacerea creanţei – este condiţionată de efectuarea măsurilor de publicitate, iar gradul de prioritate este direct relaţionat de momentul îndeplinirii lor[29].

În ceea ce priveşte efectele garanţiei reale mobiliare, arătăm că Legea 99/1999 recunoaşte creditorului un adevărat drept real asupra bunului afectat garanţiei, din care se degajă prerogativa urmăririi bunului garantat, prerogativa preferinţei, inclusiv dreptul de retenţie asupra bunului afectat garanţiei până la plata de către debitor a cheltuielilor făcute cu preluarea şi păstrarea bunului[30].

Stingerea garanţiei reale mobiliare se realizează fie în mod indirect, potrivit principiului ”accesorium sequitur principale”, când obligaţia principală se stinge în condiţiile dreptului comun, fie în mod direct, independent de soarta obligaţiei principale, în unul din următoarele feluri: renunţarea creditorului la garanţie, desfiinţarea dreptului de proprietate al debitorului asupra bunului afectat garanţiei, desfiinţarea contractului de garanţie reală mobiliară, adjudecarea bunului în cadrul procedurii de executare declanşată de unul dintre creditori.

3.2.3. Ipoteca

Ipoteca, reglementată în principal de art. 1746-1814 Cod civil, este un drept real accesoriu care are ca obiect un bun imobil al debitorului sau al altei persoane, fără deposedare, care conferă creditorului ipotecar dreptul de a urmări imobilul în stăpânirea oricărui s-ar afla şi de a fi plătit cu prioritate faţă de ceilalţi creditori din preţul acelui bun[31]. Ipoteca poate fi convenţională, când ia naştere graţie contractului încheiat între creditor şi proprietarul imobilului (debitorul sau o terţă persoană), fie legală, când ia naştere în temeiul unei dispoziţii legale (ipoteca prevăzută de art. 10 alin. 2 lit. a) din Legea 22/1969 modificată prin Legea 54/1994; ipoteca prevăzută de art. 166 alineat ultim Cod de procedură penală; ipoteca prevăzută de art. 12 din Decretul-Lege nr. 61/1990, art. 15 din Legea 85/1992, art. 18 din Legea 114/1996; ipoteca prevăzută de art. 28 alin. 2 din Legea nr. 33/1994 etc)[32].

Ipoteca este un drept real asupra unui bun imobil, care conferă titularului său atât prerogativa urmăririi, cât şi pe cea a preferinţei; este un drept accesoriu, dat fiind că însoţeşte şi garantează un drept principal, anume dreptul de creanţă al creditorului ipotecar şi, în acelaşi timp, este o garanţie imobiliară indivizibilă şi o garanţie specializată. Principiul indivizibilităţii ipotecii semnifică afectarea imobilului, în întregul său, pentru garantarea creanţei, în totalitatea sa, iar principiul specializării ipotecii are în vedere posibilitatea constituirii ipotecii numai asupra unui imobil sau imobile individual determinate şi, în acelaşi timp, numai pentru garantarea unei datorii a cărei valoare este în mod precis determinată.

Valabilitatea ipotecii convenţionale este condiţionată nu numai de capacitatea deplină de exerciţiu şi calitatea de proprietar actual al bunului imobil, condiţii ce se impun a fi respectate în persoana celui care constituie ipoteca, dar şi de încheierea contractului de ipotecă în formă autentică, ipoteca fiind un contract solemn.

Publicitatea ipotecii este reglementată de Legea 7/1996 a cadastrului şi a publicităţii imobiliare[33] şi de Titlul VI al Legii 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice (art. 35 pct. 2, fiind vorba de ipoteca ce se întinde asupra tuturor ameliorațiunilor ulterioare constituirii ei). Înscrierile în cartea funciară au un dublu rol: de a asigura publicitatea operaţiunilor juridice ce privesc drepturile reale imobiliare (orice operaţiune prin care se constituie, transmit, modifică dau sting drepturile reale imobiliare trebuie înscrisă în cartea funciară) şi de a face opozabile terţilor drepturile reale imobiliare. Ipoteca înscrisă în cartea funciară devine opozabilă faţă de terţi de la data înregistrării cererii de înscriere, potrivit art. 27 din Legea 7/1996, iar rangul înscrierii va fi determinat în funcţie de ordinea înscrierilor ipotecilor constituite asupra aceluiaşi imobil, respectiv de data şi ordinea înscrierii.

Urmare a contractului de ipotecă, creditorul ipotecar dobândeşte un drept real accesoriu, de garanţie, bucurându-se de cele două atribute ale acestuia: dreptul de urmărire şi dreptul de preferinţă. În ipoteza în care bunul ipotecat se găseşte însă în stăpânirea unei terţe persoane, dreptul de urmărire apare ca fiind condiţia necesară a exercitării dreptului de preferinţă. Pentru creditor, limitele în care acţionează dreptul de urmărire sunt date de îndeplinirea, în mod cumulativ, a patru condiţii[34]: terţul să fi dobândit asupra imobilului ipotecat un drept real imobiliar (dreptul de proprietate sau un alt drept real imobiliar care să poată fi înstrăinat în mod distinct de dreptul de proprietate); dobândirea dreptului real imobiliar să fi fost transcrisă de noul dobânditor (în situaţia contrară, dobândirea nu este opozabilă nici terţilor, deci nici creditorului ipotecar, pentru care bunul continuă să rămână în patrimoniul debitorului); creanţa ipotecară să fie exigibilă; ipoteca să fi fost transcrisă înainte de înscrierea actului de dobândire a dreptului real imobiliar de către terţ, potrivit principiului prior tempore, potior iure (în situaţia contrară, ipoteca nu este valabilă, fiind constituită de un neproprietar).

Art. 1791-1797 Cod civil pun la îndemâna terţului dobânditor mai multe posibilităţi în vederea contracarării solicitărilor creditorului ipotecar de realizare a ipotecii sale. Posibilităţile terţului dobânditor constau în[35]: opunerea faţă creditorul ipotecar a unor excepţii, ca de exemplu, inexistenţa sau stingerea datoriei, nulitatea inscripţiei ipotecare sau a obligaţiei principale, inexigibilitatea datoriei; ridicarea excepţiei de garanţie contra evicţiunii[36] sau a beneficiului de discuţie; plata datoriilor ipotecare realizată de către terţul dobânditor; delăsarea imobilului de către terţ, potrivit art. 1795-1797 Cod civil; recurgerea la purgă.

Stingerea ipotecii are loc fie pe cale indirectă, ca urmare a stingerii obligaţiei principale, în temeiul principiului accesorium sequitur principale, fie pe cale directă, prin moduri proprii, ca de exemplu, renunţarea creditorului la garanţie sau stingerea prin prescripţie a obligaţiei de garanţie (stingerea însăşi a ipotecii, prin prescripţie achizitivă)[37].

3.2.4. Privilegiile. Privilegiul este dreptul unui creditor de a fi plătit cu prioritate faţă de alţi creditori, datorită calităţii creanţei sale (respectiv cauzei sau faptului juridic din care s-a născut)[38] sau este aceea garanţie care conferă titularului dreptul de preferinţă în îndestularea creanţei, chiar înaintea creditorilor ipotecari[39].

În ceea ce priveşte clasificarea privilegiilor, amintim că, potrivit prevederilor cuprinse în Codul civil (art. 1722-1745, art. 1780-1815), acestea se grupează în următoarele categorii: privilegii generale, privilegii speciale asupra anumitor bunuri mobile şi privilegii speciale asupra anumitor bunuri imobile[40].

Efectul principal al tuturor categoriilor de privilegii constă în dreptul de preferinţă pe care îl conferă creditorului privilegiat. Aceasta înseamnă că, indiferent de persoana din iniţiativa căreia ar avea loc vânzarea bunului (creditorul însuşi sau un terţ oarecare), creditorul privilegiat îşi menţine poziţia prioritară în cadrul ierarhiei celor îndreptăţiţi să participe la încasarea creanţei datorate de debitor, prin procedura distribuirii, în concret, a sumei de bani corespunzătoare creanţei. Astfel[41], creanţa privilegiată are întâietate în faţa unei creanţe chirografare, tot aşa cum creanţa însoţită de un privilegiu general are întâietate chiar în faţa unei creanţe ipotecare. Însă, privilegiile speciale imobiliare nu primează ipotecile anterioare decât cu condiţia înscrierii lor în termenele legale.

Dreptul de urmărire, cel de-al doilea efect la care dau naştere privilegiile, este specific tuturor privilegiilor, cu specificarea că în materie mobiliară, probabilitatea de a face uz de exerciţiul acestei prerogative este adesea îngrădită de dispoziţiile art. 1909 alin. 1 Cod civil.

În consecinţă, natura juridică a privilegiilor este departe de a fi una unitară: anumite privilegii sunt drepturi reale, dat fiind că conferă titularului şi dreptul de preferinţă şi dreptul de urmărire (privilegii imobiliare şi anumite privilegii speciale mobiliare, ca de exemplu, privilegiul locatorului sau privilegiul creditorului gajist); în schimb, celelalte privilegii mobiliare speciale şi toate privilegiile generale constituie doar cauze de preferinţă, pe care normele legale le stabilesc în rândul creanţelor chirografare, având ca punct de plecare calitatea creanţelor deţinute de creditori.

Printre modurile de stingere a privilegiilor, în doctrină[42] sunt specificate două modalităţi. Pe cale indirectă, prin raportare la creanţă, privilegiul se stinge odată cu plata creanţei, urmare a caracterului accesoriu, dat fiind că rămâne fără obiect sau când creditorul privilegiat devine proprietarul bunului ori succesorul cu titlu universal al debitorului. Pe cale principală, privilegiul se stinge în caz de pieire a bunului în caz de forţă majoră ori caz fortuit sau chiar din cauza viciilor ascunse (mod de stingere propter rem). Se mai pot adăuga şi situaţiile în care creditorul este decăzut din beneficiul dreptului, ca urmare a faptului că s-a folosit de bunul deţinut, renunţarea tacită a creditorului privilegiat sau în caz de executare silită, când creditorul privilegiat este obligat a lăsa bunul în mâna proprietarului.

3.2.5. Dreptul de retenţie. Dreptul de retenţie poate fi definit ca fiind acel drept real de garanţie imperfect, care dă puterea creditorului deţinător al unui bun mobil sau imobil al debitorului de a nu-l restitui la cererea acestuia din urmă şi de a-l reţine pentru sine până în momentul în care creditorul-titular al bunului îi va plăti sumele datorate lui, în legătură cu bunul reţinut.

În consecinţă, creditorul poate invoca dreptul de retenţie atunci când, în calitate de deţinător al lucrului, este îndreptăţit să pretindă de la debitorul proprietar al bunului o datorie, care se află în conexiune cu lucrul, este prilejuită de acesta. Conexiunii materiale (fizice) existente în situaţia în care creanţa s-a născut în legătură directă cu lucrul i se adaugă astăzi conexiunea juridică, explicabilă prin sorgintea comună a creanţei şi a deţinerii lucrului, în această din urmă ipoteză, conexiunea fiind generată de acordul părţilor[43]. Prima – conexiunea fizică – ia naştere, în principiu, ca urmare a cheltuielilor de conservare, ameliorare sau transformare a lucrului efectuate de cel care deţine lucrul, fără a fi obligat însă la acesta şi, drept urmare, are temei legal de a solicita contravaloarea lor debitorului proprietar al lucrului. Cea de-a doua – conexiunea juridică – o regăsim în situaţiile în care creanţa şi faptul material sau juridic al deţinerii bunului au ca izvor fie convenţia părţilor (deţinerea unor bunuri de către mandatar, primite fie de la mandant, fie de la terţe persoane, până la momentul restituirii de către mandant a cheltuielilor făcute în executarea mandatului), fie un fapt juridic licit.

Ca natură juridică, dreptul de retenţie este un drept real de garanţie imperfect şi indivizibil[44], putând fi opus creditorilor chirografari ai lucrului, creditorilor privilegiaţi şi ipotecari privind lucrul respectiv, ale căror privilegii şi ipoteci s-au născut ulterior intrării lucrului în detenţia retentorului sau subdobânditorului ulterior al lucrului respectiv. Pe de altă parte, dreptul de retenţie nu este însoţit de prerogativa urmăririi bunului în mâinile oricăruia s-ar găsi, existenţa sa fiind limitată la perioada de timp în care bunul se găseşte în stăpânirea de fapt şi de drept a detentorului. Pierderea detenţiei echivalează cu încetarea dreptului de retenţie.

Dreptul de retenţie presupune cu necesitate ca detenţia exercitată asupra bunului să fie licită, iar detentorul să fie de bună-credinţă. Deşi potrivit art. 1899 alin.2 Cod civil, buna-credinţă se presupune şi sarcina probei cade asupra celui ce aleagă reaua-credinţă, subliniem totuşi că prezumţia bunei-credinţe acţionează numai în împrejurări absolut normale şi îşi produce efectele numai în starea de bună-credinţă propriu-zisă[45]. Drept consecinţă, detentorul bunului exercită doar o simplă detenţie precară asupra bunului, neavând dreptul de a folosi bunul reţinut, de a-l însuşi, de a-l vinde la licitaţie, de a culege fructele bunului etc. Aşa cum s-a decis în practica judiciară, dreptul de retenţie nu se subînţelege, ci trebuie constatat prin instanţă, la cererea părţii interesate[46].

3.2.6. Garanţiile în dreptul francez. Garanţia a fost definita in dreptul francez ca fiind acel mijloc de garantare acordat creditorului, care-i permite să obţină plata creanţei sale în manieră preferenţială prin raportare la creditorii chirografari, ca urmare a afectării unui bun (garanţie reală) sau a asigurării adusă de un terţ (garanţie personală)[47]. Cum orice garanţie este accesorie creanţei, ea nu va putea fi transmisă decât odată cu creanţa şi se va stinge, la fel, prin stingerea creanţei.

În dreptul francez, Ordonanţa n° 2006 – 346 cu privire la garanţii[48] a reorganizat dreptul garanţiilor, regrupând în Cartea a IV-a din Codul civil dispoziţiile relative diferite la dreptul garanţiilor. Ordonanţa a modificat în profunzime dreptul garanţiilor reale, prin consacrarea gajului fără deposedare, prin legalizarea pactelor comisorii, prin adaptarea dreptului de ipotecă cu crearea ipotecii reîncărcabile şi cu preţul împrumutului viager ipotecar.

Garanţiile personale sunt acele mijloace de garantare a plăţii oferite creditorului, care vor permite satisfacerea creanţei sale prin apelul făcut la patrimoniul altor persoane decât debitorul său. Este în special cazul cauţiunii, în care o persoană se angajează să plătească creditorului datoria altuia, în caz de neplată de către debitorul principal. Specificul acestei situaţii constă în faptul că obligaţia care leagă cauţiunea de creditor este considerată ca accesorie datoriei principale,

stingându-se în momentul în care debitorul principal a plătit datoria sau a fost liberat de aceasta.

Unele garanţii pot fi constituite în mod autonom, ca de exemplu, delegaţia imperfectă, garanţia autonomă sau scrisoarea de intenţie.

Pentru o înţelegere mai exactă a tipurilor de garanţii, pornim de la situaţia generală în care C – în calitate de garant, îşi aduce susţinerea sa faţă de A – debitor principal, în vederea garantării plăţii datoriei pe care o are acesta faţă de B – creditor. Deosebim astfel următoarele tipuri de garanţii:

- cauţiunea personală, în care C (fidejusorul) se angajează să plătească datoria lui A faţă de B, dacă A nu poate;
- delegaţia imperfectă, în care C (delegat) are o datorie faţă de A (delegant), care la rândul său are o datorie faţă de B (delegatar). C se angajează să plătească datoria lui A faţă de B, ceea ce îl liberează de obligaţia sa faţă de A;
- garanţia autonomă[49], prin care C se angajează să-i plătească lui B, în cazul în care acesta îi solicită, chiar dacă A este în măsură să facă el însuşi plata. Această garanţie nu este accesorie datoriei lui A, de unde şi denumirea sa de garanţie autonomă. C nu poate în nici un caz să invoce viciile datoriei lui A pentru a refuza plata;
- scrisoarea de intenţie[50], prin care C se angajează să-l ajute pe A să-şi plătească datoria sa faţă de B. Acest angajament poate lua forme diferite, dintre care unele includ chiar garanţia autonomă.

Garanţiile reale sunt oferite de debitor în vederea garantării plăţii datorate, ele purtând asupra bunurilor, de exemplu bani (depozitul de garanţie) sau chiar asupra unor lucruri aflate în raport cu operaţiunea juridică în sine (gajul fără deposedare a fondului de comerţ oferit bancherului care împrumută fondurile necesare unei achiziţii). Dar, bunurile obiect al garanţiei pot să nu fie legate de operaţiunea garantată, de exemplu în cazul gajului unei bijuterii, având ca obiect garantarea rambursării avansului.

Garanţiile reale se divid în două categorii: garanţii reale cu deposedare şi garanţii reale fără deposedare, criteriul de distincţie fiind atunci deposedarea sau nedeposedarea bunului dat în garanţie. Gajul cu deposedare operează ulterior deposedării, cu toate că Reforma din 2006 a creat gajul fără deposedare. În sens invers, pentru gajul fără deposedare nu operează deposedarea: cel mai adesea, constituirea sa face obiectul unei publicităţi care informează terţii de prezenţa gajului fără deposedare asupra bunului în cauză. Avantajul deposedării este că, de cele mai multe ori, deposedarea conferă în mod egal creditorului şi un drept de retenţie asupra bunului deposedat. Potrivit jurisprudenţei, dreptul de retenţie dobândit de creditor ca urmare a deposedării este nesusceptibil de abuz, este opozabil oricărui creditor şi permite reţinerea bunului afectat garanţiei până la plata completă a datoriei vizate.

Înainte de Ordonanţa din 23 martie 2006, gajul fără deposedare (vechiul art. 2071 Cod civil) cuprindea gajul, care purta asupra bunurilor mobile, şi antricreza, al cărui câmp de aplicare erau bunurile imobile (vechiul art. 2072 Cod civil). Ordonanţa din 23 martie 2006 a separat cele trei noţiuni conform criteriilor mobil/imobil şi corporal/incorporal. Gajul cu deposedare poartă asupra bunurilor mobile corporale, în timp ce gajul fără deposedare vizează bunurile mobile incorporale. Anticreza nu a fost reţinută ca modalitate a gajului fără deposedare.

După Reforma din 2006, în dreptul pozitiv francez (în Codul civil) sunt prevăzute patru categorii de garanţii reale mobiliare (art. 2329):

- privilegiile mobiliare;
- gajul mobilelor corporale, care este o convenţie prin care un creditor obţine dreptul de a fi plătit cu preferinţă faţă de alţi creditori, ca urmare a valorificării bunului mobil afectat garanţiei (art. 2333 şi urm). Acest bun mobil aparţine, în general, debitorului. Gajul poate de acum înainte să fie conceput fără deposedarea de bun;
- gajul fără deposedare a bunurilor mobile corporale, care permite afectarea unui bun mobil incorporal la garantarea unei obligaţii (art. 2355 şi urm);
- proprietatea reţinută cu titlu de garanţie.

Reforma din 2006 prevede trei garanţii asupra imobilelor:

- privilegiile imobiliare;
- anticreza afectată unui imobil în garantarea unei obligaţii, cu deposedarea celui care o constituie;
- ipotecile, care pot avea ca obiect numai bunuri imobile.

BIBLIOGRAFIE

1. N. Anghel, E. L. Anghel, Garantarea obligaţiilor civile şi comerciale, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001
2. S. Angheni, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1995
3. M. L. Belu Magdo, Contractul de garanţie reală mobiliară, în Revista de Drept Comercial nr. 1/2007
4. F. Ciutacu, Garanţiile de executare a obligaţiilor. Garanţiile personale şi garanţiile reale, Editura Themis Cart, Slatina, 2006
5. G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., Paris, 2-éme édition revue et augmentée, 1988
6. P. Crocq, Propriété et garantie, Thèse, Paris II, L.G.D.J., 1995
7. M. Farge, Les Sûretés, Collection « Droit en + », Presses universitaires de Grenoble, 2006
8. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Tratat de drept civil român, volumul II, Editura All Beck, Bucureşti, 2002
9. Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière (le droit du crédit), Cujas, Paris, 9ème édition par L. Aynès, 1998
10. L. Mocanu, Garanţiile reale mobiliare, Editura All Beck, Bucureşti, 2004
11. R. I. Motica, E. Lupan, Teoria generală a obligaţiilor civile, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2005
12. A. Pena, Garantarea obligaţiilor. Culegere de practică judiciară, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006
13. V. Pătulea, Corneliu Turianu, Garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale, Editura Scripta, Bucureşti, 1998
14. E. Poenaru, Garanţiile reale mobiliare, Editura All Beck, Bucureşti, 2004
15. R. Rizoiu, Aspecte introductive privind obiectul garanţiei reale mobiliare, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1/2006
16. L. Pop, Teoria generală a obligaţiilor, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1988
17. Ph. Simler, Réflexions sur la classification des obligations : dare, facere, non facere et…alteri, Actes du centenaire du Code civil japonais, Fukuoka 1998
18. Gh. Stancu, Puncte de vedere privind garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale, în Revista de Drept Comercial nr. 6/2007
19. C-tin. Stătescu, C. Bârsan, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, Editura All, Bucureşti, 1992
20. I. Turcu, Tratat de insolvenţă, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006
21. I. Turcu, Participarea creditorilor cu creanţe garantate prin dreptul de retenţie la procedura insolvenţei, în Revista de Drept Comercial nr. 7-8/2006
22. I. Turcu, L. Pop, Contractele comerciale. Formare şi executare. Introducere în teoria şi practica dreptului contractelor comerciale speciale. Formarea contractelor, volumul I, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1997
23. M. Voicu, Dreptul de retenţie, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001
24. V. D. Zlătescu, Garanţiile creditorului, Editura Academiei, Bucureşti, 1970

NOTE

[1] G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F., Paris, 2-éme édition revue et augmentée, 1988, v° garantie, pag. 376
[2] G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., pag. 376
[3] Ca de exemplu, definirea unui termen - une sureté, prin celălalt termen - une garantie: une **sûreté** est une **garantie** accordée à un créancier etc.
[4] Asemenea dificultăţi se întâlnesc şi în dreptul nostru. Pentru dezvoltări, a se vedea, Victor Dan Zlătescu, Garanţiile creditorului, Editura Academiei, Bucureşti, 1970, pag. 24 şi urm.
[5] P. Crocq, Propriété et garantie, Thèse, Paris II, L.G.D.J., 1995, note 19, n°283
[6] P. Crocq, op. cit., note 19, n°284
[7] P. Crocq, op. cit., note 19, n°285
[8] G. Cornu, op. cit., note 12
[9] Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière (le droit du crédit), Cujas, Paris, 9ème édition par L. Aynès, 1998, n°2.
[10] Ph. Simler, Réflexions sur la classification des obligations : dare, facere, non facere et…alteri, Actes du centenaire du Code civil japonais, Fukuoka 1998, pag. 233
[11] Radu I. Motica, Ernest Lupan, Teoria generală a obligaţiilor civile, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2005, nota 1, pag. 274
[12] C-tin Stătescu, C. Bârsan, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, Editura All, Bucureşti, 1992, pag. 375
[13] Michel Farge, Les Sûretés, Collection « Droit en + », Presses universitaires de Grenoble, 2006, pag. 7
[14] Radu I. Motica, Ernest Lupan, op. cit., nota 1, pag. 273
[15] Ion Turcu, Liviu Pop, Contractele comerciale. Formare şi executare. Introducere în teoria şi practica dreptului contractelor comerciale speciale. Formarea contractelor, volumul I, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1997, pag. 182
[16] Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, op. cit., pag. 374
[17] A se vedea pentru dezvoltări, Florin Ciutacu, Garanţiile de executare a obligaţiilor. Garanţiile personale şi garanţiile reale, Editura Themis Cart, Slatina, 2006, pag. 17
[18] A se vedea, pentru dezvoltări, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., pag. 636-759
[19] Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, op. cit., pag. 380
[20] Liviu Pop, Teoria generală a obligaţiilor, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1988, pag. 430
[21] Legea 22/1969 a fost publicată în Buletinul Oficial nr. 132/18.11.1969
[22] Publicată în Monitorul Oficial nr. 236/27.05.1999
[23] Pentru o analiză în detaliu, a se vedea Radu I. Motica, Ernest Lupan, op. cit., pag. 294-297
[24] Monna-Lisa Belu Magdo, Contractul de garanţie reală mobiliară, în Revista de Drept Comercial nr. 1/2007, pag. 13
[25] Pentru dezvoltări, a se vedea Radu I. Motica, Ernest Lupan, op. cit., pag. 301
[26] Prin înscris sub semnătură privată, potrivit art. 14 alin. 2 din Legea 99/1999, se înţelege orice mod de comunicare care păstrează înregistrată informaţia pe care o conţine şi care poate fi reprodusă într-o formă tangibilă şi care nu poate fi schimbată în mod unilateral.
[27] În ceea ce priveşte obiectul garanţiei reale mobiliare, descris în în principal de art. 6, art. 12, art. 24, a se vedea Radu Rizoiu, Aspecte introductive privind obiectul garanţiei reale mobiliare, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1/2006, pag. 9-43
[28] Există şi excepţii de la regula publicităţii prin înscriere la Arhiva Electronică de Garanţii Reale Mobiliare, printre care enumerăm publicitatea prin posesia bunului, situaţia garanţiei asupra drepturilor de proprietate intelectuală şi industrială etc
[29] Radu I. Motica, Ernest Lupan, op. cit., pag. 308
[30] Pentru dezvoltări, a se vedea, Emil Poenaru, Garanţiile reale mobiliare, Editura All Beck, Bucureşti, 2004, pag. 200-221; Livia Mocanu, Garanţiile reale mobiliare, Editura All Beck, Bucureşti, 2004, pag. 125-132
[31] Liviu Pop, Teoria generală a obligaţiilor, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1998, pag. 435
[32] Pentru analiza cazurilor de ipotecă legală, a se vedea, Nelu Anghel, Elena Loredana Anghel, Garantarea obligaţiilor civile şi comerciale, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, pag. 183-188
[33] Publicată în Monitorul Oficial nr. 61/26.03.1996
[34] Victor Dan Zlătescu, Garanţiile creditorului, Editura Academiei, Bucureşti, 1970, pag. 266-267
[35] Pentru dezvoltări, a se vedea, Radu I. Motica, Ernest Lupan, op. cit., pag. 337-341
[36] Excepţia poate fi ridicată în ipoteza în care creditorul este moştenitorul vânzătorului de la care terţul a dobândit cu titlu oneros imobilul.
[37] Condiţiile şi termenele în care terţul dobânditor al imobilului ipotecar poate să invoce prescripţia achizitivă sunt prevăzute de Codul civil. Pentru dezvoltări a se vedea Radu I. Motica, Ernest Lupan, op. cit., pag. 342-343.
[38] Liviu Pop, Teoria generală a obligaţiilor, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 1998, pag. 444
[39] Smaranda Angheni, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, Editura Oscar Print, Bucureşti, 1995, pag. 201
[40] Pentru dezvoltări, a se vedea, Nelu Anghel, Elena Loredana Anghel, Garantarea obligaţiilor civile şi comerciale, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, pag. 210 şi urm; Vasile Pătulea, Corneliu Turianu, Garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale, Editura Scripta, Bucureşti, 1998, pag. 36 şi urm.
[41] Victor Dan Zlătescu, Garanţiile creditorului, Editura Academiei, Bucureşti, 1970, pag. 189
[42] Gheorghe Stancu, Puncte de vedere privind garanţiile de executare a obligaţiilor comerciale, în Revista de Drept Comercial nr. 6/2007, pag. 45-46
[43] Pentru observarea cazurilor de conexitate fizică şi juridică existente sau nerecunoscute în practica judiciară, a se vedea, Ion Turcu, Participarea creditorilor cu creanţe garantate prin dreptul de retenţie la procedura insolvenţei, în Revista de Drept Comercial nr. 7-8/2006, pag. 13-17
[44] Printre alte caracteristici ale dreptului de retenţie, pot fi menţionate originea ”ex lege” sau convenţională, opozabilitate erga omnes, are un efect static, fiind o garanţie pur pasivă etc. Pentru dezvoltări, a se vedea Marin Voicu, Dreptul de retenţie, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, pag. 69
[45] Dimitrie Gherasim, Buna-credinţă în raporturile juridice civile, Editura Academiei, Bucureşti, 1981, pag. 47
[46] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, secţia civilă, decizia numărul 6604/25.11.2004, în Adriana Pena, Garantarea obligaţiilor. Culegere de practică judiciară, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006, pag. 44
[47] Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière (le droit du crédit), Cujas, Paris, 9ème édition, 1998, n°. 5
[48] Ordonanţa n° 2006 – 346 relative de suretés a fost publicată în J. O. n° 71 din 24 martie 2006
[49] Garanţia autonomă reprezintă angajamentul prin care garantul se obligă, în considerarea obligaţiei subscrise de o terţă persoană, să plătească o sumă ori la primă cerere, ori conform modalităţilor convenite (art.2321 Cod civil); principalele ei trăsături sunt: este o garanţie independentă; este o garanţie autonomă şi se bazează pe un contract principal, reprezentând executarea unei obligaţii asumate prin acel contract. Pentru dezvoltări, a se vedea Ion Turcu, Tratat de insolvenţă, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006, pag. 119-126
[50] Scrisoarea de intenţie constă în angajamentul de a face sau a nu face ceva, având ca obiect susţinerea unui debitor în executarea obligaţiei acestuia faţă de creditorul său. Angajamentul semnatarului scrisorii se poate exprima prin expresii variate, de genul ”va acorda sprijin”, ”va face tot ce va putea” etc. Pentru dezvoltări, a se vedea, Ion Turcu, op. cit., pag. 183

N.R.: În continuarea acestui articol vom publica, în numerele viitoare: „Consideraţii privind creanţele garantate în procedura insolvenţei“ şi „Analiza unor situaţii particulare privind creanţele garantate în procedura insolvenţei“.

Scurte consideraţii în legătură cu răspunderea membrilor organelor de conducere în lumina Legii 85/2006

– Partea a II-a –

Drd. Lajos Imre
Auditor de Justiţie
Insitutul Naţional al Magistraturii

UNELE ASPECTE PROCEDURALE ALE ACŢIUNII ÎN STABILIREA RĂSPUNDERII ŞI ÎN LEGĂTURĂ CU COMPLETAREA ACTIVULUI

Aspectele procedurale în ce priveşte introducerea, exercitarea şi efectele tragerii la răspundere a persoanelor vinovate potrivit art. 138 al. 1 nu au suferit modificări majore şi substanţiale, însă există câteva instituţii care au fost nou introduse prin Legea nr. 85/2006 (de exemplu: prescripţia dreptului de acţiune la stabilirea răspunderii) sau care au suferit anumite modificări, care trebuie în mod obligatoriu semnalate.

În ce priveşte competenţa de a judeca cererea de stabilire a responsabilităţii putem spune că aceasta aparţine în conformitate cu prevederile art. din Legea nr. 85/2006 judecătorului numit odată cu cererea de deschidere a procedurii şi nu a unui alt judecător-sindic de la aceeaşi tribunal[1].

În ce priveşte categoria persoanelor care pot introduce acţiunea în stabilirea răspunderii şi complinirea activului debitorului, legiuitorul a stabilit că potrivit art. 138 al. 3 beneficiază în mod exclusiv de acest drept următoarele 3 categorii de participanţi la procedura insolvenţei:

- Administratorul judiciar
- Lichidatorul
- Comitetul creditorilor

De acord cu concepţia legiuitorului, credem însă că cei mai îndreptăţiţi participanţi în introducerea acestei cereri sunt administratorul şi lichidatorul[2] pentru că:

- aceste persoane sunt responsabile încă de la începutul procedurii pentru elaborarea unui studiu în ce priveşte cauzele insolvenţei, însoţit de menţionarea obligatorie a identităţii persoanelor cărora această stare le-ar putea fi imputabilă,
- fiind direct răspunzători din punct de vedere civil, pentru conţinutul raportului este firesc să se acorde în primul rând lor posibilitatea de a introduce o acţiune în stabilirea răspunderii şi a completării activului, dacă în conţinutul raportului sunt menţionate persoanele care ar putea fi declarate responsabile potrivit art. 138 al. 1, pentru că astfel ei pot justifica oricând veridicitatea raportului în faţa unui alt participant,
- raportul fiind elaborat pe baza unei documentaţii ample, este firesc să beneficieze de dreptul de a introduce acţiunea în stabilirea răspunderii şi în completarea activului aceea persoană care cunoaşte temeinic şi în ansamblu întregul material probator şi se poate folosi de acesta în faţa instanţei în susţinerea pretenţiilor.

Al treilea participant care are dreptul să ceară stabilirea responsabilităţii şi a completării activului este organul reprezentativ al creditorilor, respectiv Comitetul creditorilor.

Dreptul comitetului creditorilor de a introduce această acţiune are un caracter subsidiar şi este supus autorizaţiei judecătorului-sindic.

Ambele aspecte, atât caracterul subsidiar al dreptului de a introduce acţiunea cât şi obligativitatea autorizării din partea judecătorului-sindic necesită anumite explicaţii.

Dreptul comitetului creditorilor de a introduce o acţiune în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului are un caracter subsidiar, deoarece acest drept nu poate fi exercitat decât în situaţia în care administratorul sau lichidatorul îşi manifestă omisiunea în acest sens, respectiv nu menţionează în conţinutul raportului persoana căreia ar putea fi imputabilă ajungerea debitorului în stare de insolvenţă, sau menţionând o asemenea persoană nu introduce acţiunea, iar acesta tinde să se prescrie.

În ce priveşte obligativitatea autorizării comitetului creditorilor de către judecătorul-sindic în cazul dorinţei acestora de a introduce o acţiune în stabilirea responsabilităţii şi a completării activului putem spune că acesta serveşte unui dublu rol:

- Să împiedice accesul la această acţiune a oricărui creditor şi să se verifice faptul că comitetul creditorilor este acela care introduce acţiunea.
- Verificarea exercitării subsidiare a acţiunii de către comitetul creditorilor, respectiv în cazurile omisive expres prevăzute de art. 138 al. 3

Prin aceste prevederi legiuitorul a reuşit atât o accelerare a mersului procedurii cât şi o măsură de bună administrare a justiţiei.

Susţin acest lucru deoarece prin excluderea creditorilor de la dreptul de a introduce o acţiune în stabilirea răspunderii şi a complinirii pasivului, legiuitorul a împiedicat apariţia în cadrul procedurii a nenumăratelor procese introduse de creditori, care nu de puţine ori, în practică, rând pe rând, au introdus o acţiune în stabilirea responsabilităţii şi a complinirii activului în momentul în care au văzut că un creditor a eşuat în acţiunea sa.

Neputându-se invoca autoritatea de lucru judecat (fiind vorba de părţi diferite) reglementarea anterioară a crescut lentoarea procedurii, a permis încărcarea inutilă a judecătorului-sindic şi a permis creşterea nejustificată a cheltuielilor procedurale şi în consecinţă a minimalizat averea debitorului care trebuia să suporte toate aceste cheltuieli inutile.

Totodată, pentru viitor, este împiedicată practica unor instanţe care au încuviinţat creditorului să pună în mod individual în executare o hotărâre favorabilă obţinută într-o acţiune în stabilirea răspunderii şi în completarea activului[3].

Un alt mijloc care s-a dorit să fie un mijloc de accelerare a procedurii este stabilirea de către legiuitor în conţinutul art. 139 a unui termen de prescripţie a acestei acţiuni.

Introducerea unui text de lege în acest sens ar fi fost necesară încă de la prima apariţie a legii, însă din păcate trebuia să treacă peste 10 ani până când legiuitorul şi-a dat seama că lipsa unui termen de prescripţie expres dă loc în practică la diverse abuzuri şi inadvertenţe cum ar fi de exemplu: formularea unei acţiuni în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului după închiderea procedurii. Sigur foarte multe instanţe au refuzat admiterea unor astfel de cereri considerându-le ca fiind inadmisibile, însă cu toate acestea au existat hotărâri care nu au exclus posibilitatea existenţei unei astfel de practici[4].

În urma multor controverse jurisprudenţiale apărute pe această temă legiuitorul a considerat că ar fi binevenită stoparea discuţiilor şi inadvertenţelor inutile pe această temă şi în acelaşi timp să ar fi nevoie de accelerarea mersului procedurii prin stabilirea unui termen de prescripţie.

Textul de lege care s-a dorit a fi curmarea unor divergenţe, s-a soldat, dintr-o gravă greşeală de redactare într-un text care nu rezolva deloc problematica termenului de prescripţie a acţiunii şi excelează printr-un caracter deosebit de confuz lăsând loc la o gamă foarte largă de interpretări.

Cum arată exact textul art. 139 care stabileşte *expressis verbis* termenul de prescripţie?

Acesta are următorul conţinut: „Acţiunea prevăzută la art. 138 se prescrie în termen de 3 ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă, dar nu mai devreme de 2 ani de la data deschiderii procedurii."

Textul de lege reprezintă în prima parte o combinaţie între 2 texte, deja existente în dreptul român şi francez, texte care au reprezentat punctul de plecare în formularea art. 139:

● Fiind vorba de o formă specială a răspunderii civile delictuale, textul art. 8 din Decretul 167/1958 care reglementează termenul de prescripţie a acţiunii în stabilirea răspunderii civile delictuale a reprezentat modelul de bază pentru redactarea textului final al art. 139

● Textul de lege din dreptul francez (art. 180 al. 2) care stabileşte termenul de prescripţie a acţiunii în complinirea pasivului la 3 ani de la data pronunţării hotărârii judecătoreşti de redresare sau lichidare(faliment)[5]

Din combinaţia acestor două texte a rezultat prima parte a art. 139 foarte clară şi bine definită, „Acţiunea prevăzută la art. 138 se prescrie în termen de 3 ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă....".

Din această prima parte a textului art. 139 reiese foarte clar că acţiunea în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului se prescrie în termen de 3 ani, iar termenul de prescripţie începe să curgă de la data la care a fost cunoscută persoana/persoanele căreia/cărora le este imputabil/imputabilă ajungerea patrimoniului debitorului în stare de insolvenţă sau de la data la care în mod normal sau în majoritatea cazurilor trebuia deja să fie cunoscută persoana vinovată de producerea stării de insolvenţă.

Textul de lege nu putea fi păstrată doar în această formă scurtă, pentru că:

● avea un mare neajuns, faptul de a nu contribui suficient de mult la accelerarea procedurii, permiţând formularea unei acţiuni în stabilirea răspunderii şi completării activului foarte aproape de momentul închiderii procedurii ori chiar în momentul închiderii

● ar fi permis în continuarea formularea unor cereri de acest gen chiar în afara procedurii deoarece creditorii care nu mai erau legaţi de instituţia comitetului creditorilor şi care nu găseau o altă formă de recuperare a creanţelor, cu certitudine ar fi formulat acţiuni în afara procedurii, sprijinindu-se pe prevederile art. 139 şi spunând că termenul de prescripţie a acţiunii în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului nu se prescrie odată cu închiderea procedurii insolvenţei ci după trei ani de la data la care ar fi trebuit în mod normal să fie cunoscută persoana căreia insolvenţa era imputabilă. Dacă identitatea persoanei responsabile ar fi fost cunoscută aproape de închiderea procedurii acţiunea în mod sigur încă nu ar fi fost prescrisă.

În consecinţă, pentru evitarea acestor consecinţe nedorite legiuitorul a simţit nevoia completării textului cu o ultimă parte care ar fi trebuit să împiedice introducerea acţiunii în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului într-un moment foarte apropiat de închiderea procedurii sau chiar în afara acesteia.

Existau două variante în acest sens:

● rămâne în vigoare prima parte a textului şi se limitează termenul de prescripţie la un an şi jumătate sau 2 ani, sau

● deoarece sintagma din art. 139 „... termenul de prescripţie începe să curgă de la data la care persoana posibil responsabilă a fost cunoscută sau trebuia în mod normal cunoscută..." poate crea o foarte mare incertitudine în ce priveşte momentul începerii curgeri termenului de prescripţie, dând astfel şi posibilitatea formulării acţiunii aproape de închiderea procedurii, soluţie reprezentată de determinarea termenului limită până la care poate fi amânată în timp începerea curgerii termenului de prescripţie, stabilindu-se astfel o prescripţie asemănătoare răspunderii pentru viciile ascunse ale lucrului

Dintre cele două variante legiuitorul a ales cea de a doua, pentru următoarele motive:

● elimină incertitudinea în ce priveşte momentul de la care începe să curgă termenul de prescripţie,

● împiedică formularea unor acţiuni în stabilirea responsabilităţi şi în completarea activului în afara procedurii sau aproape ori în momentul închiderii acesteia.

Singura problemă de rezolvat în acest caz a rămas doar determinarea exactă a momentului în care în mod firesc (în majoritatea cazurilor) trebuia deja cunoscută persoana/persoanele căreia/cărora insolvenţa ar fi putut să fie imputabil/imputabilă.

Însă acest moment trebuia să fie astfel stabilit încât să nu fie foarte apropiat de deschiderea procedurii, deoarece atunci nu mai era nevoie de acest moment ci se spunea *ab initio* în textul de lege că acţiunea se prescrie în termen de 3 ani de la data deschiderii procedurii, dar nici să fie foarte departe de acest moment pentru că astfel se risca formularea acesteia în momentul închiderii procedurii s-au în afara ei.

Având în vedere că:

● administratorul judiciar şi lichidatorul sunt persoanele îndreptăţite în primul rând să introducă acţiunea în stabilirea răspunderii şi în completarea activului,

● până în momentul realizării raportului asupra cauzelor insolvenţei şi a persoanelor cărora acest fapt le-ar putea fi imputat, nu se poate şti cu certitudine dacă există sau nu posibile persoane responsabile şi identitatea acestora,

● comitetul creditorilor nu poate acţiona decât în caz de omisiune a administratorului judiciar/lichidatorului - ceea ce însemnă în mod firesc obligativitatea pentru creditori de a sta în expectativă un anumit termen variabil de la caz la caz de la luarea la cunoştinţă a raportului pentru a putea dovedi astfel omisiunea administratorului judiciar/lichidatorului,

● această expectativă nu se mai justifică dacă există dovezi suficiente în ce priveşte identitatea persoanelor cărora insolvenţa le-ar putea fi imputabilă, omisiunea persoanelor îndreptăţite să introducă acţiunea nu mai poate fi justificată şi

trebuie în primul rând atenţionată prin începutul curgerii termenului de prescripţie, iar în final sancţionată prin împlinirea termenului de prescripţie, legiuitorul considerând că termenul de prescripţie nu poate începe să curgă mai târziu de 2 ani de la data deschiderii procedurii.

Legiuitorul a considerat că în acest termen raportul asupra cauzelor insolvenţei şi asupra persoanelor responsabile pentru acesta este finalizat şi prezentat creditorilor şi în consecinţă, dacă oricare dintre persoanele îndreptăţite să introducă o acţiune în stabilirea răspunderii şi completării activului consideră că sunt suficiente temeiuri pentru tragerea la răspundere a persoanelor vinovate de starea de insolvenţă a patrimoniului debitorului trebuie să acţioneze în acest sens şi nu să stea în expectativă.

În concepţia legiuitorului un prim avertisment în caz de expectativă a persoanelor interesate în introducerea acţiunii ar fi trebuit să reprezinte începerea curgerii termenului de prescripţie la împlinirea termenului de 2 ani de la data deschiderii procedurii, iar sancţiunea finală de împlinire a termenului de prescripţie peste 3 ani.

În consecinţă, termenul maxim de prescripţie a acţiunii în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului nu ar fi fost de 3 ani aşa cum stabilea prima parte a art. 139 ci de 5 ani de la data deschiderii procedurii.

Însă concepţia legiuitorului nu va putea fi pusă momentan în practică datorită unei grave inadvertenţe legislative, care trebuie de urgenţă modificată.

Astfel în loc de formulare a textului art. 139 în sensul „Acţiunea prevăzută la art. 138 se prescrie în termen de 3 ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă. **Cu toate acestea termenul de prescripţie a acţiunii prevăzute de art. 138 nu începe să curgă nu mai târziu de 2 ani de la data deschiderii procedurii.**"

● sau mai simplu „Acţiunea prevăzută la art. 138 se prescrie în termen de 3 ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă, **dar nu mai târziu de 2 ani de la data deschiderii procedurii**."

● avem formularea „Acţiunea prevăzută la art. 138 se prescrie în termen de 3 ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă, **dar nu mai devreme de 2 ani de la data deschiderii procedurii.**"

Aşa cum se vede, inadvertenţa de redactare constă în introducerea inexplicabilă în conţinutul textului a termenului de „nu mai devreme" în loc de „nu mai târziu" aşa cum ar fi fost firesc şi practic.

Dacă am accepta că textul este corect în această formă am ajunge la concluzii inacceptabile:

● acţiunea în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului poate fi introdusă înainte de deschiderea procedurii, în momentul în care starea de insolvenţă nu este încă stabilită şi nu există nici administrator judiciar, nici lichidator sau comitet al creditorilor care să fie îndreptăţit în introducerea acţiunii,

● dacă acţiunea se prescrie după 2 ani de la data deschiderii procedurii, nu este nevoie de prima parte a textului care stabileşte că acţiunea se prescrie cel mai devreme în termen de 3 an de la data deschiderii procedurii.

Dacă admitem că ultima parte a textului art. 139 este corectă avem o contradicţie legală inacceptabilă: în cadrul aceluiaşi text de lege există două termene de prescripţie diferite, reglementând aceeaşi acţiune.

În consecinţă, credem că acest text trebuie de urgenţă modificat în sensul adoptării concepţiei iniţiale a legiuitorului, prin înlocuirea termenului de „nu mai devreme" cu termenul de „nu mai târziu".

O altă modificare necesară din partea legiuitorului este introducerea unui termen de prescripţie expres în cazul procedurii simplificate şi care să fie diferit de termenul aplicabil în cazul procedurii generale.

În cazul de faţă termenul de prescripţie stabilit în art.139 se aplică atât în cazul procedurii generale cât şi în cazul procedurii simplificate, fapt care nu va reprezenta o soluţie benefică pentru practică, deoarece vorbim de două tipuri de proceduri cu debitori şi caracteristici diferite.

În cazul procedurii simplificate fiind vorba de o procedură simplă caracterizată prin:

● maximă celeritate,

● cu termene reduse la jumătate faţă de procedura generală,

● excluderea posibilităţii de reorganizare a patrimoniului debitorului,

● excluderea de principiu a posibilităţii de prorogare judecătorească a termenelor, ar fi firesc să existe un termen de prescripţie specific, mai scurt decât termenul de prescripţie din procedura generală, deoarece altfel există riscul ca în cazul procedurii simplificate să se ajungă la situaţia care s-a dorit a fi evitată în cadrul procedurii generale, respectiv ca să fie formulată o acţiune în momentul închiderii procedurii sau în afara acesteia.

Pentru evitarea acestor posibile evenimente nefericite, ar trebui şi în acest caz să existe o reducere la jumătate a termenului de prescripţie.

Astfel acţiunea ar trebui să se prescrie după trecerea unui 1 an şi jumătate de la data la care persoanele îndreptăţite să introducă acţiunea au cunoscut s-au trebuia în mod firesc să cunoască identitatea persoanei/persoanelor responsabile, iar termenul de prescripţie nu ar începe să curgă mai târziu de 1 an de la data deschiderii procedurii.

În ce priveşte efectele acţiunii în stabilirea răspunderii şi în completarea activului putem spune că acestea nu au suferit modificări şi în consecinţă sumele obţinute vor fi destinate reuşitei reorganizării în cazul în care condamnarea produce efecte în faza de reorganizare a procedurii sau de completare a activului şi acoperire în grad mai înalt a pasivului în cazul în care hotărârea produce efecte în caz de faliment.

Ca şi în reglementările anterioare persoanele îndreptăţite potrivit legii să introducă acţiunea în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului vor avea dreptul să pretindă judecătorului-sindic în conformitate cu prevederile art. 140 aplicarea asupra patrimoniului persoanelor posibil răspunzătoare a unor măsuri asiguratorii.

Această cerere ca şi în trecut va putea fi formulată atât odată cu introducerea cererii cât şi ulterior acestei date, dar nu mai târziu de pronunţarea hotărârii de admitere a acţiunii.

Ceea ce reprezintă o noutate absolută introdusă de Legea nr. 85/2006 este necesitatea, potrivit art. 140, a depunerii unei cauţiuni în valoare de 10% din valoarea totală a pretenţiilor în cazul în care persoanele îndreptăţite formulează o astfel de cerere.

Această modificare, credem că nu este oportună pentru următoarele motive:

● Sumele care ar fi necesare reuşitei reorganizării în cazul procedurii reorganizării sau pentru distribuirea urgentă între creditori în cazul falimentului vor fi blocate pe o perioadă destul de lungă într-un cont bancar, fiind total neproductive

● În cazul în care creditorii nu vor fi de acord ca administratorul judiciar sau lichidatorul să plătească cauţiunea din averea debitorului, nici să avanseze sumele necesare în acest sens, vor pierde un mijloc necesar pentru asigurarea executării reuşite a patrimoniului persoanelor responsabile în

caz de condamnare a acestora la suportarea pasivului, oferind în acest fel posibilitatea pentru aceştia din urmă să înstrăineze înainte de condamnare o mare parte a activului lor.

● În momentul în care legiuitorul urmăreşte maximalizarea averii debitorului prin extinderea ariei persoanelor pasibil a fi trase la răspundere potrivit art. 138 al. 1 este de neînţeles de ce oferă o şansă în plus acestor persoane de a micşora averea lor personală în momentul în care simt că împotriva lor ar putea fi pronunţată o hotărâre care va stabili responsabilitatea lor în conformitate cu prevederile art. 138 al. 1

Singura justificare pentru introducerea acestui text o putem găsi într-o eventuală dorinţă de corelare a prevederilor art. 140 cu cele stabilite de Codul de procedură civilă unde există regula potrivit căreia este obligatorie stabilirea unei cauţiuni dacă reclamantul nu dispune de un act scris şi creanţa nu este exigibilă.

Cu toate acestea credem că în cazul de faţă ar trebui să primeze aspectul economic în faţa celui juridic şi în consecinţă, pe viitor, ar trebui modificat textul art. 140 în sensul eliminării obligativităţii stabilirii unei cauţiuni de către judecătorul-sindic, aceasta păstrându-se cu caracter facultativ.

O ultimă reglementare, care din păcate a fost păstrată de legiuitor, cu toate că a fost criticată prin motive şi argumente pertinente de către un autor de mare prestigiu[6], este aceea a implicării executorului judecătoresc în urmărirea patrimoniului persoanelor responsabile şi a distribuirii sumelor de bani obţinute din vânzarea bunurilor acestor persoane.

De preferat ar fi fost, aşa cum a apreciat[7] şi autorul mai sus citat ca aceste atribuţii să fi fost conferite lichidatorului, prin aceasta accelerându-se procedura şi în acelaşi timp cheltuielile ar fi fost mult mai reduse.

NOTE

[1] În acelaşi sens I. Turcu, op.cit., pg. 469, N. Ţăndăreanu, op.cit., pg.253, Tribunalul Cluj dec. 1775/30.11.1999 publicată în Edita Lovin Culegere de practică judiciară în materie de faliment, Editura Monitorul Oficial, Bucureşti, 1999, pg. 396, Tribunalul Bucureşti, dec. 4748/06.10.1999, publicată în Edita Lovin, op.cit., pg. 452, Tribunalul Bucureşti, dec. 5064/20.10.1999, publicată în Edita Lovin, op.cit., pg. 460, în contra – în sensul că un alt judecător-sindic al aceluiaşi tribunal ar fi competent să judece acţiunea – Tribunalul Cluj, dec. 1776/C/30.11.1991, publicată în Edita Lovin, op.cit., pg. 399, Tribunalul Bucureşti, dec. 6958/19.11.19999, publicată în Edita Lovin, op.cit., pg. 456

[2] V. Paşca op.cit., pg. 39, V. Paşca, op.cit., pg.114

[3] Ca exemple de hotărâri prin care instanţele au încuviinţat executarea individuală de către creditorii a hotărârii în stabilirea responsabilităţii şi în completarea activului: Tribunalul Timiş, încheierea nr. 177/12.12.2002 şi Tribunalul Timiş, încheierea nr. 145/S/2000, citată în V. Paşca, op.cit., pg.105, iar un autor care s-a pronunţat în favoarea acestei practicie este Gh. Piperea, Obligaţiile şi răspunderea administratorilor societăţilor comerciale. Noţiuni elementare, Editura All-Beck, Bucureşti, 1995, pg. 174. În favoarea respingerii dreptului creditorilor de a pune în mod individual o hotărâre în stabilire răspunderii şi în completarea activului I. Turcu, op.cit., pg. 474, V. Paşca, op.cit., pg. 33, pg. 43-45, V. Paşca, op.cit., pg.105, pg. 120-122, Curtea de Apel Cluj dec. nr. 849/09.10.2001, publicată în Buletinul Jurisprudenţei Curţii de Apel Cluj pe anul 2001, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, pg. 474

[4] În sensul necesităţii soluţionării acţiunii în stabilirea răspunderii şi în completarea activului înainte de pronunţarea hotărârii de închidere a procedurii: I. Turcu, op.cit. pg. 469 şi 480, N. Ţăndăreanu, op.cit., pg.253, Curtea de Apel Cluj, dec. nr. 1683/07.20.2003, publicată în Buletinul Jurisprudenţei Curţii de Apel Cluj, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2003, pg. 462, Tribunalul Sălaj, dec. nr. 306/11.06.2001, citată în I. Turcu, op.cit., pg. 480, Curtea de Apel Ploieşti, dec. nr. 69/1999, citată în I. Turcu, op.cit., pg. 480, Trib. Dolj dec. nr. 1353/17.09.1998, citată în N. Ţăndăreanu, op.cit. pg. 253, Curtea de Apel Craiova dec. nr. 30/12.02.1999, citată în N. Ţăndăreanu, op.cit., pg. 253

[5] În acelaşi sens, Y. Guyon op.cit, pg. 426, Patrick Dalion, Jean Pierre Pamoukdjian, Dreptul societăţilor, Editura Economică, Bucureşti, 2002, pg. 488, Robert Obert şi alţii, op.cit., pg. 71, Corinne Saint Alary Houin, op.cit., pg. 692

[6] I. Turcu, Procedura insolvenţei, poligon de testare a reformei legislative, partea a-III-a, publicată în Revista de Drept Comercial nr. 2/2004, pg. 18

[7] Ibidem, op.cit. pg.18

Tratatul de aderare a României la Uniunea Europeană, cu privire la libera circulaţie a serviciilor (I)

Prof. univ. dr. Augustin Fuerea
Facultatea de Drept a Universităţii Bucureşti

Privit în ansamblu, amplul proces de integrare europeană, în mod inevitabil, se constituie într-o veritabilă componentă a globalizării, ca finalitate a demersurilor aflate în plină derulare la nivel mondial, demersuri analizate, deopotrivă, din perspectivă istorică, politică, economică şi, nu în ultimul rând, juridică. Aşa cum integrarea europeană îşi are importanţa sa în cadrul globalizării, aşa şi piaţa internă a (CE) UE cu libertăţile-i de circulaţie, deja, devenite arhicunoscute, îşi are un loc şi un rol bine determinate. Între toate libertăţile, poate nu întâmplător, acum, după cea mai consistentă extindere (10 + 2 state) se pune un accent cu totul aparte, inclusiv din punctul de vedere al reglementării, pe libertatea de circulaţie a serviciilor, alături de cea a mărfurilor, a persoanelor, a capitalurilor şi a plăţilor. Este şi motivul pentru care, în continuare, vom analiza, evolutiv-istoric, dimensiunea juridică a libertăţii de circulaţie a serviciilor, în cadrul unor apariţii (serii) succesive.

Pentru a înţelege foarte bine prevederile Tratatului de aderare a României la UE, în materia libertăţii de circulaţie a serviciilor, în mod firesc, trebuie să parcurgem reglementările primare şi derivate ale domeniului. Acestea au rolul de a ne clarifica privitor la drepturile şi obligaţiile care ne revin, într-o economie de piaţă, în care concurenţa este cuvântul de ordine (şi, nu întâmplător, asociem concurenţa domeniului serviciilor), respectiv să vedem care sunt, în mod concret, subiectele de drept implicate (persoanele fizice şi cele juridice sau numai persoanele fizice), deoarece nu puţine sunt confuziile care apar din cauza unor traduceri sau interpretări inadecvate.

1. Sediul primar al materiei

Ca izvor primar, principal, prin care serviciile au fost pentru prima dată consacrate, la nivel comunitar, întâlnim Tratatul de la Roma de instituire (înfiinţare) a Comunităţii Economice Europene (TCEE), semnat la 25 martie 1957 şi intrat în vigoare aproape un an mai târziu, adică la 1 ianuarie 1958[1].

La art. 59 din TCEE (actualul art. 49 TCE[2]) se precizează, fără echivoc, faptul că „*În cadrul dispoziţiilor care urmează, restricţiile privind libera prestare a serviciilor în interiorul Comunităţii sunt interzise, faţă de resortisanţii statelor membre stabiliţi într-un alt stat al Comunităţii diferit de cel al destinatarului prestaţiei*”.

Cel de-al doilea alineat vine să consacre ceea ce, în mod just societatea internaţională reclamă acum, cu privire la poziţia faţă de terţi, punându-se în valoare chiar mecanismul declanşat în acest sens, şi anume „*Consiliul, hotărând cu majoritate calificată, la propunerea Comisiei, poate extinde beneficiul dispoziţiilor prezentului capitol la prestatorii de servicii care sunt resortisanţi[3] ai unui stat terţ şi care sunt stabiliţi în interiorul Comunităţii*”.

Legiuitorul comunitar, în continuare, la art. 60 TCEE (actualul art. 50 TCE) defineşte conceptul de „*servicii*”, în accepţiunea Tratatului, adică: „*În înţelesul prezentului tratat, sunt considerate servicii prestaţiile furnizate în mod obişnuit în schimbul unei remuneraţii, în măsura în care nu sunt reglementate de dispoziţiile referitoare la libera circulaţie a mărfurilor, a capitalurilor şi a persoanelor*”.

Cu titlul exemplificativ, la acelaşi art. 60 TCEE (actualul art. 50 TCE), se precizează faptul că „*Serviciile cuprind în special:*

(a) activităţile având caracter industrial;

(b) activităţile având caracter comercial;

(c) activităţile artizanale (meşteşugăreşti);

(d) activităţile desfăşurate în cadrul profesiunilor liberale”.

În finalul art. 60 TCEE, din motive de rigoare, se adaugă, după cum urmează: “*Fără a aduce atingere dispoziţiilor capitolului privind dreptul de stabilire, prestatorul unui serviciu poate, în vederea executării prestaţiei, să-şi desfăşoare temporar activitatea în ţara în care prestează serviciul, în aceleaşi condiţii care sunt impuse de această ţară propriilor resortisanţi*”.

Art. 61 TCEE (actualul art. 51 TCE) aduce spre reglementare componenta cea mai importantă care, la data semnării Tratatului de la Roma (25 martie 1957), chiar făcea posibilă deplasarea, circulaţia serviciilor, şi nu numai, adică transporturile. La primul alineat, se stabileşte faptul că “*Libera circulaţie a serviciilor în domeniul transporturilor este reglementată de dispoziţiile din titlul privind transporturile[4]*”. În materia guvernată de Titlul referitor la transporturi, practic, statele membre urmăresc obiectivele Tratatului cu trimitere la aplicarea politicii comune în domeniul transporturilor (art. 74 TCEE, actualul art. 70 TCE). La articolul următor (art. 75 TCEE, actualul art. 71 TCE), la alineatul 1, se precizează faptul că pentru aplicarea prevederilor articolului de mai sus şi

luând în considerare aspectele specifice transporturilor „*Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura înscrisă la art. 189B*[5] *şi după consultarea Comitetului Economic şi Social şi a Comitetului Regiunilor, adoptă:*

(a) norme comune aplicabile transporturilor internaţionale efectuate dinspre sau către teritoriul unui stat membru, ori prin traversarea teritoriului unuia sau a mai multor state membre;

(b) condiţiile de admitere a transportatorilor nerezidenţi în transporturile naţionale ale unui stat membru[6]*;*

(c) măsurile destinate ameliorării securităţii transporturilor;

(d) orice alte dispoziţii utile”.

De la procedura instituită prin prevederile art. 75, alin. 1 TCEE (actualul art. 71 TCE), se instituie şi o derogare, des utilizată în practică, derogare potrivit căreia „*…dispoziţiile referitoare la principiile regimului transporturilor, a căror aplicare ar putea afecta grav nivelul de trai şi ocuparea forţei de muncă în anumite regiuni ca şi exploatarea echipamentelor de transport, sunt adoptate de către Consiliu, statuând cu unanimitate, la propunerea Comisiei şi după consultarea Parlamentului European şi a Comitetului Economic şi Social*”. În acest fel, Consiliul face dovada faptului că ia în considerare necesitatea permanentei adaptări la dezvoltarea economică rezultat al realizării pieţei comune.

Pentru România, ca stat nou devenit membru al UE, este foarte important să identifice şi să respecte acele reglementări care fac obiectul prevederilor articolului de mai sus, deoarece, aşa cum se precizează la art. 76 TCEE (actualul art. 72 TCE), „*Până la adoptarea dispoziţiilor* (n.n. invocate mai sus) … *nici un stat membru nu poate, fără acordul unanim al Consiliului, să adopte dispoziţii mai puţin favorabile, prin efectul produs direct sau indirect, pentru transportatorii aparţinând altor state membre în raport cu transportatorii naţionali*”.

În ceea ce priveşte ajutoarele ce răspund cerinţelor de coordonare a transportatorilor sau care corespund rambursării unor obligaţii inerente noţiunii de serviciu public, prin Tratat se apreciază că nu sunt incompatibile cu prevederile sale.

Măsurile care ţin de domeniul preţurilor şi cel al condiţiilor de transport, stabilite prin Tratat[7], se adoptă cu luarea în considerare a situaţiei economice a firmelor de transport.

Mai mult decât relevante pentru o economie de piaţă concurenţială sunt prevederile art. 79 alin. 1 TCEE[8], prevederi potrivit cărora: „*În traficul din interiorul Comunităţii trebuie înlăturate discriminările care constau în aplicarea de către un transportator, pentru aceleaşi mărfuri, în aceleaşi condiţii de trafic, a unor preţuri şi condiţii de transport diferite în funcţie de statul de origine sau de destinaţie a produselor transportate*”. Demnă de reţinut, în acest sens, este competenţa Comisiei, înscrisă la cel de-al 4-lea alineat cu privire la faptul că aceasta poate examina cazurile de discriminare, din proprie iniţiativă sau la solicitarea unui stat membru, adoptând deciziile pe care le apreciază ca fiind necesare, bineînţeles numai după consultarea tuturor statelor membre interesate.

Din motive concurenţiale este interzisă, deopotrivă, „*aplicarea de preţuri şi condiţii care presupun orice element de susţinere sau de protecţie în interesul uneia sau al mai multor întreprinderi sau industrii particulare, de către un stat membru pentru transporturile executate în cadrul Comunităţii, mai puţin în cazul în care este autorizată de către Comisie*”[9].

Tot Comisia şi tot din proprie iniţiativă ori la cererea unui stat membru „*examinează preţurile şi condiţiile la care se referă alin. 1, luând în considerare, în special, pe de o parte, exigenţele unei politici economice regionale corespunzătoare, necesităţile regiunilor nedezvoltate, precum şi problemele regiunilor grav afectate de circumstanţele politice şi, pe de altă parte, efectul acestor preţuri şi condiţii asupra concurenţei dintre tipurile de transport*”[10].

Tarifele stabilite din raţiuni concurenţiale nu sunt afectate (vizate) de această interdicţie.

Referitor la „*taxele sau redevenţele care sunt percepute de către un transportator, independent de preţurile de transport, la trecerea frontierei*”, acestea nu trebuie să depăşească un nivel rezonabil, ţinând cont de costurile reale pe care le autorizează în mod efectiv această trecere[11]. Nivelul rezonabil vizează o dezvoltare medie a tuturor statelor membre ale UE, cu luarea în considerare a noilor prezenţe, date de recentele extinderi (2004 şi 2007) spre Europa Centrală şi de Est. Este motivul pentru care apreciem că acum, cu atât mai mult, în condiţiile unui pronunţat caracter eterogen al nivelurilor de dezvoltare existente în cele 27 de state membre ale UE, îşi găseşte aplicarea alin. al 2-lea al art. 81, alineat în care se precizează că „*statele membre se străduiesc să reducă progresiv aceste costuri*” (determinate de trecerea frontierei). Executivul european (Comisia) poate formula şi, deopotrivă, adresa recomandări statelor membre orientate în sensul unor astfel de reduceri.

Dată fiind stricta specializare pe care o presupune problematica transporturilor, potrivit TCEE, pe lângă Comisie a fost instituit un Comitet Consultativ format din experţi desemnaţi de către guvernele statelor membre. Comitetul este consultat de către Comisie ori de câte ori aceasta consideră că este necesar fără, însă, a aduce atingere atribuţiilor unui alt organ tehnic, deja existent, şi anume Comitetul Economic şi Social.

De remarcat este faptul că prevederile Titlului IV TCEE[12] „*se aplică transporturilor pe calea ferată, rutiere şi apele interioare*”. Aceasta este regula, deoarece, pe cale de excepţie, Consiliul, statuând cu majoritate calificată, poate decide dacă, în ce măsură şi prin ce procedură pot fi adoptate dispoziţii corespunzătoare şi în cazul navigaţiei maritime ori transportului aerian.

Un alt domeniu în care asistăm la o evidentă liberalizare a circulaţiei serviciilor este cel **bancar**, la care se adaugă **asigurările** în mod corelativ. În acest caz, liberalizarea circulaţiei serviciilor se suprapune cu liberalizarea circulaţiei capitalurilor (capitolul 4, Titlul III).

Ca sediu principal al materiei, art. 73B TCEE (actualul art. 56 TCE), la alin. 1, precizează faptul că: „*…toate restricţiile privind circulaţia capitalurilor între statele membre, precum şi între statele membre şi statele terţe sunt interzise*”. Observăm că, iniţial, statele terţe au fost incluse în categoria beneficiarilor acestei libertăţi, lucru care nu se regăseşte în practica materiei, caracterul generos al intenţiilor primare fiind, ulterior, părăsit. Cel de-al 2-lea alineat completează peisajul libertăţilor, în sensul în care „*…toate restricţiile la plăţi între statele membre, precum şi între statele membre şi statele terţe sunt interzise*”.

Art. 73C TCEE (actualul art. 57 TCE), alin. 1, completează articolul anterior, în sensul potrivit căruia „*art. 73B*[13] *nu aduce atingere restricţiilor existente la 31 decembrie 1993, în temeiul dreptului naţional sau comunitar, la circulaţia capitalurilor având ca destinaţie statele terţe sau provenind din statele terţe, atunci când implică investiţii directe – inclusiv investiţiile imobiliare -, sedii, prestarea de servicii financiare sau admiterea de titluri pe piaţa de capitaluri*”.

Cu toate acestea, prevederile de mai sus nu aduc atingere dreptului pe care şi-l menţin statele membre, după cum urmează:

a) de a aplica dispoziţiile pertinente ale legislaţiei lor fiscale care stabilesc o distincţie între contribuabili, în funcţie de reşedinţa lor sau de locul unde le sunt investite capitalurile;

b) de a lua toate măsurile necesare pentru a împiedica încălcarea legilor, a normelor de aplicare în special în materie fiscală sau în materie de control prudenţial al instituţiilor financiare, de a stabili (adopta) proceduri (măsuri) de declarare a circulaţiei capitalurilor în scopul informării administrative sau statistice ori de a lua măsuri justificate de motive de ordine sau de securitate publică.

Celor de mai sus li se adaugă şi faptul că „*atunci când, în circumstanţe excepţionale, circulaţia capitalurilor având ca destinaţie state terţe sau provenind din state terţe provoacă sau este pe punctul de a provoca dificultăţi grave pentru funcţionarea Uniunii Economice şi Monetare, Consiliul, hotărând cu majoritate calificată, la propunerea Comisiei şi după consultarea BCE, poate lua, cu privire la statele terţe, măsuri de protecţie pentru o perioadă care să nu depăşească şase luni, dar numai în cazul în care aceste măsuri sunt strict necesare*”[14].

Interesante sunt şi prevederile art. 73G TCEE (actualul art. 60 TCE), alin. 1 corelate cu prevederile articolelor 301 TCE şi 297 TCE. La alineatul 1, se precizează faptul că „*dacă în cazurile adoptate în temeiul dispoziţiilor Tratatului asupra UE care privesc politica externă şi de securitate comună prevăd o acţiune a Comunităţii care vizează întreruperea sau reducerea totală sau parţială a relaţiilor economice ale Comunităţii cu unul sau mai multe state terţe, Consiliu, hotărând cu majoritate calificată, la propunerea Comisiei, ia măsurile urgente necesare*”, poate lua, cu privire la statele terţe vizate, măsurile necesare privitoare la circulaţia capitalurilor şi a plăţilor.

Alineatul al 2-lea mai precizează că, fără a aduce atingere art. 297 TCE[15] („*Statele membre se consultă în vederea adoptării în comun a dispoziţiilor necesare pentru a evita ca funcţionarea pieţei comune să fie afectată de măsurile pe care un stat membru poate fi obligat să le adopte în caz de probleme interne grave care aduc atingere ordinii publice, în caz de război sau de tensiune internaţională gravă care constituie o ameninţare de război ori pentru a face faţă angajamentelor contractate de acesta în vederea menţinerii păcii şi securităţii internaţionale*”) şi atâta timp cât Consiliul nu a luat măsurile conform alineatului 1 (mai sus analizat), un stat membru poate lua, din raţiuni politice grave şi pentru motive de urgenţă, măsuri unilaterale împotriva unui stat terţ. Comisia şi celelalte state membre vor fi informate cu privire la aceste măsuri cel mai târziu în ziua intrării lor în vigoare. Totodată, Consiliul are posibilitatea ca, „*hotărând cu majoritate calificată, la propunerea Comisei, să decidă dacă statul membru vizat trebuie să modifice sau să elimine măsurile în discuţie. Preşedintele Consiliului informează Parlamentul European despre deciziile luate de Consiliu*”[16].

Revenind la sediul principal al materiei în cadrul căruia este reglementată libera circulaţie a serviciilor, Titlul III, capitolul 3 TCE, la art. 52 (fostul art. 63 TCEE), alin. 1, găsim înscrisă o chestiune de natură procedurală, prin intermediul căreia se face trimitere, pentru prima oară, la legislaţia derivată, secundară, şi anume la directivă. O astfel de normă este directiva 2006/123, directivă care va face obiectul preocupărilor noastre în partea finală. Art. 52, alin. 1 TCE prevede că „*pentru a realiza liberalizarea unui serviciu determinat, Consiliul, la propunerea Comisiei şi după consultarea Comitetul Economic şi Social şi a Parlamentului European, hotărăşte cu unanimitate adoptând directive*”. Directivele…”*privesc, în general, cu prioritate serviciile care afectează, în mod direct, costurile de producţie sau cele a căror liberalizare contribuie la facilitarea schimburilor de mărfuri*”[17].

Tratatul face referire, în continuare, la situaţia economică generală a statelor şi situaţia sectorului interesat, care situaţii, dacă le permit statelor membre, acestea îşi pot declara disponibilitatea de a proceda la liberalizarea serviciilor peste nivelul obligatoriu, potrivit directivelor adoptate, în acord cu reglementările mai sus prezentate. Pentru atingerea acestui scop, Comisia adresează recomandări statelor membre interesate.

2. Sediul derivat al materiei

Cel mai nou sediu derivat al materiei îl constituie Directiva 2006/123 a Parlamentului European şi a Consiliului, din 12 decembrie 2006[18].

O însemnătate deosebită revine Directivei 2006/123, pentru doctrina şi practica domeniului cu precădere, din motive care ţin de realizarea unor clarificări de natură conceptuală. Se încearcă, în temeiul jurisprudenţei, doctrinei şi practicii domeniului să se formuleze o serie de definiţii date unor noţiuni des folosite, noţiuni care sunt susceptibile de mai multe interpretări, îndeosebi, acum, când UE numără 27 de state membre, iar numărul limbilor oficiale a crescut, gradual, până la 23 câte sunt în prezent.

O primă noţiune care reţine atenţia, potrivit prevederilor directivei, este aceea de „*serviciu*”. În acord cu jurisprudenţa Curţii de Justiţie , pentru a stabili dacă anumite activităţi, în special cele care sunt finanţate de către autorităţile publice sau furnizate de către entităţi publice, constituie un „*serviciu*”, directiva precizează că trebuie stabilite de la caz la caz şi ţinut cont de toate caracteristicile acestora, în special de modul în care sunt furnizate, organizate şi finanţate în statul membru respectiv. Instanţa de la Luxembourg apreciază că elementul esenţial al remuneraţiei rezultă din faptul că aceasta (remuneraţia) constituie contraprestaţia economică a serviciilor în discuţie şi că acest element este absent în cazul în care unele activităţi sunt prestate, fără contraprestaţie economică, de către stat sau în reprezentarea statului, în cadrul misiunilor sale, în domeniile social, cultural, educativ. Cu titlu de exemplu sunt invocate cursurile efectuate în cadrul sistemului de educaţie naţională sau gestiunea regimurilor de securitate socială, care nu includ nici o activitate de natură economică. Sumele vărsate de către destinatari cu titlu de participare la cheltuielile de funcţionare a unui sistem, cum este cazul celor de înscriere sau de şcolarizare suportate de către studenţi, nu reprezintă în sine o remuneraţie, în măsura în care serviciul este, întotdeauna, finanţat esenţialmente din fonduri publice. Pe cale de consecinţă, aceste activităţi nu sunt incluse în definiţia dată noţiunii de „*serviciu*” pe care o întâlnim în art. 50[19] TCE şi, prin urmare, nu intră în sfera de aplicare a Directivei 2006/123.

O a doua noţiune definită este aceea de „*prestator*”. Potrivit directivei, aceasta face trimitere la orice persoană fizică, resortisant al unui stat membru sau persoană juridică ce desfăşoară o activitate de servicii într-un stat membru, beneficiind fie de libertatea de stabilire, fie de libertatea de circulaţie a serviciilor. Noţiunea de prestator nu se limitează numai la cazul în care serviciul este furnizat peste o frontieră în cadrul liberei circulaţii a serviciilor, ci acoperă, în egală măsură, şi cazul în care un operator se stabileşte într-un stat membru pentru a desfăşura activităţi de servicii. Totodată, observăm că noţiunea de prestator nu trebuie să aibă în vedere situaţia sucursalelor societăţilor din state terţe într-un stat membru, deoarece, potrivit art. 48 TCE, libertatea de stabilire şi libera prestare a serviciilor nu beneficiază (profită) decât societăţilor constituite în conformitate cu legislaţia unui stat membru şi având sediul social sau locul principal în care îşi desfăşoară activitatea în cadrul Comunităţii.

Noţiunea de „*destinatar*” îi include, deopotrivă, şi pe resortisanţii unor state terţe care, deja, beneficiază de drepturi

care le sunt conferite printr-o serie de acte comunitare[20]. Mai mult, statele membre au posibilitatea să extindă accepţiunea noţiunii de destinatar şi la alţi resortisanţi din state terţe care sunt prezenţi pe teritoriul acestora.

În ceea ce priveşte noţiunea de *„persoană juridică”*, potrivit dispoziţiilor Tratatului CE, referitoare la stabilire, lasă operatorilor alegerea formei juridice pe care o consideră adecvată pentru exercitarea activităţii acestora. În sensul Tratatului, prin persoană juridică se înţelege orice entitate constituită în temeiul dreptului unui stat membru sau reglementată de acesta, indiferent de forma juridică.

Referitor la noţiunea de *„regim de autorizare”*, aceasta priveşte, în special, procedurile administrative prin care sunt acordate autorizaţii, licenţe, acorduri sau concesiuni, dar şi obligaţii, pentru a exercita activitatea de a fi înscris într-un ordin profesional sau într-un registru, un rol sau o bază de date, de a fi afiliat la un organism sau de a obţine o carte profesională. Acordarea unei autorizaţii poate rezulta nu numai dintr-o decizie formală, ci şi dintr-o decizie implicită decurgând, pentru exemplificare, din abţinerea (tăcerea) autorităţii competente sau din faptul că persoana interesată trebuie să primească o confirmare de primire a unei declaraţii pentru a începe activitatea respectivă sau pentru ca aceasta din urmă să fie legală.

Conceptul de *„motive de ordine publică”* a fost elaborat de către Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene în jurisprudenţa sa referitoare la art. 43 şi 49 din Tratat şi este, încă, susceptibilă să evolueze. Conceptul are în vedere, potrivit CJCE, următoarele justificări: ordinea publică, securitate publică şi sănătate publică în sensul art. 46 şi 55 TCE, menţinerea ordinii sociale, protecţia socială a lucrătorilor, bunăstarea animalelor, păstrarea echilibrului financiar al sistemului de securitate socială, lupta împotriva fraudei, lupta împotriva concurenţei neloiale, protecţia mediului şi a mediului urban, inclusiv amenajarea teritoriului, protecţia creditorilor, protecţia bunei administrări a justiţiei, siguranţa rutieră, protecţia proprietăţii intelectuale, obiectivele de politică culturală, inclusiv protejarea libertăţii de exprimare a diferitelor componente, în special valorile sociale, culturale religioase şi filosofice ale societăţii, necesitatea garantării unui nivel ridicat de educare, menţinerea pluralismului presei şi promovarea limbii naţionale, păstrarea patrimoniului istoric şi artistic naţional şi politica veterinară.

Noţiunea de *„ordine publică”* , în interpretarea Curţii de Justiţie, are în vedere protecţia împotriva unei ameninţări reale şi suficient de grave, care afectează unul dintre interesele fundamentale ale societăţii şi poate include, în special, probleme referitoare la demnitatea umană, protecţia minorilor şi a adulţilor vulnerabili şi bunăstarea animalelor. În mod similar, noţiunea de securitate publică include şi problemele legate de siguranţa publică.

„Ghişeul unic”, conceptual, reprezintă interlocutorul unic, prin intermediul căruia fiecare prestator poate să îndeplinească toate procedurile şi formalităţile.

Temeiul adoptării acestei directive, ca sediu primar, îl constituie Tratatul de instituire a Comunităţii Europene (TCE), îndeosebi art. 47, alin. 2, prima şi a treia teză, la care se adaugă articolul 55.

Procedura urmată în vederea adoptării acestei directive este cea prevăzută la art. 251 TCE. Iniţiativa aparţine Comisiei, cu avizul obţinut din partea Consiliului Economic şi Social, dar şi al Comitetului Regiunilor.

Motivele evidenţiate şi care stau la baza adoptării directivei fac trimitere, îndeosebi, la următoarele aspecte:

- stabilirea unor legături mai strânse între statele membre şi popoarele europene, prin intermediul Comunităţii Europene, în scopul asigurării progresului economic şi social;
- favorizarea creşterii economice şi crearea unor locuri de muncă în cadrul Uniunii Europene, la care să contribuie şi piaţa concurenţială a serviciilor (în acest sens, se urmăreşte înlăturarea tuturor obstacolelor care îi împiedică pe prestatori, în cadrul pieţei interne, în special întreprinderile mici şi mijlocii să se dezvolte dincolo de frontierele lor naţionale cu beneficiul tuturor avantajelor generate de piaţa internă);
- inventarierea unui număr mare de obstacole care împiedică sau limitează dezvoltarea prestării serviciilor între statele membre (în special, cele furnizate de către IMM) prin intermediul Raportului Comisiei asupra stadiului pieţei interne a serviciilor;
- procentul mare (de 70%) pe care îl deţin serviciile în cadrul PIB, ca motor al creşterii economice, dar şi în ocuparea forţei de muncă la nivelul majorităţii statelor membre;
- necesitatea eliminării obstacolelor din calea libertăţii de stabilire a prestatorilor în statele membre şi a libertăţii de circulaţie a serviciilor între statele membre;
- garantarea securităţii juridice necesare exercitării efective a celor două libertăţi fundamentale stabilite prin TCE pentru destinatarii şi prestatorii serviciilor;
- nevoia (cerinţa) de a realiza un cadru juridic general care să se aplice unei largi diversităţi de servicii, cu luarea în considerare a particularităţilor fiecărui tip de activitate sau de profesie şi sistemul lor de reglementare (coordonarea sistemelor legislative naţionale ale statelor membre care să asigure un înalt grad de integrare juridică comunitară, dar şi de protecţie a obiectivelor de interes general, îndeosebi, protecţia consumatorilor, a mediului, securitatea publică şi sănătatea publică, precum şi realizarea conformităţii cu dreptul muncii).

Date fiind complexitatea problematicii pieţei serviciilor şi rigoarea cunoscută de sistemul normativ comunitar, din conţinutul Directivei, care face obiectul atenţiei (2006/123), rezultă că aceasta întruneşte următoarele caracteristici (sub aspectul materiilor în care îşi găseşte aplicarea ori nu):

- nu se aplică decât în măsura în care activităţile care fac obiectul reglementării sunt deschise concurenţei, astfel încât statele membre să nu fie obligate să liberalizeze serviciile de interes economic general sau să privatizeze entităţi publice care ar înfiinţa asemenea servicii şi nici nu obligă să înceteze monopolurile existente pentru alte activităţi sau alte servicii din domeniul distribuţiei;
- se aplică, exclusiv, cerinţelor prin care se reglementează accesul la exercitarea unei activităţi de servicii sau la includerea unei activităţi în sfera serviciilor. În mod concret, nu se aplică în ce priveşte: regulile de circulaţie rutieră, amenajării sau dezvoltării teritoriului, amenajării zonelor urbane şi rurale, în materie de construcţii, precum şi pentru stabilirea sancţiunilor administrative aplicate în cazul nerespectării acestor norme care nu reglementează sau nu afectează în mod specific serviciul, dar care trebuie respectate de către prestatori în exercitarea activităţii lor economice în mod similar persoanelor care desfăşoară activităţi având caracter privat;
- nu reglementează criteriile de acces al unor prestatori la fondurile publice, care cuprinde, îndeosebi, criteriile pentru stabilirea condiţiilor în care prestatorii sunt abilitaţi să primească o finanţare publică, inclusiv condiţiile contractuale specifice şi, îndeosebi, normele de calitate faţă de care este subordonată (condiţionată) primirea (dobândirea) de fonduri publice, cum este cazul serviciilor sociale;
- nu se suprapune cu măsurile adoptate de către statele membre potrivit dreptului comunitar pentru a proteja sau

promova diversitatea culturală şi lingvistică şi pluralismul mijloacelor media (mass-media), inclusiv finanţarea acestora;

- nu împiedică statele membre să aplice regulile şi principiile fundamentale proprii în materie de libertate a presei şi de exprimare. La fel se întâmplă şi cu privire la interzicerea discriminării întemeiate pe naţionalitate sau pe alte motive care ţin de sex, rasă sau origine etnică, religie sau convingeri, handicapuri, vârstă sau orientare sexuală, aşa cum precizează art. 13 din TCE;

- nu armonizează dreptul penal al statelor membre şi nici nu aduce atingere acestuia, ci îşi propune numai să realizeze un cadru juridic pentru asigurarea libertăţii de stabilire şi a liberei circulaţii a serviciilor între statele membre. Totuşi, intenţia este aceea de a nu da posibilitatea statelor membre să restrângă libera prestare a serviciilor, prin aplicarea dispoziţiilor penale care afectează, într-un mod special, accesul la o activitate de servicii sau la executarea unei asemenea activităţi, având ca efect înlăturarea reglementărilor directivei;

- nu aduce atingere iniţiativelor comunitare care, întemeiate pe prevederile art. 137 TCE (referitoare la: ameliorarea mediului de muncă pentru protejarea sănătăţii şi a securităţii angajaţilor; condiţiile de muncă; informarea şi consultarea angajaţilor; integrarea persoanelor excluse de pe piaţa forţei de muncă; egalitatea între bărbaţi şi femei cu privire la şansele de pe piaţa forţei de muncă şi la remunerarea muncii) sunt adoptate în vederea realizării obiectivelor înscrise la art. 136 din acelaşi Tratat (privind încadrarea în muncă şi îmbunătăţirea condiţiilor de viaţă şi de muncă);

- nu-şi găseşte aplicarea în materia condiţiilor de muncă (de exemplu: perioadele maxime de muncă; perioadele minime de odihnă, durata minimă a concediilor plătite anual; nivelul salariului minim; securităţii, sănătăţii şi igienei la locul de muncă), materie în care statele membre se supun respectării dreptului comunitar;

- nu afectează relaţiile între partenerii sociali, inclusiv dreptul de a negocia şi de a încheia contracte colective, dreptul la grevă şi dreptul de a recurge la acţiuni sindicale în acord cu legislaţiile şi practicile naţionale, de asemenea, cu respectarea dreptului comunitar;

- nu se aplică serviciilor furnizate de agenţiile de muncă temporară şi nu influenţează legislaţia statelor membre în materia securităţii sociale;

- respectă exercitarea drepturilor fundamentale aplicabile în statele membre şi care sunt recunoscute prin Carta drepturilor fundamentale din Uniunea Europeană, drepturi care includ şi posibilitatea (dreptul) de a recurge la acţiuni sindicale în conformitate cu legislaţiile şi politicile naţionale, cu aplicarea (respectarea) dreptului comunitar;

- nu acoperă aspectele de extraneitate, ci îi are în vedere numai pe prestatorii stabiliţi într-un stat membru;

- nu se referă (sub aspectul reglementării) la negocierile privind comerţul cu servicii întreprinse în cadrul organizaţiilor internaţionale, în special, în cadrul GATS (Acordul general privind comerţul cu servicii);

- reglementează numai acele servicii furnizate în schimbul unei contraprestaţii economice, deoarece serviciile de interes general nu sunt incluse în definiţia dată de TCE (art. 50) (serviciile de interes economic general sunt servicii furnizate în schimbul unei remuneraţii, motiv pentru care intră sub incidenţa aplicării directivei. Sunt şi unele excepţii de la regulă, în sensul în care unele servicii de interes economic general, în special din domeniul transporturilor, sunt excluse de la aplicarea directivei, iar în ceea ce priveşte alte servicii de interes economic general, cum este cazul serviciilor poştale, acestea fac obiectul unei derogări de la dispoziţiile privind libera circulaţie a serviciilor prevăzute în directivă);

- nu se aplică serviciilor financiare, deoarece acestea fac obiectul unei legislaţii comunitare specifice prin intermediul căreia se intenţionează realizarea unei veritabile pieţe interne a serviciilor, aşa cum se întâmplă şi cu directiva care face obiectul analizei (excluderea are în vedere toate serviciile financiare, adică: acelea care privesc activităţile bancare, de creditare, de asigurare, inclusiv reasigurare, pensiile profesionale sau individuale, titlurile, fondurile de investiţii, plăţile şi serviciile de consiliere pentru investiţii, inclusiv serviciile înscrise în Anexa I a Directivei 2006/48 a Parlamentului European şi a Consiliului din 14 iunie 2006 privind accesul la activitatea instituţiilor de credit şi la exercitarea acesteia) ş.a.

*

Toate acestea, precum şi alte aspecte privitoare la libera circulaţie a serviciilor, pe care le vom studia în continuare (în numerele viitoare ale revistei) fac obiectul interesului nostru, ca semnatari ai Tratatului de aderare, din punctul de vedere al drepturilor şi al obligaţiilor dobândite în deplin acord cu prevederile Constituţiei României, revizuite în anul 2003, Titlul VI, art. 148:

„*(1) Aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, în scopul transferării unor atribuţii către instituţiile comunitare, precum şi al exercitării în comun cu celelalte state membre a competenţelor prevăzute în aceste tratate, se face prin lege adoptată în şedinţa comună a Camerei Deputaţilor şi Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaţilor şi senatorilor.*

(2) Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum şi celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate faţă de dispoziţiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.

(3) Prevederile alineatelor (1) şi (2) se aplică, în mod corespunzător, şi pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene.

(4) Parlamentul, Preşedintele României, Guvernul şi autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligaţiilor rezultate din actul aderării şi din prevederile alineatului (2).

(5) Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituţiilor Uniunii Europene”.

Bibliografie:

- Constituţia României, revizuită în anul 2003;
- Tratatul de instituire a Comunităţii Economice Europene, semnat la Roma, la 25 martie 1957 şi intrat în vigoare la 1 ianuarie 1958;
- Tratatul de la Maastricht, cunoscut şi sub denumirea de Tratatul asupra Uniunii Europene (TUE), semnat la 7 februarie 1992 şi intrat în vigoare la 1 noiembrie 1992;
- Tratatul de la Amsterdam, semnat în anul 1997 şi intrat în vigoare la 1 mai 1999;
- Tratatul de aderare a României la UE, semnat la 25 aprilie 2005 şi intrat în vigoare la 1 ianuarie 2007 ;
- Directiva 2006/123 a Parlamentului European şi a Consiliului, din 12 decembrie 2006, privind serviciile în cadrul pieţei interne;
- *Documente de bază ale Comunităţii şi Uniunii Europene*, Editura Polirorm, Iaşi, 1999;

- Theodor Tudoroiu, *Tratatul de la Amsterdam,* Editura Lucretius, Bucureşti, 1999;
- Revista Română de Drept Comunitar, nr. 1/2007
- www.ier.ro – Site-l Institutului European din România;
- www.europa.eu – Site-ul oficial al Uniunii Europene.

NOTE

[1] Ulterior, Tratatul a fost modificat succesiv, astfel: Actul Unic European, din 17 şi 28 februarie 1986; Tratatul asupra Uniunii Europene, de la Maastricht (Olanda) din 7 februarie 1992; Tratatul de la Amsterdam, din 2 octombrie 1997; Tratatul de la Nisa, din 26 februarie 2001, la care se adaugă modificările determinate de toate extinderile de până la 1 ianuarie 2007 inclusiv şi alte instrumente juridice.

[2] Tratatul de instituire a Comunităţii Europene. Potrivit dispoziţiilor Tratatului de la Maastricht (art. G, lit. A, pct. 1), sintagma Comunitatea Economică Europeană se înlocuieşte cu sintagma Comunitatea Europeană.

[3] Prin Legea nr. 157/2005 de ratificare a Tratatului de aderare a României la UE, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 465 din 1 iunie 2005, la art. 3 se precizează: „*În înţelesul Tratatului de aderare, al Tratatului de instituire a unei Constituţii pentru Europa, al Tratatului de instituire a Comunităţii Europene, al Tratatului de instituire a Comunităţii Europene a Energiei Atomice şi al Tratatului privind Uniunea Europeană, precum şi al altor reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, următorii termeni se definesc după cum urmează*:

a) *prin „resortisant al unui stat" se înţelege persoana fizică sau juridică având cetăţenia, respectiv naţionalitatea acelui stat în conformitate cu legislaţia internă a acestuia;*

b) prin „resortisant român" se înţelege persoana fizică sau juridică având cetăţenia, respectiv naţionalitatea română potrivit legislaţiei române". Considerăm că traducerea corectă din limba engleză (*national*), respectiv franceză (*ressortissant*) este aceea de „*resortisant*", deoarece, altfel, sfera de aplicare, prin invocarea conceptului de „*cetăţenie*", s-ar reduce numai la persoanele fizice, excluzându-le pe cele juridice, lucru pe care, aşa cum rezultă de mai sus, nici legiuitorul comunitar şi nici cel român nu l-a intenţionat. Conceptul de resortisant nu are o accepţie general valabilă pentru toate statele, motiv pentru care, cu prilejul dobândirii statutului de stat parte la un instrument juridic internaţional, fiecare stat defineşte noţiunea, precizând înţelesul pe care i-l conferă. Multe traduceri, mai puţin inspirate, identifică noţiunea de resortisant cu aceea de „*cetăţean*", ceea ce este de natură să producă multe confuzii, având consecinţe, teoretice şi practice, negative (de exemplu, în „*Documente de bază ale Comunităţii şi Uniunii Europene*", Editura Polirom, Iaşi, 1999, pag. 55)

[4] Este vorba despre Titlul IV/actualul Titlu V, art. 74-84, actualele art. 70-80.

[5] Actualul art. 251.

[6] Dreptul de cabotaj (navigaţie maritimă sau fluvială între porturile situate pe teritoriul aceluiaşi stat).

[7] Art. 78 TCEE (actualul art. 74 TCE).

[8] Actualul art. 75 alin. 1 TCE.

[9] Art. 80, alin. 1 TCEE (actualul art. 76 alin. 1 TCE).

[10] Art. 80, alin. 2 TCEE (actualul art. 76 alin. 2 TCE).

[11] Art. 81 TCEE (actualul art. 77 TCE), alin. 1.

[12] Actualul Titlu V TCE.

[13] Actualul art. 56 TCE.

[14] Art. 73F TCEE (actualul art. 59 TCE).

[15] Fostul art. 224 TCEE.

[16] A se vedea şi statutul României, ca stat membru al UE, de stat membru al NATO.

[17] Art. 63 TCEE, alin. 2 (actualul art. 52, alin 2).

[18] Traducere neoficială realizată din limba franceză de Tiberiu Savu în Revista Română de Drept Comunitar, nr. 1/2007, pag. 131-187 şi traducere realizată de Institutul European din România (www.ier.ro). Traducere personală realizată de autorul articolului.

[19] Art. 50 TCE: „*În sensul prezentului Tratat sunt considerate servicii, prestaţiile furnizate în mod normal în schimbul remuneraţiei, în măsura în care nu sunt supuse dispoziţiilor relative la libera circulaţie a mărfurilor, capitalurilor şi persoanelor. Serviciile cuprind, în special:*

a) activităţi având caracter industrial;
b) activităţi având caracter comercial;
c) activităţi artizanale;
d) activităţi ale profesiilor liberale".

[20] Regulamentul (CEE) nr. 1408/71 al Consiliului, din 14 iunie 1971, privind aplicarea regimurilor de securitate socială în raport cu lucrătorii salariaţi şi cu familiile acestora care se deplasează în cadrul Comunităţii, Directiva 2003/109 a Consiliului din 25 noiembrie 2003 privind statutul resortisanţilor statelor terţe care sunt rezidenţi pe termen lung; Regulamentul (CE) nr. 859/2003 al Consiliului din 14 mai 2003 de extindere a dispoziţiilor Regulamentului CEE 1408/71 şi Regulamentului (CEE) nr. 574/72 la resortisanţii unor state terţe care nu fac obiectul dispoziţiilor respective exclusiv pe motive de naţionalitate şi Directiva 2004/38/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind dreptul la libera circulaţie şi şedere pe teritoriul statelor membre pentru cetăţeni UE şi membrii familiilor acestora.

PRECIZARE

Articolul *„Efectele deschiderii procedurii insolvenţei“* publicat în numărul precedent al revistei are ca autor pe domnul **av. Arin Octav Stănescu.**

Dintr-o regretabilă eroare, numele autorului nu a fost tipărit.

Ne cerem scuze şi pe această cale.

cyanmagentablack

cyanmagentablack