



# PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență  
din România

Modificări  
la Legea  
nr. 85/2006  
*pag. 4*

Raportul  
debitor-creditori  
*pag. 9*

Contractul  
de vânzare-  
cumpărare  
*pag. 13*

Carta drepturilor  
fundamentale a  
Uniunii Europene  
*pag. 28*

*Nr. 34, octombrie-decembrie 2010*

*Publicație gratuită*



# Phoenix, revista de insolvență

Nr. 34, octombrie - decembrie 2010

## sumar

	<u>pag.</u>
<b>INTRODUCERE</b>	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
<b>RUBRICA PRACTICIANULUI</b>	
PRINCIPALELE MODIFICĂRI ADUSE LA LEGEA NR. 85/2006	4
RAPORTUL DEBITOR-CREDITORI ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI ÎN CONDIȚIILE CRIZEI	9
<b>RUBRICA ANALISTULUI</b>	
CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE ÎN NOUL COD CIVIL ( I )	13
DREPTUL DE OPȚIUNE AL ADMINISTRATORULUI JUDICIAR SAU LICHIDATORULUI PRIVIND MENȚINEREA SAU DENUNȚAREA CONTRACTELOR.....( II )	20
<b>OPINIA SPECIALISTULUI</b>	
OPINIE PRIVIND APLICAREA DISP. ART.93 <sup>1</sup> AL LEGII NR. 85/2006	25
<b>INTEGRARE EUROPEANĂ</b>	
CARTA DREPTURILOR FUNDAMENTALE A UNIUNII EUROPENE DUPĂ TRATATUL DE LA LISABONA	28

Editor  
**Mihai Dimonie**

Consultanți științifici  
**prof. univ. dr. Radu Bufan** (Timișoara)  
**av. Simona Maria Miloș** (București)  
**av. drd. Ana-Irina Șarcane** (București)

Secretar general  
**Alexandru Frumosu**  
Secretariat de redacție  
**Adrian Ciochirdel**  
**Andreea Mucileniță**

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

**Secretariat general al UNPIR**  
Bd. Octavian Goga nr. 2, sector 3  
București  
Tel.: 021-316.24.84,  
fax: 021-316.24.85  
E-mail: [office@unpir.ro](mailto:office@unpir.ro)

## Cuvântul președintelui



Ținând cont că ne apropiem de sărbătorile de iarnă și de momentul bilanțului de sfârșit de an, mă voi strădui să vă dau numai vești bune.

În primul rând țin să menționez faptul că, modificarea adusă Legii nr. 85/2006 cu privire la fondul de lichidare a început să dea roade.

În luna septembrie s-au primit de la ONRC aproape trei milioane de lei noi iar, în octombrie aproape trei milioane și jumătate de lei noi.

Se observă și o îmbunătățire a acumulărilor din procentul de 2% în septembrie și octombrie obținându-se cca. 2.333.478 lei, iar în tot anul până în prezent 11,5 mil.lei

Sper din toată inima că situația valorificărilor de active se va îmbunătăți și vom putea recupera cât mai mult din întârzierile la plata sumelor convenite membrilor Uniunii.

A doua veste bună ar fi că s-a finalizat și se află sub tipar culegerea de decizii,

pronunțate de diverse instanțe în perioada 2006 - 2009 în procedura insolvenței, care va constitui un instrument de lucru extrem de important pentru practicienii în insolvență, avocați specializați și judecători sindici.

O altă veste bună este aceea că noul sediu al Uniunii se află în faza finală a amenajărilor interioare și ne vom putea muta la începutul anului 2011.

Sediul va avea o sală de cca 100 de locuri, în care se vor desfășura seminarii și își va ține lucrările Adunarea Reprezentanților Permanenți.

Dotările vor fi de ultimă oră și se vor putea desfășura și seminarii on-line.

Odată cu inaugurarea sediului va fi dat în folosință și portalul UNPIR, care va fi pus la dispoziția tuturor membrilor.

Închei aici cu veștile bune, urându-vă tuturor sărbători fericite și la mulți ani !

Av.Arin Octav Stănescu  
Președintele UNPIR

# Principalele modificări aduse Legii nr. 85/2006 prin Legea nr. 169/2010



Av. Simona Maria MILOȘ -  
membră UNPIR

Legea nr. 169/2010 de modificare a Legii nr. 85/2006 vine pe fondul neajunsurilor acumulate în anii de practică ce au urmat intrării în vigoare a Legii nr. 85/2006, neajunsuri legate în principal de durata mare de timp în care se desfășoară procedurile de insolvență, de accesul mult prea facil la această procedură prin posibilitatea formulării unor cereri provocatorii menite a forța debitorul să plătească sub amenințarea falimentului, de (ne)protejarea drepturilor creditorilor garantați prin înscrierea acestora la masa credală la valoarea inițial evaluată a bunurilor afectate de garanții, dar și de alte multe aspecte asupra cărora mi-am propus să mă opresc, punctual, în cele de mai jos.

Fără a pretinde că avem o lege perfectă, o serie de nedreptăți și abuzuri ce se puteau comite în detrimentul participanților la procedură au fost înlăturate, grație noilor prevederi legale.

Observăm, în primul rând, o serie de dispoziții menite să accelereze procedura insolvenței, concretizate în principal în scurtarea termenelor procedurale, măsuri care, într-o opinie personală, ar trebui dublate de o reformă a sistemului judiciar pentru a nu rămâne simple deziderate, contrazise de realitatea faptică: în condițiile în care instanțele sunt sufocate de numărul masiv al dosarelor de insolvență, în condițiile în care încărcarea pe fiecare magistrat este de ordinul zecilor poate a sutei de dosare pe ședință, obligația de motivare a sentinței în termen de 10 zile de la data pronunțării este de-a dreptul fantezistă.

La fel, măsura soluționării în termen de 10 zile de la înregistrarea la curtea de apel a recursurilor, în condițiile în care în realitate, acestea primesc termen de cel puțin trei luni de la înregistrare ar trebui dublată de măsuri de suplimentare a corpului magistraților dar și a personalului auxiliar tocmai pentru ca recente modificări legislative să nu rămână simple norme de recomandare, lipsite de orice sancțiune.

Dar pentru că acest material își propune să fie unul pur teoretic, axat pe principalele modificări aduse Legii nr. 85/2006 voi lăsa deoparte aspectele practice, pentru a surprinde cele mai importante aspecte aduse de noul act normativ.

În linii mari, principalele direcții urmărite de noul act normativ, vizează următoarele măsuri:

## 1. accelerarea procedurii insolvenței

Această tendință se manifestă în principal, prin următoarele prevederi legale:

menținerea competenței materiale a instanței mai întâi sesizate

Potrivit prevederilor cuprinse în art. 6 alin.3 astfel cum a fost introdus prin Legea nr. 169/2010, dacă debitorul își schimbă sediul social între momentul sesizării instanței cu o cerere de deschidere a procedurii insolvenței și cel al soluționării acesteia de către judecătorul-sindic, schimbarea sediului nu afectează competența de soluționare a cererii de deschidere a procedurii, instanța competentă fiind cea dintâi sesizată.

Este bine știut faptul că unul din tertipurile debitorilor care doreau să tergiverseze soluționarea cererii de deschidere a procedurii de insolvență consta tocmai în schimbarea sediului social, pentru a determina instanța să-și decline competența în favoarea noului sediu. Deși întotdeauna am considerat că schimbarea ulterioară a sediului nu poate afecta competența instanței mai întâi sesizate, am constatat o practică absolut neunitară la nivelul instanțelor din țară, neajuns înlăturat prin această dispoziție legală care tranșează definitiv această chestiune.

reducerea termenelor procedurale

Constatăm că majoritatea termenelor procedurale au fost substanțial reduse, unele ajungând chiar periculos de scurte cum ar fi cel prevăzut de art. 21 alin. 3 din lege privind

posibilitatea contestării măsurii cuprinse în raportul practicianului în insolvență, de numai 3 zile de la data depunerii raportului. Acest termen, pe lângă faptul că este extrem de scurt, începe să curgă nu de la data publicării raportului în BPI, ci de la data depunerii raportului la dosarul cauzei, fapt de natură a leza grav dreptul celor interesați în a-l contesta.

Cum data depunerii raportului la dosarul cauzei nu este cunoscută participanților la procedura insolvenței, acesta putând fi depus oricând între termenele de judecată, singura interpretare constructivă a articolului menționat este cea sistematică, în care coroborăm această dispoziție cu cea cuprinsă în art. 7 alin. 1 din lege potrivit cu care, citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin buletinul procedurilor de insolvență.

Dintre cele mai importante termene procedurale reduse prin noile dispoziții legale, menționăm pe cele impuse practicianului în insolvență, cum ar fi: termenul de verificare și întocmire a tabelului preliminar de 20 zile în procedura generală și de 10 zile în cea simplificată (art. 62 alin.1 lit. c) termenul de depunere a tabelului definitiv de doar 15 zile de la depunerea tabelului preliminar (art. 62 alin.1 lit.d), termenul de depunere a acțiunilor în anulare de către practicianul în insolvență (art. 81 alin. 1).

Și termenele impuse creditorilor au suferit modificări - termenul de înregistrare a declarațiilor de creanțe de 45 zile față de cel inițial de 60 de zile (art. 62 alin.1 lit.b), de declarare a opozițiilor la deschiderea procedurii, de 10 zile sau după caz, de declarare a recursului - de 7 zile de la comunicarea hotărârii, de contestare a tabelului preliminar - de 5 zile de la data publicării acestuia în BPI.

Nici instanțele judecătorești nu au fost omise din această strategie - așa cum menționam supra - fiind impuse termene scurte de motivare a hotărârilor de către sindic (art.12 alin.3) sau de soluționare a căii de atac a recursului de către instanța de control judiciar (art. 8 alin.2).

o altă măsură în direcția accelerării procedurii constă în obligativitatea soluționării anumitor cereri de urgență, fără citarea părților, în cameră de consiliu cum ar fi cererea debitorului de deschidere a procedurii (art. 27 alin.5) sau cererea de desemnare a curatorului special pentru judecarea acțiunilor în anulare în lipsa unui administrator special conform art. 3 pct. 26;

O modificare binevenită este și cea privind soluționarea, în cameră de consiliu și fără citarea părților a cererii de confirmare a practicianului în insolvență desemnat de către adunarea creditorilor sau prin decizia creditorului deținător a cel puțin 50% din totalul masei credale în lipsa contestațiilor. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 11 alin.1 lit. d, într-una din situațiile de mai sus, dacă nu sunt formulate contestații, confirmarea administratorului judiciar se face în termen de 3 zile de la data publicării hotărârii adunării creditorilor/deciziei creditorului majoritar în buletinul procedurilor insolvenței.

Singurul neajuns al acestei dispoziții legale este cel legat de termenul în care judecătorul-sindic trebuie să confirme practicianul în insolvență, de 3 zile de la data publicării în BPI a hotărârii/deciziei de numire, termen care coincide cu cel prevăzut de art. 19 alin. 3 din lege pentru contestarea hotărârii adunării creditorilor/deciziei creditorului majoritar.

Prin urmare, neexpirând termenul de contestare a deciziei/hotărârii de desemnare a practicianului în insolvență, judecătorul-sindic nu va putea confirma, în același termen, în cameră de consiliu și fără citarea părților practicianul în insolvență desemnat.

Un alt aspect în legătură cu această dispoziție legală este și cel legat de ipoteza în care se înregistrează contestații tardiv, peste termenul de trei zile stabilit pentru contestații; întrebarea este dacă va putea desemna practicianul în insolvență și în ce cadru procesual va soluționa judecătorul-sindic contestația tardivă? În opinia noastră, formularea chiar tardivă a unei contestații, ne scoate din cadrul camerei de consiliu, fiind necesară citarea părților în ședință publică, aplicându-se în acest caz prevederile art. 19 alin. 3 teza finală, potrivit cărora judecătorul-sindic va soluționa printr-o încheiere și deodată toate contestațiile, prin care va numi practicianul desemnat sau după caz, va solicita adunării creditorilor/creditorului desemnarea unui alt practician în insolvență.

Faptul că decizia de desemnare a fost contestată tardiv, obligă judecătorul-sindic la fixarea unui cadru procesual în condiții de contradictorialitate, neputând să ignore contestația depusă în afara termenului de 3 zile prevăzut de lege, fiind obligat a o soluționa.

o altă prevedere legală menită a accelera procedura insolvenței constă în introducerea prevederii exprese privind vânzarea liberă de sarcini a bunurilor în procedura insolvenței în ceea ce privește măsurile asigurătorii instituite în cursul procesului penal.

Potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 53 din lege, *bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidator în exercițiul atribuțiilor sale, în cadrul procedurii insolvenței sunt dobândite libere de orice sarcini (...) inclusiv măsurile asigurătorii instituite în cursul procesului penal.*

Este binecunoscut faptul că sechestrul penal pus de către organul de urmărire penală paralizează în trecut orice operațiune de valorificare a bunurilor asupra cărora acesta era instituit, cu consecințe directe asupra duratei procedurii insolvenței, în unele cazuri aceasta prelungindu-se pe perioada mai multor ani, până când se pronunța o soluție în procesul penal.

un alt mare "consumator de timp" și de resurse al procedurii care a fost înlăturat prin actualele modificări l-a constituit etapa admiterii în principiu a planului de reorganizare.

Prin abrogarea art. 98 alin.2 și 3 din lege, această etapă a fost eliminată ca având o existență de sine stătătoare, toate condițiile de legalitate a planului de reorganizare propus fiind obligatoriu a fi analizate cu ocazia confirmării planului de reorganizare.

O altă tendință manifestată prin noile modificări constă în:

## 2. restrângerea accesului creditorilor la deschiderea procedurii insolvenței;

Aceasta se reflectă în principal, în următoarele măsuri:

ridicarea valorii prag - pentru care poate fi introdusă cererea de deschidere a procedurii de la 30.000 lei la 45.000 lei (art. 3 pct.12);

prelungirea perioadei de așteptare de la scadență - de la 30 zile la 90 zile (art. 3 pct.6);

operarea compensării legale pentru creanțele reciproce la momentul deschiderii procedurii, inclusiv pentru creditorii bugetari.(art.3 pct.6)

Toate cele trei măsuri cumulative vor determina o restricționare a accesului creditorilor la promovarea unei acțiuni de deschidere a procedurii insolvenței, descurajarea venind mai ales prin prisma perioadei lungi de așteptare de la scadență – de 90 de zile – la care se mai adaugă și neajunsul agendei încărcate a instanțelor, fapt ce determină acordarea unor termene de soluționare a cererii creditorilor în jur de 3-6 luni de la data depunerii cererii la tribunal.

Un calcul aritmetic simplu face ca un creditor cu o creanță neachitată să fie nevoit să aștepte în jur de 6 luni, poate chiar un an de la scadență pentru a putea beneficia de posibilitatea de deschidere a procedurii insolvenței.

Bineînțeles că la momentul soluționării cererii de deschidere a procedurii insolvenței trebuie verificată și condiția existenței stării de insolvență a debitorului, în ipoteza în care acesta a contestat, în termen legal, starea de insolvență, simpla îndeplinire a condițiilor creanței pentru care se solicită deschiderea procedurii insolvenței (respectiv certă, lichidă și exigibilă, mai veche de 90 de zile și în cuantumul valorii-prag) nefiind suficientă, prin ea însăși, pentru a se deschide procedura insolvenței.

Prevederea operării compensării legale pentru creanțele reciproce, mai ales în cazul creanțelor bugetare vine să înlăture posibilitatea creditorului bugetar de a mai putea solicita deschiderea procedurii insolvenței în condițiile în care acesta datorează debitorului diverse sume de bani. Procedura va putea fi deschisă doar pentru diferențele rămase neacoperite în urma operării compensării legale.

### 3. protejarea drepturilor creditorilor, în special al creanțelor garantate;

introducerea obligativității publicării tabelului preliminar de creanțe în BPI și a posibilității de contestare a acestuia în termen de 5 zile de la publicarea în BPI (art. 73 alin.2);

În acest fel s-a eliminat neajunsul legat de vechiul termen negativ de contestare a creanțelor constând în termenul de 10 zile anterioare datei stabilite prin hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței pentru depunerea tabelului definitiv.

Astfel, potrivit vechii reglementări, nu exista posibilitatea contestării tabelului preliminar într-un termen stabilit de la data publicării acestuia, cum ar fi fost normal și rezonabil. Tabelul preliminar putea fi contestat în termen de 10 zile anterior datei stabilite pentru depunerea tabelului definitiv, în multe situații particulare fiind imposibil de respectat, instanțele stabilind, în practică, data limită de depunere a tabelului definitiv foarte aproape de data depunerii tabelului preliminar astfel încât rămânea foarte puțin timp pentru contestații sau deloc. Totodată modul de calculare a termenului era neclar, codul de procedură civilă necunoscând instituția termenului negativ. (n.r.: a termenului care să înceapă să curgă nu de la o anumită dată de referință înainte ci de la o anumită dată de referință în urmă!)

precizarea că, în cazul vânzării bunurilor afectate de garanții la o valoare mai mare decât cea inițial evaluată, diferența de preț favorabilă va reveni tot creditorului garantat,

chiar dacă parte din creanța sa fusese înscrisă în tabelele de creanțe drept creanță chirografară (art. 41 alin.2);

Dispoziția cuprinsă în art. 41 alin. 2 din Legea nr. 85/2006, anterior modificării suferite prin Legea nr. 169/2010 a generat o situație ingrată în privința creanțelor garantate făcând ca valoarea părții garantate din creanța creditorului să nu fie dată de prețul bunului – singurul criteriu real la care se raportează creanța garantată - ci de *valoarea inițial evaluată*, așa cum era stabilită conform raportului de evaluare întocmit în cadrul procedurii insolvenței.

Astfel, în vechea reglementare, dacă bunul afectat garanției se vindea la o valoare mai mare decât valoarea inițial evaluată, pe de o parte, creditorul garantat nu putea să-și calculeze accesorii la întreaga creanță garantată ci doar la partea considerată garantată potrivit raportului de evaluare inițial iar pe de altă parte, nici nu putea să primească diferența pozitivă rezultată în urma vânzării, fapt de natură a prejudicia grav această categorie de creditori.

Noua reglementare vine să remedieze această nedreptate iar creditorul garantat va primi, în urma valorificării bunului afectat garanției, întreg prețul obținut din vânzarea acestuia, chiar dacă în tabelul definitiv fusese înscris drept creditor garantat cu o valoare mai mică, rezultată din raportul de evaluare inițial, pentru diferență figurând drept creditor chirografar.

Chiar și cu această remediere a textului cuprins în art. 41 alin.2 din lege, rămâne în continuare problema legată de planul de reorganizare care prevede vânzarea bunului și anume cea a înregistrării creanței. Ce se întâmplă cu creanța creditorului garantat într-o procedură de reorganizare, în care odată trecută o parte a creanței în categoria creanțelor garantate, aceasta este valoarea cu care creditorul respectiv va fi considerat creditor garantat, diferența neacoperită de valoarea de evaluare fiind trecută în categoria creanțelor chirografare!

Dacă planul prevede o reducere a creanțelor chirografare sau chiar eliminarea acestei categorii (în condițiile în care raportul de evaluare stabilește că în faliment această categorie de creanțe nu ar fi primit oricum nimic) nu se prevede care va fi modalitatea practică prin care creditorul garantat va putea primi diferența pozitivă rezultată din vânzarea bunului afectat garanției, în condițiile în care pentru acea diferență pozitivă fusese considerat creditor negarantat cu consecința eliminării creanței prin planul de reorganizare confirmat. Practic, deși operase o remitere de datorie a debitorului în privința unei părți a categoriei creanțelor chirografare sau chiar în integralitatea acesteia, prin vânzarea bunului afectat garanției, diferența pozitivă se cuvine în totalitate creditorului garantat, potrivit noii modificări a art. 41 alin.2.

Totodată, a rămas în continuare și problema legată de ipoteza în care bunul afectat garanției nu se prevede a fi vândut, cum este cazul unui plan de reorganizare care nu prevede vânzare de bunuri, ceea ce face ca în cuprinsul aceluși plan, creditorul garantat să fie considerat ca atare, la valoarea inițial evaluată a garanției, indiferent că pe parcursul celor trei ani de desfășurare a planului, valoarea de piață a bunului a crescut substanțial .

introducerea dispozițiilor legale privind protejarea drepturilor creditorilor care au participat anterior la negocieri extrajudiciare cu debitorul, precum mandatul ad-hoc sau concordatul preventiv, prin imposibilitatea anulării acestora. (art. 80 alin.1 ind.1).

O astfel de prevedere era necesară în contextul introducerii celor două noi instituții – mandatul ad-hoc și concordatul preventiv, înțelegerile încheiate de către debitor cu principalii săi creditori în baza celor două instituții, fiind nevoie a fi protejate împotriva posibilității de anulare potrivit prevederilor speciale cuprinse în Legea nr. 85/2006.

Încurajarea potențialilor investitori să finanțeze planul de reorganizare.

Această tendință se remarcă prin introducerea priorității în ordinea de distribuire a fondurilor obținute din vânzarea bunurilor afectate de garanții – în favoarea creditorilor care oferă finanțare debitorului.(art.121 alin.1 ind.1)

În ipoteza intrării în procedura falimentului ca urmare a eșuării planului de reorganizare, prin modificarea art.121 s-a creat o prioritate absolută la distribuirea sumelor obținute din valorificarea bunurilor debitorului, pentru creditele acordate în cadrul planului de reorganizare, ca parte componentă a acestuia.

Întrucât finanțarea procedurilor de reorganizare este extrem de dificilă, instituțiile financiare fiind reticente în a acorda astfel de împrumuturi firmelor aflate în insolvență, trebuia găsită o soluție pentru securizarea creanțelor acestora în cadrul unui plan de reorganizare.

În aceste condiții, legiuitorul a modificat Legea nr.85/2006 implicit și ordinea de preferință prevăzută de Codul civil și cel de procedură civilă în sensul că, creanțele garantate născute în timpul procedurii de reorganizare vor fi plătite cu prioritate din vânzarea bunurilor asupra cărora poartă garanția.

De exemplu, dacă asupra unor bunuri ale debitoarei s-a înscris o ipotecă anterior deschiderii procedurii iar ulterior, conform planului de reorganizare s-a prevăzut acordarea unui credit și s-a înscris o ipotecă de rang inferior, în caz de faliment acest creditor va fi îndestulat cu prioritate din vânzarea bunului respectiv.

Se pune întrebarea ce se va întâmpla însă, cu interdicțiile de a înscrie o nouă ipotecă. Răspunsul vine din confirmarea planului prin hotărârea judecătorului-sindic. Practic Legea nr.85/2006, în această situație, anulează interdicția notării ipotecii.

Modificări importante au fost aduse și procedurii de reorganizare, printre cele mai importante,menționăm:

eliminarea etapei admiterii în principiu a planului de reorganizare;

Ceea ce s-a eliminat propriu zis este ședința în care judecătorul-sindic, cu citarea corespunzătoare a părților interesate – comitet creditori, administrator judiciar, debitor și propunătorul planului de reorganizare, admitea sau respingea un plan.

Măsura nu a vizat așadar restrângerea cenzurii instanței asupra chestiunilor de legalitate a planului de reorganizare, acestea fiind obligatoriu a fi analizate la un alt moment procedural, respectiv cel al confirmării planului de reorganizare, ci doar eliminarea unei ședințe separate ce necesita acordarea unui termen, citarea părților, eventuale posibilități de amânare pe motive procedural, toate consumatoare de timp prețios.

A rămas în vigoare inclusiv dispoziția care permitea judecătorului-sindic să ceară părerea unui practician în insolvență cu privire la posibilitatea și șansele obiective de realizare a unui plan rațional de activitate, această dispoziție fiind

transferată tot la momentul procedural la care se pune în discuție confirmarea planului de reorganizare.

introducerea prevederii potrivit căreia sunt considerate nedefavorizate și sunt considerate că au acceptat planul doar creanțele ce se vor achita integral în termen de 30 de zile de la confirmarea planului sau în conformitate cu contractele de credit sau de leasing din care rezultă (art. 101 alin.1 lit.d);

În acest fel, a fost înlăturat neajunsul legat de prezumția absolută a votului favorabil planului de reorganizare pentru titularii creanțelor pentru care planul prevedea achitarea integrală a creanței prin plan și care în vechea reglementare, aducea o serie de prejudicii titularilor unor astfel de creanțe.

Spre exemplu, în ipoteza în care planul prevedea plata integrală a unei creanțe, desi se propunea ca aceasta să se facă în ultima tranșă a executării planului, fiind evident că se încerca o fraudare a intereselor creditorului respectiv, acesta nu se putea împotrivi prin votarea împotriva planului, votul său fiind considerat, *ex lege*, a fi în favoarea planului.

instituirea obligativității depunerii de către debitor a listei furnizorilor fără de care activitatea acestuia nu se poate desfășura, împreună cu documentele prevăzute la art. 28;

Deși textul art. 96 alin.1 ind.1 nu prevede nicio sancțiune a nedepunerii acestei liste o dată cu documentele prevăzute la art. 28 din lege, apreciem că sancțiunea care ar trebui aplicată ar trebui să fie imposibilitatea constituirii ulterioare a unei astfel de categorii.

introducerea posibilității de modificare a planului, oricând pe parcursul procedurii, cu respectarea condițiilor de vot și de confirmare (art. 101 alin.5);

Posibilitatea expresă a modificării planului de reorganizare este o măsură preluată din dreptul american, din Chapter 11, cu mențiunea că acesta din urmă prevede expres că modificarea planului poate fi efectuată oricând, atât anterior cât și ulterior executării planului.

Din modul de redactare a textului cuprins în alin. 5 al art. 101 din legea nr. 85/2006, dar și din poziționarea acestui text la finalul dispozițiilor ce reglementează condițiile de confirmare a planului de reorganizare, putem deduce că modificarea este posibilă doar după momentul confirmării planului.

În această direcție ne duce și interpretarea sintagmei folosite de legiuitor – *cu respectarea condițiilor de vot și de confirmare* – modificarea putând a fi făcută doar după momentul confirmării planului și nu anterior.

introducerea prevederii exprese potrivit căreia după închiderea procedurii de reorganizare, plățile către creditorii cu contracte pe termene ce depășesc termenul de realizare a planului vor continua (art. 95 alin.3);

Potrivit aceluiași art. 95 alin. 3 din Legea nr. 85/2006, executarea planului nu va putea depăși 3 ani, socotiți de la data confirmării.

Această limitare temporală a executării planului, la doar 3 ani calculați de la data confirmării, a creat în vechea reglementare o problemă reală, raportat la situația des întâlnită în practică, a creanțelor rezultate din contracte de împrumut bancar sau a altor contracte pe termen lung ce presupun realizarea unor investiții care depășesc perioada de timp ce poate fi alocată executării unui plan de reorganizare.

Legea nu cuprindea nicio dispoziție legală care să reglementeze o astfel de situație și exista, cel puțin la nivelul

instituțiilor financiare, o reticență legată de reeșalonarea creditelor prin planul de reorganizare.

Această reticență venea din faptul că o serie de alte dispoziții legale limitează dreptul creditorilor de a-și valorifica creanțele după momentul închiderii procedurii de reorganizare, operând o descărcare a debitorului de obligațiile de plată istorice.

Astfel, potrivit art. 137 alin. 2 din lege, la data confirmării unui plan de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan.

Mai mult, art. 102 alin. 1 din lege prevede că prin sentința care confirmă planul, creanțele și drepturile creditorilor sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan, iar în caz de eșuare a planului de reorganizare și de intrare în procedură de faliment, planul confirmat va fi socotit ca o hotărâre definitivă și irevocabilă împotriva debitorului.

Nu în ultimul rând, potrivit art. 136 din lege, prin încheierea procedurii, judecătorul-sindic, administratorul/lichidatorul și toate persoanele care i-au asistat, sunt descărcați de orice fel de îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați.

Pentru a proteja creditorul deținător al unei astfel de creanțe, Legea nr. 169/2010 aduce o modificare îndelung așteptată și benefică, în sensul în care se prevede în mod expres posibilitatea achitării unei părți a creanței pe durata executării planului de reorganizare, diferența urmând a fi achitată după ce debitorul reintră în circuitul economic, urmare a executării cu succes a planului, sau în procedură de faliment, în situația eșuării procedurii de reorganizare.

introducerea prevederii exprese a obținerii acordului prelabil scris al creditorului în favoarea căruia se prevede stingerea obligației prin operațiunea de dare în plată a unor bunuri. (art. 95 alin. 6 lit.E)

Exprimarea acordului asupra operațiunii de dare în plată nu constituie nici o noutate și nici nu reprezintă o modificare a legii nr. 85/2006, ci o lămurire a acesteia, în condițiile în care acest acord era necesar a fi exprimat și în temeiul vechii legi, mai exact în temeiul Codului civil, cu care Legea nr. 85/2006 se completează, potrivit prevederilor exprese cuprinse în art. 149 din lege.

Această precizare adusă de Legea nr. 169/2010 a venit din nevoia resimțită în practică de a proteja creditorul împotriva abuzurilor la care acesta era expus printr-o eventuală interpretare eronată a vreunei instanțe cum că un astfel de acord nu era necesar a fi exprimat, el nefiind prevăzut în mod expres în cuprinsul Legii nr. 85/2006.

În cazul unei astfel de abordări, exista riscul distribuirii către creditor a unui activ cu o valoare mult sub cea a sumei datorate, pentru a stinge astfel creanța creditorului.

În opinia noastră, față de prevederile legale cuprinse în art. 149 din Legea nr. 85/2006 – cu referire la completarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006 cu cele ale Codului civil și care nu au fost modificate prin Legea nr. 169/2010, nu se poate susține că în vechea reglementare acordul creditorului nu era necesar a fi exprimat, câtă vreme prevederile Legii nr. 85/2006 se completeau oricum cu cele ale Codului civil.

Prevederile art. 1100 din Codul civil, dispun în sensul că orice schimbare a prestației la care debitorul este obligat se

poate face numai cu consimțământul creditorului. Creditorul nu poate fi obligat să primească o altă prestație decât aceea care i se datorește, chiar dacă valoarea prestației oferite este egală sau mai mare.

#### Alte modificări:

Mărirea la 50% a procentajului aplicat taxelor care se achită la ORC pentru diversele operațiuni de înființare, modificare persoane juridice, transmitere, obținere, eliberare documente, etc., în scopul mării fondului de lichidare (art. 4 alin.6 lit.a);

Abrogarea art. 4 alin. 5 din lege privind autorizarea, de către judecătorul-sindic a plăților din fondul de lichidare, care au depășit bugetul previzionat;

Modificarea art. 36 în sensul eliminării prevederii privind nesuspendarea căilor de atac declanșate de debitor;

Completarea art. 64 alin.5 cu fosta prevedere cuprinsă în art. 74 alin.3 privind lipsa exercițiului dreptului de vot pentru creanțele sub condiție suspensivă până la îndeplinirea condiției;

Poziționarea creanțelor sub condiție suspensivă imediat după cele nescadente prevăzute la alin. 4 al aceluiași art. 64 nu este întâmplătoare, ea fiind menită să tranșeze o chestiune ce a generat o serie de neajunsuri creditorilor deținători de creanțe nescadente la data deschiderii procedurii.

Astfel, prin această poziționare, se poate vedea fără echivoc care este diferența de tratament între cele două categorii de creanțe în sensul în care doar creanțele sub condiție suspensivă sunt lipsite de exercițiul dreptului de vot, nu și cele afectate de termen.

Distincția era necesară, în practică operând confuzia (uneori deliberat, pentru a paraliza exercițiul dreptului de vot al creditorului cu creanță nescadentă) între cele două categorii de creanțe, afectate de modalități diferite ale actului juridic civil: *termenul și condiția*.

Este clar că legiuitorul a creat o diferență de tratament între cele două categorii de creanțe având ca punct de pornire diferența specifică dintre acestea - și anume certitudinea creanței.

Creanțele nescadente, au o existență certă, fiind afectate doar de termen suspensiv – definit de doctrină ca fiind acel eveniment viitor și sigur că se va produce, spre deosebire de creanțele afectate de condiție suspensivă - acea modalitate a actului juridic civil definită ca eveniment viitor și nesigur că se va produce a căror existență, este, așadar, incertă.

În cazul creanțelor afectate de termen suspensiv, dreptul de creanță este cert, el fiind afectat doar de termen, spre deosebire de creanțele afectate de condiție suspensivă, unde însuși dreptul de creanță nu există până la îndeplinirea condiției.

Prin urmare, titularul unei creanțe certe – cum este cea nescadentă - este firesc să aibă exercițiul dreptului de vot nealterat, spre deosebire de titularul creanței sub condiție suspensivă a cărei existență nu este certă decât prin și de la momentul îndeplinirii condiției!

Sperăm ca prin această modificare – am putea spune tactică – să nu mai auzim de incredibila instituție a "*condiției termenului*" – creată parcă dinadins de cei care doreau cu orice preț să împiedice creditorul – de regulă majoritar – să-și exprime întreg exercițiul dreptului de vot în pofida oricăror reguli de drept substanțial.



# Raportul debitor-creditori în procedura insolvenței în condițiile crizei



**Prof. univ. dr. Radu Bufan**  
Universitatea de Vest din Timișoara

1. Situația economică a României apreciată în toamna anului 2010 face improbabilă revenirea rapidă la o creștere economică de tipul celei de care a beneficiat și România în ultimii 10 ani. Pe plan mondial lucrurile nu stau cu mult mai bine; va mai trece mult timp până ce băncile își vor reveni, după acoperirea masivelor pierderi înregistrate (iar băncile din România încă nu reflectă în bilanț toate aceste pierderi) și vor începe să crediteze economia reală. Ori, fără credit, greu se dezvoltă afaceri, datorită specificului comerțului actual (activității economice), a mărimii investiției de pornire, etc.

2. Într-o perspectivă economică pesimistă, am putea afirma că legislația insolvenței se bazează pe concepte, reguli și speranțe ale unei economii care crește continuu. Procedura reorganizării judiciare inventată în SUA după marea criză, a constituit un răspuns la criză, o modificare substanțială a singurei variante posibile până atunci – falimentul; nu cumva criza actuală, similară ca amploare celei din 1929, demonstrează că trebuie să ne adaptăm realității, că reorganizarea nu este suficientă – ca instituție – pentru a salva activitatea economică?

Nu punem la socoteală instituția concordatului<sup>1</sup>, o soluție extrem de binevenită, însă greu de pus în practică, datorită atitudinii unor creditori care nu înțeleg că o lege trebuie interpretată în sensul în care produce efecte, pentru a nu pomeni - deocamdată - de reaua – credință.

Dorim să ne mărginim în prezentul studiu la mecanismul insolvenței, pentru a vedea dacă, așa cum este conceput în prezent, are resursele, resorturile necesare pentru a contribui la relansarea activității economice.

Un concept fundamental al mecanismului actual al insolvenței, consacrat și aplicat în întreaga Lege nr. 85/2006 îl constituie protecția acordată creditorilor garantați, protejarea intereselor acestor creditori comparativ cu interesul creditorilor chirografari și în final cu cel al debitorului.

Discutabilă ne pare însăși baza teoretică ce diferențiază acești creditori; este oare creditorul garantat - de regulă cel bancar – mai diligent comparativ cu cel chirografar care livrează bunuri și servicii în mod curent, fără a-și preconstitui garanții prin lucrări / operațiuni care ar frâna evident orice dezvoltare a comerțului ?

Considerăm că această explicație nu poate fi primită, creditul bancar și creditul furnizor devenind, în prezent, cel puțin de aceeași importanță în mecanismul / circuitul economic. În plus, cazurile de insolvență arată că deseori băncile și-au încălcat propriile norme de prudență încercând să plaseze cât mai multe credite, acceptând atât situații financiare “cosmetizate” cât și planuri de afaceri neverosimil de optimiste.

Nu cumva, mergând mai departe, ar trebui reconsiderată și relația debitor-creditor garantat (bancar), deoarece este evident că falimentul „general”, în condițiile lipsei perspectivei de creștere, nu constituie o soluție, negăsindu-se alți întreprinzători care să se înhame la condiții și credite ce s-au dovedit imposibil de respectat/rambursat de către proaspeții faliti?

3. Sunt convins că după această criză vor veni mari și substanțiale modificări în concepția insolvenței, care vor fi transpuse în legislația specifică, mai întâi în Vest și apoi și la noi. Dacă însă intervalul de reacție al legiuitorului român va fi de câțiva ani, ce se întâmplă până atunci? Cum putem – dacă putem - utiliza legislația actuală pentru a salva ceea ce este de salvat, (debitorii) fără să “omorăm” la schimb creditorii, și în special băncile și bugetul statului?

Ceea ce dorește să exprime acest articol este că, în urma acestei crize fără precedent în istoria recentă, sunt necesare noi abordări ale relației debitor-creditor; în final, în materia afacerilor acești “parteneri” trăiesc - ambii - din excedentul creat de către debitori și considerăm echitabil și moral să împartă atât beneficiile cât și riscurile activității comerciale.

+

cyanmagentablack

Ceea ce este moral și echitabil este însă cuprins și în straturile profunde ale legii, ale legii insolvenței, sau aceasta constituie un instrument de executare – „o procedură de executare silită” la discreția creditorilor, mai ales a celor garantați, cărora legea le rezervă o poziție „dominantă” în procedură?

În prezent, relația este dezechilibrată, creditorii fiind de regulă supragarantați în sensul de a beneficia de garanții colaterale și fidejusiuni, ceea ce transformă de *facto* societățile de capitaluri și SRL în societăți de persoane!

Dezechilibrul dintre debitori și creditori apare pentru prima oară în adevărata sa dimensiune în contextul acestei profunde crize, prin consecințele sale, deoarece nu există „amatori” care să preia bunurile sau afacerile debitorilor insolvenți, rezultatul fiind un risc general de reducere a nivelului activității economice, cu consecințele cunoscute: somaj, delincvență, etc.

Impasul social general pe care riscă să-l provoace perpetuarea relației debitor-creditor așa cum aceasta este astăzi înțeleasă și consemnată în contractele de credit cere măsuri urgente, dar care atât conceptual, dar și tehnic, sunt greu de elaborat, pentru simplul motiv că, dacă știm cum nu trebuie să arate această relație în schimb nu știm cum trebuie ea concepută și făcută operațională, adică acceptabilă de către ambii parteneri.

De aceea, o soluție la îndemână, dar care implică și anumite riscuri – de aplicare abuzivă în primul rând - o constituie reinterpretarea cadrului legal existent din perspectiva noilor constrângeri ale crizei, cu scopul de a prezerva funcționarea mecanismului economic.

Cu alte cuvinte, pe același cadru legal, o altă optică, o nouă viziune care să conducă la o altă interpretare și aplicare a dispozițiilor legale.

4. Trebuie subliniat că, sub imperiul crizei, modul de înțelegere și de interpretare a dispozițiilor Legii nr. 85/2006 a cunoscut deja o anumită evoluție: spre exemplu, s-a înțeles că legea se citește în sensul în care un credit pe termen lung nu poate fi cerut a se rambursa – prin planul de reorganizare – în termen de 3 (4) ani, – pentru că acel debitor nu are resursele necesare decât pe termen lung.

Deoarece debitorul nu poate rambursa în cadrul planului creditul angajat, practica a degajat soluții prin care planul prevede că restul rămas neramburast în cei 3 ani ai planului să fie rambursat ulterior duratei planului, în baza unei înțelegeri cu banca.

Această soluție pe deplin rațională și unica economic fezabilă, a fost consacrată în lege prin noul text al art. 95 alin. (3) care prevede că “Termenele de plată stabilite prin contracte - inclusiv de credit sau de leasing - pot fi menținute prin plan, chiar dacă depășesc perioada de 3 ani. Aceste termene pot fi și prelungite, cu acordul expres al creditorilor, dacă inițial erau mai scurte de 3 ani. După realizarea tuturor obligațiilor din plan și închiderea procedurii de reorganizare, aceste plăți vor continua conform contractelor din care rezultă”

Acesta este un nou pas înainte, în direcția unei interpretări flexibile, conforme cu realitatea din plan economic, a dispozițiilor legii insolvenței.

Un alt pas a constat în confirmarea legislativă sub impulsul inițiativei UNPIR, a procedurii de „hair - cut”, de reducere a cuantumului creanței garantate la nivelul valorii de piață a bunurilor de la data deschiderii procedurii.

În completare, suma negarantată trece în tablou la categoria creditorilor chirografari, iar noutatea constă în dreptul acelui creditor – teoretic garantat - de a i se distribui eventuala creștere viitoare de preț a bunurilor .

“Prin excepție de la prevederile alin. (1), creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea garanției stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau de lichidator. În cazul în care valorificarea activelor asupra cărora poartă garanția se va face la un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv sau definitiv consolidat, diferența favorabilă va reveni tot creditorului garantat, chiar dacă o parte din creanța sa fusese înscrisă drept creanță chirografară, până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor ce se vor calcula.” (art. 41 alin. 2)

Deci, prin modificarea legii, s-a considerat că nu este echitabil/moral ca o eventuală creștere a valorii (prețului) bunurilor garantate să profite tuturor creditorilor chirografari, și de aceea s-a umblat la art. 41.

Dacă însă legiuitorul, dar și organele ce aplică procedura și actorii implicați în procedură au ținut seama de precepte extralegale, extrase din morală, de ce nu ținem seama de ele și în judecarea poziției, în ultimă instanță a soartei, debitorului onest, victimă a evoluției economice?

5. Următorul pas îl poate constitui cenzurarea, de câte instanțe a poziției creditorilor care abuzează de dispozițiile Legii nr. 85/2006.

Spre exemplu, o bancă ce are garanții evaluate în trecut la „x” lei, primește prin plan 2/3”x” comparativ cu 1/3 „x” cât ar primi din vânzarea bunurilor la faliment, dar se opune planului, fără a-și motiva refuzul, considerând că poziția sa nu trebuie motivată.

Singura explicație rațională constă (în afara unor erori grosiere de evaluare, ale băncii sau ale specialiștilor) în existența unei oferte de preluare a afacerii de către alt întreprinzător, care însă, dacă nu este fermă, dacă vine din afara businessului, trebuie privită cu multă rezervă, deoarece s-ar putea să asistăm la alt faliment în viitorul apropiat.

Practica a găsit o soluție deoarece, și conform textului actual al Legii nr 85/2006 planul poate trece și fără acordul băncii, dacă îndeplinește condițiile de la art 101. Aceasta se poate întâmpla dacă există și bunuri negarantate din care să fie satisfăcuți creditorii din clase „ierarhic” inferioare băncii, care ar primi și la faliment ceva, atât cât primesc prin plan, și vor fi mai multe categorii care votează în favoarea planului (a se vedea R. Bufan, A. Buliga, “Planul de reorganizare și simularea distribuirii în ipoteza falimentului”, Rev. Phoenix nr. 30/2010)

Nu asupra condițiilor de confirmare a unui plan dorim să accentuăm, ci asupra faptului că, în însuși temeiul Legii nr 85/2006, un plan poate trece împotriva voinței unui/unor creditori ce reprezintă peste 50% din masa credală.

Deci, regula majorității valorice a creanțelor, ce pare să domine Legea nr. 85/2006 – a se vedea spre exemplu posibilitatea desemnării practicianului, etc. – cunoaște și excepții,

sau chiar nu constituie o regulă, un principiu în materia insolvenței.

În consecință constatăm că legea admite că interesul mai multor categorii de creditori prevalează asupra interesului unei singure categorii. Această constatare ne permite să generalizăm și să considerăm, mai departe, că orice lege, inclusiv cea a insolvenței, trebuie interpretată în așa fel încât să răspundă și unui scop mai larg, social, cel al menținerii activității economice la un nivel decent/minim/corespunzător.

În doctrină s-a subliniat că, atunci când în text este susceptibil de mai multe interpretări nu se poate reține interpretarea care ar duce la rezultate înjuste, inechitabile din punct de vedere economic și social<sup>2</sup>.

Confirmarea rolului și scopului „social” – în ultimă instanță - al Legii nr. 85/2006 rezultă și din alte dispoziții legale cum ar fi:

- prioritatea creanțelor rezultând din raporturi de muncă, la distribuire, chiar față de creditorii apăruiți după deschiderea procedurii (în perioada de observație și în reorganizare); legiuitorul a înțeles ca, între creditorii care au avut curajul să crediteze o societate în insolvență și foștii ei salariați, cu creanțe anterioare deschiderii procedurii, să-i prefere pe aceștia din urmă. (art. 123 pct. 2 și 3)
- dispozițiile care interzic întreruperea furnizării de utilități debitorului intrat în insolvență, de către creditori ce au creanțe declarate (născute înainte de deschiderea procedurii), dispoziții care urmăresc îndubitabil menținerea activității economice a acestuia. (art. 38)
- un argument foarte cunoscut și greu de combătut stă în chiar salvarea băncilor, devenite debitoare în pragul insolvenței, de către guvernele occidentale, tocmai în considerarea enormelor probleme sociale pe care le poate provoca un faliment bancar prin evaporarea economiilor unui număr mare de depunători.

În acest context, considerăm că, atunci când se examinează viabilitatea planului debitorului și creditorul trebuie să-și motiveze poziția raportat la aceleași criterii care au ca punct central fezabilitatea și caracterul realist al planului de reorganizare

Debitorul, care, de regulă, propune planul, trebuie să-l motiveze, să-l argumenteze, să prezinte contracte, surse de finanțare, etc., iar creditorul se mulțumește să-l accepte sau să-l refuze după bunul său plac. Această scenetă, această împărțire a rolurilor, ne aduce aminte de relația bancă-solicitant de acum câțiva ani, și în orice caz de o relație anterioară deschiderii procedurii.

Oare deschiderea procedurii nu schimbă cu nimic substanța relației dintre aceste părți ale procedurii?

Caracterul de „ordine publică” al procedurii, manifest prin cadrul în care se desfășoară (instanță) nu aduce nicio schimbare în „rolul” creditorului? Mai este acesta într-o simplă relație privată? Poate creditorul să se prezinte în instanță și să nu-și motiveze poziția?

Atitudinea creditorului nu poate avea la bază decât prezumția că bunurile debitorului îi aparțin, în baza faptului - ce trebuie demonstrat - că pasivul este superior activului, ori

această demonstrație nu se poate face de regulă decât la faliment.

Considerăm că instanțele vor trebui să cenzureze opinia nemotivată a creditorului iar lipsa argumentelor acestuia ar trebui să constituie un element important în elaborarea deciziei instanței, în aprecierea conduitei părților.

**6.** Soluția propusă anterior înseamnă oare “reinvestirea” instanțelor și cu atribuția de a judeca și în oportunitate nu doar în legalitate, contrar dispozițiilor art. 11 alin. 2?

Considerăm că această nouă optică/abordare nu trebuie să conducă la cenzurarea opiniei motivate a unui creditor, ci doar la reconsiderarea caracterului “legal” al chestiunii aduse în fața instanței din perspectiva menținerii în funcțiune a mecanismului economic, al interesului social apărut de lege. Art. 11 alin. (2) din lege este înțeles ca stabilind instanței rolul de a judeca doar în legalitate, chestiunile de oportunitate fiind în competența creditorilor. Totuși, acest text trebuie interpretat în contextul mecanismului insolvenței și există alte texte care, în mod clar, atribuie judecătorului-sindic puteri de intervenție în arbitrarea relației debitor-creditor.

Excludem argumentarea că, în final, orice diferend, chiar de judecată a oportunității, ajunge în fața judecătorului-sindic.

Un text care permite intervenția sindicului în chestiuni de oportunitate este textul art. 105 care dispune astfel:

*„(1) Dacă debitorul nu se conformează planului sau desfășurarea activității aduce pierderi averii sale, administratorul judiciar, comitetul creditorilor sau oricare dintre creditori, precum și administratorul special pot solicita oricând judecătorului-sindic să aprobe intrarea în faliment, în condițiile art. 107 și următoarele.*

*(2) Înregistrarea cererii menționate la alin. (1) nu suspendă continuarea activității debitorului până când judecătorul-sindic nu hotărăște asupra ei, prin încheiere”.* Deci, se observă că judecătorul-sindic trebuie să aprecieze asupra intrării în faliment, desigur în condițiile art. 107.

Art. 107 alin. (1) lit. C, dispune că judecătorul-sindic va decide intrarea în faliment când *„obligațiile de plată și celelalte sarcini asumate nu sunt îndeplinite în condițiile stipulate prin planul confirmat sau desfășurarea activității debitorului în decursul reorganizării sale aduce pierderi averii sale”*.

În cazul foarte comun al unei capacități de fabricație utilizată doar parțial, cheltuielile cu amortizarea, înregistrate lunar, sunt atât de mari încât conduc la contabilizarea unei pierderi în evidențele contabile. Totuși, această amortizare, care nu are corespondent într-o cheltuială, deoarece cheltuiala și plata au fost făcute în trecut, la achiziția utilajului, aduce pierderi averii debitorului? Înregistrarea unei pierderi contabile, în speță, nu diminuează averea debitorului, ci duce la prelungirea perioadei de recuperare a investiției din amortizare, prelungire firească datorită uzurii mai reduse a utilajului ca urmare a neutilizării la capacitate.

**7.** Problema de principiu cea mai spinoasă rămâne acceptarea din partea creditorilor a unor sacrificii ce le sunt impuse prin planul de reorganizare, concomitent cu luarea în considerare a intereselor debitorului falit (insolvent), într-o anumită măsură.

Categoria creditorilor chirografari, este, din practica, cea mai cooperantă, doar rămânerea în viață a afacerii debitorului putând asigura și continuarea propriei activități a acestor creditori, furnizori de materii prime, servicii, etc.

În ce privește băncile, de regulă, știindu-se garantate, acestea sunt cele care nu sunt dispuse să accepte planuri de reorganizare ce nu le oferă integral principalul și dobânzile, chiar dacă, prin sumele primite cu titlu de dobânzi timp de ani de zile au realizat profituri substanțiale, după ce și-au acoperit dobânzile plătite pentru sumele atrase de ele.

Deci, atunci când afacerile debitorului merg bine, banca "acceptă" să împartă cu acesta beneficiile ce decurg, dar când merg prost, banca, nu mai este de acord cu participarea la pierderi, deoarece din punct de vedere legal, nu este legată printr-un contract de asociere în participațiune. În consecință, denunță contractul de credit / activează clauzele de terminare, se înscrie cu întreaga sumă la masa credală și poate începe executarea bunurilor personale ale fidejuratorului, cel mai adesea patronul afacerii.

Pornind de aici ar mai trebui făcut un pas în direcția respectării și în procedura insolvenței a intereselor debitorului și ale creditorului bancar, simultan, prin agreearea unei reduceri a creanței care are la bază calculele clare și verificabile, soluție care ar fi necesar să se impună și creditorilor bugetari (fiscali).

Acest mecanism ar trebui să impună creditorului să-și prezinte propriile variante de recuperare a creditului din afacere și nu din garanțiile fidejuratorului, iar dacă această recuperare nu este cea mai avantajoasă, care este rațiunea pe care se sprijină refuzul său de a accepta planul debitorului?

Într-un singur caz, acest refuz ar fi admisibil și anume cel în care un terț depune o ofertă fermă de preluare a afacerii/bunurilor debitorului, oferind o sumă mai mare creditorilor comparativ cu cea oferită de către debitor, prin planul de reorganizare.

La întrebările:

Cum ar putea arăta o negociere reală a unui plan de reorganizare care să respecte interese tripartite: creditori, salariații și acționarii ai debitorului?

Care ar fi exigențele minime de respectat pentru a găsi o soluție?

Putem lua în considerare următoarele:

- creditorii care nu sunt afiliați ai debitorului să primească semnificativ mai mult decât ar primi la faliment
- salariații să-și păstreze locurile de muncă în proporție semnificativă
- debitorul să contribuie la finanțarea planului sau să fi contribuit la finanțarea afacerii prin beneficii nedistribuite, creditare substanțială a firmei, etc.
- debitorul să fie remunerat pentru încercarea de salvare sau să primească un procent din suma oferită de un terț pentru afacere, contra obligației sale de a face trecerea/tranziția în cel mai eficient mod
- debitorul să beneficieze și de o perioadă de rambursare în „prelungirea” planului pe o perioadă de circa 5 – 10 ani

- respectarea condiției de a lucra în profit pe durata reorganizării, însă calcularea profitului fără amortizarea aferentă mijloacelor fixe neutilizate sau excedentare.
- posibilitatea conversiei părții din creanță neplătită prin plan în titluri de participare la societatea debitoare sau în obligațiuni ce pot fi apoi convertite în acțiuni.

Știm că băncile nu au aptitudinea de a deveni investitori direcți în economie, însă în împrejurări excepționale sunt necesare măsuri excepționale.

Posibilitatea conversiei părții neplătite din creanță în titluri de participare obligă banca/creditorul garantat să cunoască mai bine – măcar acum – detaliile afacerii, îi permite un control mai profund și necesită un efort care să justifice îndestularea aceluia creditor în proporții ridicate.

Conflictul dintre debitor și creditori poate fi explicat și prin aceea că, în condițiile unui capitalism de dată recentă, multe societăți comerciale în insolvență reprezintă singura sursă de trai a asociațiilor acestora, care au investit realmente toate resursele lor și o cantitate substanțială de muncă în dezvoltarea acelei afaceri.

Ceea ce li se cuvine acestor persoane, deseori și creditori ai societății, este un tratament echitabil, corepunzător rolului lor în dezvoltarea acelei afaceri, și anume:

- dreptul la remunerarea fondului de comerț, care, în multe cazuri, pezință interes pentru cei ce doresc să preia activele și în realitate beneficiază de clientela și renumele societății care dispare de pe piață;
- un tratament echitabil, cel puțin al poziției asociațiilor ce au împrumutat societatea cea de creditor al societății, tratament care în prezent îi defavorizează pe asociații/afiliații debitorului. Aceștia nu trebuie puși pe o poziție inferioară celorlalți creditori chirografari la distribuire și nu trebuie împiedicați să voteze asupra planului.

Art. 100 alin. (5) ar trebui abrogat deoarece:

- există și funcționează art. 101 alin. (2) lit. c), care spune practic același lucru;
- în categoria creditorilor chirografari intră de acum și cei garantați, pentru partea negarantată a creanței, astfel că și aceștia vor influența votul și nu vedem de ce unii ar putea participa la vot și ceilalți nu, fiind tot creditori chirografari. Dacă prin votul chirografarilor afiliați trece un plan nerealist, nerealizabil, intră în funcțiune posibilitatea declarării falimentului conform dispozițiilor art. 105.

Considerăm că mai devreme sau mai târziu la fel ca și în cazul marii crize (Legea conversiei datoriiilor agricole) și statul va trebui să intervină – în contra regulilor normale ale capitalismului – în relațiile dintre particulari, pentru a asigura funcționarea pe termen lung a economiei și a reechilibra raporturile dintre diferitele categorii de creditori și dintre aceștia și debitori.

**Note:**

<sup>1</sup> Introdus în legislația română modernă prin Legea nr. 381/2009

<sup>2</sup> Sofia Popescu, "Teoria generală a dreptului", Ed. Lumina Lex, 2000, p.294.

# CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE ÎN NOUL COD CIVIL

## (Partea I-a)



**Drd. Alexandra Safta**  
Notar public

Noul Cod civil definește în art. 1650 vânzarea ca fiind „contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească”. Textele ce vin să completeze această definiție legiferează două realități unanim recunoscute de doctrină și jurisprudență. Pe de o parte, faptul că prin intermediul contractului de vânzare-cumpărare se poate realiza transmiterea și a altor drepturi, inclusiv dezmembărăminte ale dreptului de proprietate (art. 1650 alin. 2)<sup>1</sup>.

Pe de altă parte, se recunoaște acestei reglementări caracterul de tipar aplicabil tuturor actelor de înstrăinare, în ceea ce privește obligațiile înstrăinătorului, dacă nu există dispoziții derogatorii în reglementarea respectivului contract sau a materiei generale a obligațiilor (art. 1651 Cod civil).

Prin noile dispoziții se reorganizează materia înțelegerilor prealabile vânzării și introduce o instituție nouă, distinctă de promisiunea unilaterală de vânzare, și anume pactul de opțiune.

Potrivit art. 1278<sup>2</sup>, inclus în materia generală a izvoarelor obligațiilor, există un pact de opțiune atunci când părțile convin ca una dintre ele să rămână legată de propria declarație de voință, iar cealaltă să o poată accepta sau refuza, iar acea declarație se consideră o ofertă irevocabilă și produce efectele prevăzute la art. 1.191<sup>3</sup>. În capitolul referitor la vânzare, art. 1668 statuează că „În cazul pactului de opțiune privind un contract de vânzare asupra unui bun individual determinat, între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune nu se poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului.”

Rezultă deci că principalele elemente caracteristice ale pactului de opțiune ce transpar din definiția legală sunt:

- pactul de opțiune este o specie de ofertă;
- pactul de opțiune nu poate fi revocat prin voința unilaterală a obligatului;
- pactul de opțiune trebuie să conțină toate elementele viitorului contract;
- contractul poate fi încheiat prin simpla exercitare de către beneficiar a opțiunii în sensul acceptării.

Vom încerca în cele ce urmează să decelăm natura juridică a pactului de opțiune, în special prin compararea cu promisiunea unilaterală de vânzare-cumpărare.

Noua reglementare civilă conține în prezent și o definiție a ofertei<sup>4</sup>, care, conform art. 1188, este o propunere care conține suficiente elemente pentru formarea contractului și exprimă intenția ofertantului de a se obliga în cazul acceptării ei de către destinatar. Oferta este, prin esența sa, o manifestare unilaterală de voință, inclusă de unii autori în categoria actelor juridice unilaterale<sup>5</sup>. Astfel, dacă pactul de opțiune este o specie de ofertă, trebuie să presupunem că acesta constituie o manifestare unilaterală de voință, irevocabilă în condițiile art. 1191 – 1194, adică din momentul receptării și până la expirarea termenului prevăzut de ofertant, iar în lipsa acestuia, va expira de îndată dacă persoana e prezentă și nu acceptă sau într-un termen rezonabil după împrejurări, dacă beneficiarul e absent. Cu toate acestea, definiția legală a pactului de opțiune se referă la o declarație de voință cu privire la care „părțile convin ca una din ele să rămână legată de propria declarație”. Exprimarea folosită de legiuitor implică însă cu necesitate existența unui act bilateral, din moment ce se referă la „părți” precum și la acțiunea lor de a „conveni” cu privire la obligativitatea declarației de voință dar și a condițiilor în care trebuie făcută acceptarea. Deci beneficiarul pactului de opțiune are un rol activ în nașterea acestuia, exprimându-și consimțământul doar cu privire la „a primi” promisiunea ce i se face. Logica raționamentului ne îndeamnă să concluzionăm că pactul de opțiune este un act bilateral, o convenție, chiar dacă aceasta are caracter unilateral, născând obligații doar în sarcina emitentului propunerii.

Irevocabilitatea pactului de opțiune poartă amprenta caracterului său convențional, spre deosebire de instituția ofertei, reglementată de art. 1188 și următoarele, care este irevocabilă pentru că legea o califică astfel, din dorința de a securiza circuitul juridic civil. Distincția față de ofertă transpare și din împrejurarea că pactul de opțiune are drept beneficiar o anume persoană bine individualizată, care acceptă ca dreptul să se nască în favoarea sa, spre deosebire de ofertă care poate fi adresată publicului în general.

Prin urmare putem identifica în structura pactului de opțiune, astfel cum este configurat în noua legislație, două elemente: un element ce coincide cu oferta și în care regăsim conținutul esențial al actului proiectat, inclusiv consimțământul emitentului propunerii, și căruia îi mai lipsește doar consimțământul beneficiarului pentru a constitui un contract perfect

- un al doilea element, de natură contractuală, ce constă în convenția dintre cei doi de menținere a propunerii pentru o perioadă de timp, convenție din care se naște pentru beneficiar un drept potestativ privind opțiunea de a încheia sau nu contractul ce i-a fost propus.

Scindarea pactului de opțiune în componentele sale relevă similaritatea sa perfectă cu promisiunea unilaterală de vânzare, astfel cum a fost aceasta analizată într-un valoros material referitor la natura sa juridică<sup>6</sup>. În aceste condiții, ne punem problema utilității instituirii reglementării la care ne referim în aceste rânduri. Din moment ce pactul de opțiune nu este altceva decât o promisiune unilaterală de vânzare, nici mai mult nici mai puțin, de ce legiuitorul a simțit nevoia să creeze această categorie nouă<sup>7</sup>? O posibilă explicație ar fi încercarea de a promova un mecanism de încheiere în două etape<sup>8</sup> a contractelor solemne, în cazul cărora acceptarea ofertei nu este constitutivă de acord, fiind necesară manifestarea voințelor concordante în forma solemnă edictată de lege. Cele două voințe ce concură la nașterea convenției corespund unor etape distincte: prima, în care își manifestă consimțământul la încheierea actului doar vânzătorul, iar a doua, în care cumpărătorul își exprimă consimțământul în sens complementar. Cu toate acestea, dacă e să prezumăm că legiuitorul a vrut să facă din pactul de opțiune altceva decât oferta sau promisiunea unilaterală de vânzare, nu găsim motivația configurării etapei întâi, cea a ofertei, ca o fază contractuală (chiar dacă acordul nu poartă asupra elementelor vânzării, ci doar asupra dreptului de opțiune ce se naște pentru potențialul cumpărător).

Deși nu putem identifica diferențele dintre promisiunea unilaterală de vânzare și pactul de opțiune, trebuie să arătăm că regimul lor juridic, sub aspectul efectelor, nu este identic. Beneficiarul semnatar al unei promisiuni unilaterale de vânzare poate, conform alin. 3, coroborat cu alin. 1 al art. 1699, dacă cealaltă parte refuză încheierea contractului promis din motive ce îi sunt imputabile, să solicite instanței de judecată pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract. Contractul la care se referă pactul de opțiune se încheie prin exercitarea opțiunii în sensul acceptării de către beneficiar a declarației de voință a celeilalte părți, în condițiile convenite prin pact. E lesne de observat că legiuitorul acordă un regim mai favorabil beneficiarului pactului de opțiune, căruia îi este suficient să-și manifeste voința în forma prescrisă pentru a determina nașterea contractului. Fără îndoială că o eventuală opoziție la executare din partea vânzătorului nu poate fi contracarată decât prin intervenția instanței de judecată, însă rolul acesteia va fi limitat doar la constatarea încheierii sau nu a contractului prin exercitarea opțiunii.

Beneficiile pactului de opțiune nu mai sunt însă atât de evidente în cazul înstrăinării imobilelor, procedură supusă în viitor unui dublu formalism. Pe de o parte necesitatea exprimării consimțământului în formă autentică (aspect ce nu ridică probleme, întrucât și pactul de opțiune și manifestarea opțiunii în sens favorabil pot – și trebuie – a fi îmbrăcate în forma solemnă a actului autentic), și, pe de altă parte, obligativitatea înscrierii dreptului în cartea funciară, ca formalitate ce marchează, odată cu reîntoarcerea la sistemul de publicitate cu efect constitutiv, dobândirea dreptului real. Deci în fapt, prin jocul celor două instituții, contractul încheiat valabil prin acceptarea de către beneficiar își va produce efectul translativ specific doar la momentul înscrierii în cartea funciară. În lipsa concursului vânzătorului în sensul efectuării formalităților de publicitate imobiliară, cumpărătorul va avea la dispoziție acțiunea în prestație tabulară<sup>9</sup>. Avantajele pactului de opțiune față de promisiunea unilaterală sunt așadar estompate până la dispariție dacă înscrierea nu poate fi efectuată în baza consimțământului dat inițial de propunător.

Concomitent cu regimul special ce vizează efectele sale, pactul de opțiune în materie de vânzare este însoțit de o clauză de inalienabilitate legală a bunului (art. 1688 alin. 1: „În cazul pactului de opțiune privind un contract de vânzare asupra unui bun individual determinat, între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune nu se poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului”) dar și de o publicitate obligatorie prin sistemul de carte funciară (alin. 2: „Atunci când pactul are ca obiect drepturi tabulare, dreptul de opțiune se notează în cartea funciară.”).

Inalienabilitatea fiind temporară prin esența ei (orice altă soluție ar înfrânge principiul liberei circulații a bunurilor și atribuțiile dreptului de proprietate prevăzute în art. 44 din Constituție<sup>10</sup>), pactul de opțiune va fi în mod obligatoriu supus unui termen determinat în însăși conținutul său. Apare deci o altă distincție față de ofertă, care poate fi făcută și fără precizarea unui termen de acceptare, caz în care va trebui menținută un termen rezonabil.

În ce privește publicitatea reală, legiuitorul folosește o exprimare ce sugerează că dreptul de opțiune se notează din oficiu în cartea funciară, ceea ce îl califică drept o excepție de la principiul disponibilității în materie de cereri de carte funciară. Înscrierea va cădea în sarcina notarului public instrumentator al pactului având drept obiect transmiterea unor drepturi reale. Întrucât o astfel de operațiune se poate realiza doar prin acte în formă autentică (legea instituie pentru pactul de opțiune simetria formei cu cea a actului promis), iar întocmirea formalităților de publicitate imobiliară este o sarcină a notarului public, se poate asigura, în practică, publicitatea dreptului de opțiune.

Supunerea opțiunii formalităților de publicitate imobiliară precum și restrângerea atributelor dreptului de proprietate asupra bunului ridică problema naturii juridice a dreptului de opțiune. Pe de o parte, izvorul său îl reprezintă convenția și cele două părți sunt legate printr-un raport obligațional în care unul este creditor iar altul este debitor, caracteristic drepturilor de creanță. Pe de altă parte, opozabilitatea *erga omnes* a dreptului de opțiune precum și știrbirea temporară a dreptului de dispoziție a proprietarului sugerează instituirea unei sarcini reale ce grevează bunul sub durata termenului de opțiune. În dreptul francez a fost recunoscută originalitatea dreptului de opțiune ce a fost clasificat în rândul drepturilor potestative<sup>11</sup>. Caracteristica sa rezidă în posibilitatea titularului dreptului de a declanșa prin unica sa dorință o situație juridică nouă, generatoare de drepturi și obligații, iar spre deosebire de drepturile reale, conferă titularului un drept asupra unei situații juridice, nu asupra unui bun.

În această ordine de idei, nerespectarea de către proprietar a dreptului de opțiune al beneficiarului (și implicit al inalienabilității instituite de lege) prin înstrăinarea bunului către o terță persoană nu dă beneficiarului un drept de urmărire, astfel că repararea prejudiciului pe care l-a suferit se poate face doar în echivalent, prin acordarea de daune interese. În ceea ce privește sancțiunea ce lovește ignorarea clauzei de inalienabilitate, art. 629 alin 2 din noul cod permite beneficiarului să solicite anularea actului de înstrăinare încheiat cu nerespectarea clauzei. Deși restricțiile la înstrăinare sunt instituite de lege, credem că prin acordul lor părțile pot să înlăture inalienabilitatea ce însoțește promisiunea. Pentru o astfel de concluzie pledează titlul secțiunii („Limite convenționale”) în care este cuprinsă reglementarea clauzei de inalienabilitate, precum și formularea art. 627 alin. 4: „Clauza de inalienabilitate este subînțeleasă în convențiile din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă”. Din moment ce clauza este subînțeleasă, ea vine să suplinească tăcerea părților în materie, de unde rezultă că părțile pot indica și expres care e regimul ales: fie cel pe care legea l-a ridicat la rangul de lege, fie

un altul. Chiar și dacă am considera că această inalienabilitate constituie o limită legală ce lezează dreptul de proprietate, părțile tot ar fi îndreptățite la îndepărtarea ei în temeiul art. 602 alin.2.: „Limitele legale în interes privat pot fi modificate ori desființate temporar prin acordul părților. Pentru opozabilitate față de terți este necesară îndeplinirea formalităților de publicitate prevăzute de lege.”

Promisiunea unilaterală de vânzare (sau pactul de opțiune) poate îmbrăca forma convenției unilaterale, caz în care obligațiile cad doar în sarcina promitentului. Dar de regulă, în schimbul dreptului de opțiune la cumpărare, se datorează de către beneficiar așa-numita indemnizație de imobilizare<sup>12</sup>. În materia promisiunii unilaterale de cumpărare, suma pe care o achită potențialul cumpărător se numește depozit de garanție și are drept scop întărirea seriozității angajamentului asumat de promitentul cumpărător<sup>13</sup>. În realitate, credem că atât timp cât bunul e lovit de inalienabilitate sub durata existenței dreptului de opțiune, proprietarul ar trebui să obțină un echivalent pentru pierderea temporară pe care o suferă, altfel contractul prin care se instituie dreptul de opțiune ar fi lipsit de cauză pentru el. Este lipsit de logică să ne închipuim că în vederea încheierii unui act cu titlu oneros (în general, chiar speculativ), proprietarul ar renunța cu titlu gratuit la componenta esențială a dreptului de proprietate, și anume dispoziția, chiar dacă pe o perioadă limitată de timp. De fapt, observația vine în contextul în care a rezerva pentru cineva facultatea de a cumpăra un bun nu mai poate fi considerat un act dezinteresat, de vreme ce sub durata respectivului termen promitentul înregistrează o pierdere (prin știrbirea atributelor proprietății). Art. 1670 stabilește ca regulă imputarea sumelor de bani plătite anticipat în baza unei promisiuni de vânzare asupra prețului, fără însă a stabili regula în cazul în care vânzarea nu se mai perfectează.

Executarea obligației de a proceda la vânzarea, respectiv cumpărarea promisă, atât în cazul promisiunilor unilaterale cât și în cazul promisiunilor bilaterale, se poate realiza chiar și în situația refuzului culpabil al celeilalte părți, pe calea instanței de judecată. Acțiunea pentru pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract este supusă unui termen de prescripție special, de 6 luni, mai scurt deci decât cel aplicabil sub vechea reglementare.

Același art. 1669 statuează în mod expres faptul că dacă proprietarul unui bun cu privire la care există o promisiune unilaterală de cumpărare îl înstrăinează sau constituie drepturi reale asupra lui, obligația promitentului se stinge. Soluția își găsește oricum sprijin în mecanismul condiției: vânzarea fiind afectată de o condiție suspensivă potestativă, dacă realizarea acesteia devine imposibilă (chiar și în urma unei acțiuni a persoanei în puterea căreia stă), obligația se stinge.

Noul cod nu mai menține distincția între pactul de preferință (convențional) și dreptul de preempțiune (legal) ci le tratează unitar, conferindu-le același regim și uzând aceeași denumire pentru ambele<sup>14</sup>. În privința dreptului de preempțiune convențional, regimul acestuia este supletiv, părțile având posibilitatea prin convenția lor să deroge de la lege (art.1730 alin.2).

Dreptul de preempțiune are ca și caracteristici juridice indivizibilitatea și incesibilitatea (art. 1739). Interdicția cesiunii pare a da expresie caracterului intuitu persone al dreptului, concluzie la care am ajuns prin coroborarea cu dispozițiile art. 1740 care se referă la stingerea dreptului convențional de preempțiune prin moartea titularului, cu excepția situației în care constituirea s-a făcut pe un anume termen. Dacă părțile au stabilit un termen, acesta trebuie să fie de cel mult 5 ani de la constituire (termenele mai lungi se reduc oricum la 5 ani). Înțelegem însă din modul de exprimare al legiuitorului civil că

ar există posibilitatea ca dreptul de preempțiune să fie transmis pe calea moștenirii: dacă dreptul a fost constituit pe un termen și titularul decedează. Transmiterea mortis causa vine însă în contradicție cu caracterul incesibil (ca de altfel orice fel de transmitere), dar pune în special probleme cu privire la caracterul indivizibil. În situația în care după defunct rămân mai mulți moștenitori care-și concretizează vocația prin acceptare, aceștia vor dobândi drepturile succesoriale în indiviziune, caz în care, în lipsa acordului lor unanim sau a unui mecanism de exercitare unitară a dreptului, acesta va fi imposibil de valorificat.

Pentru executarea obligației de a acorda preferința (convențională sau legală) preemptorului, proprietarul va face o ofertă de vânzare al cărui termen de obligativitate legea îl stabilește la 10 zile pentru vânzările de bunuri mobile și la 30 de zile, în cazul vânzării de bunuri imobile (art. 1730). Dreptul de preempțiune se „consumă” prin neexercitarea sa înainte de expirarea termenului dar și prin exercitarea sa în sensul respingerii ofertei de vânzare.

Pentru protecția preemptorului, legiuitorul a ales să instituie cel mai eficient mecanism posibil, și anume substituirea preemptorului în poziția terțului cu care vânzătorul a încheiat contractul. Vânzarea bunului cu privire la care exista un drept de preempțiune legal sau convențional se poate face către un terț numai sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune de către preemptor (art. 1731).

Dacă vânzarea s-a făcut către un terț, vânzătorul este obligat să notifice de îndată preemptorului cuprinsul contractului<sup>15</sup>, notificarea fiind valabilă și dacă este adresată de către terț. În această situație, preemptorul își exercită dreptul prin comunicarea către vânzător a acordului de a încheia contractul de vânzare (este vorba, evident, de un contract în aceleași condiții ca și cel încheiat cu terțul<sup>16</sup>) și prin consemnarea prețului la dispoziția vânzătorului. Termenul pentru exercitarea dreptului de preempțiune în această ipoteză este același: 10 zile pentru bunurile mobile și 30 de zile pentru cele imobile, calculat începând cu comunicarea către preemptor a notificării (nu de la recepționarea de către acesta, ceea ce poate genera situații inechitabile, dat fiind că termenul poate curge împotriva sa fără ca beneficiarul preferinței să aibă cunoștință sau să aibă posibilitatea de a acționa).

Prin efectul exercitării preempțiunii ia naștere între preemptor și vânzător un contract de vânzare cumpărare în aceleași condiții în care acesta din urmă contractase cu terțul. Voința preemptorului în acest sens se deduce din exercitarea dreptului de preempțiune, care valorează în același timp și consimțământ la vânzare. Proprietarului nu i se cere un nou consimțământ la vânzare, fiind suficient cel exprimat față de terț în sensul primei vânzări. Nu putem să nu remarcăm că și acordul de voințe a devenit o ficțiune juridică, departe de sensul clasic al „întâlnirii” voințelor. Căci vânzătorul nu își dă consimțământul pentru ca acesta să se întâlnească cu al beneficiarului preempțiunii (deși așa ar fi obligat); și totuși, legea îl deturneză de la destinatarul său inițial înspre întâlnirea cu consimțământul preemptorului.

Mai mult, deși sub imperiul noii legislații civile transferul proprietății se realizează prin înscrierea în cartea funciară, cu consimțământul titularului dreptului de proprietate înscris în cartea funciară, în acest caz particular radierea dreptului terțului și înscrierea aceluiași drept în favoarea preemptorului se face doar la cererea acestuia, în baza notificării sale privind consemnarea prețului la dispoziția vânzătorului.

Contractul încheiat cu terțul se desființează retroactiv ca urmare a exercitării dreptului de preempțiune. Vânzătorul rămâne răspunzător față de terțul de bună-credință pentru evicțiunea suferită ca urmare a exercitării preempțiunii. Această prevedere își va găsi aplicarea doar în situația în care vânzătorul

omite a declara sarcina preferinței iar terțul nu află pe altă cale despre aceasta, și cei doi încheie o vânzare pură și simplă, în baza căreia terțul cumpărător achită prețul fără însă a ajunge să se bucure de proprietatea bunului. Dacă terțul a avut cunoștință de riscul ridicării preempțiunii, atunci nu putea încheia cu proprietarul decât un contract sub condiție suspensivă, caz în care și obligația sa de plată a prețului ar fi suspendată și deci în urma desființării actului nu ar fi înregistrat o pierdere. Ca o măsură suplimentară în vederea apărării intereselor titularului dreptului de preempțiune, legea stabilește că acele clauze contractuale ce au drept scop a împiedica exercitarea dreptului vor fi inopozabile preempătorului.

Concursul dintre drepturile de preempțiune ale unor titulari diferiți va fi soluționat conform art. 1734 care stabilește cu caracter imperativ următoarea ordine de prioritate:

a) titularul dreptului legal de preempțiune, atunci când se afla în concurs cu titulari ai unor drepturi convenționale de preempțiune;

b) titularul dreptului legal de preempțiune ales de vânzător, când se află în concurs cu alți titulari ai unor drepturi legale de preempțiune;

c) dacă bunul este imobil, titularul dreptului convențional de preempțiune care a fost mai întâi înscris în cartea funciara, atunci când acesta se afla în concurs cu alți titulari ai unor drepturi convenționale de preempțiune;

d) dacă bunul este mobil, titularul dreptului convențional de preempțiune având data certa cea mai veche, atunci când acesta se afla în concurs cu alți titulari ai unor drepturi convenționale de preempțiune.

În caz de pluralitate de bunuri vândute, dreptul de preempțiune se exercită asupra tuturor bunurilor dacă acestea nu pot fi despărțite fără a-l păgubi pe vânzător, iar preempătorul va trebui să consemneze prețul global al acestora pentru a putea da eficiență dreptului său. Dacă bunul supus preempțiunii poate fi despărțit de celelalte bunuri împreună cu care a fost înstrăinat, textul art. 1735 alin. 1 prevede că vânzătorul poate pretinde de la preempător doar o parte proporțională din prețul global. Legea tace însă și nu dă nici un fel de soluție pentru cazul în care vânzătorul, cu rea credință, nu stabilește care este procentul din preț corespunzător bunului preempțibil. Potrivit regulilor generale, preempătorul trebuie să consemneze suma de bani, însă în lipsa individualizării, el nu cunoaște care este cuantumul acesteia. În opinia noastră, aceasta ar reprezenta o modalitate foarte eficientă de îngreunare a exercitării dreptului preempătorului, pe care acesta din urmă nu ar putea să o surmonteze fără intervenția instanței de judecată, pierzând deci exact avantajul oferit de noua procedură instituită de cod.

În scop de publicitate, dreptul convențional de preempțiune în legătură cu un imobil se notează în cartea funciara. Dacă un asemenea drept se găsește notat în cartea funciara, dreptul de proprietate al terțului ce a achiziționat bunul va fi înscris (provizoriu) sub condiția suspensivă a neprimirii de către biroul de carte funciara a unei notificări (însoțită de dovada consemnării sumei) de exercitare a dreptului din partea preempătorului într-un termen de 30 de zile de la comunicarea încheierii de înscriere. Remarcăm deci că în materie de bunuri imobile, procedura exercitării preempțiunii se desfășoară în contradictoriu cu biroul de carte funciara, cu excluderea totală a vânzătorului. După expirarea termenului de 30 de zile dreptul de preempțiune se stinge și se radiază. În același timp și pe baza acelorași împrejurări credem că poate fi și justificată înscrierea provizorie și transformată în intabulare câtă vreme aceasta este pendentă tocmai de condiția suspensivă cu privire la care s-a constatat că realizarea nu mai este posibilă.

Regimul capacității (sau mai precis, cel al incapacităților) se bucură de o nouă reglementare în viitorul cod civil.

Regula în materie rămâne capacitatea de a vinde și de a cumpăra (art. 1652 Cod civil), cu excepțiile prevăzute expres, categorisite în incapacități de a vinde și incapacități de a cumpăra. De la bun început trebuie să precizăm că a fost eliminată interdicția vânzării între soți, care funcționa ca o incapacitate atât la vânzare cât și la cumpărare. Modificarea vine în contextul legiferării regimurilor matrimoniale alternative celui legal și a libertății de alegere a soților cu privire la acest aspect.

#### A. Incapacitățile de a cumpăra din noul cod civil sunt:

1. Incapacitatea de a cumpăra drepturi litigioase care sunt de competența instanței judecătorești în a cărei circumscripție își desfășoară activitatea, instituită în sarcina: judecătorilor, procurorilor, grefierilor, executorilor, avocaților, notarilor publici, consilierilor juridici și practicienilor în insolvență. Dreptul este litigios atunci când există un proces început și neterminat cu privire la existența sau întinderea sa (art. 1653 alin.3)

Limita teritorială a incapacității este dată de raza instanței în a cărei circumscripție își desfășoară activitatea. Identificarea acesteia este facilă în cazul magistraților, grefierilor dar și a executorilor și notarilor publici (care au competență limitată în aria judecătorească unde se află sediul), însă este mai dificilă la avocați, consilieri și practicieni în insolvență, întrucât aceștia pot apărea în fața oricărei instanțe din țară. Însă din moment ce desfășurarea activității este un fapt juridic, iar scopul legii este de a apăra prestigiul profesiei și a evita suspiciunile de fraudă (și fraudă în sine), considerăm că în fața instanței se poate proba prin orice mijloc de probă exercitarea activității într-o anumită zonă geografică, chiar dacă aceasta nu corespunde cu cea a organizației profesionale teritoriale unde este înscris cesionarul.

Sancțiunea încălcării acestei interdicții este nulitatea absolută.

Cesiunea este însă permisă și valabilă în următoarele cazuri:

a) cumpărarea drepturilor successorale ori a cotelor-părți din dreptul de proprietate de la comoștenitori sau coproprietari, după caz;

b) cumpărarea unui drept litigios în vederea îndestulării unei creanțe care s-a născut înainte ca dreptul să fi devenit litigios;

c) cumpărarea care s-a făcut pentru apărarea drepturilor celui ce stăpânește bunul în legătură cu care există dreptul litigios.

2. Incapacitatea mandatarului de a cumpăra bunuri pe care a fost însărcinat să le vândă (art. 1654 alin. 1 lit. a)

Interdicția nu își găsește aplicarea atunci când reprezentantul a fost împuternicit în mod expres în acest sens sau cuprinsul contractului a fost determinat în asemenea mod încât să excludă posibilitatea unui conflict de interese (art. 1304).

Cu privire la valabilitatea contractului cu sine însuși, sub imperiul reglementării anterioare noului cod civil doctrina s-a pronunțat în mod diferit. Pe de o parte, se susține anulabilitatea unui astfel de act, pentru dol prin reticență sau încălcarea obligației de loialitate față de mandant, cu rezerva că actul poate fi recunoscut ca valabil în situația în care mandantul, în cunoștință de cauză, este de acord cu încheierea actului sau dacă din modul foarte precis de redactare a clauzelor mandatului rezultă că lezarea intereselor mandantului nu este posibilă<sup>17</sup>. O altă opinie recunoaște de principiu valabilitatea contractului cu sine însuși, întrucât dolul nu se presupune, iar în cazul în care existența dolului a fost dovedită, contractul este anulabil<sup>18</sup>.

Credem că, într-o logică juridică riguroasă, opinia doctrinară ce susține că posibilitatea de fraudare a intereselor dispăre dacă redactarea mandatului este cât mai precisă ar fi trebuit să-și



găsească loc în noua reglementare. Dispozițiile art. 1304 pe care tocmai le analizăm („Contractul încheiat de reprezentant cu sine însuși, în nume propriu, este anulabil numai la cererea reprezentatului, cu excepția cazului în care reprezentantul a fost împuternicit în mod expres în acest sens sau cuprinsul contractului nu a fost determinat în asemenea mod încât să excludă posibilitatea unui conflict de interese”) în teza a doua se referă la modul de redactare a clauzelor contractului pe care îl semnează mandatarul. Dar, indiferent de maniera în care ar fi redactate aceste clauze, rămâne deschisă problema compatibilității voinței reprezentatului cu actul pe care îl încheie reprezentantul în numele său. Ori, o astfel de problemă își găsește răspuns numai în condițiile în care voința reprezentatului ar fi suficient de bine determinată încă din cuprinsul mandatului care prefigurează viitorul act și care va face corp comun cu acesta.

Sanctiunea ce lovește actele încheiate cu încălcarea acestei incapacități este nulitatea relativă.

**3. Incapacitatea părinților, tutorei, curatorului și administratorului provizoriu de a cumpăra bunurile persoanelor pe care le reprezintă (art. 1654 alin. 1 lit. b)**

Această interdicție vine să protejeze interesele celui reprezentat sau ocrotit prin una din modalitățile enumerate mai sus, caz în care conținutul puterilor reprezentanților sunt determinate de lege iar reprezentatul nu poate să le aducă limitări, cu atât mai mult cu cât lipsa lui totală sau parțială de capacitate îl împiedică să manifeste o voință producătoare de efecte juridice. Interesele protejate ținând tot de sfera privatului, și în acest domeniu se va aplica sancțiunea nulității relative.

**4. Incapacitatea funcționarilor publici, judecătorilor-sindici, practicienilor în insolvență, executorilor, precum și a altor asemenea persoane care ar putea influența condițiile vânzării făcute prin intermediul lor sau care are ca obiect bunurile pe care le administrează ori a căror administrare o supraveghează (art. 1654 alin. 1 lit. c).**

Dat fiind faptul că această incapacitate vizează activitatea unor persoane investite cu o autoritate publică în desfășurarea activității lor, regimul nulității ce atinge actele făcute cu nerespectarea acestor dispoziții este cel al nulității absolute.

## B. Incapacități de a vinde

**1. Persoanele prevăzute la art. 1654 alin. (1) nu pot, de asemenea, să vândă bunurile proprii pentru un preț care constă într-o sumă de bani provenită din vânzarea ori exploatarea bunului sau patrimoniului pe care îl administrează ori a căruia administrare o supraveghează, după caz (art. 1655 alin. 1).**

Dincolo de formularea destul de alambicată aleasă de legiuitorul civil, înțelegem că această incapacitate are drept scop oprirea schimburilor patrimoniale între, pe de o parte, una din persoanele din categoriile indicate în art. 1654, ca vânzător, și pe de altă parte, persoana pe care aceasta o reprezintă sau al cărei patrimoniu îl administrează, în calitate de cumpărător. Din moment ce contraprestația pentru înstrăinarea unui bun propriu ar fi „o sumă de bani provenită din vânzarea ori exploatarea bunului sau patrimoniului pe care îl administrează ori a cărui administrare o supraveghează”, iar o astfel de sumă, fie că provine din vânzare sau exploatare, se evidențiază în patrimoniul administrator/a cărei administrare este supravegheată/ al reprezentatului, deducem că vânzarea prohibită ar fi tot o specie de act cu sine-însuși, însă incapabilul s-ar afla acum în postura de vânzător.

Scopul incapacității îl reprezintă, la fel ca în cazul operațiunii inverse, prevenirea deturnării puterii de reprezentare sau

de angajare a fondurilor pe care le administrează de către incapabil, în dauna celor ale căror interese el ar trebui să le vegheze.

Deși sancțiunea încălcării incapacității nu este expres stabilită, considerăm că problema se soluționează, potrivit aceluiași criteriu al naturii interesului lezată, la fel ca în cazul art. 1654, în sensul că actul va fi lovit de nulitate relativă dacă persoana incapabilă aparține categoriilor enumerate la lit. a) sau b) și de nulitate absolută dacă aceasta corespunde descrierii de la lit. c).

**2. Sunt interzise contractele în care, în schimbul unei prestații promise de persoanele prevăzute la art. 1654 alin. (1), cealaltă parte se obliga să plătească o sumă de bani.**

Apreciem că această prevedere nu are nimic în comun cu vânzarea și pe cale de consecință nu și-ar avea locul în această secțiune. Dispoziția este neclară și în privința naturii contractului prohibit, și a părților la contract, și a motivului pentru care acesta este ilicit.

De *lege ferenda*, apreciem că ar trebui sancționată o practică des întâlnită în care cel însărcinat cu vânzarea unui lucru facilitează cumpărarea acestuia de către un terț la un preț avantajos, primind pentru această prestație un comision din partea terțului.

Persoana afectată de o restrângere a capacității de a vinde sau cumpăra nu poate solicita anularea vânzării ce s-a făcut în ciuda acestei interdicții nici în nume propriu, nici în numele persoanei ocrotite (art. 1656).

Noua reglementare menține principiul liberei circulații a bunurilor, astfel că statuează în art. 1658 că „Orice bun poate fi vândut în mod liber, dacă vânzarea nu este interzisă ori limitată prin Lege sau prin convenție ori testament.”

În afară de limitările legale ale dreptului de proprietate, sunt permise limitările instituite prin act juridic de către proprietar, sub rezerva respectării ordinii publice și bunele moravuri.

Condițiile în care se recunoaște ca valabilă o clauză de inalienabilitate sunt aceleași care au fost recunoscute și de doctrina anterioară ca fiind reperate în materie: caracterul temporar și interesul serios și legitim<sup>19</sup>. Durata maximă de timp pentru care poate fi dispusă inalienabilitatea este de 49 de ani, calculați începând cu data dobândirii.

Interesul este serios și legitim atunci când fie pentru părți, fie pentru un terț, este apt de a fi luat în considerare ca o valoare ce justifică indisponibilizarea temporară a bunului. În majoritatea cazurilor, interesul este de natură patrimonială, având drept scop, de exemplu, garantarea solvabilității dobânditorului, atunci când acesta rămâne debitorul înstrăinătorului, sau protejarea dobânditorului, determinându-l să păstreze bunul în proprietate<sup>20</sup>.

În mod excepțional, instanța de judecată poate interveni și lipsi de efecte clauza de inalienabilitate, autorizând proprietarul să dispună de bun dacă interesul care a justificat clauza de inalienabilitate a bunului a dispărut sau dacă un interes superior o impune.

De asemenea, dreptul de proprietate restricționat printr-o clauză de inalienabilitate poate fi transmis *mortis causa*. Deși legea nu prevede în mod expres care va fi soarta clauzei după schimbarea proprietarului, credem că, dacă decesul transmitătorului nu a operat ca o cauză de dispariție a motivului ce a determinat instituirea ei, aceasta se va menține pe durata sau sub condiția sub care a fost consimțită inițial. Raționamentul se bazează pe argumentul că succesorul, dacă a dobândit cu titlu universal, preia și sarcinile moștenirii (cel puțin în limita activului net), deci inclusiv cea pentru a cărei respectarea s-a garantat prin indisponibilizare, iar dacă a dobândit cu titlu

particular și clauza este cu titlu de garanție, va prelua dreptul cu limitările sale, inclusiv cu riscul valorificării unui drept de urmărire ce poate fi ridicat de beneficiarul clauzei.

Clauza de inalienabilitate rămâne eficientă și dacă patrimoniul proprietarului este supus executării silite, producând deci în plus și un efect de insesizabilitate (art. 629 alin.3).

Opozabilitatea față de terți se asigură în cazul bunurilor imobile prin îndeplinirea formalităților de publicitate imobiliară, pentru bunurile mobile găsindu-și aplicabilitatea regulile privind dobândirea proprietății prin posesia de bună-credință. Efectul de opozabilitate este lărgit în cazul actelor cu titlu gratuit, și se produce și față de creditorii anteriori ai dobânditorului.

Art. 628 și 629 fac referire la 3 opțiuni la care poate apela beneficiarul pentru a sancționa o eventuală conduită neconformă cu clauza de inalienabilitate:

- dreptul de a pretinde daune-interese proprietarului care nu se conformează acestei obligații
- înstrăinătorul poate să ceară rezoluțiunea contractului în cazul încălcării clauzei de inalienabilitate de către dobânditor
- înstrăinătorul, cât și terțul, dacă inalienabilitatea s-a stipulat în favoarea acestuia, pot să ceară anularea actului de înstrăinare subsecvent încheiat cu nerespectarea clauzei.

Sub imperiul noului Cod civil, dacă obiectul vânzării îl constituie un bun viitor, cumpărătorul dobândește proprietatea în momentul în care bunul s-a realizat, adică atunci când devine apt de a fi folosit potrivit destinației în vederea căreia a fost încheiat contractul (art. 1658). Dat fiind faptul că în general motivul cumpărării (*causa remota*) rămâne fără semnificație în ce privește valabilitatea vânzării, credem că ceea ce interesează în această situație este aptitudinea bunului de a servi destinației normale, uzuale, pe care o are un bun din respectiva specie. În privința construcțiilor, sunt aplicabile dispozițiile corespunzătoare în materie de carte funciara<sup>21</sup>.

În cazul vânzării unor bunuri dintr-un gen limitat care nu există la data încheierii contractului, cumpărătorul dobândește proprietatea la momentul individualizării de către vânzător a bunurilor vândute. Atunci când bunul sau, după caz, genul limitat nu se realizează, contractul nu produce niciun efect. Dacă însă nerealizarea este determinată de culpa vânzătorului, acesta este ținut să plătească daune-interese. Riscul bunului și deci al contractului este la vânzător.

Dacă bunul se realizează numai parțial, cumpărătorul are alegerea fie de a cere desființarea vânzării, fie de a pretinde reducerea corespunzătoare a prețului. Aceeași va fi soluția și atunci când genul limitat s-a realizat numai parțial și, din acest motiv, vânzătorul nu poate individualiza întreaga cantitate de bunuri ce face obiectul contractului.

Dacă însă nerealizarea, totală sau parțială, este determinată de culpa vânzătorului, acesta este ținut să plătească daune-interese. Riscul bunului și deci al contractului este la vânzător.

Atunci când vânzarea are caracter aleatoriu iar cumpărătorul și-a asumat riscul nerealizării bunului sau genului limitat („*emptio rei speratae*”), el va suporta și riscul contractului și va rămâne obligat la plata prețului.

Și în situația în care anterior vânzării bunul este pierit total sau parțial se mențin soluțiile clasice și unanim recunoscute. Astfel, conform art. 1659, contractul nu produce nici un efect dacă pierirea a afectat întregul bun, iar dacă pierirea e parțială cumpărătorul are opțiunea, între anulare și reducerea prețului, în funcție de varianta care-i satisface cel mai bine interesele.

Viitoarea reglementare civilă acoperă o lacună de mult constatată de doctrină, și anume omisiunea de a preciza expres că prețul trebuie stabilit în bani, astfel că potrivit art. 1660, „prețul constă într-o sumă de bani”. După cum s-a arătat în

doctrină, la vânzare prețul este nu numai un element de validitate a vânzării, ci și unul de calificare (identificare) a contractului<sup>22</sup>. În aceeași ordine de idei, despre vânzare s-a spus că este „o formă elaborată de troc”<sup>23</sup>, iar caracterul elaborat constă în faptul că debitorul lucrului acceptă ca în schimbul transferului proprietății să primească „un bun cu caracter abstract și simbolic” (caracterul simbolic este de esența monedei de când aceasta nu mai este confecționată din material cu valoare intrinsecă – de ex. aur, iar caracterul abstract apare atunci când plata se face cu monedă scripturală, prin transfer în cont – n.n.).

În prezent ca și în viitor esențială pentru valabilitatea vânzării este determinarea prețului sau posibilitatea ca acesta să fie determinat în baza contractului, fără a fi necesar un nou acord de voință al părților (un nou acord al părților ar reprezenta de fapt un nou acord asupra vânzării care, în lipsa determinării prețului, este nulă absolut<sup>24</sup>).

Legiuitorul distinge însă între vânzarea care este nulă absolut *de plano*, întrucât lipsește determinarea prețului sau elementele de determinare ulterioară a prețului, și vânzarea în care deși există un mecanism convenit de determinare a prețului, acesta nu funcționează și prețul rămâne nedeterminat la mai mult de 1 an de la încheiere. Și în teza ultimă<sup>25</sup> sancțiunea aplicabilă este nulitatea (deși aici nu se indică expres regimul ei, apreciem că e vorba de nulitate absolută), dar aceasta poate fi acoperită de o convenție a părților privind determinarea prețului (mai nou, și nulitatea absolută va putea fi confirmată dacă legea prevede expres).

Determinarea prețului poate fi lăsată în sarcina unei/unor persoane desemnate potrivit acordului părților, ceea ce înseamnă că părțile nu trebuie neapărat să indice numele acestuia, ci să dea suficiente criterii de identificare precisă (de exemplu: expertul atestat ANEVAR din cadrul organizației Timiș care are cea mai mare vechime în această activitate). Atunci când persoanele astfel desemnate nu determină prețul în termenul stabilit de părți sau, în lipsa unui astfel de termen, în termen de 6 luni de la încheierea contractului, partea interesată va putea solicita președintelui judecătoriei de la locul încheierii contractului să desemneze, de urgență, în camera de consiliu, prin încheiere definitivă, un expert pentru determinarea prețului (art. 1662). Remunerația acestui expert se plătește în cote egale de către părți. Această prevedere este în special utilă întrucât nu întotdeauna expertul desemnat de părți este dispus să accepte însărcinarea, raporturile dintre acesta și părți făcând obiectul unei convenții distincte, care poate sau nu să fie valabilă sau executată. De altfel, deși între aceste convenții nu există raporturi de accesorialitate, ar fi suficient pentru partea în a cărei putere stă să determine executarea convenției cu mandatarul-expert (de exemplu, acea parte care are obligația de a achita remunerația) să nu-și execute propriile obligații și astfel să facă imposibilă determinarea prețului (mai puțin în cazul în care cocontractantul ar decide să ia asupra sa aceste obligații pentru ca terțul să-și poată duce la capăt însărcinarea).

Legea asimilează caracterului determinabil al prețului și situația în care prețul poate fi stabilit potrivit împrejurărilor. Astfel, atunci când contractul are ca obiect bunuri pe care vânzătorul le vinde în mod obișnuit, se prezuma ca părțile au avut în vedere prețul practicat în mod obișnuit de vânzător (art. 1644). Realitatea vieții economice în țara noastră a arătat până în prezent că prețul practicat este rareori o constantă în timp, acesta fiind supus acțiunii unei pleiade de factori (inflație, fluctuații ale cursului valutar etc.), însă prevederea își poate însă demonstra utilitatea dacă se demonstrează că în aceeași perioadă de timp în care s-a făcut vânzarea au fost încheiate alte contracte pentru bunuri de aceeași specie, la un preț constant.

Bunurile al căror preț este stabilit pe piețe organizate sunt prezumate a fi fost comercializate, în lipsă de prevedere contrară, la prețul mediu aplicat în ziua încheierii contractului sau în ultima zi lucrătoare pe piața cea mai apropiată de locul încheierii contractului (art. 1644)<sup>26</sup>.

Cât privește condiția ca prețul să fie sincer și serios, asistăm la o schimbare de concepție cu privire la sancțiunea ce lovește actele unde prețul nu cadrează cu această cerință. Noul cod instituie prin dispozițiile art. 1665 sancțiunea nulității relative atunci când prețul este stabilit fără intenția de a fi plătit (alin. 1) sau când prețul este într-atât de disproportionat față de valoarea bunului, încât este evident că părțile nu au dorit să consimtă la o vânzare (alin. 2).

Credem că această abordare este concordantă cu două realități ale momentului. Pe de o parte, interesul apărut este unul particular, deci părțile implicate (și afectate) pot aprecia lezarea drepturilor lor și pot acționa în sensul obținerii unei reparații prin anularea actului, dacă este cazul. Pe de altă parte, această prevedere se corelează cu dispozițiile din materie fiscală<sup>27</sup> ce permit calcularea impozitului nu în funcție de prețul declarat ci în funcție de valoarea minimală stabilită ca fiind aplicabilă pe o anumită piață determinată geografic. Riscul evaziunii fiscale este deci redus până aproape de eliminare, într-un mod cât se poate de eficient pentru veniturile bugetare<sup>28</sup>, astfel încât statul nu are nici un fel de interes în sancționarea cu nulitatea absolută a unui asemenea act.

Lipsa cauzei nu mai este sancționată cu nulitatea absolută, ci cu nulitatea relativă a contractului (art. 1238). Legea permite salvagardarea contractului atunci când acesta a fost greșit calificat și poate produce alte efecte juridice.

Numărul obligațiilor legale ce cad în sarcina vânzătorului a crescut la trei, în conformitate cu art. 1672 din noul Cod civil, acestea fiind următoarele:

1. să transmită proprietatea bunului sau, după caz, dreptul vânzătorului;
2. să predea bunul;
3. să-l garanteze pe cumpărător contra evicțiunii și viciilor bunului.

(continuare în numărul viitor)

## Note

<sup>1</sup> Odată cu modificarea reglementării privind drepturile reale prin noul Cod, este permisă și cesiunea uzufructului (art. 714)

<sup>2</sup> Art. 1.278. - (1) Atunci când părțile convin ca una dintre ele să rămână legată de propria declarație de voință, iar cealaltă să o poată accepta sau refuza, acea declarație se consideră o ofertă irevocabilă și produce efectele prevăzute la art. 1.191.

(2) Dacă părțile nu au convenit un termen pentru acceptare, acesta poate fi stabilit de instanță prin ordonanță presedintială, cu citarea părților.

(3) Pactul de opțiune trebuie să contină toate elementele contractului pe care părțile urmăresc să îl încheie, astfel încât acesta să se poată încheia prin simpla acceptare a beneficiarului opțiunii.

(4) Contractul se încheie prin exercitarea opțiunii în sensul acceptării de către beneficiar a declarației de voință a celeilalte părți, în condițiile convenite prin pact.

(5) Atât pactul de opțiune, cât și declarația de acceptare trebuie încheiate în forma prevăzută de lege pentru contractul pe care părțile urmăresc să îl încheie.

<sup>3</sup> Art. 1191 din noul cod se referă la irevocabilitatea ofertei și la lipsa de efecte a revocării unei oferte irevocabile

<sup>4</sup> Definiție concordantă cu cele oferite de doctrină acestei instituții, denumită și policitațiune. În acest sens, C. Stătescu, C. Bărsan – *Teoria generală a obligațiilor*, L. Pop – *Drept civil. Obligații*, D. Chirică – *Tratat de drept civil. Contracte speciale, vol. I Vânzarea și schimbul*, Ed. CH Beck, București 2008, p.129.

<sup>5</sup> Includerea ofertei în categoria actelor unilaterale este criticată pe considerentul că aceasta nu este aptă a produce efectul specific actelor juridice (de a crea, naște sau stinge raporturi juridice), fiind doar manifestări de voință a căror întâlnire

concordantă dă naștere actului juridic numit contract. A se vedea în acest sens O. Ungureanu – *Drept civil. Introducere*. Ed. 8, Ed. CH Beck, București, 2007, p. 164 care citează în același sens o opinie exprimată de I. Albu în *Drept civil. Contractul și răspunderea contractuală*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1994, p. 71

<sup>6</sup> I. Lulă – *Natura juridică a promisiunii unilaterale de vânzare*, în *Revista Dreptul* nr. 6/1998, p. 43-50

<sup>7</sup> În cel mai recent studiu în materie de contracte civile și comerciale, alcătuit cu referințe la nou adoptatul cod, promisiunea unilaterală de vânzare mai este denumită și pact de opțiune. A se vedea “*Contracte civile și comerciale*”, Ed Hamangiu, București 2009, p. 14

<sup>8</sup> De altfel, există concepția conform căreia actul unilateral reprezintă baza tuturor izvoarelor voluntare ale obligațiilor iar contractul reprezintă suma a două voințe unilaterale. A se vedea I. Dogaru, G.E. Olteanu, L.B. Săuleanu – *Bazele dreptului civil. Vol. IV. Contracte speciale*, Ed. CH Beck, București, 2009, p. 43

<sup>9</sup> Art. 896. - (1) În cazurile în care cel obligat să transmită, să constituie ori să modifice în folosul altuia un drept real asupra unui imobil nu își execută obligațiile necesare pentru înscrierea în cartea funciară, se va putea cere instanței judecătorești să dispună înscrierea; dreptul la acțiune este prescriptibil în condițiile legii.

<sup>10</sup> A se vedea Gh. Comăniță – *Despre clauza de inalienabilitate și efectele ei*, în *RDC* nr. 5/2007, p. 56-63

<sup>11</sup> Louis Boyer – *Repertoire de droit civil. Contrats et conventions*, Dalloz, 1993, Paris, Section 2, art.2, §1, 199, Francois Collart Dutilleul, Philippe Delebecque – *Contrats civils et commerciaux*, 6e edition, Dalloz, 2002, Paris, p. 62

<sup>12</sup> F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque – *op.cit.*, p. 65-67, D. Chirică – *op.cit.*, p. 160

<sup>13</sup> F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque – *op.cit.*, p. 66

<sup>14</sup> În dreptul francez mai vechi, pentru preempțiunea stabilită convențional se foloseau denumirile de convenție de preempțiune sau pact de preferință. A se vedea Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud- *Leçons de droit civil. Tome V, Paris, Éditions Montchrestien*, p. 28

<sup>15</sup> Adică, conform art. 1732 alin. 2, numele și prenumele vânzătorului, descrierea bunului, sarcinile care îl grevează, termenii și condițiile vânzării, precum și locul unde este situat bunul

<sup>16</sup> Preemptorul nu poate însă să se prevaleze de un eventual termen de plată acordat de vânzător terțului, el fiind ținut să consemneze întregul preț pentru a fi operant efectul opțiunii sale de cumpărare – art. 1736

<sup>17</sup> În acest sens, Francisc Deak – *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 322, Florin Aurel Moțiu – *Aspecte controversate privind contractul cu sine însuși în cazul mandatului și comisionului* în *RDC* nr. 3/2005, p. 38

<sup>18</sup> În acest sens, Dumitru Chirică – *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 261, Claudia Roșu – *Contractul de mandat în dreptul privat intern*, Ed. CH Beck, 2008, p. 29

<sup>19</sup> Gh. Comăniță – *op.cit.*, p. 57

<sup>20</sup> *ibidem*

<sup>21</sup> Potrivit noilor reguli, dobândirea, stingerea dar și modificarea drepturilor reale asupra imobilelor înscrise în cartea funciară se realizează prin faptul înscrierii – art. 885

<sup>22</sup> D. Chirică – *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I: Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 67

<sup>23</sup> F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque – *op.cit.*, p. 134

<sup>24</sup> Art. 1225 din noul cod menține soluția nulității absolute atunci când obiectul nu e determinat sau licit

<sup>25</sup> Prevăzută de art. 1662

<sup>26</sup> Marie-Anne Frison-Roche – *L'indetermination du prix*, RTD Civ. 1992 p. 269, www.dalloz.fr: „Piața este locul unde se confruntă cererea și oferta. Acolo se realizează o determinare colectivă a prețului, ce transcende voinței și acțiunilor particulare ale actorilor ce joacă pe piață. Astfel, prețul este determinat în mod mecanic, de o manieră neutră și pe cale de consecință justă: rezultă un preț concordant cu interesele colective și contrare ale participanților.”

<sup>27</sup> Art. 77 \*1 alin.4 din Codul fiscal (aplicabil în materia vânzării de imobile): „Impozitul prevăzut la alin. (1) și (3) se calculează la valoarea declarată de părți în actul prin care se transferă dreptul de proprietate sau dezmembrămintele sale. În cazul în care valoarea declarată este inferioară valorii orientative stabilite prin expertiză întocmită de camera notarilor publici, impozitul se va calcula la nivelul valorii stabilite prin expertiză, cu excepția tranzacțiilor încheiate între rude ori afini până la gradul al II-lea inclusiv, precum și între soți, caz în care impozitul se calculează la valoarea declarată de parti în actul prin care se transferă dreptul de proprietate.”

De asemenea, art. 11. alin. 1 din Codul fiscal: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe în înțelesul prezentului cod, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic sau pot reîncastra forma unui tranzacții pentru a reflecta continutul economic al tranzacției.”

<sup>28</sup> Anterior, deghizarea prețului în scopul eludării plății taxelor fiscale era sancționată cu nulitatea absolută atât a actului public cât și a celui ascuns – art. 6 din OG nr. 12/1998.

# Dreptul de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului cu privire la menținerea sau denunțarea contractelor încheiate de debitorul insolvent anterior deschiderii procedurii

(Partea a II-a)

(continuare din nr.33/2010)



Drd. Florentina Folea

## 5. Caracteristicile dreptului de opțiune

*Continuarea contractelor va salva debitorul insolvent sau îi va adânci dezechilibrul financiar în care se găsește?*

Răspunsul la această întrebare stă la baza exercitării de către administratorul judiciar sau lichidator a dreptului de opțiune cu privire la menținerea sau denunțarea unor contracte încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii insolvenței și necesită efectuarea unor investigații economice, financiare și legale adaptate fiecărui caz în parte.

Opțiunea constituie punctul central al mecanismului continuării contractelor. În perioada de timp lăsată de lege la dispoziția sa, titularul dreptului de opțiune trebuie să tranșeze probleme de importanță majoră susceptibile de a angaja, dincolo de salvarea întreprinderii, propria sa responsabilitate. În urma primirii notificării contractantului, titularii dreptului de opțiune nu dispun decât de 30 de zile pentru a se pronunța asupra acestora, ceea ce presupune tratarea tuturor problemelor cu maxima vigilență, atât în privința exercitării dreptului inițial de opțiune, dar și în ceea ce privește urmărirea executării contractelor continuate.

Legea nr.85/2006 instituie acest drept fără însă a-l defini, a-i preciza natura juridică sau a indica criteriile care stau la baza aprecierii contractelor realizată de practicianul în insolvență.

Doctrina franceză<sup>1</sup> definește acest drept ca fiind “o prerogativă juridică ce permite titularului său ca, printr-un act unilateral de voință, să modifice o situație juridică incertă transformând-o într-o alternativă precisă și previzibilă”.

Pornind de la această definiție, observăm în primul rând că actul prin care administratorul judiciar sau lichidatorul decide continuarea contractului este un **act juridic unilateral**, care reunește cele două elemente caracteristice acestui tip de act și anume: manifestarea unei voințe unice și exprimarea prin act a interesului unei singure părți.

Analizând cele două componente, la o primă vedere am putea concluziona că ar exista o disociere între voința unică exprimată care este cea a administratorului judiciar sau

lichidatorului și interesul urmărit prin actul unilateral care este cel debitorului insolvent.

Cu toate acestea, având în vedere că practicianul în insolvență este investit de către judecătorul-sindic cu o putere exclusivă de exprimare a interesului debitorului insolvent, voința exprimată și interesul protejat dobândesc un caracter convergent<sup>2</sup>.

Tocmai interesul urmărit este cel care oferă voinței manifestate de administratorul judiciar sau lichidator preeminență asupra voinței cocontractantului, acesta din urmă neputând împiedica exercitarea dreptului de opțiune.

Actul unilateral de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului modifică efectiv o situație juridică incertă. În fapt, până la momentul exercitării dreptului de opțiune, o incertitudine planează asupra tuturor contractelor încheiate de debitor până la momentul la care, cocontractantul, care în mod firesc nu dorește menținerea la nesfârșit a acestei stări de incertitudine, notifică administratorul judiciar sau lichidatorul cu privire la manifestarea voinței de menținere sau denunțare a contractului într-un termen care nu poate depăși 30 de zile. În acest interval menit să permită practicianului în insolvență analiza impactului măsurilor de menținere sau denunțare a contractului raportat la situația concretă a debitorului, dar și a specificului contractului în discuție, durata contractului se prelungește deplin drept.

În măsura în care administratorul judiciar sau lichidatorul decide încetarea contractului se produce o modificare substanțială a situației juridice existente, o ruptură a convenției care lipsește de eficacitate drepturile și obligațiile asumate de părți prin contractul denunțat.

Opțiunea administratorului judiciar sau lichidatorului poate viza exclusiv menținerea sau continuarea contractului, fără a putea impune cocontractantului continuarea parțială a contractului care ar echivala cu o modificare forțată a convenției dintre părți. Fiind în prezența unei excepții de la principiul forței obligatorii a contractelor, opțiunile lăsate la îndemâna practicianului în insolvență trebuie interpretate restrictiv.

Această interpretare este susținută de textul art.86 al.3 din Legea insolvenței care acordă administratorului judiciar posibilitatea ca, “pe perioada de observație, cu acordul cocontractanților, să modifice clauzele contractelor de credit, astfel încât acestea să asigure echivalența eventualelor prestații”. Așadar, acolo unde legiuitorul a dorit să ofere alternativa modificării clauzelor contractuale, a prevăzut-o în mod expres, însă fără ca aceasta să reprezinte un act unilateral, ci un acord modificator al contractului inițial încheiat împreună cu cocontractantul comerciantului insolvent.

Totodată, incertitudinea cu privire la soarta contractelor debitorului ia naștere odată cu intrarea acestuia în insolvență, cocontractantul având opțiunea fie să aștepte manifestarea de voință a administratorului judiciar/lichidatorului, fie să provoace adoptarea unei decizii din partea acestuia în cadrul termenului legal.

În privința **naturii juridice a acestui drept de opțiune**, doctrina franceză<sup>3</sup> îl caracterizează ca fiind un drept potestativ definit ca fiind “puterea prin care titularul său poate influența situațiile juridice preexistente modificându-le, încetându-le sau creând altele noi ca urmare a propriei sale acțiuni unilaterale”. Confruntat cu manifestarea unilaterală a voinței titularului dreptului potestativ de a continua sau nu contractul, subiectului pasiv (cocontractantul) nu îi rămâne niciun mijloc de opoziție, ceea ce confirmă caracterul potestativ al dreptului de opțiune.

Față de acest drept discreționar acordat mandatarului justiției și față de imposibilitatea de ripostă a cocontractantului potențial lezată, în absența unei reglementări detaliate în lege, devin deosebit de important de definit condițiile în care acest drept poate fi exercitat, de maniera în care să permită corelarea necesității de salvare a întreprinderii debitoare cu cea de minimizare a prejudiciilor cauzate cocontractantului debitorului.

## 6. Regimul pactelor comisorii pentru cauză de insolvență

Articolul 86 din Legea insolvenței se va aplica însă și în ipoteza în care în contractul încheiat de părți există o clauză expresă (pact comisoriu de grad IV) privind rezilierea/încetarea de drept a respectivului contract odată cu intrarea unuia dintre contractanți în insolvență întrucât, potrivit ultimelor modificări aduse articolului 86<sup>4</sup>, asemenea clauze sunt nule.

În doctrina recentă<sup>5</sup> s-a arătat că „ineficiența clauzelor de reziliere sau rezoluțiune de plin drept pentru cauza deschiderii procedurii insolvenței aduce o atingere considerabilă **principiului libertății contractuale** conform căruia nicio parte contractantă nu poate fi obligată să continue un contract după ce și-a rezervat dreptul de reziliere. Sunt astfel paralizate clauzele care, în dreptul comun al obligațiilor, participă la gestiunea riscurilor. Drept consecință, riscul se poate realiza. Contractul nu își mai îndeplinește rolul de instrument al previziunii și părțile sunt amenințate de pericolul unor efecte economice dezastruoase sau, în orice fel, contrare celor scontate la încheierea contractului.

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

Derogarea de la rigorile dreptului comun se justifică din considerente practice evidente. Dacă validitatea clauzei de

reziliere de plin drept a contractelor pentru acest motiv ar fi reținută, aceasta ar procura contractantului o soluție simplă și rapidă de a ieși din relația contractuală în care se angajase anterior. Dispariția imediată a numeroase contracte ar compromite în mod frecvent continuarea exploatarei și redresarea întreprinderii. De asemenea, clauzele rezolutorii ar plasa contractantul într-o poziție de forță care ar permite ruperea regulilor egalității în favoarea acestuia<sup>6</sup>.

Chiar și anterior completării prevederilor art.86 prin Legea nr.277/2009, față de spiritul reglementării, doctrina califică clauzele de reziliere de plin drept a contractului pentru cazul deschiderii procedurii insolvenței ca fiind *nescrise*. În același sens, prof.M.Pășcanu subliniază „regula ne-rezilierii din cauza falimentului”, arătând că „în afară de cazurile când intuitus personarum joacă un rol preponderent în încheierea și executarea contractului, declarațiunea falimentului nu aduce rezilierea de plin drept”.

A considera *nescrisă* în act o clauză nu înseamnă a nega existența sa materială, ci valoarea ei juridică. Astfel, în caz de acord al părților, clauza își va produce efectele avute în vedere, instanța intervenind doar în caz de diferend în vederea lipsirii clauzei de orice forță obligatorie<sup>7</sup>.

În dreptul comun, astfel de clauze au fost considerate de jurisprudență ca fiind, spre exemplu, convențiile de asigurare de răspundere civilă care limitează durata garanției de asigurare la o perioadă mai scurtă decât durata răspunderii asiguratului ori cele dintre coproprietari privind repartizarea cheltuielilor comune privind părțile indivize după alte criterii decât cele prevăzute în legislația în vigoare. În general, aceste clauze se regăsesc în contracte „de masă, repetitive și standardizate”<sup>8</sup>

Deși admise înainte de 1967, clauzele de reziliere de plin drept a contractului pentru intrarea în insolvență au fost invalidate și de Codul comercial francez (art.621-28 al.6), cu precizarea că în formularea acestui articol, sancțiunea se aplică doar cu privire la deschiderea procedurii de reorganizare judiciară. Sub imperiul Legii franceze din 25 ianuarie 1985, lichidarea judiciară era asimilată reorganizării/redresării, sens în care clauzele de reziliere de plin drept erau sancționate indiferent de etapa procedurală în care se găsea debitorul. Soluția s-a schimbat sub imperiul Legii din 10 iunie 1994. La intrarea în faliment, în condițiile în care nu se mai pune problema continuării activității, rezilierea de plin drept a contractelor putea fi considerată valabilă.

Actualul text al Legii nr.85/2006 impune însă o sancțiune mai drastică, respectiv **nulitatea** clauzelor de reziliere de plin drept a contractelor pentru motivul deschiderii procedurii.

Definită ca fiind „sancțiunea care lipsește actul juridic de efectele contrarii normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă”<sup>9</sup>, nulitatea produce efecte retroactive, lipsind de eficacitate actul juridic încă de la încheierea sa. Prin urmare, eventualul acord al părților privind menținerea valabilității clauzei nu va putea conferi acesteia legitimitate.

S-a arătat că același regim ar trebui să îl urmeze și clauzele de reziliere de plin drept bazate pe starea de încetare de plăți, în condițiile în care o asemenea stare conduce la deschiderea procedurii. În schimb, rezilierea pentru cazuri de insolvabilitate<sup>10</sup> își poate produce efectele.<sup>11</sup>

Problema care se pune deci este de a face distincția între clauzele de reziliere a contractului pentru starea de insolvență (deci și pentru cauza de reorganizare) și cele care prevăd încetarea de drept a contractului la intrarea în faliment. În opinia noastră, având în vedere scopul urmărit prin menținerea con-

tractelor și anume salvagardarea întreprinderii debitoare, odată cu intrarea în faliment, devine evident că acest demers nu mai are șanse de reușită, sens în care clauzele de reziliere de drept a contractelor pentru această cauză apreciem că pot fi considerate valabile.<sup>12</sup>

Fiind în discuție protejarea unor interese de ordine publică, nulitatea nu poate fi acoperită printr-o clauză derogatorie cuprinsă în contract și nici printr-un acord al părților survenit după deschiderea procedurii, menit să confere legitimitate unei asemenea clauze.

Nulitatea va putea fi invocată exclusiv de către debitorul insolvent, în favoarea căruia este instituită această sancțiune. Administratorul judiciar sau lichidatorul nu trebuie să apeleze la această clauză pentru a proceda la terminarea contractelor, aceștia având la dispoziție instituția denunțării contractului instituită de art.86.

În doctrină<sup>13</sup> s-a arătat că un tratament similar trebuie să urmeze și clauzele de indivizibilitate. Astfel, administratorul judiciar sau lichidatorul optează pentru continuarea unui contract independent de soarta altui contract față de care, prin convenția părților, s-a stabilit o relație de indivizibilitate, menționându-se în acest context faptul că o indivizibilitate obiectivă ce rezultă din natura obiectului obligației nu va putea fi înlăturată (spre exemplu, în caz de pluralitate de vânzători sau de cumpărători, atunci când obiectul este un bun corporal singular și care nu poate fi livrat decât în întregime sau de către unul dintre vânzători unuia dintre cumpărători).

În practica însă, sancțiunea nulității acestor clauze este eludată prin dispoziții contractuale alternative, care conduc în final la același rezultat, și anume cel al desființării contractelor. Ne referim, cu titlu de exemplu, la clauzele cuprinse în contractele de leasing care permit rezilierea unilaterală a contractelor de leasing în caz de întârziere a plății a două rate lunare. În mod evident, debitorul odată ajuns în stare de insolvență, întâmpină dificultăți în onorarea obligațiilor către furnizorii săi, inclusiv către societățile de leasing. Dacă în cazul unei societăți în stare normală de funcționare, întârzierile la plată, chiar peste cele două luni, sunt în general tolerate, nu același lucru se poate spune despre situația debitorilor insolvenți. Acțiunea „clasică” a acestor furnizori de servicii, este de a întocmi un act de reziliere al contractului de leasing datat cu o zi înainte de deschiderea procedurii, întreprinderea demersurilor în vederea recuperării bunurilor și înscrierea în tabelul creanțelor cu valoarea întreagă a contractului de leasing, până la expirarea acestuia, cu titlu de daune interese, beneficiind de clauze contractuale care, deși abuzive, nu pot fi înlăturate prin aplicarea Legii nr.193/2000<sup>14</sup> deoarece de regulă debitorii insolvenți nu au calitatea de consumatori în sensul acestui act normativ.

## 7. Formele opțiunii

### Aspecte generale

Actualul text al art. 86 al. 1 din Legea nr. 85/2006 acordă administratorului judiciar sau lichidatorului posibilitatea de a adopta pentru o atitudine activă în sensul denunțării oricărui contract care întrunește cerințele prevăzute de acest act normativ, răspunzând astfel notificării transmise de cocontractant sau, dimpotrivă, de a rămâne în pasivitate, caz în care denunțarea contractului operează de drept, la expirarea termenului de 30 de zile de la recepționarea solicitării cocontractantului de denunțare a contractului.

Termenii textului („menținere” și „denunțare”) nu sunt întâmplători<sup>15</sup>. Înlocuirea rezilierii cu denunțarea se explică prin neîndeplinirea cerințelor Codului civil pentru reziliere, deoarece debitorul nu și-a îndeplinit și nu este în măsură să își îndeplinească propria obligație. Prin subterfugiul denunțării se oferă administratorului judiciar o scuză legitimă de a rupe relația contractuală neconvenabilă, iar prin menținere, același administrator are posibilitatea păstrării acelor raporturi contractuale care satisfac interesul maximizării averii debitorului.

Creditorul furnizor sau vânzătorul neplătit este bine plasat pentru a cere rezilierea sau rezoluțiunea aceluia contract, dar regulilor Codului civil i se opun normele specifice procedurii insolvenței și rolurile se inversează<sup>16</sup>.

Opțiunea de denunțare a contractelor poate fi așadar expresă sau tacită (*qui tacet consentire videtur*).

Modalitățile de exprimare a opțiunii au fost sintetizate<sup>17</sup>, într-un mod discutabil, în sensul că menținerea contractului în curs este întotdeauna expresă, în timp ce denunțarea poate fi și tacită, prin necomunicarea răspunsului la notificare.

Aflându-ne în materie comercială, este evident că nu este necesar un formalism excesiv în comunicare. Ceea ce este important este ca din conținutul comunicărilor pe care părțile și le adresează cu referire la acest subiect să rezulte fără echivoc, într-un limbaj lipsit de ambiguitate, intenția de menținere sau dimpotrivă de denunțare a contractelor.

### Manifestarea expresă de voință

Desigur că, față de prevederile legale și scopul procedurii, manifestarea de voință expresă din partea administratorului judiciar sau lichidatorului, înainte de recepționarea oricărei notificări sau puneri în întârziere din partea contractantului, este dezirabilă.

Astfel, manifestând diligență și analizând cu profesionalism, îndată după numirea în funcție, a tuturor raporturilor contractuale în care se găsește angrenat debitorul, administratorul judiciar sau lichidatorul va transmite o notificare scrisă contractantului prin care îl va încunoștiința cu privire la opțiunea de menținere sau denunțare a contractului.

Apreciam că, deși art.86 din Legea nr.85/2006 statuează asupra principiului continuării de drept a contractelor după intrarea în procedură, transmiterea unei notificări din partea practicianului în insolvență de asumare a contractelor și pentru viitor, ar avea efecte benefice în relația cu contractantul, cu atât mai mult dacă notificarea este transmisă într-un termen cât mai scurt după deschiderea procedurii. Astfel se vor înlătura orice îndoieli ale contractantului cu privire la continuarea contractelor și bineînțeles obținerea contraprestațiilor din partea debitorului pentru serviciile ori livrările realizate după deschiderea procedurii, cu consecința facilitării colaborării dintre părți.

Așadar, opțiunea privind continuarea sau încetarea contractului poate rezulta dintr-o inițiativă spontană a practicianului în insolvență, menită să clarifice soarta contractului.

### Manifestarea tacită de voință

Manifestarea expresă de voință presupune așadar manifestarea exterioară, neechivocă, a administratorului judiciar în sensul menținerii sau denunțării contractelor.

Astfel de manifestări de voință pot rezulta din executarea contractului. În cazul plăților, acestea trebuie să fie autorizate de administratorul judiciar. În absența acestui acord, plățile

făcute de debitor în perioada de observație în care nu i-a fost ridicat dreptul de administrare nu vor reprezenta acord de continuare a contractului dacă administratorul judiciar își manifestă dezacordul cu privire la continuarea contractului. Prin urmare, ceea ce este necesar este ca manifestarea de voință să emane de la practicianul în insolvență.

Dacă însă din acțiunile sau inacțiunile luate în considerare nu se poate distinge clar voința, ne vom găsi în prezența unor indicii pornind de la care voința poate fi prezumată.

Așadar, opțiunea ar putea să fie exprimată printr-un comportament neechivoc, cum ar fi îndeplinirea unor prestații legate de obiectul contractului obiect al opțiunii? Manifestarea tacită în favoarea menținerii contractului este admisă în numeroase cazuri de către jurisprudență, Curtea de Casație franceză<sup>18</sup> afirmând în principal că facultatea de a urmări executarea contractului în curs nu este nicicum subordonată unei manifestări exprese și autonome de voință.

Pe de altă parte, jurisprudența franceză mai recentă manifestă reticență față de această interpretare, afirmând că administratorul judiciar nu se poate prevala de continuarea tacită a contractului prin faptul că și-a executat obligațiile de plată a chiriei după deschiderea procedurii (oferta de a plăti chiria nu poate fi apreciată ca răspuns implicit pozitiv la punerea în întârziere pentru exercitarea opțiunii adresată debitorului)<sup>19</sup>

Această interpretare este cu atât mai justificată în procedura simplificată din dreptul francez în care nu există un administrator judiciar numit, deoarece debitorul, plătind chiria, nu ar putea decide singur asupra continuării contractelor.

### Tăcerea

Noțiunea de tăcere pare dificil compatibilă cu textul art.86 din Legea nr.85/2006 care statuează în mod expres că absența răspunsului administratorului judiciar sau lichidatorului în termenul de 30 de zile echivalează cu denunțarea contractului. În afara uzanțelor particulare - în care părțile agreează convențional că tăcerea valorează acceptare - am putea face aplicarea regulii des aplicate în practica judiciară în sensul că, atunci când oferta este făcută exclusiv în interesul celeilalte părți, ea poate fi considerată ca fiind acceptată, chiar dacă partea căreia i-a fost adresată tace.<sup>20</sup>

În virtutea acestei interpretări, dacă este evident că menținerea contractului se va realiza exclusiv în beneficiul debitorului, e oare posibil să acceptăm că tăcerea administratorului judiciar sau lichidatorului valorează continuare a contractului?

Considerăm însă că răspunsul nu poate fi decât negativ. Pe de o parte este dificil să asimilăm punerea în întârziere a administratorului judiciar sau lichidatorului de către contractanți cu o ofertă, în condițiile în care această punere în întârziere nu vizează crearea unei noi relații contractuale, ci exercitarea de către practicianul în insolvență a unei prerogative ce îi este recunoscută de lege. Pe de altă parte, se pune problema compatibilității acestei tăceri cu natura juridică a prezumției irefragabile. În final, în afară de faptul că acceptarea tăcerii ca modalitate de manifestare a voinței de continuare a contractului ar conduce la ignorarea dispozițiilor art.86 din Legea nr.85/2006, aceasta ar introduce un mecanism extrem de prejudiciabil pentru securitatea tranzacțiilor, mecanism care ar supune contractantul la arbitrariul titularului dreptului de opțiune.

Manifestarea tacită de opțiune în sensul denunțării contractului a suscitat anumite controverse în doctrina franceză<sup>21</sup>.

Astfel, o parte a doctrinei s-a pronunțat în sensul atribuirii unui caracter simplu prezumției potrivit căreia lipsa manifes-

tării de voință a administratorului judiciar în cadrul termenului de o luna echivalează cu denunțarea contractului. În această interpretare, se acordă practicianului în insolvență posibilitatea de a demonstra că acesta nu dorește să renunțe la continuarea contractului, chiar dacă termenul de o luna este depășit.

În susținerea acestui punct de vedere, s-a invocat filosofia Legii din 25 ianuarie 1985, care militează pentru apărarea intereselor întreprinderii și pentru flexibilitate în aplicarea prevederilor incidente, dar și dispozițiile art.1352 Cod civil francez care prevăd că sunt irefragabile doar acele prezumții edictate de legiuitor în vederea anularii unui act sau refuzării unei acțiuni în justiție. Or, în mod evident, prevederile din materia insolvenței nu corespund unor asemenea obiective, de unde caracterul simplu al prezumției. Aceasta analiză nu a evoluat.

Majoritatea doctrinei franceze și jurisprudența Curții de Casație au reținut în repetate rânduri caracterul irefragabil al prezumției de renunțare a administratorului judiciar la continuarea contractelor, aceasta deși „aplicând principiul potrivit căruia renunțările nu se prezumă ... caracterul simplu al prezumției ar corespunde mai bine acestei limitări decât caracterul irefragabil”<sup>22</sup>.

De asemenea, calificarea prezumției ca fiind simplă ar fi determinat o prea mare insecuritate în tranzacțiile inițiate cu întreprinderile în dificultate, insecuritate care ar fi condus la efecte contrare celor urmărite de legiuitor<sup>23</sup>. Pe de altă parte, posibilitatea lăsată administratorului judiciar de a reveni asupra hotărârii luate ar fi avut drept efect inutilitatea termenului pentru exercitarea opțiunii.

De asemenea, s-a analizat ipoteza în care, pe perioada de derulare a termenului de o lună lăsat de lege la dispoziția administratorului judiciar, este deschisă procedura de faliment. În acest caz, lichidatorul este ținut de termenul care a început să curgă împotriva administratorului? Curtea de Apel Paris<sup>24</sup>, pornind de la dispozițiile art.148 al.3 din Legea din 1985, care stabileau că lichidatorul este continuatorul administratorului, a decis ca primul trebuie să respecte termenul impus celui din urmă. Motivația acestei decizii destul de severe este următoarea: “art.37 are drept obiect să permită cocontractantului debitorului în stare de încetare de plăți, în speță locatorului, de a se clarifica cât mai repede asupra operațiunilor sale; prin urmare, nu se prelungește termenul de o lună stabilit prin lege datorita nepăsării auxiliarilor justiției”.

În privința puterilor judecătorești în materia continuării activității contractuale, s-a subliniat faptul că acesta nu are competență decât în materia litigiilor relative la exercițiul sau refuzul exercitării opțiunii de către administrator, inclusiv în privința obligării administratorului la îndeplinirea prestațiilor promise.

Renunțarea la continuarea contractului echivalează astfel cu o neexecutare pură și simplă ce oferă cocontractantului posibilitatea de a solicita rezilierea contractului. Este însă vorba despre o “neexecutare neculpabilă legitimată printr-o permisiune expresă a legii”<sup>25</sup>.

Similar, pare dificil de acceptat faptul că opțiunea deschisă titularului opțiunii - element constitutiv al unui drept potestativ recunoscut de lege - poate deschide calea unor daune interese. În acest sens, s-a arătat că refuzul administratorului de continuare a executării contractului este o renunțare definită că “un act juridic prin care o persoana își manifestă voința de a abandona o prerogativă ce îi aparține”<sup>26</sup>. Mai mult, această prerogativă trebuie analizată de manieră pozitivă ca și exercițiul al unui drept și nu negativă, ca violare a unei obligații.

Așadar, potrivit legii franceze, poziția administratorului judiciar cu privire la facultatea care îi este atribuită prin lege poate rezulta din: voința pe care o exprimă în urma interogării cocontractantului, din comportamentul manifestat din care rezultă, fără îndoială, opțiunea pentru o soluție sau alta, sau din răspunsul transmis în urma notificării cocontractantului.

Mai mult, pentru ca acesta din urmă să nu rămână în incertitudine, legiuitorul a prevăzut rezilierea de plin drept a contractului după o punere în întârziere adresată administratorului și rămasă mai mult de o lună fără răspuns. Înainte de expirarea acestui termen, judecătorul-comisar poate acorda administratorului o amânare ce nu poate depăși două luni pentru a lua o decizie. Grefierul va anunța contractantul cu privire la decizia judecătorului-comisar. Contractantul beneficiază de un termen suplimentar de o lună calculat de la data rezilierii contractului pentru declararea creanței la masa credală a debitorului<sup>27</sup>.

Având în vedere caracterul ferm al termenului de 30 de zile prevăzut în art. 86 alin. 1 din Legea nr.85/2006, precum și faptul că, spre deosebire de legea franceză, acest termen nu este susceptibil de prelungire în baza hotărârii judecătorești-sindic, apreciem justa opinia care atribuie un caracter absolut, irefragabil, acestei prezumții, asigurându-se astfel respectarea principiului securității juridice, esențial în materie contractuală, menit să permită cocontractantului debitorului să stabilească într-un termen cât mai scurt soarta contractului, înlăturând incertitudinea ce planează asupra acestuia de la data deschiderii procedurii insolvenței.

În privința modului de calcul al termenului de 30 de zile, apreciem că este un termen procedural în privința căruia se vor aplica prevederile art.101 Cod procedura civilă potrivit cărora "termenele se înțeleg pe zile libere, neintrând în socoteală nici ziua când a început, nici ziua când s-a sfârșit termenul".

În majoritatea cazurilor, manifestarea de voință a contractantului este exprimată printr-o notificare scrisă adresată administratorului judiciar sau lichidatorului, transmisă de regulă prin postă, prin scrisoare cu confirmare de primire. În acest caz, pentru a permite realizarea scopului instituirii termenului de 30 de zile, apreciem că acesta va începe să curgă de la data recepției notificării de către destinatar, și nu de la data expedierii acesteia, astfel încât practicianul în insolvență să aibă la dispoziție întreaga perioadă reglementată legal pentru a analiza solicitarea contractantului și a-și manifesta opțiunea.

### Consecințele în privința sorții contractului

Absența răspunsului nu semnifică doar renunțarea administratorului la continuarea contractului, aceasta amenințând chiar existența contractului.

Referitor la sancțiunea aplicabilă în caz de omisiune de a răspunde în termenul stabilit, art.86 din Legea nr.85/2006 folosește expresia "contractul ... se socotește denunțat".

Aceasta reprezintă așadar o consacrare legislativă a faptului că tăcerea păstrată de titularul opțiunii constituie o cauza de denunțare a contractului, indiferent dacă ne aflăm în prezența unor contracte cu executare succesivă sau instantanee.

Pe de altă parte, ne întrebăm care este soarta contractului necontinuat, dar care nu este obiect al unei cereri din partea contractantului? Este administratorul judiciar dispensat de obligația de executare a unui contract care există în continuare? Problema, practică, vizează spre exemplu acele contracte "lăsate în nelucrare" la deschiderea procedurii, despre existența cărora administratorul judiciar poate nici să nu aibă

cunoștința o bună perioadă după deschiderea procedurii. Pasivitatea contractantului și absența unor informații complete la dispoziția practicianului în insolvență pot conduce la situația în care contractele subzistă după deschiderea procedurii, fără însă ca nimeni să nu solicite executarea lor. Pentru limitarea în timp a insecurității cu privire la raporturile contractuale în care este implicat debitorul considerăm că, de lege ferenda, se impune stabilirea unui termen maxim, de la deschiderea procedurii, în care atât contractantul, cât și practicianul în insolvență să își manifeste opțiunile cu privire soarta contractelor în derulare la data deschiderii procedurii.

(continuarea în numărul viitor)

### Note

<sup>1</sup> Najjar I.- *Le droit d'option, contribution a l'etude du droit potestatif et de l'acte unilateral*, Paris, LGDJ 1967 citat în de Monserie M.H., op. cit. pag.497

<sup>2</sup> Monserie M.H., op.cit., pag.499

<sup>3</sup> M.H.Monserie, op.cit. pag.498

<sup>4</sup> Modificarea legislativă a fost adusă Legii nr.85/2006 prin Legea nr.277/2009 privind aprobarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 173/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și pentru modificarea lit. c) a art. 6 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru publicată în Monitorul Oficial al României nr.486/14 iulie 2009.

<sup>5</sup> Turcu I., *Legea procedurii insolvenței*. Comentariu pe articole, Ed.C.H. Beck 2009 pag.463

<sup>6</sup> Ripert G., Roblot R., - *Traite de droit commercial*. Vol.II, editia a 16-a, LGDJ Paris 2000 pag.984

<sup>7</sup> Gaudemet S., *La clause repute non ecrite*, Ed Economica 2006 pag.7

<sup>8</sup> Turcu I., Stan M., - *Soarta relațiilor de afaceri ale debitorului* (art.86 al Legii nr.85/2006), *Rev.Phoenix* nr.26/2008 pag.21

<sup>9</sup> Beleiu Gh., op.cit.pag. 178

<sup>10</sup> Le Corre, P-M, *Droit et pratique des procedures collectives*, 2eme edition, Dalloz Action, 2003, pag.237

<sup>11</sup> Legea nr.85/2006 continuă conceptul instituit de Legea nr.64/1995 privind fundamentarea procedurii pe starea de insolvență a debitorului și nu pe insolvabilitate. Pentru detalieri pe acest subiect, a se vedea Bufan R., *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed.Lumina Lex 2001 pag.82-99.

<sup>12</sup> În același sens, Dumitru St., Dumitru A.O., *Principalele modificări aduse Legii privind procedura insolvenței prin Legea nr.277/2009*, *Rev.Phoenix* nr.30/2009 pag.8

<sup>13</sup> Turcu I - *Legea procedurii insolvenței*. Comentariu pe articole, Ed.C.H. Beck 2009 pag.476

<sup>14</sup> Legea nr.193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori republicată în Monitorul Oficial cu numărul 305 din data de 18 aprilie 2008

<sup>15</sup> Manual de Bune Practici în Insolvență, Programul Phare 2002 „Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației si jurisprudenței în materie de faliment”

<sup>16</sup> Turcu I - *Legea procedurii insolvenței*. Comentariu pe articole, Ed.CH Beck 2009, pag.466

<sup>17</sup> Tănăsică E., *Reorganizarea judiciară - o șansă acordată debitorului aflat în procedura generală de insolvență*, Ed.Hamangiu 2008 pag.259

<sup>18</sup> Cass.Com. 3-06-1986, Bull Civ IV no.112 p.95 în Jouffin E., op. cit. pag. 92

<sup>19</sup> Cass Com 20-02-1996 Dico Perm Diff des Entreprises Bull 146 p.7160 citat în Jouffin E., op.cit. pag.92

<sup>20</sup> Stătescu C., Birsan C., pag.48

<sup>21</sup> Monserie, M.H., op.cit., pag.503

<sup>22</sup> Derrida F., op.cit. pag.9

<sup>23</sup> Jouffin E., op.cit., pag.94

<sup>24</sup> Curtea de Apel Paris, 16eme Cf, 08-10-1992, Les Petites Affiches nr.51/1993 pag.13

<sup>25</sup> Martin D., *La securite contractuelle a l'epreuve du redressement judiciaire*, JCP ed.N 1986 I 180

<sup>26</sup> Dreiffus-Netter F., *Renonciation*, Rep.Civ. Dalloz 1989 no.1

<sup>27</sup> Martin J-F, *Redressement et liquidation judiciaires*. Prevention. Reglement amiable. Faillite personnelle.Banqueroute., 7eme edition, Encyclopedie Delmas 1999 pag.148



# Opinie privind aplicarea dispozițiilor art. 93<sup>1</sup> al Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței



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

În ultimii trei-patru ani s-a construit frenetic, mai mult decât în cele două decenii precedente. Pe lângă investitorii cu fonduri proprii importante, s-au năpustit și cei care se bazează exclusiv pe fondurile împrumutate de la bănci și pe avansurile beneficiarilor. Nesăbuița și lăcomia de câștig exagerat i-au îndemnat pe unii dintre investitori să-și imobilizeze și aceste fonduri achiziționând noi terenuri și inițiind noi construcții.

Odată cu propagarea crizei și a recesiunii inevitabile s-a produs și intrarea în procedura insolvenței a numeroase societăți din această ramură economică.

Reacția legislativă la acest fenomen economic a inclus, printre altele, și introducerea în Legea nr. 85/2006 a articolului nou 93<sup>1</sup> prin Legea nr. 277/2009.

Conform acestui text legal, „*obligațiile rezultând dintr-un antecontract de vânzare-cumpărare cu dată certă, anterioară deschiderii procedurii, în care promitentul-vânzător intră în procedură, vor fi executate de către administratorul judiciar/lichidator, la cererea promitentului-cumpărător, dacă:*

- *prețul contractual a fost achitat integral sau poate fi achitat la data cererii, iar bunul se află în posesia promitentului-cumpărător;*

- *prețul nu este inferior valorii de piață a bunului;*

- *bunul nu are o importanță determinantă pentru reușita unui plan de reorganizare.”*

Aplicarea acestor dispoziții legale nu este pentru nimeni o sarcină ușoară datorită caracterului de noutate și a marii diversități de situații de fapt.

În cele ce urmează ne propunem să schițăm câteva dintre probleme și soluțiile propuse, cu intenția de a deschide (sau de a continua) un schimb de opinii.

## **I. Cu privire la calificarea juridică a drepturilor promitenților-cumpărători față de debitorul promitent-vânzător**

Cu toată ambiguitatea textului din primul alineat al art. 69, considerăm că dreptul promitentului-cumpărător față de debitor nu este susceptibil de a fi înscris în tabelul creanțelor, astfel cum este reglementată această înscriere în textele Legii nr. 85/2006 (art. 61-76), pentru că acest tabel cuprinde numai acele obligații care se materializează în plata unor sume de bani, certe, lichide și exigibile. În situația prevăzută de art. 93<sup>1</sup>, obligația debitorului nu este de a plăti o sumă de bani, ci de a transmite dreptul de proprietate asupra unui bun imobil.

Obiectul raportului juridic de obligații constă în prestația debitorului, care poate fi, conform concluziilor ce se pot desprinde din analiza coroborată a prevederilor art. 1074-1083 din Codul civil actual, o prestație de a da, o prestație de a face sau o prestație de a nu face. Și în Noul Cod civil se regăsesc aceste trei categorii de prestații.

„Prestația de a da înseamnă a constitui sau a transmite un drept real în patrimoniul creditorului”, de pildă, obligația vânzătorului de a transmite cumpărătorului dreptul de proprietate asupra bunului vândut. (L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. I. Regimul juridic general*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 33).

În concluzie, aplicarea dispozițiilor art. 93<sup>1</sup> din Legea nr. 85/2006 nu implică înscrierea dreptului promitentului-cumpărător în tabelul creanțelor.

Contextul în care s-a inserat textul art. 93<sup>1</sup> din Legea nr. 85/2006 este acela al verificării actelor debitorului anterioare deschiderii procedurii (art. 77-93<sup>1</sup>).

Art. 82 scoate de sub sancțiunea nulității actele de transfer cu caracter patrimonial care s-au efectuat de către debitor în cursul desfășurării normale a activităților sale curente. În cazul în care obiectul activității debitorului cuprinde construcția de imobile pentru vânzarea de apartamente, actele de vânzare sunt corespunzătoare exigențelor art. 82. Pentru acele apartamente care au fost contractate în baza unui antecontract și au fost integral plătite prețurile ori s-a convenit ca plata să se facă la semnarea contractului autentic și în prezent cumpărătorul declară că poate plăti întregul preț, apartamentele fiind în predate în posesia promitenților-cumpărători anterior deschiderii procedurii, aceste promisiuni sinalagmatice de vânzare-cumpărare, ar putea fi considerate, cu unele rezerve, drept contracte în derulare, cu consecința aplicării dispozițiilor alin. (1) fraza întâia și fraza a doua din Legea nr. 85/2006.

## II. Cu privire la scopul urmărit de dispozițiile art. 93<sup>1</sup>

Textul art. 93<sup>1</sup> al Legii nr. 85/2006 permite promitentului-cumpărător să valorifice dreptul său față de promitentul-vânzător chiar dacă între momentul antecontractului și momentul prevăzut pentru semnarea contractului de vânzare-cumpărare în formă autentică s-a produs deschiderea procedurii insolvenței față de promitentul-vânzător. Aceasta oferă rezolvarea, pe cale legislativă, a situației particulare în care patrimoniul debitorului aflat în procedură de insolvență conține și obligația de a semna în formă autentică un contract de vânzare pentru executarea obligației asumate prin antecontract.

„Prin Legea nr. 247/2005, art. 5 alin. (2) din Titlul X se constată posibilitatea judecătorului de a pronunța o hotărâre care să țină loc de contract, la solicitarea părții care și-a îndeplinit obligațiile asumate prin antecontractul cu privire la un teren cu sau fără construcții” (T. Prescure, A. Ciurea, *Contracte civile*, Ed. Hamangiu, 2007, p. 36).

Soluția legislativă este perfect valabilă, astfel încât instanța, reprezentată prin judecătorul-sindic, urmează să constate existența antecontractului, executarea obligațiilor asumate prin contract, cu excepția celei de a semna forma autentică a contractului și să dispună executarea acestei obligații de către debitorul promitent-vânzător la cererea creditorului promitent-cumpărător.

Specificul situației constă, pe de-o parte, în aceea că debitorul promitent-vânzător se află în procedură de insolvență și toate actele lui sunt strict controlate, iar, pe de

altă parte, din împrejurarea că la data semnării antecontractului obiectul acestuia, construcția nu exista sau nu era terminată și numai această împrejurare a împiedicat adoptarea formei autentice a contractului. În unele antecontracte apar și obligații neexecutate ale ambelor părți, obligații interdependente, cum ar fi, de exemplu, plata restului de preț odată cu semnarea contractului în formă autentică. În acest sens, este și opinia exprimată de Fr. Deak în *Contracte civile și comerciale*, Ed. Lumina Lex, 1993, p. 23, 24: „întrucât vânzătorul nu a vândut, iar cumpărătorul nu a cumpărat, ci ambii s-au obligat numai să încheie contractul, deși s-au înțeles asupra lucrului și asupra prețului, vânzarea-cumpărarea nu poate fi considerată ca încheiată. În schimb, obligația de a încheia contractul în viitor (și cu respectarea dispozițiilor speciale, dacă este cazul) este valabilă.” Același autor a emis în același loc opinia conform căreia instanța, „în lumina principiului executării în natură a obligațiilor și reparării în natură a pagubelor poate să pronunțe în baza art. 1073 și 1077 Cod civil o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare-cumpărare și care va avea caracter constitutiv de drepturi, operând transferul proprietății de la data de la care rămâne definitivă.” Tot același autor atrage atenția asupra deosebirii între Codul civil român și Codul civil francez, constând în aceea că în codul francez această promisiune este vânzare sub condiție suspensivă. Opinia prezentată este împărtășită și de autorul I. Popa în *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, ediția a 2-a, 2008, p. 198 și urm., care distinge între consimțământul necesar încheierii promisiunii bilaterale de vânzare și cel necesar executării promisiunii constând în încheierea propriu-zisă a contractului de vânzare.

Codul civil francez, doctrina și jurisprudența franceză recunosc și reglementează promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare, cu calificare controversată, dar cu deznodământ cert și similar reglementării din dreptul nostru. Autorul M. Latina, în *Essai sur la condition en droit des contrats*, L.G.D.J., 2009, p. 49 și urm., explică situația vânzării lucrurilor ce urmează a fi fabricate. Producătorul nu are nici un drept real asupra bunului care încă nu există și, în consecință, nici cumpărătorul nu dobândește un drept real. Contractul definitiv succede promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare, de îndată ce obiectul a dobândit existență și astfel este susceptibil de a fi transferat dreptul de proprietate asupra lui. Retroactivitatea transferului de proprietate la ziua încheierii contractului, în cazul vânzării unui imobil ce se va construi la termen, este o dispoziție legală derogatorie, menită să consolideze protecția cumpărătorului.

Alți autori francezi, J. Ghestin și B. Desché, explică mecanismul promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare prin amânarea de către părți a încheierii contractului concomitent cu obligația de a-l încheia în viitor (*Traité des*

*contrats*, sous la direction de J. Ghestin, *La vente*, LGDJ, 1990, p. 180).

Aceeași idee o exprimă și autorul P. Puig, în *Contrats spéciaux*, 3e édition, Ed. Dalloz, 2009: enunțul cuprins într-un înscris sub semnătură privată, în sensul că părțile sunt de acord asupra lucrului și prețului, ca și asupra încheierii și semnării ulterioare a unui contract în formă autentică, poate fi validat prin contractul autentic. În același sens, a opinat și autorul J. Huet, în *Les principaux contrats spéciaux*, 2e édition, Ed. L.G.D.J., 2001, p. 442: „una dintre preocupările părților este suspendarea transferului proprietății până la semnarea unui contract în formă autentică”.

Alți autori, Ph. Malaurie, L. Aynès și P.-Y. Gautier, în *Les contrats spéciaux*, Ed. Defrénois, 2007, p. 82, menționează că părțile recurg deseori la promisiunea de vânzare pentru că nu este încă posibilă încheierea contractului definitiv ori pentru că vânzarea nu trebuie să producă imediat efecte.

Opinia conform căreia promisiunea sinalagmatică de vânzare-cumpărare are, în acest caz, natura unei obligații afectate de o condiție suspensivă este controversată, dar nu și soluția preconizată pentru efectele acestei promisiuni. Autorul N. Eréséo, în *L'exclusivité contractuelle*, Ed. Litec, 2008, p. 70, menționează că promisiunea sinalagmatică implică un consimțământ definitiv al părților asupra unei vânzări. În sfârșit, A. Benabent, în *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8e édition, Ed. Montchrestien, 2008, p. 78, recunoaște părților puterea de a întârzia formarea contractului de vânzare, cu toate că au organizat un acord asupra lucrului și asupra prețului, pentru că au subordonat formarea deplină a contractului de obținerea unui acord asupra formei autentice sau a modalităților de plată a prețului.

Atragem atenția asupra împrejurării că în unele analize de acest fel, sunt conturate și alte soluții, dar aceste soluții privesc bunuri imobile a căror construcție este terminată, în timp ce antecontractul pe care îl reglementează textul art. 93<sup>1</sup> este, de cele mai multe ori, referitor la o construcție în curs de executare. De aceea, soluțiile propuse nu pot fi adoptate fără o analiză comparativă a premiselor de fapt și de drept specifice din fiecare caz.

În concluzie, dispozițiile art. 93<sup>1</sup> reprezintă cadrul juridic unic, complet și unitar al desăvârșirii executării obligațiilor debitorului asumate prin antecontract.

### III. Cu privire la ipoteca băncii asupra terenului

De multe ori debitorul s-a împrumutat pentru a construi și a ipotecat terenul pe care îl cumpărase în acest scop.

Dreptul de ipotecă, fiind o sarcină a proprietății asupra imobilului, se înscrie numai în foaia C a cărții funciare, în timp ce dreptul de proprietate al promitentului-cumpărător nu va putea fi înscris decât în foaia B a cărții funciare. În concluzie, înscrierea dreptului promitentului-cumpărător în foaia B nu aduce nicio atingere ipotecii înscrisă în foaia C, iar eventuala opoziție a băncii este nelegală.

În sprijinul acestor afirmații se pot menționa dispozițiile art. 53 din Legea nr. 85/2006, astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 169/2010: „*Bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidator, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de prezenta lege sunt dobândite libere de orice sarcini, precum ipoteci, garanții reale mobiliare sau drepturi de retenție, de orice fel, ori măsuri asigurătorii, inclusiv măsurile asigurătorii instituite în cursul procesului penal.*”

Invocăm și dispozițiile art. 120 alin. (2) fraza finală din Legea nr. 85/2006: „*Când legea impune pentru transferul dreptului de proprietate forma autentică, contractele vor fi perfectate de notarul public pe baza procesului verbal de licitație*”. Cu toate că, inițial, la data adoptării Legii nr. 85/2006, textul citat s-a restrâns la ipoteza vânzării prin licitație, ulterior, ca urmare a introducerii art. 93<sup>1</sup> referirea la antecontractul de vânzare-cumpărare se raportează, în mod cert, la situația vizată de art. 120 alin. (2) fraza finală, pentru că și în cazul antecontractului de vânzare-cumpărare cu dată certă, ca și în cazul vânzării la licitație, pentru perfectarea vânzării și pentru ca transferul dreptului de proprietate să fie realizat, se impune forma autentică a contractului.

Dacă instituția de credit care a finanțat construcția a avut în vedere și aceste considerente, concomitent cu precauția de extindere a ipotecii de la teren la construcții, pe măsura edificării lor, contractul de credit și cel de ipotecă vor conține o mențiune concordantă cu prevederile art. 93<sup>1</sup> din Legea nr. 85/2006: „*în cazul în care împrumutatul vinde către terți spații în cadrul imobilelor construcții ce se edifică în cadrul proiectului finanțat de instituția de credit, împreună cu cota indiviză din dreptul de proprietate asupra terenului, instituția de credit va elibera de sub garanție aceste spații, reducând concomitent deschiderea de credit și sumele datorate de cumpărători se vor plăti direct instituției de credit.*”

Așadar, banca diminuează fondurile puse la dispoziția împrumutatului, înscrise în contul de deschidere de credit, pe măsură ce împrumutatul vinde spațiile construite. Concomitent, banca eliberează de sub ipotecă spațiile vândute împreună cu cotele indivize din dreptul asupra terenului și asupra părților comune ale construcțiilor.

Consecința practică este dobândirea fără sarcini a dreptului de proprietate de către cumpărători.

# CARTA DREPTURILOR FUNDAMENTALE A UNIUNII EUROPENE, DUPĂ TRATATUL DE LA LISABONA



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

## 1. Aspecte generale

La o analiză atentă, observăm că, nivelul Uniunii Europene, preocupările în materia drepturilor fundamentale sunt, relativ, recente. Dezvoltarea, sub aspectul conținutului, a Comunităților Europene și, ulterior, a Uniunii Europene, a avut în vedere aspectele de natură economică, statele membre neconsiderând a fi necesară includerea în Tratatul institutiv a unor prevederi referitoare la drepturile fundamentale. Și aceasta deoarece, respectarea drepturilor fundamentale era (și este și în prezent) asigurată, la nivel european, de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

În lipsa unor prevederi speciale referitoare la drepturile fundamentale, i-a revenit Curții de Justiție a Comunităților Europene<sup>1</sup> sarcina de a se pronunța cu privire la situațiile în care se aducea atingere acestor drepturi, motiv pentru care, în urma a numeroase hotărâri, aceasta a ridicat drepturile fundamentale la rang de principii generale ale dreptului comunitar<sup>2</sup>. Nu de puține ori, în activitatea sa, Curtea de Justiție a apelat la convențiile internaționale ce aveau drept obiect de reglementare drepturile fundamentale și, în special, a apelat la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale.

Pentru prima dată în istoria Uniunii Europene, Tratatul de la Maastricht<sup>3</sup> face referire, în Preambul, la principiile libertății, democrației, respectării drepturilor omului, libertăților fundamentale și statul de drept<sup>4</sup>.

În anul 1997, Tratatul de la Amsterdam modifică, între altele, art. F alin. (1)<sup>5</sup> din Tratatul privind Uniunea Europeană. Potrivit noii prevederi, „Uniunea se întemeiază pe principiile libertății, democrației, respectării drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și ale statului de drept, principii care sunt comune statelor membre”. Totodată, se prevede și o sancțiune în cazul în care se constată încălcarea gravă și persistentă a drepturilor fundamentale, și anume se recurge la procedura de suspendare a drepturilor care decurg din Tratat<sup>6</sup>.

Scurta incursiune în evoluțiile de natură istorică înregistrate în materia recunoașterii drepturilor fundamentale la nivelul UE, pune în valoare faptul că un moment important pentru ceea ce, în prezent, este Carta Drepturilor Fundamentale a UE, îl reprezintă decizia de declanșare a procesului privind elaborarea Cartei, decizie adoptată în cadrul Consiliului European de la Köln<sup>7</sup>.

Ulterior, la Consiliul European de la Tampere<sup>8</sup> s-a ajuns la un acord cu privire la modalitățile de elaborare a proiectului Cartei Drepturilor Fundamentale. Astfel, proiectul de Cartă a fost redactat de către Convenția formată din șefii de stat sau de guvern ai statelor membre ale UE la aceea vreme, reprezentanți ai parlamentelor naționale și ai Parlamentului European, un reprezentant al Comisiei Europene. La lucrările Convenției au participat, în calitate de observatori, și doi membri ai Curții de Justiție și ai Consiliului European.

Proiectul de Cartă a fost adoptat de către Convenție la începutul lunii octombrie a anului 2000. Consiliul European de la Biarritz<sup>9</sup>, a aprobat, în unanimitate proiectul și l-a înaintat Parlamentului European și Comisiei Europene. La Consiliul European de la Nisa<sup>10</sup> a fost adoptată, între altele, și Declarația privind viitorul Uniunii, Declarație potrivit căreia, „în urma unui raport care va fi întocmit pentru Consiliul European de la Göteborg din iunie 2001, Consiliul European va adopta la reuniunea sa de la Laeken/Bruxelles din decembrie 2001, o declarație privind inițiativele ce se impun pentru continuarea” procesului privind dezvoltarea calitativă și cantitativă a Uniunii Europene. Acest proces urma să se „axeze, între altele, pe statutul Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la Nisa, în conformitate cu concluziile Consiliului European de la Köln”<sup>11</sup>.

Demersul la nivelul Uniunii Europene cu privire la natura juridică a Cartei Drepturilor Fundamentale a UE a continuat cu ceea ce a însemnat constituirea, în cadrul Convenției privind viitorul Europei, a Grupului de lucru II, grup în cadrul căruia accentul a fost pus, în special, pe două aspecte, și anume: modalitățile și consecințele încorporării Cartei în Tratatul instituind o Constituție pentru Europa, precum și modalitățile și consecințele posibilei aderări a Uniunii Europene la Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Deși Tratatul constituțional a fost semnat la 29 octombrie 2004, la Roma, procesul ratificării acestuia a încetat odată cu votul negativ oferit, prin referendum, de către Franța și Olanda.

La 12 decembrie 2007, președinții Parlamentului European, Comisiei Europene și Consiliului UE au proclamat și au semnat Carta Europeană a Drepturilor Fundamentale

Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, la 1 decembrie 2009, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene dobândește forță juridică obligatorie. Astfel, potrivit

art. 6 TUE alin. (1), „Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene din 7 decembrie 2000, astfel cum a fost adaptată la 12 decembrie 2007, la Strasbourg, care are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor”. Ce înseamnă acest lucru? Răspunsul este simplu, și anume: de acum înainte, prevederile Cartei pot fi invocate în fața instanțelor, iar respectarea acesteia revine atât instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii Europene, precum și statelor membre. Trebuie precizat, încă de la început, că, în ceea ce privește statele, acestea își asumă obligația de a respecta prevederile Cartei numai atunci când este vorba despre dreptul Uniunii, și nu în situația în care acționează în sfera lor de competență.

Chiar din primele rânduri ale Preambulului, observăm precizarea potrivit căreia „prezenta Cartă reafirmă respectarea competențelor și sarcinilor Uniunii, precum și a principiului subsidiarității, drepturile care rezultă, în principal, din tradițiile constituționale și din obligațiile internaționale comune statelor membre, din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, din Cartele Sociale adoptate de Uniune și de către Consiliul Europei, precum și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Europene a Drepturilor Omului. În acest context, Carta va fi interpretată de către instanțele judecătorești ale Uniunii și ale statelor membre, acordând atenția cuvenită explicațiilor redactate sub autoritatea prezidiului Convenției care a elaborat Carta și actualizate sub răspunderea prezidiului Convenției Europene”.

## 2. Conținutul Cartei

Carta este un „catalog al drepturilor omului”<sup>12</sup>, care cuprinde, într-un text unic, pentru prima dată în istoria UE, ansamblul drepturilor civile, politice, economice și sociale ale cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene. Textul Cartei este precedat de un preambul și cuprinde 54 de articole sistematizate în 6 Titluri, după cum urmează: Demnitatea; Libertățile; Egalitatea; Solidaritatea; Drepturile cetățenilor și Justiția. Cel de-al 7-lea Titlu cuprinde Dispozițiile generale ce reglementează interpretarea și aplicarea Cartei.

Titlul I – Demnitatea umană – include 5 articole și debutează cu prevederea potrivit căreia „demnitatea umană este inviolabilă” și trebuie respectată și protejată. Articolul 2 garantează dreptul la viață, iar pedeapsa cu moartea este interzisă, la fel cum sunt interzise, în continuare: tortura și pedepsele sau tratamentele inumane și degradante<sup>13</sup>; sclavia și munca forțată<sup>14</sup>. Totodată, este protejată dreptul la integritate al persoanei<sup>15</sup>, motiv pentru care sunt interzise următoarele: practicile de eugenie, în special a celor care au drept scop selecția persoanelor; utilizarea corpului uman și a părților sale, ca sursă de profit și clonarea ființelor umane în scopul reproducerii.

Următoarele 14 articole consacră libertățile de care se bucură cetățenii Uniunii Europene.

Titlul al II-lea are în vedere, la art. 7, dreptul oricărei persoane la „respectarea vieții private și de familie, a domiciliului și a secretului comunicațiilor”, drept completat cu garantarea protecției datelor cu caracter personal<sup>16</sup>, date care trebuie „tratate în mod corect, în scopurile precizate și pe baza consimțământului persoanei interesate sau în temeiul unui alt motiv legitim prevăzut de lege”<sup>17</sup>.

Dreptul la căsătorie și dreptul de a întemeia o familie<sup>18</sup> sunt, de asemenea, garantate, așa cum este recunoscută și libertatea de gândire, de conștiință și de religie<sup>19</sup>. Acest ultim drept (libertate)

„implică libertatea de a-și schimba religia sau convingerea, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea individual sau colectiv, în public sau în particular, prin intermediul cultului, învățământului, practicilor și îndeplinirii riturilor”<sup>20</sup>.

Libertatea de exprimare și de informare este prevăzută la art. 11 și cuprinde atât libertatea de opinie, cât și „libertatea de a primi sau de a transmite informații sau idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere”<sup>21</sup>.

Totodată, este consacrată și libertatea de întrunire și asociere<sup>22</sup>, în virtutea căreia „orice persoană are dreptul la libertatea de întrunire pașnică și la libertatea de asociere la toate nivelurile și în special în domeniile politic, sindical și civic, ceea ce implică dreptul oricărei persoane de a înființa împreună cu alte persoane sindicate și de a se afilia la acestea pentru apărarea intereselor sale”<sup>23</sup>. Se alătură acestor libertăți și aceea a artelor și științelor<sup>24</sup>. Nu este omis din economia Cartei dreptul la educație<sup>25</sup>, drept care include posibilitatea de a urma gratuit învățământul obligatoriu, libertatea de a înființa instituții de învățământ, dar și „dreptul părinților de a asigura educarea și instruirea copiilor lor, potrivit propriilor convingeri religioase, filozofice și pedagogice”<sup>26</sup>.

Potrivit Cartei, „orice cetățean al Uniunii are libertatea de a-și căuta un loc de muncă, de a lucra, de a se stabili sau de a presta servicii în orice stat membru fiind astfel consacrate libertatea de alegere a ocupației și dreptul la muncă”<sup>27</sup>. O altă libertate recunoscută prin Cartă, la art. 16, se referă la desfășurarea unei activități comerciale.

Un articol care își are corespondentul în art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, este cel în temeiul căruia „orice persoană are dreptul de a deține în proprietate, de a folosi, de a dispune și de a lăsa moștenire bunurile pe care le-a dobândit în mod legal. Nimeni nu poate fi lipsit de bunurile sale decât pentru o cauză de utilitate publică, în cazurile și condițiile prevăzute de lege și în schimbul unei despăgubiri juste acordate în timp util pentru pierderea pe care a suferit-o. Folosința bunurilor poate fi reglementată prin lege în limitele impuse de interesul general”<sup>28</sup>.

Articolul 18 din Cartă garantează dreptul de azil nu în orice condiții, ci „cu respectarea normelor prevăzute de Convenția de la Geneva din 28 iulie 1951 și de Protocolul din 31 ianuarie 1967 privind statutul refugiaților și în conformitate cu Tratatul privind Uniunea Europeană și cu Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene”.

În temeiul art. 19 expulzările colective sunt interzise și „nimeni nu poate fi strămutat, expulzat sau extrădat către un stat unde există un risc serios de a fi supus pedepsei cu moartea, torturii sau altor pedepse ori tratamente inumane sau degradante”.

Titlul al III-lea – Egalitatea – debutează cu egalitatea în fața legii<sup>29</sup> a tuturor persoanelor.

Carta interzice orice discriminare întemeiată „pe motive precum sexul, rasa, culoarea, originea etnică sau socială, caracteristicile genetice, limba, religia ori convingerile, opiniile politice sau de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, averea, nașterea, un handicap, vârsta sau orientarea sexuală”<sup>30</sup>.

După un articol consacrat respectării de către Uniune a diversității culturale, religioase și lingvistice<sup>31</sup>, Carta impune, în continuare, la art. 23, asigurarea egalității între femei și bărbați în toate domeniile, inclusiv în ceea ce privește încadrarea în muncă, munca și remunerarea. Cu toate acestea, trebuie subliniat faptul că acest principiu al egalității nu „exclue menținerea sau adoptarea de măsuri care să prevadă avantaje specifice în favoarea sexului sub-reprezentat”<sup>32</sup>.

Articolul 24 este consacrat drepturilor copilului. Astfel, „copiii au dreptul la protecția și îngrijirile necesare pentru asigurarea bunăstării lor. Ei își pot exprima, în mod liber, opinia. Aceasta se ia în considerare în problemele care îi privesc, în funcție de vârstă și gradul lor de maturitate”. De asemenea, „în toate acțiunile referitoare la copii, indiferent dacă sunt realizate de autorități publice sau de instituții private, interesul superior al copilului trebuie să fie considerat primordial. Orice copil are dreptul de a întreține cu regularitate relații personale și contacte directe cu ambii părinți, cu excepția cazului în care acestea sunt contrare interesului său”.

În continuare, sunt recunoscute drepturile persoanelor în vârstă<sup>33</sup> și integrarea persoanelor cu handicap<sup>34</sup>.

Titlul al IV-lea – Solidaritatea – conține prevederi referitoare la dreptul muncii și protecției sociale. În acest sens, art. 27 garantează lucrătorilor sau reprezentanților acestora, la nivelurile corespunzătoare, „informarea și consultarea, în timp util, în cazurile și în condițiile prevăzute de dreptul Uniunii și de legislațiile și practicile naționale”. De asemenea, este recunoscut dreptul de negociere și de acțiune colectivă<sup>35</sup>, în temeiul căruia „lucrătorii și angajatorii sau organizațiile lor au dreptul, în conformitate cu dreptul Uniunii și cu legislațiile și practicile naționale, de a negocia și de a încheia convenții colective la nivelurile corespunzătoare și de a recurge, în caz de conflicte de interese, la acțiuni colective pentru apărarea intereselor lor, inclusiv la grevă”. Sunt consacrate, în egală măsură, dreptul de acces la serviciile de plasament<sup>36</sup>, precum și protecția în cazul concedierii nejustificate<sup>37</sup>.

Articolul 31 reglementează condițiile de muncă echitabile și corecte. În acest sens, reținem faptul că „orice lucrător are dreptul la condiții de muncă care să respecte sănătatea, securitatea și demnitatea sa. Orice lucrător are dreptul la o limitare a duratei maxime de muncă și la perioade de odihnă zilnică și săptămânală, precum și la o perioadă anuală de concediu plătit”.

Potrivit art. 32, „încadrarea în muncă a copiilor este interzisă. Vârsta minimă de încadrare în muncă nu poate fi inferioară celei la care încetează perioada de școlarizare obligatorie, fără a aduce atingere normelor mai favorabile tinerilor și cu excepția unor derogări limitate. Tinerii acceptați să lucreze trebuie să beneficieze de condiții de muncă adaptate vârstei și să fie protejați împotriva exploatarei economice sau a oricărei activități care ar putea pune în pericol securitatea, sănătatea, dezvoltarea lor fizică, psihică, morală sau socială sau care le-ar putea compromite educația”.

În conformitate cu dispozițiile Cartei, familia se bucură de protecție juridică, economică și socială. „Pentru a putea concilia viața de familie și viața profesională, orice persoană are dreptul de a fi protejată împotriva oricărei concedieri din motive de maternitate, precum și dreptul la un concediu de maternitate plătit și la un concediu parental acordat în urma nașterii sau adopției unui copil”<sup>38</sup>.

Carta are în vedere securitatea socială și asistența socială<sup>39</sup>, consacrand respectarea dreptului la protecție socială în caz de maternitate, boală, accident de muncă, dependență de alte persoane sau bătrânețe ori pierderea locului de muncă. „Pentru a combate marginalizarea socială și sărăcia, Uniunea recunoaște și respectă dreptul la asistență socială și la asistență în ceea ce privește locuința, destinate să asigure o viață demnă tuturor celor care nu dispun de resurse suficiente, în conformitate cu normele stabilite de dreptul Uniunii și de legislațiile și practicile naționale”<sup>40</sup>.

La nivelul Uniunii, potrivit Cartei, orice persoană are dreptul de acces la asistența medicală preventivă și de a beneficia de

îngrijiri medicale în condițiile stabilite de legislațiile și practicile naționale<sup>41</sup>.

Articolul 36 consacră accesul la serviciile de interes economic general, pentru ca, în articolele 37 și 38 să regăsim dispoziții potrivit cărora „Politicile Uniunii trebuie să prevadă un nivel ridicat de protecție a mediului și de îmbunătățire a calității acestuia, care să fie asigurat în conformitate cu principiul dezvoltării durabile” și „politicile Uniunii asigură un nivel ridicat de protecție a consumatorilor”.

Titlul al V-lea – Drepturile cetățenilor<sup>42</sup> – face trimitere la: dreptul de a alege și de a fi ales în Parlamentul European; dreptul de a alege și de a fi ales în cadrul alegerilor locale; dreptul de a sesiza Ombudsmanul European; dreptul de petiționare; libertatea de circulație și de ședere; protecția diplomatică și consulară. Aceste drepturi nu reprezintă o noutate la nivelul Uniunii, deoarece le întâlnim și printre drepturile recunoscute, încă din anul 1992, cetățenilor europeni, prin Tratatul de la Maastricht. Mai mult, Carta consacră încă două alte drepturi, și anume: dreptul la bună administrare și dreptul de acces la documentare.

Titlul al VI-lea este rezervat materiei Justiției, mai precis accesului la justiție. Oricărui cetățean îi este recunoscut dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil<sup>43</sup>. Astfel, „orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești”. De asemenea, „orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituită în prealabil prin lege. Orice persoană are posibilitatea de a fi consiliată, apărută și reprezentată”.

Potrivit art. 48 oricărei persoane acuzate îi este garantată respectarea dreptului la apărare și este prezumată nevinovată până ce vinovăția va fi stabilită în conformitate cu legea. Carta recunoaște și consacră principiile legalității și proporționalității infracțiunilor și a pedepselor<sup>44</sup>. În acest sens, „nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau omisiune care, în momentul săvârșirii, nu constituia infracțiune potrivit dreptului intern sau dreptului internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai mare decât cea aplicabilă la momentul săvârșirii infracțiunii. În cazul în care, ulterior săvârșirii infracțiunii, legea prevede o pedeapsă mai ușoară, se aplică aceasta din urmă”<sup>45</sup>.

Titlul al VI-lea se încheie cu recunoașterea dreptului de a nu fi judecat sau condamnat de două ori pentru aceeași infracțiune<sup>46</sup>.

Titlul al VII-lea – Dispoziții generale care reglementează interpretarea și aplicarea Cartei – precizează, chiar în primul său articol, faptul că dispozițiile Cartei se adresează instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii, cu respectarea principiului subsidiarității, precum și statelor membre numai în cazul în care acestea pun în aplicare dreptul Uniunii. Este important de menționat faptul că această Cartă nu extinde domeniul de aplicare a dreptului Uniunii în afara competențelor Uniunii și nu creează nici o competență sau sarcină nouă pentru Uniune, respectiv nu modifică competențele și sarcinile stabilite de tratate. De asemenea, este de reținut și faptul că, în măsura în care Carta conține „drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și întinderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată. Această dispoziție nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă”<sup>47</sup>.

În ceea ce privește nivelul de protecție instituit prin Cartă, art. 53 precizează următoarele: „Nici una dintre dispozițiile prezentei Carte nu poate fi interpretată ca restrângând sau aducând atingere

drepturilor omului și libertăților fundamentale recunoscute, în domeniile de aplicare corespunzătoare, de dreptul Uniunii și de dreptul internațional, precum și de convențiile internaționale la care Uniunea sau toate statele membre sunt părți, și în special Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și prin constituțiile statelor membre”.

### 3. Declarații ale statelor membre cu privire la Carta Drepturilor Fundamentale

Nu putem finaliza prezentarea Cartei Drepturilor Fundamentale fără a aduce în atenție Declarațiile Republicii Cehă și Polone referitoare la Cartă, Declarații anexate Actului final al Conferinței interguvernamentale care a adoptat Tratatul de la Lisabona semnat la 13 decembrie 2007.

Astfel, pentru început avem în vedere Declarația Republicii Cehă cu privire la Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, Declarație în care, chiar din primele rânduri, „Republica Cehă reamintește că dispozițiile Cartei (...) se adresează instituțiilor și organismelor Uniunii Europene, cu respectarea principiului subsidiarității și a repartizării competențelor între Uniunea Europeană și statele membre (...). Republica Cehă subliniază faptul că dispozițiile acestea se adresează statelor membre numai în măsura în care acestea pun în aplicare dreptul Uniunii și nu atunci când acestea adoptă și pun în aplicare dreptul național în mod independent de dreptul Uniunii. Republica Cehă subliniază, de asemenea, faptul că această Cartă nu extinde domeniul de aplicare a dreptului Uniunii și nu instituie noi competențe ale Uniunii. Aceasta nu restrânge domeniul de aplicare a dreptului național și nu restrânge nici una dintre competențele existente ale autorităților naționale în acest domeniu. Republica Cehă subliniază faptul că, în măsura în care Carta recunoaște drepturi și principii fundamentale, astfel cum rezultă acestea din tradițiile constituționale comune statelor membre, aceste drepturi și principii trebuie să fie interpretate în conformitate cu tradițiile menționate. De asemenea, Republica Cehă subliniază că nici una dintre dispozițiile Cartei nu poate fi interpretată ca restrângând sau aducând atingere drepturilor omului și libertăților fundamentale recunoscute, în domeniile de aplicare corespunzătoare, de dreptul Uniunii și de convențiile internaționale la care Uniunea sau toate statele membre sunt părți, și în special de Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, precum și prin constituțiile statelor membre”.

Cea de-a doua Declarație cu privire la Carta drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, pe care o avem în vedere, aparține Republicii Polone. Potrivit Declarației, „Carta nu aduce în nici un fel atingere dreptului statelor membre de a legifera în domeniul moralității publice, al dreptului familiei, precum și în domeniul protecției demnității umane și al respectării integrității fizice și morale a ființei umane”.

Tot Republicii Polone îi aparține și o altă Declarație, dar, de data aceasta, cu privire la Protocolul privind aplicarea Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene în Polonia și în Regatul Unit. Din cuprinsul Declarației, reținem faptul că Polonia declară că, având în vedere tradiția mișcării sociale „Solidaritatea” și contribuția sa semnificativă la lupta pentru drepturi sociale și de muncă, respectă pe deplin drepturile sociale și de muncă stabilite prin dreptul Uniunii și, în special, pe cele reafirmate în titlul IV din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

\*  
\* \*

Analiza acestui instrument juridic al Uniunii Europene, Uniune al cărei stat membru este și România, cu drepturi și obligații depline, are o relevanță cu totul aparte în actualele condiții în care drepturile omului cunosc mutații dintre cele mai profunde și diverse, mutații care, nu de puține ori, sunt puse sub semnul întrebării în mod voluntar sau involuntar, mai mult sau mai puțin conștient, cu efecte, uneori, dintre cele mai neașteptate.

#### Note

- <sup>1</sup> În prezent, Curtea de Justiție a Uniunii Europene.
- <sup>2</sup> Astăzi, dreptul Uniunii Europene.
- <sup>3</sup> Semnat în anul 1992 și intrat în vigoare în anul 1993.
- <sup>4</sup> „Confirmând atașamentul lor la principiile libertății, democrației și respectării drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și ale statului de drept”.
- <sup>5</sup> Art. 6 în Tratatul asupra Uniunii Europene, versiunea consolidată (1997).
- <sup>6</sup> Art. F1 TUE (art. 7 TUE, varianta consolidată, 1997).
- <sup>7</sup> 3-4 iunie 1999.
- <sup>8</sup> 15-16 octombrie 1999.
- <sup>9</sup> 13-14 octombrie 2000.
- <sup>10</sup> 7-9 decembrie 2000.
- <sup>11</sup> Potrivit Declarației menționate.
- <sup>12</sup> Vassilios Skouris (președintele Curții de Justiție de la Luxemburg), cu prilejul cursului prezentat studenților anului IV, la Facultatea de Drept a Universității din București, noiembrie 2004.
- <sup>13</sup> Art. 4.
- <sup>14</sup> Art. 5.
- <sup>15</sup> Art. 3.
- <sup>16</sup> Art. 8.
- <sup>17</sup> Art. 8 alin. (2).
- <sup>18</sup> Art. 9.
- <sup>19</sup> Art. 10.
- <sup>20</sup> Art. 10 alin. (2).
- <sup>21</sup> Art. 11 alin. (1).
- <sup>22</sup> Art. 12.
- <sup>23</sup> Art. 12 alin. (1).
- <sup>24</sup> Art. 13.
- <sup>25</sup> Art. 14.
- <sup>26</sup> Art. 14 alin. (3).
- <sup>27</sup> Art. 15 alin. (2).
- <sup>28</sup> Art. 17 alin. (1) – Dreptul de proprietate.
- <sup>29</sup> Art. 20.
- <sup>30</sup> Art. 21 alin. (1).
- <sup>31</sup> Art. 22.
- <sup>32</sup> Art. 23 par. 2.
- <sup>33</sup> Art. 25.
- <sup>34</sup> Art. 26.
- <sup>35</sup> Art. 28.
- <sup>36</sup> Art. 29.
- <sup>37</sup> Art. 30.
- <sup>38</sup> Art. 33.
- <sup>39</sup> Art. 34.
- <sup>40</sup> Art. 39 alin. (3).
- <sup>41</sup> Art. 35.
- <sup>42</sup> Art. 39 – 46.
- <sup>43</sup> Art. 47.
- <sup>44</sup> Art. 49.
- <sup>45</sup> Art. 49 alin. (1).
- <sup>46</sup> Art. 50.
- <sup>47</sup> Art. 52 alin. (3).

+

cyanmagentablack