



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ **Răspunderea
conform
art. 138**

pag. 4

■ **Noțiunea
de insolvență**

pag. 10

■ **Debitorul
persoană
fizică**

pag. 17

■ **Spațiul
Schengen**

pag. 27

Nr. 35, ianuarie-martie 2011

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 35, ianuarie - martie 2011

sumar

	pag.
□ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
FAPTE DE NATURĂ A ATRAGE RĂSPUNDEREA PENTRU	
SUPPORTAREA PASIVULUI DEBITORULUI PREVĂZUTE DE ART.138	4
□ RUBRICA MAGISTRATULUI	
NOȚIUNEA DE INSOLVENȚĂ – ASPECTE GENERALE (I)	10
□ RUBRICA ANALISTULUI	
DEBITORUL PERSOANĂ FIZICĂ ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI (I)	17
CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE ÎN NOUL COD CIVIL (II)	22
□ INTEGRARE EUROPEANĂ	
DIMENSIUNEA JURIDICĂ A SPAȚIULUI SCHENGEN	27

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

Secretariat general al UNPIR
Str. Vulturilor nr. 23, sector 3
București
Tel.: 021-316.24.84,
fax: 021-316.24.85
E-mail: office@unpir.ro

Cuvântul președintelui



În prima ședință din acest an a Consiliului național de conducere a fost stabilit programul de activitate pentru primul semestru. Dintre principalele acțiuni voi menționa convocarea Adunării reprezentanților permanenți în 15 aprilie 2011, la București în noul sediu UNPIR; organizarea unui examen de acces în profesie în ziua de 7 mai 2011, într-unul din amfiteatrele Facultății de Drept din București, precum și pregătirea și desfășurarea celui de al XIII-lea Congres al Uniunii prevăzut să aibă loc în 28 mai 2011 la Poiana Brașov.

În cursul primului trimestru al anului 2011 se va realiza, în sfârșit, un vechi deziderat al Uniunii, acela de a avea un sediu propriu. Am reușit împreună cu filiala noastră din București și cu Institutul național de pregătire și perfecționare a avocaților să finalizăm construirea unei clădiri (P + 4) în strada Vulturilor nr.23, situată într-o zonă

centrală a Bucureștiului, cuprinsă între Bulevardul Unirii și Calea Călărașilor în apropierea Primăriei sectorului 3 din strada Parfumului, la 5 minute de Tribunalul București.

Vă mai informez că, având în vedere că internetul a devenit un instrument de lucru indispensabil profesiei noastre, fiind utilizat permanent de practicienii în insolvență, Consiliul național de conducere a aprobat propunerea ca din acest trimestru publicația noastră "PHOENIX - revista de insolvență" să ajungă la dumneavoastră numai în format electronic, folosind site-ul <http://www.unpir.ro> Editarea în formatul de până acum se va face într-un tiraj redus, fiind destinat instituțiilor, instanțelor, organizațiilor profesionale, băncilor, etc.

Av.Arin Octav Stănescu
Președinte UNPIR

FAPTE DE NATURĂ A ATRAGE RĂSPUNDEREA PENTRU SUPORTAREA PASIVULUI DEBITORULUI PREVĂZUTE DE ART.138 DIN LEGEA NR.85/2006



Ec. Viorica MUNTEANU

Vicepreședintă a Consiliului național de conducere
Președinta filialei Brașov a UNPIR

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

Una dintre măsurile necesare pentru maximizarea averii debitorului (creșterea quantumului activelor) și, în același timp, de acoperire a pasivului debitorului, constă în tragerea la răspundere a tuturor persoanelor care se fac vinovate pentru ajungerea debitorului în stare de insolvență. Această măsură aduce rezultate benefice pentru creditorii care compun masa credală, întrucât, prin punerea în executare a sentinței obținute în procedura prevăzută de **art. 138**, se sporesc șansele de recuperare și gradul de acoperire al creanțelor pe care le dețin împotriva debitorului, atât prin deplasarea executării silite asupra patrimoniului persoanelor care au cauzat insolvența debitorului, cât și prin posibilitatea de recuperare a creanțelor, după închiderea procedurii insolvenței și dispariția debitorului ca subiect de drept.

Conform art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului, prin una din următoarele fapte:

- au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane;
- au făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice;
- au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți;

d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea;

e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia;

f) au folosit mijloace ruinoase pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți;

g) în luna precedentă încetării plăților, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori.

Pentru angajarea răspunderii potrivit prevederilor art.138 alin.1 din legea 85/2006 în sarcina membrilor organelor de conducere trebuie îndeplinite cumulativ și următoarele condiții generale:

- existența unui prejudiciu;
- o faptă ilicită a unei persoane;
- existența raportului de cauzalitate între fapta ilicită a persoanei și prejudiciu (care pentru admisibilitatea art. 138 se traduce prin *ajungerea în insolvență a societății*).
- fapta ilicită să fi fost comisă cu una din formele de vinovăție.

Pe lângă condițiile generale, art. 138 prevede și condiții speciale pentru angajarea acestei forme de răspundere: calitatea procesuală pasivă în acțiunea de atragere a răspunderii aparține atât membrilor organelor de supraveghere sau de conducere ale unui debitor, persoana juridică, cât și oricărei alte persoane care a cauzat starea de insolvență a debitorului prin faptele expres prevăzute.

Așa cum s-a reținut în doctrină (Gh. Piperea, Procedura insolvenței ca proces civil, p. 421), *Uneori, în practică, aplicabilitatea textului art. 138 este redusă, în mod eronat, la cazurile în care organele de conducere respective se aflau în funcție la data deschiderii procedurii, soluție care restrânge nejustificat incidența textului legal. Legea nu distinge între membrii în funcție ai persoanei juridice debitoare și cei anteriori. În realitate, evenimentul care poate determina existența acestui tip de răspundere este apariția stării de*

insolventă. În funcție de acest moment, se va putea soluționa și problema prescripției acțiunii în răspundere.

Așadar, contează nu faptul că pârâțul era în funcție la data cererii de antrenare a răspunderii, ci dacă era în funcție la momentul în care a apărut starea de insolvență, răspunderea fiind mai ușoară sau mai grea după cum pârâțul a cerut sau nu voluntar deschiderea procedurii în termenul legal de 30 de zile de la apariția stării de insolvență.

Este, însă, posibil ca vinovate de faptele prevăzute de art. 138 din Legea insolvenței să fie mai multe persoane care au exercitat concomitent funcții de conducere sau chiar mai multe organe ce s-au succedat la conducere. În acest caz, suntem în prezența unei coparticipări procesuale între pârâți. Fixarea răspunderii se va face, în acest caz, în funcție de solidaritatea sau caracterul conjunct al răspunderii, de întrunirea sau nu în persoana fiecărui pârât, luat în mod individual, a elementelor răspunderii prevăzute de art. 138, de succesiunea acestor organe la conducere etc.

Formularea unei cereri prin invocarea numai a unor aspecte teoretice privind angajarea răspunderii în condițiile art. 138 din Legea 85/2006, fără să se arate în concret care sunt faptele care se încadrează în aceste dispoziții, dovada susținerilor și legătura de cauzalitate dintre aceste fapte și starea de insolvență a debitoarei, face ca aceasta să fie respinsă de instanță, cu consecința obligării practicianului/creditorului la suportarea de cheltuieli de judecată.

Săvârșirea unei fapte ilicite dintre cele prevăzute limitativ de lege și existența unui prejudiciu sunt două dintre condițiile necesare, dar nu suficiente pentru a putea fi antrenată răspunderea unei persoane în temeiul art.138.

Raportul causal trebuie să existe între vreuna dintre faptele prevăzute de art. 138 alin. 1 din Legea 85/2006 și starea de insolvență a debitorului, în sensul că prin săvârșirea unei asemenea fapte debitorul a ajuns în imposibilitatea de a acoperi datoriile exigibile.

Starea de insolvență poate fi cauzată prin săvârșirea de către organele de conducere a societății a uneia dintre următoarele fapte:

a) Folosirea bunurilor sau creditelor persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane;

Exemplificăm:

- Plata prin virament din contul persoanei juridice în contul conducătorului fără a exista o datorie a plătitorului către conducător; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperit și ar putea fi egală cu suma virată;

- Transferul de fonduri din contul persoanei juridice în contul personal al conducătorului; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma transferată.

- Retrageri de numerar fără justificare din contul societății pentru finanțarea contului conducătorului societății;

- Dobândirea în mod repetat, în contul societății, a unor acțiuni ale unei alte societăți, sau bunuri, la un preț vădit superior valorii lor efective, sau vânzarea unor acțiuni sau bunuri aparținând societății la un preț vădit inferior valorii lor, în scopul obținerii unui câștig personal, sau în favoarea unei alte persoane, în același timp în dauna societății; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu

diferența între prețul de piață și cel exprimat în contractul prin care au fost vândute sau cumpărate acțiunile sau bunurile;

- Acordarea de avansuri sau împrumuturi asupra acțiunilor societății unui acționar pe seama dividendelor pe care le preconizează că se vor realiza și acorda - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu valoarea împrumuturilor acordate;

- Predarea unui cec al societății către o terță persoană pentru acoperirea unei datorii personale a conducătorului societății; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma acoperită;

- Avalizarea, în numele persoanei juridice pe care o reprezintă, a unui bilet la ordin emis de o altă persoană fizică sau juridică, în beneficiul unui creditor;

- Preluări de numerar din casieria societății pentru acoperirea unor cheltuieli personale - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma ridicată;

- Plata de către persoana juridică a unor cheltuieli de transport, de călătorie sau de sejur, fără legătură cu activitatea acesteia; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu contravaloarea sumelor plătite;

- Finanțarea de către persoana juridică a unor lucrări de construcții la imobilul proprietatea personală a conducătorului; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma finanțată;

- Plata din fondurile persoanei juridice a unor onorarii de avocat și de expert într-un proces în care era inculpat conducătorul; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma achitată;

- Achitarea unor amenzi pentru încălcarea codului rutier de către conducător din fondurile persoanei juridice - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma achitată; etc.

- Vânzarea în pierdere către o societate în care conducătorul avea interese - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperit ar putea fi egală cu pierderea realizată;

- Avansuri bănești către o societate în care este interesat conducătorul;

- Remunerații plătite de persoana juridică către soția conducătorului;

- Folosirea bunurilor societății în profitul altei persoane prin încheierea unui contract de asociere în participație sau a unor contracte de închiriere nejustificate pentru activitatea debitorului. Prin încheierea contractului de asociere în participație s-a realizat folosirea bunurilor debitorului în interesul altei persoane. Predarea bunurilor către celălalt contractant a avut ca efect devalizarea patrimoniului debitorului în favoarea celeilalte societăți la care administratorul debitorului este director general. Astfel, bunurile au fost utilizate în interesul celeilalte societăți și transmiterea lor a fost în măsură să contribuie la ajungerea debitorului în stare de insolvență.;

- Nepredarea listei bunurilor din avera debitorului a fost considerată ca generatoare a prezumției de utilizare a bunurilor societății în interes personal de către persoanele responsabile și a fost încadrată tot în dispozițiile art. 138 lit. a)

- Înscrierea unei ipoteci în interes personal sau al altei persoane asupra unui imobil al societății;

- Garantarea cu bunurile societății a unor datorii personale;

- Plata facturilor reprezentând cheltuieli personale cu cardul bancar de credit al persoanei juridice;
- Încasarea în cont personal a unor cecuri emise în beneficiul persoanei juridice;
- Plata de către persoana juridică a unor chirii excesive către o societate având ca principali asociați conducătorii etc.
- Însușirea în interes personal a creditului bancar acordat societății;
- Nedecontarea avansurilor ridicate din casieria societății;
- Operațiuni fictive, constând în încasarea de la parteneri a unor avansuri pentru lucrări fictive;
- Utilizarea în scopuri personale a creditelor persoanei juridice expune societatea riscurilor de pierderi, dar, totodată, generează asemenea riscuri și în dauna creditorilor persoanei juridice;
- Astfel, cautiunea acordată în favoarea altei persoane de conducătorul persoanei juridice în numele acesteia, poate atrage obligația plății unor sume importante, putând antrena chiar starea de insolvență. A face uz de acest credit înseamnă a angaja semnătura socială, a expune persoana juridică la obligații de plată imprevizibile și în general, a expune societatea unor riscuri cu care în mod firesc nu ar trebui să se confrunte;
- De cele mai multe ori, folosirea abuzivă a creditului persoanei juridice este efectuată de cel care deține concomitent funcția de conducător și calitatea de asociat majoritar. O astfel de persoană are o tendință naturală de a confunda patrimoniul societății cu propriul său patrimoniu.

Concluzionând :

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

b) Au făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice;

Exemplificăm:

- Îndeplinirea hotărârii Adunării Generale referitoare la reducerea capitalului social, atunci când reducerea este motivată de pierderi, fără ca asociații să fi fost executați pentru efectuarea vărsământului datorat, chiar și în contextul în care resursele financiare nu permit:
 - a) scutirea totală sau parțială a asociaților de vărsămintele datorate;
 - b) restituirea către acționari a unei cote-părți din aporturi, proporțională cu reducerea capitalului social.

În acest caz scopul reducerii capitalului social nu este „curățarea ce pierderi” a patrimoniului pentru a se încerca o relansare.

c) Au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică, la încetarea de plăți.

Exemplificăm:

- Disponerea continuării activității societății chiar și atunci când era clară situația incapacității de plată a acesteia, determinând, pe această cale, majorarea creanțelor existente deja;
- Încheierea unui contract cu unul dintre membrii organelor de conducere sau cu o rudă apropiată a acesteia, ori cu o societate controlată de una dintre aceste persoane, în care prestația acesteia din urmă este vădit disproporționată față de prestațiile societății la care persoana responsabilă este membru al organelor de conducere;
- Continuarea încasării drepturilor bănești și a însușirii avansurilor de către conducător sau membri de familie ai acestuia angajați ai societății.

d) Au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea;

Exemplificăm:

- Contabilitatea societății nu s-a ținut în conformitate cu legea, întrucât, fie nu s-au înregistrat documentele contabile financiare întocmite, fie înregistrările sunt incomplete sau în contradicție;
- Nu sunt înregistrate în contabilitate toate documentele financiar-contabile;
- Contul analitic la clienți nu corespunde cu soldul din balanța contabilă sintetică ;
- Nu a justificat sumele evidențiate în conturile clienți neîncasați, debitori de încasat, casa și avansuri de trezorerie, fapte care au condus la intrarea debitoarei în încetare de plăți;
- Existența unor sume de bani încasate și necontabilizate de la diverși clienți;
- Preluarea incorectă a soldurilor din balanța contabilă de verificare de la sfârșitul anului în balanța contabilă din anul următor, astfel:
 - Soldul stocurilor de la începutul anului nu este egal cu cel de la sfârșitul anului, “dispărând”, printr-o astfel de “inginerie”, o parte din activele de natura stocurilor; valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu valoarea stocurilor dispărute.
 - Înregistrarea eronată în contul de imobilizări prin ascunderea acestora în alte conturi, pentru a nu se putea verifica modul de procurare a acestora (de la cine și cu ce pret) valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu diferența dintre prețul pieței și prețul cu care au fost achiziționate.
- Neînregistrarea cheluielilor cu amortizarea, pentru ca astfel să se finalizeze rezultatul cu profit, putându-se ridica astfel dividende necuvenite - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu valoarea dividendelor încasate în fraudarea creditorilor;
- Înregistrarea “eronată” a cheltuielilor cu combustibilul autoturismelor proprietate personală, prin ascunderea în alte conturi decât cele specifice;
- Lipsa evidenței contabile indică o administrare frauduloasă și constituie o premisă pentru aplicarea textului. Chiar dacă nu ar fi prezentă intenția de fraudă, neținerea evidenței contabile îl privează pe debitor de un instrument de neînlocuit pentru prevederea ajungerii în situația insolvenței.
- Nepredarea documentelor contabile naște prezumția existenței unei contabilități fictive sau neconforme cu legea,

deoarece neținerea evidenței contabile conduce în mod inevitabil la:

- Necunoașterea modului de administrare a patrimoniului, a bunurilor existente în acest patrimoniu și a operațiunilor efectuate de persoanele responsabile, cu bunurile societății și cu fondurile acesteia.

Exemplificăm :

- Încasarea de sume, reprezentând costul serviciilor prestate de către conducător, și neevidențierea în contabilitate a acestora - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu suma încasată de către conducător ;

- Imposibilitatea de a justifica activele evidențiate în bilanț și sumele evidențiate în diverse conturi constituie fapta de neținere a contabilității în conformitate cu legea;

- Nedepunerea bilanțurilor și balanțelor la organele financiare și a actelor prevăzute de art. 28 din lege la dispoziția administratorului judiciar prezumă neținerea contabilității, în înțelesul art.138 lit.d din Legea nr.85/2006. În măsura în care aceste fapte au condus societatea în stare de încetare de plăți, poate fi antrenată răspunderea subiecților prevăzuți de art. 138 al. 1 pentru pasivul societății în insolvență.

- În cazul încălcării obligației de a ține evidența contabilă în conformitate cu legea există o prezumție de culpă, pentru a ascunde deturnarea activelor evidențiate în bilanțul depus la finele anului.

- Se poate concluziona că faptele săvârșite de administrator atât prin omisiune, cât și cu intenție, se circumscriu faptelor prevăzute de art. 138 alin. 1 lit. d) din lege, iar în condițiile în care contabilitatea societății nu a fost ținută în conformitate cu legea, nu au fost întocmite registrele obligatorii cerute de lege: registrul jurnal, registrul inventar și registrul cartea mare, așa cum impune, în mod imperativ, legislația fiscală, este evident că se impune atragerea răspunderii patrimoniale a administratorului;

- Oricum, în ceea ce privește obligațiile pârâtului de a ține registrele cerute de lege, condiția impusă de legiuitor este ca neîndeplinirea acesteia, adică neținerea unei contabilități în conformitate cu legea, să fi contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență.

- Așadar, simplul fapt ca pârâtul nu a ținut contabilitatea potrivit legii române nu este de natura să ducă la angajarea răspunderii sale, în lipsa dovedirii raportului de cauzalitate între această faptă și ajungerea societății în stare de insolvență.

- Raportul causal trebuie să existe cel puțin între una dintre faptele prevăzute de art. 138 alin. 1 din Legea 85/2006 și starea de insolvență a debitorului, în sensul că prin săvârșirea unei asemenea fapte debitorul a ajuns în imposibilitatea de a acoperi datoriile exigibile.

- Înregistrarea corectă în contabilitate a operațiunilor efectuate (ținere a contabilității) reprezintă pentru creditori o garanție că operațiunile au fost legale, că ele pot fi verificate și că își vor putea recupera creanțele din bunurile înregistrate în contabilitate.

Concluzii:

Nefăcându-se dovada că prejudiciul cauzat creditorilor a fost determinat de faptul că societatea debitoare nu a ținut contabilitatea la zi, raportul de cauzalitate între fapta ilicită a administratorilor și prejudiciul produs, este inexistent.

În Dosarul X de pe rolul Tribunalului Hunedoara, în baza raportului prevăzut de art.59 creditoarea DGFP a formulat acțiune împotriva fostului administrator întemeiată pe dispozițiile art.138 lit. d din Legea nr.85/2006, cu privire la fapta de neținere a contabilității în conformitate cu legea.

Judecătorul-sindic a respins cererea de antrenare a răspunderii formulată de creditoare împotriva pârâtului M.A. cu obligarea acesteia la plata sumei de 2.500 lei cheltuieli de judecată.

Pentru a reține fapta prevăzută de art. 138 lit.d din Legea nr. 85/2006 - *neținerea contabilității în conformitate cu legea* - se impune ca aceasta să fi fost săvârșită cu intenția de a eluda obligațiile fiscale.

Judecătorul-sindic a apreciat că nu s-a dovedit că pârâtul a ținut o contabilitate fictivă sau că a făcut să dispară actele contabile ale debitoarei; nu s-a dovedit de către pârâtă fapta delictuală care să conducă nemijlocit la prejudicierea averii debitoarei.

Respingând cererea creditorului, Curtea și-a motivat hotărârea pe faptul că acesta s-a limitat la a invoca, în susținerea cererii sale, prezumția vinovăției pârâtului întemeiată pe nepredarea actelor.

Chiar în această situație, prezumția este *relativă* și generală și trebuie completată cu probe administrate nemijlocit în instanță care să dovedească raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu, cu atât mai mult cu cât pârâtul prin întâmpinare a susținut ca nu s-a dovedit de către lichidator săvârșirea faptei delictuale care să conducă la prejudicierea averii debitoarei.

Împotriva acestei sentințe a declarat *recurs* creditoarea AVAS București, solicitând modificarea în parte a sentinței recurate, în sensul admiterii cererii de atragere a răspunderii patrimoniale a fostelor organe de conducere ale debitoarei. În dezvoltarea motivelor de recurs AVAS a susținut că simplul fapt al neținerii contabilității, de către administratorul debitoarei, conform legilor contabile, atrage răspunderea acestuia, *deoarece nu există posibilitatea de a analiza activul patrimonial, modul în care a fost gestionat, modul în care au fost respectate dispozițiile legale privind inventarierea bunurilor sau dacă s-au efectuat unele transferuri patrimoniale și în ce condiții.*

Creditoarea recurentă a mai susținut că prejudiciul produs constă în însăși creanța cedată de CAS Hunedoara către AVAS, având caracter cert și nefiind recuperată.

Instanța de recurs a reținut că nu poate fi primită critica recurentei privitoare la *faptul că simplul fapt al neținerii contabilității atrage automat angajarea răspunderii administratorului falitei, o atare soluție făcând abstracție de dispozițiile din capitolul IV al Legii nr.85/2006 (art.138 – 142) care instituie o răspundere subiectivă limitată la fapte și persoane anume determinate, în condiții expres prevăzute în textul legii.*

Curtea nu și-a putut însuși nici susținerea recurentei că faptele imputate pârâtului pot fi săvârșite cu intenție sau din culpă, cu privire la fiecare dintre faptele prevăzute de art. 138 necesitatea formei de vinovăție a intenției, respectiv a unei intenții de fraudare a legii, fiind evidentă.

Astfel, cu privire la fapta de *neținere a contabilității în conformitate cu legea* imputată pârâtului în contextul articolului 138 lit. d din Legea nr. 85/2006, în legătură cu neregulile contabile semnalate, se impune constatarea că

acestea trebuia sa fi fost provocate, deci savârșite cu intenția de a eluda obligațiile fiscale prin înscrieri necorespunzătoare în evidența contabilă, ceea ce în cauză nu s-a dovedit.

Raportat la aceste considerente, curtea de apel constată că sentința atacată este legală și temeinică, la adăpost de criticile formulate de creditoare, în baza art.312 Cod procedură civilă, respingând recursul declarat de AVAS București.

e) Deturnarea sau ascunderea unei părți din activul persoanei juridice ori mărirea în mod fictiv a pasivului acesteia

Această faptă este calificată și ca infracțiune - bancrută frauduloasă prin dispozițiile art. 144 lit. a), b) din Legea 85/2006. Este evident că pasivul fictiv nu este de natură să determine obligarea la acoperirea lui, aceste datorii neavând creditori care să le reclame.

Pasivul fictiv ar putea fi provocat cu intenția de a deturna o parte din activ spre creditori fictivi, de conivență cu persoanele răspunzătoare. Aceste fapte pot fi calificate ca acte frauduloase în dauna creditorilor și vor putea fi anulate prin aplicarea dispozițiilor art. 79.

Ca urmare a anulării acestor acte ale debitorului, vor fi omise din tabelul creanțelor acele datorii fictive și vor crește șansele creditorilor pentru a-și încasa ceea ce le datorează debitorul. Așadar nu se pune problema ca anularea datoriilor fictive să fie însoțită de recuperarea creanțelor fictive deoarece acele creanțe reprezintă datorii ale debitorului neplătite.

În legătura cu corelația dintre art. 138 alin. (1) lit. e) și art. 79, 80 și 85, în doctrină s-a învederat că atunci când se impută conducătorului fapta prevăzută la lit. e) din art. 138 alin. (1) este prezumată ca fiind săvârșită cu intenția de a fraudă creditorii, prezumția fiind simplă și bazată pe supozitia că prin actele încheiate în perioada suspectă se urmărește diminuarea gajului general al creditorilor.

Prezumția simplă poate opera numai dacă ceea ce se impută conducătorului este efectul ajungerii debitorului în insolvență. Dacă acțiunea bazată pe art. 79, 80 a fost admisă, hotărârea instanței generează prezumția vinovăției celui care ulterior va fi chemat în judecată în temeiul art. 138. Această prezumție funcționează și în situația în care nu s-a exercitat acțiunea în anulare prevăzută de art. 79 și art. 80.

Concluzionând :

- în situația în care fapta constă în deturnarea sau ascunderea unei părți din activul societății, valoarea prejudiciului care ar trebui să fie reparat de către persoanele declarate răspunzătoare ar putea fi egală cu valoarea fondurilor deturnate sau ascunse, la care s-ar adăuga valoarea dobâzilor și penalităților, la plata cărora societatea a fost obligată ca urmare a faptelor ilicite săvârșite.

- Dacă fapta ilicită constă în mărirea fictivă a pasivului, valoarea prejudiciului de reparat ar putea fi egală cu valoarea cu care a fost majorat în mod fictiv pasivul debitorului.

f) Folosirea de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți

Fapta se săvârșește, în mod uzual prin :

- Contractarea de credite cu dobânzi peste nivelul pieței pentru plata altor datorii față de finanțatorii ale căror creanțe sunt exigibile.

- Prejudiciul în acest caz îl reprezintă întregul efort financiar exagerat deoarece el nu a avut altă menire decât amânarea instalării insolvenței care era inevitabilă și previzibilă, și nu numai a diferenței între dobânzile normale și cele ruinătoare.

- Valoarea unor active la prețuri derizorii pentru unicul scop de a procura mijloace necesare continuării activității și amânării în acest mod a intrării în stare de insolvență - valoarea prejudiciului care ar trebui să fie reparat ar trebui să fie reprezentată de diferența dintre prețul de piață și cel de vânzare a mărfurilor sau a activelor.

Jurisprudența a refuzat să încadreze în dispozițiile art. 138 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 85/2006 fapta de a încheia contracte de credit neperformante.

g) În luna precedentă încetării plăților, s-au plătit sau s-a dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori.

În asemenea situații debitorul se sprijină pe aceste plăți pentru a argumenta că nu a încetat plățile.

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

Concluzii

Independent de cuantumul pasivului, răspunderea fiecăruia se va limita la prejudiciul cauzat cu vinovăție prin fapta proprie sau fapta comună, vinovăție ce trebuie, mai întâi de toate, dovedită că există, iar în subsidiar, că îmbracă forma intenței.

Enumerarea faptelor care atrag răspunderea pentru pasivul debitorului persoană juridică este una limitativă, nefiind deci susceptibilă de extindere.

Soluțiile jurisprudenței au fost de respingere a cererilor de aplicare a dispozițiilor art. 138 alin. (1) în situațiile în care au fost invocate următoarele fapte :

- Managementul defectuos;
- Neplata obligațiilor fiscale;
- Nedepunerea diligențelor pentru îndeplinirea obligațiilor mandatului de administrare;
- Neînregistrarea în contabilitate a unor datorii față de bugetul de stat;
- Preluarea unor datorii ca urmare a divizării, specificul activității societății, eliminarea subvențiilor de la stat;
- Insuficiența fondurilor necesare realizării investițiilor, imposibilitatea rambursării creditelor contractate;
- Impunerea de către partenerul contractual a unor tarife inferioare costurilor de producție care a condus la pierderi fără posibilitate de acoperire;
- Activitate desfășurată sporadic, în funcție de cerințele pieței concurențiale corelate cu lipsa unui capital propriu suficient;

În același sens, instanțele de judecată au respins cererile în situațiile în care s-a dovedit că insolvența a avut alte cauze, cum ar fi:

- Neșansa de a desfășura o activitate profitabilă; conjunctura unei activități nefavorabile; riscul comercial;

- Intreruperea temporară a activității de producție din motive neimputabile;
- Nerecuperarea propriilor creanțe;
- Neplata datoriilor curente;
- Neîncasarea valorii mărfurilor exportate;
- Diminuarea cererii pieței și scăderea prețurilor
- Riscul inerent desfășurării oricărei activități comerciale;

În toate situațiile este obligatorie constatarea raportului de cauzalitate între fapta reținută în sarcina conducătorilor și ajungerea debitorului în stare de insolvență.

În loc de concluzii:

Ca o cerere de acțiune a răspunderii membrilor organelor de conducere să fie admisibilă trebuie ca obligațiile societății față de creditori să nu poată fi plătite integral din averea debitorului.

Răspunderea fiecăruia se va limita strict la prejudiciul cauzat prin fapta proprie sau comună, fiind necesară existența unui raport de cauzalitate între fapta personală a conducătorului și prejudiciul suferit de averea debitorului și de creditor.

Prescripția acțiunii de atragere a răspunderii

Prescripția acțiunii în răspundere este o cauză de exonerare de răspundere a subiecților responsabili conform art. 138 al. 1.

Condițiile speciale ale prescripției acțiunii prevăzute de art. 138 din legea 85/2006 sunt reglementate prin dispozițiile art. 139 din legea 85/2006.

Termenul de prescripție pentru introducerea acțiunii este cel general de 3 ani, însă nu mai mult de 2 ani de la deschiderea procedurii insolvenței, însă momentul la care începe să curgă termenul de prescripție privește data de la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență.

Din interpretarea dispozițiilor art. 139 rezultă că problema prescripției acțiunii de atragere a răspunderii se soluționează în funcție de momentul apariției stării de insolvență, raportat la care se stabilesc și persoanele care au cauzat starea de insolvență.

De principiu, persoanele eventual vinovate de aducerea debitorului în stare de insolvență sunt identificate în raportul „cauzal” al administratorului judiciar sau al lichidatorului. Contează nu atât faptul că pârâțul era în funcție sau uzurpa o funcție la data cererii de antrenare a răspunderii, cât mai ales faptul că era în funcție sau uzurpa o funcție la momentul în care a apărut starea de insolvență, răspunderea fiind mai ușoară sau mai gravă după cum pârâțul a cerut sau nu voluntar deschiderea procedurii în termenul legal de 30 de zile de la apariția stării de insolvență.

În condițiile dreptului comun, prescripția începe să curgă, în general, de la data la care s-a născut dreptul la acțiune. Dreptul la acțiunea în răspundere reglementată de art. 138 din Legea insolvenței, se naște în momentul în care titularii acțiunii în răspundere au știut sau trebuiau să știe atât faptul că

există un prejudiciu, cât și faptul că există unul sau mai mulți autori ai prejudiciului, dar în niciun caz mai devreme de deschiderea procedurii, întrucât legitimarea procesuală activă este și ea supusă condițiilor speciale ale art. 138.

În cazul analizat, dacă raportul privind cauzele identifică inovații și se cunoaște deja prejudiciul, atunci prescripția poate să înceapă să curgă. Dacă însă raportul nu identifică deloc sau nu identifică în mod clar persoanele vinovate, atunci prescripția începe să curgă de la data la care trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență (art. 139 din Legea insolvenței). Întrucât răspunderea incumbă doar unei categorii limitate de persoane, înseamnă că identificarea acestora face să se nască dreptul la acțiunea în răspundere.

Cum prejudiciul constă în insuficiența activului, iar această stare de insuficiență necesită cunoașterea atât a elementelor de activ, ci și a totalului pasivului, înseamnă că prejudiciul este sau trebuie să fie cunoscut la momentul la care, în mod cumulat, a fost efectuat inventarul bunurilor debitorului ori s-a constatat că nu există active urmăribile, deci se cunoaște „activul” și „pasivul”.

În orice caz, acțiunea poate fi introdusă doar până la data închiderii procedurii dacă termenul de prescripție nu se va fi împlinit încă. Dacă s-a închis procedura, acțiunea în răspundere nu mai poate fi formulată, urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

Consider extrem de importantă introducerea celor două noi alineate, alin. (5) și (6), la art. 138 prin Legea nr.169/2010.

“(5) Cererea introdusă în temeiul alin. (1) sau, după caz, alin. (3) se va judeca separat, formându-se un dosar care va purta același număr cu dosarul de fond și căruia i se va adăuga cuvântul «bis»”

Scopul avut în vedere de legiuitor la introducerea celor două articole nu a fost altul decât acela de a se putea închide procedura, chiar dacă acțiunea nu a fost soluționată. Acțiunea fiind obiectul unui alt dosar, nu se justifică tergiversarea închiderii procedurii până la soluționarea cererii de antrenare a răspunderii, practicianul nefiind descărcat de atribuții în noul dosar până la soluționarea acțiunii.

În cazul în care cererea a fost formulată de către administratorul judiciar/lichidator, atunci se face aplicabilitatea alin.(6)

“(6) în cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de respingere a acțiunii introduse în temeiul alin. (1) sau, după caz, alin. (3), administratorul judiciar/lichidatorul care nu intenționează să formuleze recurs împotriva acesteia va notifica creditorii asupra intenției sale. În cazul în care adunarea generală sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea recursului, administratorul judiciar trebuie să formuleze calea de atac, potrivit legii.”

NOȚIUNEA DE INSOLVENȚĂ

Aspecte generale

(Partea I)



Judecător Marcela Comșa

Curtea de Apel Brașov

Din Antichitate și până în vremurile noastre comerțul a reprezentat neîndoiește un reper semnificativ pentru evoluția social-economică a unei țări, el căpătând o importanță deosebită în contextul actual.

Comerțul este definit ca o activitate al cărei scop este schimbul și circulația mărfurilor de la producători la consumatori. Aceasta este accepțiunea economică a noțiunii de comerț. În sens juridic aceasta are un conținut mai larg, ea vizează activitatea comercială respectiv producerea, circulația, distribuția mărfurilor, dar și executarea de lucrări și prestarea de servicii. Actele de comerț sau mai larg faptele de comerț sunt realizate în scopul obținerii de profit. Întreprinderea¹ este un complex de acte, fapte sau operațiuni comerciale, organizate de întreprinzător în vederea atingerii acestui scop, pe risc economic propriu. Întreprinderea este o activitate organizată pentru realizarea de bunuri și servicii, este o afacere care presupune un risc.

În lumea contemporană unul dintre cele mai importante fenomene în domeniu este trecerea majorității statelor la economia de piață, urmată mai departe de globalizarea afacerilor². Mecanismele de piață singure nu sunt, însă, suficiente pentru o economie sănătoasă pe termen lung.

Civilizația actuală se îndreaptă în mod firesc spre conlucrare și integrare pe mai multe planuri și în special în plan economic, deoarece politicile imperialiste și agresive de cucerire nu mai pot ține pasul cu noile descoperiri în domeniile științei și tehnologiei, iar pacea și cooperarea între state sunt singurele ce pot aduce beneficii pe termen lung.

Mondializarea economiei și a comunicațiilor, accelerarea progresului științific și tehnologic și multiplicarea consecințelor economice și sociale ale acestor fenomene determină aplicarea măsurilor necesare pentru înlăturarea barierelor comerciale ce există la intrarea pe piețe. De altfel, dezvoltarea economiilor de piață este strâns corelată cu liberalizarea comerțului, iar aceasta din urmă este inevitabil însoțită de nevoia de întărire a securității juridice a raporturilor comerciale. Se impune deci și aplicarea măsurilor necesare pentru

înlăturarea obstacolelor ce se ridică în fața libertății comerțului, dar și pentru întărirea securității juridice a raporturilor comerciale.

Securitatea generală a comerțului depinde de solvabilitatea fiecărei întreprinderi comerciale. Incapacitatea comerciantului de a-și plăti la scadență obligațiile asumate poate conduce la consecințe economice și sociale importante.

Operațiunile comerciale depășesc în mod necesar frontierele naționale și în consecință, insolvența comercială generează efecte la nivel internațional care necesită rezolvări legale adecvate. Au fost identificate în practica judiciară mai multe aspecte de drept internațional privat în domeniul insolvenței: creditori străini, debitori străini, reprezentanțe în străinătate, acționari străini ai societăților comerciale și parteneri contractuali, de asemenea cu sediul / domiciliul pe teritoriul altui stat.

În ultima perioadă de timp datorită dezvoltării relațiilor comerciale între state, a intensificării comunicării, dar și a crizei economice auzim din ce în ce mai des despre insolvența diverșilor agenți economici. Dar *ce este insolvența?*

Dicționarul explicativ al limbii române (DEX) nu dă o definiție a cuvântului „*insolvență*”. Este explicat doar termenul de „*insolvabilitate*” din francezul „*insolvabilite*”, ca fiind „*situația în care se află un debitor ale cărui bunuri sunt de o valoare mai mică decât totalitatea obligațiilor care ar urma să fie satisfăcute cu acele bunuri*”.

A revenit, în consecință, doctrinei și jurisprudenței să definească această noțiune, concept care ulterior a fost preluat și de legiuitor.

În dicționarul on-line dedicat oamenilor de afaceri se arată că insolvența „*presupune inexistența fondurilor bănești pentru achitarea datoriilor comerciale și fiscale ale societății; stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile: insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori;*

insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței; debitorul nu se află însă în insolabilitate având la rândul său de încasat creanțe sau având în proprietate bunuri care pot acoperi datoriile neachitate.” Se dă și un exemplu când o persoană juridică poate avea un activ mai mare decât pasivul și, deci, nu suntem în prezența insolabilității, însă, întrucât nu dispune de bani în bancă pentru achitarea datoriilor sale, se consideră, că aceasta este în insolvență³.

Definiția citată preia în mare parte dispoziția legală existentă la momentul formulării ei și insistă pe latura economică a situației de insolvență. Explicația nu este însă completă creând falsă impresie că starea de insolvență apare doar în cazul unui debitor solvabil. Poate fi însă în insolvență și un debitor aflat în insolabilitate. Voi insista asupra acestor aspecte în secțiunea dedicată doctrinei și jurisprudenței.

În dreptul comerțului internațional, termenii de insolvență și faliment sunt considerați și utilizați ca fiind echivalenți și definesc, după caz, atât incapacitatea de plată a debitorului, cât și procedura colectivă desfășurată, sub control judiciar, care prin reorganizarea sau lichidarea averii debitorului urmărește acoperirea creanțelor creditorilor. În România se face distincție între insolvență și faliment. De asemenea, trebuie precizat că legislația în domeniul insolvenței din statele membre ale Uniunii Europene aplică criteriile diferite de deschidere a procedurii de insolvență. În Spania și Franța, de exemplu, se verifică capacitatea de plată a datoriilor pe măsură ce acestea devin scadente, deci se aplică „testul lichidității” ca și în țara noastră. În Italia se cer întrunite și alte trei condiții pe lângă lipsa lichidităților, iar în Polonia se verifică bilanțul contabil respectiv raportul dintre activ și pasiv pentru a se aprecia cu privire la deschiderea unei proceduri de insolvență.

1.1. Definiții în acte normative

Termenul de insolvență a fost consacrat legal în dreptul român începând cu Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată⁴ așa cum a fost modificată prin Ordonanța Guvernului nr. 38/2002⁵. Deci doar din 2002 se utilizează într-un act normativ cuvântul „insolvență” și se dă o definiție acestei stări.

Potrivit art. 1 alin. (2) din actul normativ menționat „*Prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului, caracterizată prin incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile.*”

În doctrină și jurisprudență termenul de insolvență era folosit și anterior consacrării lui legale. Noțiunea se menține și în Legea nr. 85/2006⁶ privind procedura insolvenței care a abrogat Legea nr. 64/1995. Legiuitorul a utilizat acest termen chiar în titlul legii.

Conform art. 3 din Legea nr. 85/2006 așa cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009⁷ „insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile”

În dreptul român, potrivit legii menționate insolvența era prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori și este iminentă atunci când se dovedește că

debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței. Cuantumul minim al creanței, pentru a putea fi introdusă cererea creditorului, în varianta inițială a legii, era de 30.000 lei, iar pentru salariați, de 6 salarii medii pe economie.

Aceste dispoziții ale legii au fost supuse de mai multe ori controlului de constituționalitate la sesizarea instanțelor judecătorești în fața cărora s-au ridicat excepții de neconstituționalitate. Curtea Constituțională a României s-a pronunțat asupra constituționalității acestor dispoziții, constatând netemeinicia criticilor formulate, prin Decizia nr. 1138 din 4 decembrie 2007⁸, respectiv Decizia nr. 1586 din 19 noiembrie 2009⁹ referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 3 pct. 1 și 6 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Cu acel prilej, Curtea a reținut că dispozițiile art. 3 pct. 1 lit. a) din Legea nr. 85/2006 instituie o prezumție de insolvență pentru comerciantul debitor care nu stinge o datorie exigibilă după 30 de zile de la scadență, însă instituirea acestei prezumții, cu consecința răsturnării probei în sarcina debitorului, este justificată de necesitatea asigurării celerității în desfășurarea procedurii insolvenței, principiu recunoscut pentru desfășurarea raporturilor de drept comercial, precum și de nevoia de a se evita obligația creditorului de a dovedi starea de insolvență, fapt ce ar fi imposibil în condițiile în care acesta nu are acces la documentele debitorului și la datele privind disponibilitățile bănești ale acestuia.

Totodată, Curtea a reținut că, potrivit art. 126 alin. (2) din Constituție, legiuitorul se bucură de atributul exclusiv de a stabili normele privind procedura de judecată, putând institui prevederi speciale în vederea reglementării unor situații deosebite. O astfel de situație o reprezintă și starea de insolvență, cauzată de culpa debitorului constând în neplata unei creanțe certe, lichide și exigibile, având un anumit cuantum, într-un termen de 30 de zile și care, sub imperiul celerității specifice soluționării raporturilor comerciale, a impus adoptarea unei proceduri speciale ce are drept scop protejarea patrimoniului debitorului și reîntregirea acestuia, în cazurile în care a fost diminuat prin acte juridice frauduloase, urmărind în același timp valorificarea cu eficiență sporită a activelor debitorului, în vederea satisfacerii într-o măsură cât mai mare a creanțelor creditorilor.

Acest mod de reglementare este în deplin acord cu principiul constituțional al egalității în drepturi, care, după cum s-a statuat în numeroase rânduri în jurisprudența Curții Constituționale, presupune instituirea unui tratament egal pentru situații care, în funcție de scopul urmărit, nu sunt diferite. De aceea, el nu exclude, ci, dimpotrivă, presupune soluții juridice diferite pentru situații diferite.

Soluția adoptată în deciziile menționate, ca și considerentele pe care aceasta se întemeiază și-au menținut valabilitatea, până în prezent jurisprudența Curții Constituționale în această materie rămânând neschimbată.

În cursul anului 2010, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a suferit noi modificări prin Ordonanța Guvernului nr. 1/2010¹⁰, Legea nr. 25/2010¹¹ și Legea nr. 169/2010¹². Definiția insolvenței nu a fost modificată deși a existat o propunere în acest sens.

S-a prevăzut că „*insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 90 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă*”

Modificarea vizează termenul de plată al datoriei care în contextul economic actual a fost majorat de la 30 zile la 90 zile. Se arată în mod expres și faptul că prezumția este relativă putând fi răsturnată de debitor care poate face dovada refuzului de plată justificat și a solvenței sale. De asemenea s-a majorat valoarea-prag, respectiv cuantumul minim al creanței, pentru a putea fi introdusă cererea creditorului. Acesta este de 45.000 lei, iar pentru salariați, de 6 salarii medii brute pe economie/pe salariat. Legea precizează și o altă condiție de depunere a cererii de declanșare a procedurii de insolvență, respectiv ca toți creditorii, inclusiv cei bugetari, să poată solicita deschiderea procedurii insolvenței doar în cazul în care, după compensarea datoriilor reciproce, de orice natură, suma datorată acestora va depăși suma arătată anterior. Anterior acestei modificări nu exista obligativitatea efectuării compensării datoriilor reciproce înainte de depunerea cererii de deschidere a procedurii de insolvență. În condițiile respective au fost constatate frecvente abuzuri mai ales din partea creditorilor bugetari.

În doctrină¹³ s-a propus o nouă definiție a stării de insolvență „insolvența este aceea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența activelor disponibile pentru plata datoriilor exigibile.” S-a arătat că astfel conceptul de insolvență, așa cum este definit de art. 1 din Legea nr. 85/2006, are un caracter antieconomic prin restrângerea la fondurile disponibile a termenului de comparație cu datoriile exigibile. Debitorul poate avea și alte mijloace pentru a depăși situația dificilă în care se află la un moment dat, iar declararea stării de insolvență motivată doar de inexistența în cont a unor sume de bani este în contradicție cu legitățile economice. Debitorul poate să nu aibă bani în contul curent bancar, dar poate să dispună în anumite condiții de numerarul din casierie, de o linie de credit deschisă la o bancă, de titluri executorii care reprezintă creanțele sale exigibile față de proprii debitori, de rezerve de credit.

Și în dreptul altor state¹⁴ cauza generală a deschiderii procedurii colective este insolvența, când debitorul nu este în situația de a-și onora obligațiile exigibile. Supraîndatorirea și lipsa lichidităților constituie temei de formulare a cererii de deschidere a procedurii în Germania. (Insolvenzordnung-Codul german al insolvenței).

În legislația franceză procedura colectivă este deschisă de regulă la cererea debitorului care trebuie să se adreseze tribunalului în cel mult 15 zile după încetarea plăților, în caz contrar fiind pasibil de aspre sancțiuni. Cadrul legal privind insolvența în Spania făcea, până nu de mult distincția între faliment și suspendarea plăților, în noua lege adoptată în 2003 se definește numai starea de insolvență ca fiind aceea situație în care un debitor nu mai poate îndeplini, în mod regulat, obligațiile comerciale. Atât Franța cât și Spania au adoptat ca și cauză de deschidere a procedurii lipsa lichidităților pentru plata datoriilor scadente.

Legislația italiană impune pe lângă lipsa lichidităților și întrunirea altor trei condiții pentru ca o persoană să fie declarată în faliment, respectiv: societatea a obținut un venit brut cu o valoare anuală ce nu depășește 200.000 euro în ultimii trei ani, capitalul investit în această societate nu a depășit 300.000 euro în cei trei ani anteriori cererii de deschidere a procedurii și valoarea totală a datoriilor acesteia nu a depășit 500.000 euro.

În Suedia¹⁵ este și mai dificilă deschiderea procedurii de insolvență pentru că pe lângă dovedirea existenței creanței și a stării de incapacitate de plată a debitorului se verifică și alte aspecte. Creditorul nu poate solicita declanșarea procedurii dacă deține o garanție sau există o grevare satisfăcătoare în favoarea sa echivalentă ca valoare cu proprietatea care aparține debitorului, un terț a prezentat o garanție satisfăcătoare pentru creanța creditorului și cererea de declanșare a procedurii de faliment contravine condițiilor de constituire a garanției sau creanța creditorului nu este scadentă și plătabilă și se oferă o garanție satisfăcătoare de către un terț.

Insolvența este o stare de dezechilibru financiar care poate să apară nu numai la persoane fizice sau juridice comercianți ci și la necomercianți sau persoane juridice de drept public.

Legea română nr. 85/2006 se aplică următoarelor categorii de debitori aflați în stare de insolvență sau de insolvență iminentă: societățile comerciale; societățile cooperative; organizațiile cooperatiste; societățile agricole; grupurile de interes economic; orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice precum și comercianți, persoane fizice, acționând individual și asociații familiale. Se prevede în mod expres că debitor în sensul acestei legi este persoana fizică sau persoana juridică de drept privat, care face parte din una dintre categoriile enumerate anterior și care este în stare de insolvență așa cum a fost ea definită de legiuitorul român.

Există comercianți care sunt supuși unor reguli speciale de autorizare și desfășurare a activității economice, cum ar fi societățile de asigurare, instituțiile de credit, cu privire la care există și o lege specială privind „tratamentul” stării de insolvență.

Legea nr. 503 din 17 noiembrie 2004 privind redresarea financiară și falimentul societăților de asigurare¹⁶ definește la art. 3 lit. j) starea de insolvabilitate ca fiind „acea stare a societății de asigurare caracterizată prin una dintre următoarele situații:

1. incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;
2. scăderea valorii marjei de solvabilitate disponibile sub jumătate din limita minimă prevăzută de reglementările legale în vigoare pentru fondul de siguranță;
3. imposibilitatea restabilirii situației financiare a societății de asigurare în cadrul procedurii de redresare financiară”.

Procedurile privind redresarea financiară și falimentul societăților de asigurare instituite prin Legea nr. 503/2004 se aplică asigurătorilor și/sau reasigurătorilor, astfel cum aceștia sunt definiți la art. 2 din Legea nr. 32/2000 privind societățile de asigurare și supravegherea asigurărilor¹⁷ cu modificările și completările ulterioare¹⁸ (denumită în prezent legea privind activitatea de asigurare și supravegherea asigurărilor), inclusiv sucursalelor acestora cu sediul în străinătate, precum și sucursalelor și filialelor societăților de asigurare din alte state terțe, care au sediul în România.

Ordonanța Guvernului nr. 10 din 22 ianuarie 2004 privind falimentul instituțiilor de credit¹⁹ care se aplică instituțiilor de credit, persoane juridice române, inclusiv sucursalelor acestora cu sediul în străinătate, dispune în art. 2 lit. h) că „insolvență - reprezintă acea stare a instituției de credit aflate în una dintre următoarele situații:

1. incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;
2. scăderea sub 2% a indicatorului de solvabilitate a instituției de credit;

3. retragerea autorizației de funcționare a instituției de credit, în conformitate cu prevederile legale, ca urmare a imposibilității de redresare financiară a unei instituții de credit”

Și în cazul instituțiilor de credit declanșarea procedurii este condiționată de anumite cauze de deschidere. Astfel, orice creditor care are o creanță certă, lichidă și exigibilă poate introduce la tribunal o cerere, împotriva unei instituții de credit debitoare care nu a onorat integral o astfel de creanță pe o perioadă de cel puțin 30 de zile lucrătoare de la scadență, în cazul caselor centrale ale cooperativelor de credit, inclusiv în cazul cooperativelor de credit afiliate la acestea, respectiv pe o perioadă de cel puțin 7 zile lucrătoare de la scadență, în cazul celorlalte instituții de credit.

Cererea mai este condiționată în cazul acestor debitori și de obligația instituită în sarcina creditorului de a face dovada că, în prealabil, ca urmare a introducerii unei acțiuni de executare silită asupra contului instituției de credit debitoare, Banca Națională a României, în calitate de terț poprit, a comunicat că instituția de credit respectivă nu deține disponibilitățile necesare pentru onorarea plăților respective.

Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind *Codul de procedură fiscală*²⁰ așa cum a fost modificată prin Ordonanța Guvernului nr. 35/2006 definește în art. 172 insolabilitatea.

În sensul acestui cod, „*este insolabil debitorul ale cărui venituri sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile*”.

Se constată că există o inconsecvență a legiuitorului român în utilizarea termenilor de insolvență și/ insolabilitate de natură a crea uneori confuzie. Trebuie să se facă distincție între insolvență și insolabilitate.

Până nu demult nu se concepea ca unitățile administrativ – teritoriale și instituțiile publice să intre în incapacitate de plată. Prin Legea nr.273/2006²¹ privind finanțele publice locale s-a reglementat o procedură de insolvență a acestora. Prin art. 1 se arată că : legea stabilește principiile, cadrul general și procedurile privind formarea, administrarea, angajarea și utilizarea fondurilor publice locale, precum și responsabilitățile autorităților administrației publice locale și ale instituțiilor publice implicate în domeniul finanțelor publice locale. Se anticipează și apariția la un moment dat a unor situații economice dificile care pot conduce unitățile administrativ – teritoriale și instituțiile publice la insolvență.

Prin art. 2 la punctul 38 se definește termenul de insolvență ca „incapacitatea unei unități administrativ-teritoriale de a-și achita obligațiile de plată lichide și exigibile, cu excepția celor care se află în litigiu contractual.”

Legiuitorul român distinge în acest act normativ între criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale în funcție de cuantumul obligațiilor de plată și de termenul scurs între data scadenței și data cererii.

Conform art. 74 „Unitatea administrativ-teritorială este considerată în criză financiară dacă se află în una dintre următoarele situații:

- a) neachitarea obligațiilor de plată, lichide și exigibile, mai vechi de 90 de zile și care depășesc 15% din bugetul anual;

b) neachitarea drepturilor salariale prevăzute în bugetul de venituri și cheltuieli pe o perioadă mai mare de 90 de zile de la data scadenței;

c) la calculul criteriului prevăzut la lit. a) nu se iau în calcul obligațiile de plată, lichide și exigibile, care se află în litigiu contractual.”

Potrivit art. 75: „Unitatea administrativ-teritorială este considerată în stare de insolvență dacă se află în una dintre următoarele situații:

a) neachitarea obligațiilor de plată, lichide și exigibile, mai vechi de 120 de zile și care depășesc 50% din bugetul anual, fără a se lua în calcul cele aflate în litigiu contractual;

b) neachitarea drepturilor salariale prevăzute în bugetul de venituri și cheltuieli, pe o perioadă mai mare de 120 de zile de la data scadenței.”

Se constată că criteriile de stabilire a stării de insolvență diferă în cazul unităților administrativ teritoriale față de cele impuse pentru categoriile de persoane supuse Legii nr. 85/2006.

Legea română nu reglementează starea de insolvență a persoanelor fizice (a particularilor sau consumatorilor). Înscrierea persoanelor fizice care nu pot face față datoriilor curente, în sensul că nu-și mai pot plăti la zi ratele aferente împrumuturilor contractate, în Centrala Incidentelor de Plăți, ”CIP” nu poate fi apreciată ca fiind un echivalent al declarării stării de insolvență și/sau ca remediu procedural al situației de supraîndatorare a particularilor.

Centrala Incidentelor de Plăți este un centru de intermediere care gestionează informația specifică incidentelor de plăți. Datele specifice incidentelor de plăți sunt transmise, difuzate și valorificate pe baza informațiilor, chiar anterioare plății, conținute în evidențe și care sunt ocazionate de acte și fapte având potențial fraudulos, litigios și/sau producând riscuri de neplată, inclusiv dintre cele care pot afecta finalitatea decontării. Incidentul de plată este neîndeplinirea întocmai și la timp a obligațiilor participanților, înaintea sau în timpul procesului de decontare a instrumentului, obligații rezultate prin efectul legii și/sau a contractului care le reglementează, a căror neîndeplinire este adusă la cunoștința CIP de către persoanele declarante, pentru apărarea interesului public. Este o evidență care ajută în special instituțiile de credit, dar nu oferă o soluție pentru redresarea persoanei fizice aflate într-o situație economică dificilă. Majoritatea statelor dezvoltate au și o reglementare a stării de insolvență a particularilor.

1.2. Termenul de insolvență în doctrină și jurisprudență

Comerțul, definit ca o activitate al cărei scop este schimbul și circulația mărfurilor de la producători la consumatori sau în sens larg care vizează activitatea comercială respectiv producerea, circulația, distribuția mărfurilor, dar și executarea de lucrări și prestarea de servicii se bazează pe credit. În comerțul modern de cele mai multe ori obligația nu se execută la momentul încheierii convenției ci ulterior, la scadență. Partenerii contractuali își acordă încredere reciprocă. Dacă comerciantul nu este în măsură să-și plătească datoria la scadență acesta este în stare de insolvență.

Am arătat că termenul de insolvență a fost consacrat legal în dreptul român prin Ordonanța Guvernului nr. 38/2002 de modificare a Legii nr. 64/1995. În art. 1 alin. (2) s-a stabilit că „Prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului

debitorului, caracterizată prin incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile.”

Anterior ca o condiție a admisibilității cererii de deschidere a procedurii de reorganizare judiciară și/sau faliment se arăta că trebuie ca debitorul să nu mai poată face față datoriilor sale exigibile cu sumele de bani disponibile.

1.2.1. Insolvența în doctrină

Deși „insolvență” nu era un termen consacrat legal, în doctrină și jurisprudență a fost utilizat încă de la începutul secolului XX.

Astfel prin Decizia nr. 173/19 mai 1914²² Curtea de Casație a României arăta „*pentru ca un comerciant să fie declarat în stare de faliment nu este îndestulător a se dovedi încetarea virtuală a plăților sale, adică o stare de insolvabilitate, ci este necesar a se stabili încetarea efectivă a plăților, adică o stare de insolvență a comerciantului, care nu mai poate face față obligațiilor sale comerciale ajunse la scadență, aceasta independent de starea de solvabilitate sau insolvabilitate.*” Deci, se face distincție între insolvență și insolvabilitate.

Încetarea plăților sau insolvența comercială a fost definită ca „*acea stare a patrimoniului debitorului care exprimă neputința debitorului de a plăti datoriile comerciale din cauza lipsei de lichidități*”²³

S-a arătat în mod constant că insolvența presupune existența unei insuficiențe a fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor ajunse la scadență. Lipsa lichidităților la data scadenței unor obligații nu trebuie confundată cu insolvabilitatea debitorului. Insolvabilitatea este o stare de dezechilibru financiar al patrimoniului debitorului în care valoarea pasivului este mai mare decât valoarea activului. Debitorul poate fi insolubil, dar să nu fie în insolvență, el plătește la scadență bucurându-se de credit. De asemenea, este posibilă și situația inversă, debitorul poate fi în insolvență deși este solvabil. Valoarea patrimoniului debitorului poate fi cu mult mai mare decât datoriile și totuși datorită lipsei de lichidități debitorul nu poate plăti datoriile scadente și în consecință este în situația de insolvență.

Într-o altă formulare²⁴ s-a explicat încetarea plăților ca „*acea stare a patrimoniului unui comerciant care nu-i mai permite să efectueze plăți pentru datoriile comerciale scadente din cauza lipsei de lichidități*”

Această stare economică deficitară a patrimoniului unui debitor se manifestă în exterior prin neputința acestuia de a-și plăti la termen creditorii.

Criteriul adoptat de legiuitorul român este cel al „*lichidității*”. Majoritatea statelor membre ale Uniunii Europene (Franța, Spania, Germania, Italia și Suedia, iar ultimele două cu cerințe suplimentare) au utilizat în legislația lor internă în domeniul insolvenței acest test.

Din definițiile citate rezultă că pentru stabilirea stării de insolvență și declanșarea acestei proceduri se impune verificarea a două elemente importante existența unor creanțe împotriva averii debitorului și lipsa lichidităților la data exigibilității acestora.

1.2.2. Condițiile pentru declararea insolvenței: Creanța și lipsa lichidităților

În România, existența stării de insolvență se verifică de judecătorul sindic atunci când este sesizat cu o cerere de

deschidere a procedurii. Se analizează situația concretă a debitorului în funcție de probele administrate.

Astfel, prin Decizia nr. 390/R/2.08.2006²⁵ pronunțată de Curtea de Apel Brașov s-a reținut că debitoarea este în insolvență, deși prin expertiza contabilă efectuată în cauză s-a calculat indicatorul lichidității curente în valoare supraunitară. S-a arătat că „*valoarea supraunitară de 1,026, reflectată de indicatorul lichidității curente, nu demonstrează cu certitudine că societatea debitoare are capacitatea de a-și onora obligațiile pe termen scurt. Nu este suficient ca rata lichidității să fie supraunitară, ci trebuie ca tendința acesteia să fie în creștere, iar o atare tendință nu a fost confirmată de expertiza contabilă efectuată în cauză*”. În consecință, s-a analizat capacitatea debitoarei de a face față datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile, prin prisma plăților efectuate de aceasta, în perioada imediat următoare depunerii cererii introductive și s-a constatat că deși debitoarea își menține regularitatea plății datoriilor, aceasta nu demonstrează solvența acesteia în condițiile în care aceste sume nu sunt semnificative și nu au diminuat considerabil datoria bugetară.

Tribunalul Cluj prin Sentința nr. 4711/C din 30.10.2003²⁶ soluționând contestația debitoarei la deschiderea procedurii de insolvență, prin care solvabilitatea este motivată de existența unui profit a arătat că această apărare nu poate fi acceptată atâta timp cât pe calea executării silite s-a constatat că debitoarea nu deține lichidități, bunuri mobile sau imobile care să acopere datoria față de creditor. În speță, creditoarea SC T SRL Cluj, care deținea un titlu executoriu a utilizat procedura de executare de drept comun. Executorul judecătoresc a constatat că SC S SRL Cluj Napoca nu deține lichidități de valoare necesară pentru a stinge debitul și nu posedă nici bunuri mobile sau imobile care să poată fi valorificate prin vânzare la licitație. Creditoarea a solicitat deschiderea procedurii de insolvență împotriva debitoarei SC S SRL Cluj Napoca. Debitoarea a formulat contestație susținând că nu se află în insolvență deoarece realizează profit lunar. S-a respins contestația cu motivarea că împrejurarea că din activitatea debitorului se înregistrează profit nu este o dovadă a inexistenței stării sale de insolvență mai ales că în contul debitoarei nu exista la momentul pronunțării hotărârii o sumă lichidă și disponibilă cel puțin egală cu creanța datorată creditoarei.

Prin Sentința civilă nr. 2271/8.10.2003²⁷ Tribunalul Bacău a arătat că creditorul nu este obligat să parcurgă anterior introducerii cererii de deschiderea procedurii insolvenței procedura de executare de drept comun, iar efectuarea de plăți în sume mici în numerar către alți creditori nu este de natură a dovedi că societatea comercială nu este în insolvență în condițiile în care conturile bancare sunt indisponibilizate datorită unor executări silite inițiate de alți creditori.

Printr-o altă hotărâre²⁸ a Tribunalului Bacău s-a reținut că debitorul care, beneficiind de anumite subvenții, nu efectuează plățile către furnizori în mod constant, ci pe măsura încasării sumelor respective nu se găsește în stare de insolvență.

De asemenea, s-a reținut în jurisprudență²⁹ că nu se poate declanșa procedura de insolvență împotriva unui debitor care, deși dispune de lichidități refuză să plătească datoriile scadente. S-a arătat că „*dovada suficienței fondurilor bănești disponibile răstoarnă prezumția de insolvență vădită a debitorului, ce permite creditorului să solicite deschiderea procedurii insolvenței*”

Insolvența debitorului se constată și prin raportare la creanțele certe, lichide, exigibile pe care se pretinde că le are de plătit. Decizia nr.175/R din 26 aprilie 2007 a Curții de Apel Brașov³⁰ subliniază că pentru a se deschide procedura insolvenței se impune dovedirea creanței. În speța dedusă judecătii, prin sentința civilă nr.1026/Sind/5.11.2006 pronunțată în dosarul nr.534/62/2006 al Tribunalului Brașov, judecătorul-sindic a admis cererea formulată de creditorul S.C. „R.D.” S.A. și a deschis procedura insolvenței împotriva debitorului S.C. „G” S.R.L., dispunând toate măsurile ce decurg din aceasta. Pentru a hotărî astfel, judecătorul sindic a reținut că debitoarea nu a formulat contestație împotriva cererii de deschidere a procedurii insolvenței, iar creditorul are o creanță comercială certă, lichidă și exigibilă, dovedită cu facturile fiscale atașate cererii, neplata acestora dovedind starea vădită de insolvență în care se găsește debitorul.

Împotriva sentinței a declarat recurs debitoarea, solicitând modificarea în întregime a hotărârii atacate, în sensul respingerii cererii formulate de creditor pentru deschiderea procedurii de insolvență recurenta apreciind că nu s-a făcut dovada creanței. Creditoarea încearcă să-și dovedească creanța cu un număr de 6 facturi emise, fără a invoca un contract între părți și fără a face dovada comunicării facturilor. Nu există semnătură de primire și, cu atât mai puțin ștampila firmei beneficiare. Nu poate fi vorba de o creanță comercială certă, lichidă și exigibilă, întrucât : nu există contract între părți pentru stabilirea întinderii obligațiilor; nu există dovada de comunicare a facturilor; nu poate fi acceptat termenul de plată menționat pe facturi, în lipsa unui contract al părților.

Examinând sentința atacată prin prisma motivelor de recurs, în raport de probele administrate și de dispozițiile legale în materie, curtea de apel a constatat că recursul este întemeiat și în consecință l-a admis prin decizia anterior menționată cu următoarea motivare:

Potrivit art.3 pct.6 din Legea nr. 85/2006 prin creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței se înțelege creditorul a cărui creanță împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile.

Caracterul cert și lichid al creanțelor este definit de art. 379 alin.3 și 4 Cod procedură civilă. Potrivit alin.3 „creanța certă este aceea a cărei existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emane de la debitor sau recunoscute de dânsul.”

În speță, creditoarea a înțeles să-și dovedească creanța cu facturi emise de ea, și nesemnate de către debitoare. Art. 46 Cod comercial enumeră printre mijloacele cu care se pot proba obligațiunile comerciale și facturile acceptate. Cum facturile depuse ca probă la dosar nu au fost acceptate de către debitoare, creanța nu are un caracter cert, deci nu sunt îndeplinite condițiile cerute de art.3 pct.6 din Legea nr.85/2006 pentru deschiderea procedurii de insolvență la cererea creditoarei S.C. „R.D.” S.A.

Și prin Sentința nr. 140/S din 11.12.2003³¹ pronunțată de Tribunalul Brăila s-a reținut, de asemenea, că o creanță invocată de creditor în cererea de deschidere a procedurii, constatată prin facturi fiscale neacceptate de către debitoare și fără alte documente din care să rezulte recunoașterea creanței de către debitor, nu este considerată ca fiind certă și nu poate constitui temei pentru deschiderea procedurii insolvenței.

Printr-o altă hotărâre judecătorească³² s-a arătat că facturile semnate sunt suficiente, prin ele însele, coroborate cu livrarea mărfurilor, pentru a proba caracterul cert al creanței în sensul art. 379 alin 3 Cod procedură civilă nefiind obligatorie în raport cu prevederile art. 46 Cod comercial și aplicarea ștampilei. Tribunalul București a reținut că neplata la scadență a sumei care este într-un quantum superior celui minim prevăzut de lege este efectul prezumat al incapacității debitorului de a plăti datoria cu sumele de bani disponibile. S-a făcut mențiunea „ca prezumție legală, insolvența poate fi contestată de debitor doar prin dovedirea existenței în cont a sumelor de bani disponibile, necesare acoperirii debitului, neprezentând relevanță împrejurarea că debitorul deține stocuri și are de încasat creanțe, căci în materia reglementată de lege se face diferența între insolvență și insolvabilitate”.

Tribunalul Cluj prin Sentința nr. 4467/C din 16.10.2003³³ a arătat că creanța pretinsă de creditor nu este exigibilă dacă s-a dispus suspendarea titlului executoriu datorită introducerii unei contestații în anulare; astfel că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 3 pct. 6 coroborat cu art. 31 din Legea privind procedura insolvenței.

Concluzia ce se desprinde din cazurile prezentate este că starea patrimoniului debitorului constând în neputința acestuia de a plăti datoriile comerciale din cauza lipsei de lichidități, deci starea de insolvență, trebuie întotdeauna dovedită indiferent cine este autorul cererii de deschidere a procedurii. Debitorul poate răsturna prezumția de insolvență instituită de lege doar prin dovedirea existenței în cont a sumelor de bani disponibile, necesare acoperirii debitului. De asemenea se subliniază că nu interesează raportul dintre activul și pasivul debitorului, ci insolvența acestuia legată de imposibilitatea de a face față datoriilor scadente cu sumele de bani disponibile. Solvabilitatea debitorului contează doar pentru măsurile ce urmează a se adopta în cadrul procedurii colective.

Curtea de Apel București³⁴ a reținut printr-o decizie de speță, ca o ilustrare a celor susținute anterior, următoarele: „faptul că debitoarea are de recuperat creanțe de la diverși debitori este irelevant, câtă vreme sumele de bani disponibile nu sunt suficiente pentru a acoperi creanța creditorului, iar procedura se aplică chiar și în cazul unei singure datorii neachitate.”

S-a arătat, de asemenea, că o cerere de deschidere a procedurii colective întemeiată pe o creanță în privința căreia s-a împlinit termenul de prescripție nu este întemeiată. Astfel prin sentința comercială nr. 580 pronunțată în data de 17 mai 2004 de Tribunalul București – Secția a VII-a comercială³⁵ a fost respinsă cererea de deschidere a procedurii reorganizării judiciare și falimentului formulată de Administrația Națională a Vămilor (ANV) în contradictoriu cu debitoarea SC P. SA cu motivarea că prescripția dreptului de a obține executarea silită afectează dreptul creditorului de a beneficia de concursul forței coercitive a statului în scopul valorificării drepturilor sale, iar o cerere de deschidere a procedurii insolvenței bazată pe o creanță în privința căreia s-a împlinit termenul de prescripție nu poate fi admisă, creanța respectivă neîntrunind cerințele prevăzute de lege. Analizându-se creanța și constatându-se că dreptul creditorului la acțiune este prescris nu s-a mai analizat situația economică a debitorului.

Insolvența este în consecință, ”eșecul sau chiar catastrofa întreprinzătorului, starea, de cele mai multe ori iremediabilă, pe care comerciantul ar fi trebuit, dar nu a putut, să o evite” .

Prin procedura insolvenței, legea și apoi instanțele judecătorești (care aplică legea) „organizează eșecul în afaceri” și încearcă să limiteze pe cât este posibil consecințele negative ale acestei stări.

Nu am identificat până în prezent jurisprudență în materia insolvenței unităților administrativ teritoriale și instituțiilor publice, deși zilnic ni se aduce la cunoștință că aceste persoane juridice nu-și onorează obligațiile asumate.

(continuarea în numărul viitor)

Note:

1 Stanciu D.Cârpenaru – „Drept comercial român”, Editura All Beck, București 1998, pag. 37- 48;

2 Gheorghe Stancu – „Globalizarea raporturilor juridice comerciale” în Revista de Drept Comercial nr 6/2008, pag .7 – 19;

3 Sursa: http://www.contabilizat.ro/dictionar_economic_si_financiar~termen-insolventa.html. Data accesării: 18.09.2010.

4 Legea 64/1995 a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 608 din 13 decembrie 1999;

5 Ordonanța Guvernului nr. 38/2002 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 95/2 februarie 2002;

6 Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 359/21 aprilie 2006;

7 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 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 486/14 iulie 2009;

8 Decizia nr. 1138 din 4 decembrie 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 31 din 15 ianuarie 2008,

9 Decizia nr. 1586 din 19 noiembrie 2009 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 3 pct. 1 și 6 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței publicată în Monitorul Oficial al României nr. 71 din 30 ianuarie 2010;

10 Ordonanța Guvernului nr. 1/2010 privind modificarea termenului pentru înființarea secțiilor de insolvență, a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 54/25 ianuarie 2010;

11 Legea nr. 25/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 145/5 martie 2010;

12 Legea nr. 169/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 505/21 iulie 2010;

13 Ion Turcu – „Pledoarie pentru o necesară înnoire a conceptului de insolvență” în Revista Phoenix nr. 32 din ianuarie – martie 2008, pag. 9-11;

14 Ion. Turcu – „Falimentul – Noua procedură”, Tratat , Editura Lumina Lex București 2003, pag.145 – 147;

15 „Armonizarea legislației privind insolvența la nivelul Uniunii Europene” - Raport, Parlamentul European – Direcția Generală Politici Interne 2010; sursa www.unpir.ro;

16 Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară și falimentul societăților de asigurare a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.1193/14 decembrie 2004;

17 Legea nr. 32/2000 privind societățile de asigurare și supravegherea asigurărilor a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.148/10 aprilie 2000;

18 Legea nr. 32/2000 a fost completată și modificată prin: Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 116/2000, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2001; Ordonanța Guvernului nr. 7/2001, abrogată prin Legea nr. 571/2003; Legea nr. 414/2002, abrogată prin Legea nr. 571/2003; Legea nr. 493/2002; Legea nr. 76/2003; Legea nr. 403/2004; Legea nr. 503/2004; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 61/2005; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 201/2005; Legea nr.

113/2006; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 87/2006; Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 117/2007; Legea nr. 162/2009;

19 Ordonanța Guvernului nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.10/22 ianuarie 2004;

20 Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, publicată în Monitorul Oficial al României nr.941/29 decembrie 2003; act normativ ce a suferit multiple modificări și completări și a fost republicat deja de trei ori;

21 Legea nr. 273 din 29 iunie 2006 privind finanțele publice locale a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr.618 din 18 iulie 2006; Această lege a fost modificată și completată prin Legea nr. 440/2006, Legea nr. 110/2007, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 46/2007, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 64/2007, Legea nr. 388/2007, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 28/2008, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2009, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 64/2009, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 74/2009, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 91/2009, Ordonanța Guvernului nr. 13/2009, Ordonanța Guvernului nr. 24/2009, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 111/2009, Legea nr. 320/2009, Legea nr. 329/2009, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 9/2010, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2010, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 57/2010, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 63/2010;

22 Decizia nr. 173/19 mai 1914 a fost publicată în Buletinul deciziunilor Curții de Casație 1914, vol. LIII 2, pag. 1455;

23 Stanciu D. Cârpenaru - "Drept comercial român", Ediția a II-a revizuită și completată, Editura ALL BECK, București 1999, pag.545;

24 Nicoleta Țândăreanu - "Procedura reorganizării judiciare", Editura All Beck, București 2000, pag. 32;

25 Decizia nr. 390/R/2.08.2006 pronunțată de Curtea de Apel Brașov a fost publicată în "Culegere de practică judiciară în materie comercială, de contencios administrativ și fiscal pe anul 2006", Editura Hamangiu 2007, pag.86 - 88;

26 Sentința nr. 4711/C din 30.10.2003 pronunțată de Tribunalul Cluj a fost publicată în Manualul de Bune Practici în Insolvență realizat de un consorțiu condus de Pricewaterhouse Coopers, Program Phare 2002, pag. 395;

27 Sentința nr. 2271 din 8.10.2003 pronunțată de Tribunalul Bacău a fost publicată în Manualul de Bune Practici în Insolvență, op. cit. pag. 397;

28 Sentința nr. 2645/20.10.2003 pronunțată de Tribunalul Bacău nepublicată?;

29 Decizia nr. 1353 din 11.11.2008 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești - secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, nepublicată;

30 Decizia nr.175/R din 26 aprilie 2007 pronunțată de Curtea de Apel Brașov - secția comercială, nepublicată;

31 Sentința nr. 140/S din 11.12.2003 pronunțată de Tribunalul Brăila a fost publicată în Manualul de Bune Practici în Insolvență, op. cit., pag. 398;

32 Sentința comercială nr. 1098 din 10 septembrie 2004 pronunțată de Tribunalul București - Secția a VII-a comercială, publicată și comentată în I.I. Dolache, C. H. Mihăianu - "Reorganizarea judiciară și falimentul" Practică judiciară, Editura Hamangiu 2006, pag. 35- 37;

33 Sentința nr. 4467/C din 16.10.2003 pronunțată de Tribunalul Cluj a fost publicată în Manualul de Bune Practici în Insolvență, op. cit. pag. 395;

34 Decizia comercială nr. 523/R din 18 mai 2005 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VI-a comercială, publicată și comentată în I.I. Dolache, C. H. Mihăianu, op. cit., pag. 45- 46;

35 Sentința comercială nr. 580 din 17 mai 2004 pronunțată de Tribunalul București - Secția a VII-a comercială a fost publicată și comentată în I.I. Dolache, C. H. Mihăianu, op. cit., pag. 34-35;

DEBITORUL PERSOANĂ FIZICĂ ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

(Partea I-a)



Av. drd. Raluca Andraș

1. Scurte considerații asupra insolvenței persoanei fizice în dreptul comparat

Reglementarea legală a insolvenței persoanei fizice o întâlnim în marea majoritate a statelor membre ale Uniunii Europene, precum și în alte state dezvoltate sub diferite forme și modalități.¹

În Belgia procedura falimentului este reglementată de Legea insolvenței din 8 august 1997 (B.S., 28 octombrie 1997, err., B.S., 7 februarie 2001), ca fiind un simplu mecanism de lichidare. Legea din 17 iulie 1997 (B.S., 28 octombrie 1997, err., B.S., 4 decembrie 1997) guvernează administrarea judiciară, ca fază preliminară falimentului. În timpul administrării judiciare, debitorul este protejat față de creditorii și nicio persoană nu poate solicita declararea acestuia în stare de faliment. Cele mai importante proceduri de insolvență sunt administrarea judiciară, falimentul și concordatul cu creditorii. Sistemul judiciar belgian face distincția între comercianți și necomercianți. Un comerciant este o persoană care desfășoară acte comerciale, acestea fiind activitatea sa ocupațională principală sau secundară. Principalul element referitor la actele comerciale este faptul că acestea sunt desfășurate în vederea obținerii de profit. Doar comercianții pot solicita administrare judiciară și pot fi declarați în stare de faliment. Procedura concordatului este reglementată de Codul judiciar (C. jud.) în cazul în care este vorba despre necomercianți. Orice persoană fizică având domiciliul în Belgia și care nu este comerciant poate solicita un concordat în cazul în care aceasta se află, în mod durabil, în incapacitate de a-și plăti datoriile și nu și-a exprimat intenția de a solicita declararea insolvenței (articolul 1675/2 alin. (1) C. jud.).

În dreptul german procedura insolvenței, *Insolvenzverfahren*, se aplică atât asupra patrimoniului persoanelor juridice cât și asupra patrimoniului persoanelor fizice², chiar și atunci când acestea din urmă nu desfășoară o activitate

comercială. În cazul persoanelor fizice, procedura insolvenței conduce la „nou-început” din punct de vedere economic, un așa-numit „fresh start”, debitorul va fi absolvit de toate creanțele care nu au putut fi achitate în cursul procedurii insolvenței.³

În Grecia, procedurile anterioare intrării în stare de insolvență, așa-numitele proceduri preventive, sunt procedurile prin care se obține o măsură provizorie sau un anunț de participare la procedura privind declararea în stare de faliment. Procedurile formale sunt falimentul, lichidarea specială, administrarea temporară, gestionarea și administrarea de către creditorii și reorganizarea judiciară a societății, astfel încât să se ajungă la un compromis cu creditorii. Pot fi declarate în stare de faliment atât persoanele fizice cât și societățile, însă numai societățile pot fi trecute în lichidare specială ori pot fi puse sub administrare temporară de către creditorii, sau pot beneficia de reorganizarea judiciară.

În Suedia o persoană fizică ale cărei datorii sunt atât de mari încât nu va fi în stare să își achite datoriile în viitorul apropiat, poate solicita restructurarea datoriei. O cerință suplimentară a aprobării restructurării datoriei este ca aceasta să fie adecvată din perspectiva situației personale și financiare a debitorului. Restructurarea datoriei înseamnă că datoriile din masa credală sunt reduse sau eliminate în întregime. Cererile privind restructurarea datoriei se depun la autoritatea de executare. Tuturor creditorilor afectați prin cererea de restructurare a datoriei trebuie să li se ofere posibilitatea de a-și exprima punctul de vedere cu privire la propunere. Hotărârea privind restructurarea datoriei va prevedea partea din datorie pe care debitorul trebuie să o plătească. De asemenea, va prevedea un plan de eșalonare a plăților pe o durată care, de regulă, este de cinci ani. În cadrul planului de eșalonare a plăților, debitorul ale cărui datorii au fost restructurate trebuie să se întrețină din suma minimă de

subzistență. În cazul în care debitorul nu dispune de niciun venit, sau de un venit care nu depășește suma minimă de subzistență, acesta nu trebuie să plătească nimic. Această situație se întâlnește în aproximativ o treime din cazuri.

În Marea Britanie procedura de insolvență se adresează numai persoanelor fizice sau societăților civile/asocierilor (partnerships). Societățile comerciale, companiile sau corporațiile intră în procedura de insolvență. În dreptul anglo-saxon, *bankruptcy* se referă numai la persoane fizice și la asocieri fără personalitate juridică. Societățile comerciale, companiile și corporațiile intră în *liquidation* sau *administration*.⁴

Rolul procedurii falimentului este să-l elibereze pe debitor de datoriile sale exorbitante, în așa fel încât să poată beneficia de un nou început (fresh start), cu anumite limite și constrângeri, și să asigure că bunurile lui sunt împărțite în mod corect între creditori. O persoană poate deveni falită numai după ce instanța judecătorească este sesizată, fie de debitor însuși, fie de unul sau mai mulți creditori care au o creanță de cel puțin 750 lire sterline.

Odată ce cererea de începere a procedurii a fost acceptată de instanță, aceasta se publică. În plus, administratorul judiciar (official receiver) va trimite notificări organizațiilor și instituțiilor publice. Un practician în insolvență poate fi numit în locul administratorului judiciar și astfel el devine responsabil de administrarea averii și de plata creditorilor. Odată ce a început procedura, debitorul este obligat să coopereze cu lichidatorul, nu mai poate să-și administreze singur averea, nu poate să-și plătească el direct creditorii și nu mai poate să dispună în mod liber de bunurile sale. Debitorul poate păstra obiectele personale (haine, aparatură casnică, mobilier, ect.) sau obiecte aflate în strânsă legătură cu exercitarea profesiei sale. În final, lichidatorul hotărăște ce bunuri poate să păstreze. Locuința debitorului face parte din masa bunurilor supuse procedurii.

Odată cu începerea procedurii sunt considerate infracțiuni obținerea unui credit mai mare de 500 de lire sterline, fără a dezvălui starea de faliment; continuarea afacerilor, direct sau indirect, sub un alt nume, fără a informa pe cei cu care face afaceri că este falit; implicarea în constituirea, administrarea, conducerea unei societăți fără aprobarea instanței. De asemenea, este posibil ca debitorului să îi fie interzis să ocupe anumite funcții publice. Interdicțiile rezultate din starea de faliment sunt ridicate după o perioadă de maximum 12 luni. Dacă debitorul a mai fost declarat falit în ultimii 15 ani de la începerea procedurii, interdicțiile vor fi ridicate după 5 ani. Interdicțiile se ridică automat dacă hotărârea de intrare în faliment este anulată.

Legislația engleză prevede și alternative la procedura falimentului:

- *family arrangement* – debitorul poate contacta creditorii săi, încercând să găsească de comun acord o soluție pentru depășirea situației de incapacitate de plăți. Dezavantajul acestui aranjament formal este că nu-i oprește cu nimic pe

creditori să-l ignore mai târziu și să ceară întreaga sumă, nu cea negociată, sau să pornească procedura;

- *administration orders* – este procedura prin care lunar debitorul face plăți regulate instanței, care-i plătește astfel pe creditorii care au obținut o hotărâre judecătorească contra debitorului. Pentru a beneficia de acest sistem, datoria trebuie să fie mai mică de 5000 lire sterline;

- *individual voluntary arrangements* – este o procedură similară cu *family arrangement*, dar de această dată este implicată și instanța, în sensul că cererea de compromis cu creditorii se depune la instanță, iar debitorul va fi ajutat de un lichidator. Această înțelegere la care debitorul ajunge cu creditorii este obligatorie pentru ei.⁵

2. Proiectul legii privind insolvența persoanei fizice.

Expunere de motive

Noțiunea de credit își are rădăcinile în latinescul *creditum*, *credere*, însemnând a crede, a se încrede⁶. Etimologia cuvântului relevă elementul subiectiv, intențional al operațiunii: încrederea. Economistul Stuart Mill spunea: „creditul nu este decât permisiunea de a te folosi de capitalul altuia.” Astfel, din punct de vedere economic, operațiunea de creditare poate fi considerată schimbul unei bogății prezente contra uneia viitoare.⁷

Atât comerciantul cât și necomerciantul pot fi parte într-o operațiune de creditare. Comerciantul, un profesionist, își asumă, cel puțin teoretic, riscuri calculate. El își administrează capitalul într-un mediu reglementat și supravegheat. Majoritatea creditelor contractate de comerciant sunt pentru investiții. Necomerciantul, un neavizat în domeniul afacerilor comerciale, apelează la mecanismul creditării în principal pentru a-și satisface nevoile personale, principalele credite fiind credite de consum și cele ipotecare.

Comerciantul neprofesionist este forțat de împrejurările sociale să-și asume o serie de riscuri, riscuri pe care de cele mai multe ori nu le înțelege pe deplin. În vederea reducerii riscului insolvenței persoanei fizice, statul a intervenit reglementând o serie de mecanisme pentru a asigura limitarea riscului. Acest deziderat se realizează prin Banca Națională a României, organism care supraveghează activitatea instituțiilor de creditare. Normele prudentiale reglementează doar prima fază a procesului, respectiv acordarea creditului, lipsind însă monitorizarea, asigurarea continuității măsurilor de prevenție. Evoluția creditului și a debitorului pare să nu intereseze pe legiuitor.

În situația în care necomerciantul nu mai poate să facă față datoriilor sale, nu are la dispoziție un mecanism juridic care să reglementeze această situație de fapt. Creditorii vor fi nevoiți să-și execute individual creanțele, iar debitorul se află în afara oricărei protecții legale.

Insolvența sau insolabilitatea persoanei fizice necomerciant nu reprezintă o instituție juridică nouă. Ea este reglementată de Codul civil, sub denumirea de *deconfitură*.

Deconfitura reprezintă starea de insolvabilitate a unui debitor care nu este comerciant. În Codul civil se face referire la deconfitură în art. 1133 (delegație), art. 1673 pct. 2 (fidejusiune), art. 1552 pct. 3 (mandat), art. 1523 pct. 4 (societate), art. 1025 (termen) și art. 1323 (vânzare).⁸

Plecând de la premisa că și persoana fizică se poate confrunta cu aceleași dificultăți financiare ca și orice alt comerciant persoană fizică sau juridică, a fost elaborat „Proiectul legii privind insolvența persoanelor fizice.”

Inițiatorii proiectului de lege arată că există trei argumente pentru care legea ar trebui să fie adoptată: unul juridic, unul social și unul economic⁹. Prin adoptarea legii privind insolvența persoanei fizice se urmărește ca realitatea faptică să fie încadrată într-un tipar legal și juridic. Statisticile arată că peste un milion de persoane fizice, necomercianți, sunt supraîndatorați și nu mai reușesc să își achite creditele. În aceste condiții, se dorește crearea unui cadru legal general pentru a reglementa și controla judiciar aceste realități.

Argumentul juridic se referă la necesitatea ca legislația română în materia procedurii insolvenței să se alinieze la cea europeană, România ca stat membru al Uniunii Europene, fiind obligată să adopte o astfel de lege, întrucât Regulamentul nr. 1346/2000 al Consiliului impune statelor membre în mod expres extinderea procedurilor de insolvență și la persoanele fizice, simpli particulari.¹⁰ De asemenea, inexistența unei reglementări a procedurii insolvenței care să se aplice persoanei fizice conduce la o discriminare. Astfel, comerciantul, persoană fizică, beneficiază de o protecție juridică atunci când se află în stare de insolvență, însă, această protecție juridică nu este extinsă și la persoană fizică, necomerciant.

Argumentul social se referă la faptul că legislația trebuie să ofere o protecție juridică persoanelor fizice care s-au supraîndatorat, tocmai pentru ca persoanele aflate într-o astfel de situație să se poată reintegra din punct de vedere social, să își regăsească un loc de muncă și să își redreseze afacerile familiei.

Argumentul economic se referă la faptul că adoptarea legii privind insolvența persoanei fizice este necesară pentru ca debitorul insolvent să poată redeveni client al băncilor după închiderea procedurii. De asemenea, inițiatorii proiectului de lege arată că inclusiv cei care se opun adoptării acestei legi, respectiv băncile, ar putea beneficia de adoptarea legii insolvenței persoanei fizice. Astfel, un debitor neperformant, persoană fizică sau juridică, provoacă băncilor și multor alți creditori costuri suplimentare față de pierderea efectivă. În concret, provizioanele de risc de insolvabilitate sunt în cazul creditelor de 100% din valoarea acestora. În caz de executare silită, băncile sunt obligate la constituirea provizioanelor, pe care sunt obligate să le păstreze la Banca Națională a României pe toată durata executării. În schimb, în cadrul procedurii insolvenței, băncile nu mai au obligația de a constitui provizioane.

Proiectul de lege este structurat pe zece capitole, constituind un cadru legislativ menit a reglementa procedura insolvenței persoanelor fizice cu referire strictă la destinatarii legii și persoanele cărora li se aplică procedura, scopul procedurii, definirea termenilor de specialitate, procedura propriu-zisă și deschiderea acesteia, participanții la procedură și efectele deschiderii acesteia, procedura de observație, formele procedurii (falimentul și reorganizarea) și închiderea acesteia, precum și jurisdicția incidentă.

3. Destinatarii proiectului legii insolvenței persoanei fizice

Cu privire la persoanele cărora li se va aplica legea insolvenței, se arată că persoanele fizice, inclusiv acelea care sunt lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, pot fi supuse acestei proceduri.

Chiar dacă inițiatorul proiectului nu face nicio referire cu privire la calitatea de comerciant a persoanei fizice, putem deduce, la o primă analiză, că legea nu se va aplica comerciantului persoană fizică deoarece acestuia i se aplică dispozițiile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. La art. 1 alin. (2), lit. a) din Legea nr. 85/2006 se prevede faptul că procedura simplificată se va aplica „comerciantului, persoană fizică, acționând individual”.

Prin urmare, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței exceptează comerciantul persoană fizică de la procedura generală a insolvenței, și implicit de la posibilitatea de a-și reorganiza activitatea. În literatura de specialitate s-a susținut că, pentru debitorii persoane fizice, acționând individual sau în întreprinderi familiale procedura simplificată este, datorită formei juridice în care aceștia acționează și care nu permite în mod obiectiv redresarea acestor comercianți printr-un plan de reorganizare, unica procedură de insolvență care li se poate aplica.¹¹ Cu alte cuvinte, reorganizarea judiciară apare ca o procedură la care debitorul comerciant persoană fizică nu are acces, deoarece prin caracteristicile sale reorganizarea judiciară este concepută ca o procedură ce se aplică debitorului persoană juridică conform unui plan de reorganizare, urmărind aceeași finalitate a achitării datoriilor acestuia pe baza programului de plată a creanțelor. În sensul arătat, definiția legală a sintagmei „reorganizare judiciară” nu lasă loc interpretării și ne indică o procedură concepută și destinată debitorilor persoane juridice care au o organizare mai complexă și desfășoară o activitate de amploare, mai mare comparativ cu ceilalți debitori – subiecte ale procedurii insolvenței – cum sunt, de exemplu, comercianții persoane fizice.¹²

Astfel, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței condiționează aplicarea procedurii simplificate pe de o parte de calitatea debitorului, respectiv cea de comerciant persoană fizică, care acționează individual și asociațiile familiale, iar pe de altă parte de anumite fapte sau împrejurări ce poartă asupra acelor debitori, cărora legea le-ar permite în absența acestora să-și redreseze activitatea.¹³

În dreptul francez, însă, sunt prevăzute alte criterii în funcție de care debitorii beneficiază sau nu de o redresare financiară. Astfel, Legea nr. 85-98 din 25 ianuarie 1985 privind redresarea și lichidarea judiciară a întreprinderilor instituie în cadrul procedurii de redresare judiciară două regimuri juridice distincte – regimul general și regimul simplificat, stabilind ca și criteriu distinctiv cifra de afaceri și numărul salariaților unei întreprinderi. Regimul general este destinat întreprinderilor mai importante și este desemnat ca regim de drept comun în materie.¹⁴ Regimul simplificat este aplicabil persoanelor fizice și juridice care îndeplinesc, cumulativ, două condiții: au cel mult 50 de salariați și au realizat o cifră de afaceri de cel mult 20 de milioane de franci, conform ultimului exercițiu financiar contabil.¹⁵

Proiectul de lege privind insolvența persoanei fizice, asemănător Legii 85/2006 privind procedura insolvenței, prevede pentru destinatarii săi procedura reorganizării. În aceste condiții, evident că persoana fizică care desfășoară în mod independent o activitate comercială va solicita să-i fie aplicabile dispozițiile legii insolvenței persoanei fizice și nu cele ale Legii nr. 85/2006 care nu-i permit o reorganizare a activității comerciale. Cum proiectul de lege nu condiționează aplicabilitatea procedurii de desfășurarea sau nu de către persoana fizică a unei activități comerciale, ci utilizează doar noțiunea de persoană fizică, este discutabilă inaplicabilitatea proiectului și cu privire la comerciantul persoană fizică.

La art. 3, lit. d) din proiect este definită noțiunea de „debitor” ca fiind „persoana fizică, simplu particular, precum și persoana fizică ce exercită, individual sau în asociere cu alte persoane fizice, una sau mai multe profesii.” Nici această definiție a noțiunii de debitor nu exclude comerciantul persoană fizică din sfera de aplicabilitate a procedurii insolvenței private. Dimpotrivă, distincția dintre persoana fizică văzută ca simplu particular și persoana fizică ce desfășoară individual sau în asociere cu alte persoane fizice una sau mai multe profesii, creează posibilitatea aplicării procedurii și comerciantului care astfel poate beneficia de procedura reorganizării, nefiind obligat a se supune procedurii simplificate, procedură ce presupune intrarea debitorului în faliment fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație.

În condițiile în care legea insolvenței persoanei fizice conferă posibilitatea parcurgerii procedurii reorganizării, comerciantul persoană fizică va fi tentat să apeleze la aceste dispoziții legale, încercând a se sustrage de la dispozițiile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței care nu îi permite o reorganizare a activității. Cu toate acestea, în situația în care va fi adoptată Legea insolvenței persoanei fizice, apreciem că legea aplicabilă comercianților personae fizice este Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

În dreptul german insolvența persoanei fizice este reglementată atât în Insolvenzordnung, legea cu caracter general, aplicabilă atât persoanelor juridice cât și persoanelor fizice care desfășoară în mod obișnuit o activitate comercială, cât și

în legea cu caracter special, Verbraucherinsolvenz, respectiv insolvența consumatorului.¹⁶ Aceasta din urmă lege se aplică tuturor persoanelor fizice care nu desfășoară nicio activitate comercială sau acelor persoane care desfășoară doar ocazional o activitate comercială. Prin urmare, persoanelor juridice, asociațiilor fără personalitate juridică și comercianților persoane fizice li se va aplica legea generală. De remarcat este faptul că, aplicându-i-se comerciantului persoană fizică legea generală, acesta are posibilitatea de a parcurge procedura reorganizării judiciare.

Legea germană a insolvenței consumatorului prevede în mod expres persoanele care au acces la această procedură. Astfel, potrivit art. 304, legea se aplică persoanelor fizice care nu desfășoară o activitate comercială la data formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței și care nu au desfășurat niciodată o astfel de activitate. În situația în care debitorul a desfășurat anterior formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței o activitate comercială, lui i se vor aplica dispozițiile legii insolvenței consumatorului dacă are mai puțin de 20 de creditori și dacă nu există nicio pretenție cu privire la plata drepturilor salariale sau a altor drepturi născute în baza raporturilor de muncă. În caz contrar, dacă nu sunt îndeplinite aceste condiții, debitorul va fi obligat să parcurgă procedura prevăzută de legea generală, adică procedura aplicabilă societăților comerciale.

Prin urmare, considerăm utilă definirea exactă a persoanelor cărora li se aplică proiectul privind insolvența persoanei fizice, tocmai pentru a nu ajunge în situația ca uneia și aceleași persoane, aflate în aceeași situație (starea de insolvență) să i se aplice două legi diferite, care însă, prevăd modalități distincte de aplicare a procedurii.

4. Definiția insolvenței. Cauzele insolvenței

Proiectul legii privind procedura insolvenței persoanei fizice definește la art. 3 lit. a) insolvența ca fiind „imposibilitatea debitorului de a acoperi datoriile sale bănești exigibile, fie datorită supra-îndatorării, fie datorită lipsei de lichidități”. Observăm deci o nouă definiție a insolvenței față de cea prevăzută în Legea nr. 85/2006 care definește la art. 3 pct. 1 insolvența ca fiind „acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile.”

Astfel, inițiatorul proiectului de lege privind insolvența persoanei fizice consideră că există două cauze pentru imposibilitatea debitorului de a plăti datoriile sale bănești exigibile, și anume: supra-îndatorarea și lipsa lichidităților. Noțiunea de „supra-îndatorare” o întâlnim și în legislația germană sub denumirea de „Überschuldung”, cauză de deschidere a procedurii insolvenței, alături de imposibilitatea de a achita datoriile bănești exigibile¹⁷ și iminenta imposibilitate de a achita datoriile bănești exigibile. Art. 19, alin. (2) din legea germană a insolvenței definește noțiunea de supra-îndatorare



ca fiind acea situație în care averea debitorului nu poate acoperi obligațiile pecuniare existente.

Prin urmare, supra-îndatorire reprezintă de fapt insolabilitatea, adică starea de dezechilibru financiar a patrimoniului unui debitor care se caracterizează prin aceea că valoarea elementelor de pasiv este mai mare decât aceea a elementelor de active. Dacă potrivit Legii nr. 85/2006, insolvența, prezumată sau iminentă, reprezenta unica cauză care determina aplicarea procedurii insolvenței, proiectul de lege privind insolvența persoanelor fizice aduce cu sine o nouă cauză a insolvenței, respectiv, insolabilitatea debitorului.

În literatura de specialitate se face distincția netă între noțiunea de insolvență și cea de insolabilitate. Astfel, s-a arătat că insolabilitatea este o stare a patrimoniului în care pasivul întrece activul, în timp ce insolvența este o stare de dezechilibru financiar bazată pe lipsa de lichidități, pe lipsa de credit a comerciantului.¹⁸ Așadar, insolvența nu se caracterizează prin existența unui pasiv patrimonial mai mare decât activul patrimonial, ci printr-o lipsă a fondurilor bănești necesare pentru acoperirea datoriilor exigibile.¹⁹

Potrivit Legii nr. 85/2006 aplicarea procedurii de insolvență este independentă de raportul dintre activul și pasivul patrimonial, procedura insolvenței putând fi aplicată și unui debitor, aflat în insolvență, chiar dacă pasivul nu depășește activul. Astfel, dacă un comerciant nu mai are în patrimoniul său suficiente elemente de activ pentru a-și achita datoriile, el nu va fi supus în mod automat procedurii insolvenței, acesta având posibilitatea de a obține surse de finanțare care îi permit să dispună de lichiditățile necesare pentru plata datoriilor scadente. Solvabilitatea sau insolabilitatea debitorului nu este determinantă pentru a deschide procedura insolvenței reglementată de către Legea nr. 85/2006.

Astfel, existența insolvenței nu presupune existența prealabilă sau simultană a insolabilității, prima fiind independentă de cea de-a doua, astfel că insolvența există chiar dacă activul patrimonial depășește pasivul patrimonial.²⁰ Totodată, dacă pasivul patrimonial întrece activul patrimonial, însă debitorul este în măsură să achite datoriile exigibile, deși există insolabilitate, nu există insolvență. Aceasta deoarece pe creditorii debitorului insolubil (deci nu insolvent) nu îi interesează dacă valoarea activelor depășește valoarea pasivelor patrimoniului debitorului, atâta timp cât debitorul își onorează datoriile existente.²¹

(continuare în numărul viitor)

Note

¹ A se vedea <http://eur-lex.europa.eu>;

² În Germania, numărul firmelor care și-au anunțat falimentul a scăzut semnificativ, iar, începând cu anul 2006 a crescut numărul persoanelor fizice care și-au declarat incapacitatea de plată;

³ V. Beissenhirtz, *Die Insolvenzanfechtung in Deutschland und England*, Europäischer Verlag der Wissenschaften Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, pag. 31;

⁴ A. G. Atanasiu, *Bankruptcy, Insolvency, Deconfiture – concepte juridice de business*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 6 din 2009;

⁵ A. G. Atanasiu, A. Ș. Rățoi, *Despre tratamentul supraîndatoririi simplilor particulari. Deconfitură vs. insolvență*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 7 din 2007;

⁶ G. Guțu, *Dicționar latin român*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1983, pag. 281;

⁷ C. Predoiu, *Considerații privind noțiunile de activitate bancară și credit bancar*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 6 din 2003;

⁸ A. G. Atanasiu, A. Ș. Rățoi, *Despre tratamentul supraîndatoririi simplilor particulari. Deconfitură vs. insolvență*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 7 din 2007;

⁹ Gh. Piperea, *În așteptarea unei legi importante: legea privind insolvența persoanelor fizice*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 8 din 2009;

¹⁰ La punctul 9 din preambulul Regulamentului CE nr. 1346/2000 al Consiliului se arată că prezentul regulament ar trebui să se aplice procedurilor de insolvență, indiferent dacă debitorul este o persoană fizică sau o persoană juridică, un comerciant sau o persoană particulară;

¹¹ C. B. Nász, *Deschiderea procedurii insolvenței*, Ed. C.H.Beck, București, 2009, pag. 562;

¹² A. Miff, *Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1 din 2007;

¹³ Potrivit art. 1, alin. (2) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, „procedura simplificată prevăzută de prezenta lege se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență, care se încadrează în una dintre următoarele categorii:

comercianți, persoane fizice, acționând individual; asociații familiale;

debitorii care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinesc una din următoarele condiții:

nu dețin niciun bun în patrimoniul lor;

actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; administratorul nu poate fi găsit;

sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;

d.) debitorii care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1), care nu au prezentat documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a)-f) și h) în termenul prevăzut de lege;

e.) societățile comerciale dizolvate anterior formulării cererii introductive;

f.) debitorii care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment sau care nu sunt îndreptățiți să beneficieze de procedura de reorganizare judiciară prevăzută de prezenta lege;

¹⁴ G. Ripert, R. Robolt, *Traite de droit commercial*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, pag. 849;

¹⁵ J. Mestre, M-E Pancrazi, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 26-ed, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2003, pag. 824;

¹⁶ C. Kohn-Löffelmann, *Insolvenzanfechtung in Europa. Vergleich der Anfechtungsvorschriften von Deutschland, der Schweiz und Frankreich*, Ed. Dr. Kovac, Hamburg, 2008, pag. 43;

¹⁷ Jurisprudența germană a statuat că societatea se află în imposibilitatea de a achita datoriile bănești exigibile atunci când aceasta nu poate într-un termen de cel mult trei săptămâni să achite cel puțin 90% din datoriile exigibile. În această situație, societatea debitoare este obligată să solicite deschiderea procedurii insolvenței;

¹⁸ N. Țândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, București, 2000, pag. 32;

¹⁹ I. Adam, C. N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pag. 35;

²⁰ Într-adevăr, este posibil ca valoarea elementelor active ale patrimoniului debitorului să depășească cu mult valoarea elementelor pasive, și totuși, datorită lipsei de lichidități, debitorul să fie în imposibilitate de a-și plăti datoriile ajunse la scadență. În acest caz, debitorul se află în insolvență, deși patrimoniul său este solvabil;

²¹ Chiar și în situația în care pasivul patrimonial întrece activul patrimonial, debitorul poate să achite datoriile exigibile pe care le are față de creditorii prin contractarea unor credite bancare cu ajutorul cărora poate onora datoriile exigibile, evitând astfel intrarea în insolvență

CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE ÎN NOUL COD CIVIL

(Partea a II-a)

Drd Alexandra Safta
Notar public

(urmare din nr. 34/2010)

Obligația de a transmite proprietatea bunului sau dreptul vândut

După cum am arătat deja, deși transmiterea proprietății va intra, în viitor, în conținutul unei obligații instituite în sarcina vânzătorului, prin dispozițiile art. 1674 această obligație tocmai este goliță de conținut („proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă”).

În această ordine de idei, rămâne totuși în puterea vânzătorului să facă ceva doar în următoarele cazuri:

1. La vânzarea lucrului altuia, vânzătorul trebuie să-și procure bunul ce face obiectul vânzării sau să obțină consimțământul proprietarului la vânzare. Deși, după cum am precizat anterior, și în această situație translația proprietății se produce de drept, potrivit art.1674, iar acțiunea care i se cere vânzătorului nu este cea de a transfera proprietatea ci de a crea premisele pentru ca aceasta să se transfere prin efectul legii.

2. La vânzarea de imobile, dobânditorul devine proprietar (sau titularul unui alt drept real) odată cu înscrierea dreptului său în registrele de publicitate imobiliară¹.

3. Dacă părțile prin convenția lor leagă transmiterea dreptului de o acțiune a vânzătorului (de exemplu predarea bunului).

Obligația de predare a lucrului vândut nu suferă o schimbare legislativă semnificativă. Putem astfel identifica în art. 1685 și următoarele principalele repere avute în vedere în reglementarea anterioară, astfel cum au fost ele decantate de-a lungul timpului prin filtrul doctrinei și jurisprudenței: predarea și a accesoriilor bunurilor, regula genera non pereunt, locul predării, modul predării, starea bunului.

Identificăm cu caracter de noutate conceptualizarea etapei de predare-primire ca o procedură elaborată, în care rolurile vânzătorului și cumpărătorului se succed secvențial. Astfel, la preluare, cumpărătorul trebuie să verifice imediat starea bunului potrivit uzanțelor (art. 1690). Dacă în urma verificării sunt descoperite vicii, cumpărătorul trebuie să îl informeze pe vânzător despre acestea fără întârziere. Această prevedere se referă la viciile aparente, iar nu la cele ascunse. Omisiunea cumpărătorului de a reclama viciile aparente constatate naște prezumția legală că vânzătorul și-a executat întocmai obligația de predare.

În cazul în care cumpărătorul contestă calitatea sau starea bunului pe care vânzătorul i l-a pus la dispoziție, și, am adăuga

noi, vânzătorul nu primește această contestație și nu remediază lipsurile invocate, oricare din părți poate apela la instanța de judecată. Președintele judecătoriei de la locul prevăzut pentru executarea obligației de predare, la cererea oricăreia dintre părți, va desemna de îndată un expert în vederea constatării. Prin aceeași hotărâre se poate dispune sechestrarea sau depozitarea bunului. Dacă păstrarea bunului ar putea aduce mari pagube sau ar ocaziona cheltuieli însemnate, se va putea dispune chiar vânzarea pe cheltuiala proprietarului, în condițiile stabilite de instanță. Hotărârea de vânzare va trebui comunicată înainte de punerea ei în executare celeilalte părți sau reprezentantului său, dacă unul dintre aceștia se afla într-o localitate situată în circumscripția judecătoriei care a pronunțat hotărârea. În caz contrar, hotărârea va fi comunicată în termen de 3 zile de la executarea ei (art. 1691).

Dacă plata prețului nu a fost făcută concomitent cu încheierea contractului, fiind afectată de un termen, vânzătorul este apărât de insolvabilitatea cumpărătorului prin posibilitatea de a suspenda obligația de predare până la prezentarea unor garanții îndestulătoare. Această protecție nu îi este recunoscută vânzătorului care a contractat cunoscând starea de insolvabilitate a cumpărătorului, decât dacă aceasta s-a agravat în mod substanțial (art. 1694).

Reglementarea obligației de garanție pentru evicțiune în noul cod este asemănătoare cu cea existentă în prezent până la identitate, cu un plus de coerență dat de valorificarea soluțiilor doctrinei și jurisprudenței în materie.

Cu caracter de noutate găsim posibilitatea pentru cumpărător de a înlătura el însuși evicțiunea, prin plata unei sume de bani sau transferul proprietății asupra altui bun în beneficiul terțului evingător (art. 1704). Cumpărătorul păstrează intact dreptul său de recurs împotriva vânzătorului, care se poate libera de garanție prin rambursarea către cumpărător a sumei plătite cu dobânda legală calculată de la data plății, iar în al doilea caz prin plata valorii bunului dat, precum și, în ambele cazuri, a tuturor cheltuielilor aferente.

În ce privește pierderea de către cumpărător a garanției în cazul în care a recunoscut dreptul terțului evingător fără hotărâre judecătorească sau a omis să-l cheme în garanție pe vânzător, legea așează sarcina probei după cum urmează (art. 1705):

- dacă a fost pronunțată o hotărâre intrată în puterea lucrului judecat prin care s-a recunoscut dreptul terțului evingător, iar cumpărătorul nu l-a chemat în garanție pe vânzător, dreptul la garanție se pierde dacă **vânzătorul**

dovedește că existau motive suficiente pentru a se respinge cererea;

- dacă a recunoscut dreptul terțului fără judecată, pentru a nu pierde dreptul la garanție, **cumpărătorul** trebuie să dovedească faptul că nu existau motive suficiente pentru a împiedica evicțiunea.

Obligația de garanție contra evicțiunii este indivizibilă între debitori (art.1697). Problema indivizibilității se pune fie atunci când au fost mai mulți transmițători, fie când unicul transmițător a decedat lăsând în urmă mai mulți succesori cu vocație universală.

Dreptul la garanția contra evicțiunii se transmite subdobânditorilor, astfel că vânzătorul este obligat să garanteze contra evicțiunii față de orice dobânditor subsecvent al bunului, fără a deosebi după cum dobândirea este cu titlu oneros ori cu titlu gratuit (art. 1706). Condițiile de angajare a răspunderii trebuie să fie îndeplinite în raport cu prima vânzare, doar de efectele aplicării garanției contra evicțiunii va beneficia subdobânditorul, iar nu co-contractantul celui răspunzător.

Ne aflăm în fața legiferării unui nou tip de acțiune directă, de natură contractuală, recunoscut și conceptualizat și în doctrina și jurisprudența franceză, cu motivația că dreptul la garanție este accesoriu lucrului și se transmite odată cu acesta, de la un proprietar la altul². Aceasta scutește ultimul subdobânditor din lanț de inconvenientele acțiunii pe teme delictual. Litigiul dintre cel ce invocă garanția și cel obligat la ea se tranșează în conformitate cu clauzele ce guvernează contractul prin care acesta din urmă, în calitate de transmițător, a transferat dreptul către următorul dobânditor din lanț, înțelegând prin aceasta clauze de exonerare sau limitare, excepții de neexecutare etc. Sunt lipsite de relevanță în acest demers condițiile particulare în care cel ce invocă garanția a dobândit de la autorul său.

Art. 1707 din noul Cod civil este fidel definițiilor doctrinare și formulării vechiului cod, astfel încât caracterizează viciile ascunse ca fiind acele defecte „care fac bunul vândut impropriu întrebuințării la care este destinat sau care îi micșorează în asemenea măsură întrebuințarea sau valoarea încât, dacă le-ar fi cunoscut, cumpărătorul nu ar fi cumpărat sau ar fi dat un preț mai mic”.

Elementul de noutate îl constituie clarificarea exigenței după care se apreciază posibilitatea cumpărătorului de a descoperi viciile, astfel încât va fi considerat ascuns acel viciu care la data contractării nu poate fi descoperit de către un cumpărător prudent și diligent fără a fi nevoie de asistență de specialitate (art 1707 alin.2).

Pe cale de consecință, nu este ascuns și nu poate atrage angajarea răspunderii vânzătorului acel viciu pe care cumpărătorul îl cunoștea la încheierea contractului sau de care putea să se convingă acționând prudent și diligent, fără asistența unui specialist³. În literatura juridică s-a făcut distincția între verificarea pe care o face bunului un profan și cea pe care o face un specialist (angajat de cumpărător, sau chiar cumpărătorul cu cunoștințe în domeniu), precizându-se că într-o astfel de situație ar exista o adevărată prezumție simplă de cunoaștere a existenței viciilor⁴. Însă de lege lata (și ne referim aici la noul cod) caracterul ascuns al viciului se raportează la un model abstract de persoană prudentă și diligentă, fiind indiferent dacă în concret cumpărătorul depășește sau nu în exigență sau cunoștințe acest standard. Sub imperiul vechii dar încă actuale reglementări această distincție prezenta importanță întrucât

trebuia stabilit dacă „cumpărătorul a putut singur să se convingă” de vicii.

Garanția pentru vicii ascunse nu se datorează în cazul vânzărilor silite (art. 1707 alin. 5). Deși diferența față de reglementarea anterioară nu pare substanțială, în trecut, excluderea garanției în „vânzările publice” a permis exonerarea de răspundere chiar și atunci când vânzarea a fost făcută prin licitație publică nu în mod impus, ci prin alegerea vânzătorului. Doctrina⁵ a arătat că problema apare dintr-o inadecvată traducere a textului din franceză, care se referă de fapt la vânzările făcute sub autorizarea justiției.

Unul dintre aspectele salutare întâlnite în noua și viitoarea reglementare civilă îl constituie clarificarea regimului neconformității lucrului vândut. Tematica asupra căreia doctrina și jurisprudența franceză sunt de mult timp scindate a suscitat în literatura juridică un interes proporțional cu frecvența cu care în practică sunt deduse judecății spețe din această materie⁶.

În dreptul francez, potrivit teoriei conformității funcționale, obligațiile vânzătorului nu se limitează la garanția pentru viciile ascunse ale lucrului vândut, dar îi impune de asemenea să livreze un lucru conform cu uzul căruia îi este destinat, și care corespunde întocmai scopului urmărit de cumpărător⁷, pe când viciul ascuns este caracterizat drept o anomalie, o maladie a lucrului vândut, cu aspect patologic⁸. Regimul juridic distinct al acțiunilor prin care se sancționează încălcarea obligației de predare și viciile ascunse au determinat încercări asidue de a găsi diferențele specifice între cele două instituții, care s-au soldat pentru o parte a jurisprudenței în concluzia că: „există o veritabilă prezumție de viciu ascuns care apare de fiecare dată când lucrul livrat nu dă satisfacție” și în acest caz acțiunea în garanție apare ca acțiune prioritară.

Încă dinainte de adoptarea noului Cod civil autorul român mai sus citat anticipează faptul că „într-un viitor nu foarte îndepărtat, predarea neconformă și garanția pentru vicii ascunse vor fi probabil reunite într-un regim juridic comun”, însă acest regim nu e cel al răspunderii, cum sugerează textul citat, ci este cel al viciilor ascunse.

În concluzie, iată care sunt instituțiile cu potențial ridicat de confuzie pe care le reglementează textele codului civil:

1. Viciile aparente, care își găsesc sediul materiei în secțiunea referitoare la obligația de predare, sunt acele vicii sesizabile pe loc, în urma unei verificări „potrivit uzanțelor” (art. 1690). Lipsurile pot ține de calitatea sau starea bunului și, dacă părțile nu au o viziune concordantă asupra existenței respectivelor deficiențe, pot sesiza instanța de judecată pentru soluționarea acestui dezacord, conform art. 1691;
2. Viciile ascunse, care sunt o categorie ce s-a păstrat, în privința descrierii, concordantă cu vechea reglementare;
3. Nonconformitatea lucrului (art. 1714¹⁰), caracterizată prin faptul că bunul vândut nu corespunde calităților convenite de părți. Deși tentația există de a asimila neconformitatea cu viciile aparente, remarcăm că acestea din urmă se referă la „calitatea” bunului (care se apreciază prin compararea cu bunuri de același gen) iar art. 1714 se referă la „calitățile”, în sensul de însușiri ce caracterizează un lucru și îl fac să se încadreze într-o anumită specie de bunuri. O aplicație particulară întâlnim în cazul vânzării după mostră¹¹, când conformitatea se raportează la mostra/modelul prezentat, întrucât vânzătorul garantează că aceleași calități se regăsesc și la bunul vândut. Lipsa de conformitate a bunului se va

rezolva în viitor potrivit regulilor privind garanția contra viciilor ascunse.

Procedura de denunțare a viciilor, prevăzută în art. 1709, prezintă următoarele caracteristici:

Scurtarea termenelor legale de denunțare a viciilor: 3 luni pentru construcții și 2 luni pentru celelalte bunuri

Termenele încep cu curge de la data descoperirii sau, dacă apariția viciului este graduală, din ziua în care cumpărătorul își dă seama de gravitatea și întinderea viciului (se pare că intenția a fost ca această posibilitate să se aprecieze în concret cu privire la persoana cumpărătorului, iar nu la o persoană cu o diligență medie)

Posibilitatea pentru părți de a alege alte termene (chiar și mai scurte)

Eliminarea termenului maxim în care viciile trebuie constatate

Întârzierea în denunțarea viciilor nu expune cumpărătorul la pierderea garanției, ci la amenințarea cu plata de daune-interese pentru prejudiciul suferit de vânzător din cauza nedeunțării sau denunțării cu întârziere a viciilor

Inaplicabilitatea acestor termene dacă viciul a fost ascuns cu viclenie.

Garanția pentru buna funcționare (art. 1716-1718)

Sosită în dreptul civil pe filiera dreptul consumului (ramură de drept a cărei existență nu este unanim recunoscută în țara noastră) și nou introdusă în materia reglementării vânzării-cumpărării, această obligație este expresia sofisticării societății și implicit a lucrurilor ce se transmit prin mijlocirea contractului de vânzare. Dacă în perioada veche oricine știa cam cât timp te poți folosi de un cal și că durata vieții sale este supusă inevitabilului morții dar și hazardului, în prezent durata vieții unei mașini este ceva despre care ne așteptăm să ne informeze vânzătorul și care depinde mult de tot ceea ce a făcut producătorul pentru a-i imprima caracteristicile fiabilității și calității.

Astfel, în afară de garanția contra viciilor ascunse, vânzătorul care a garantat pentru un timp determinat buna funcționare a bunului vândut este obligat, în cazul oricărei defecțiuni ivite înăuntrul termenului de garanție, să repare bunul pe cheltuiala sa (art. 1.716). Reparația bunului reprezintă conținutul obligației legale de garantare pentru buna funcționare.

Cu titlu subsidiar, dacă reparația este imposibilă sau de lungă durată (adică depășește termenul stabilit de părți, de o eventuală lege specială sau, în lipsa termenului de 15 zile stabilit de cod), vânzătorul trebuie să înlocuiască bunul vândut. Dacă înlocuirea nu se produce într-un termen rezonabil, potrivit cu împrejurările, cumpărătorul poate cere, și obține, restituirea prețului în schimbul înapoierii bunului.

Cele trei moduri de reparare a prejudiciului suferit de cumpărător nu sunt alternative iar cumpărătorul nu poate alege sau determina alegerea unei modalități din cele trei. Mai mult, prin abstențiune, vânzătorul ar putea el determina care din variante primește eficiență. De exemplu, vânzătorul ar putea avea interes în a restitui prețul, dacă la epoca vânzării cumpărătorul a plătit un preț discountat („ofertă specială”), iar el ar putea obține înlocuirea produsului defect de către producător și apoi printr-o vânzare ulterioară să obțină un preț mai mare decât cel din vânzarea inițială.

Garanția nu va fi datorată dacă vânzătorul dovedește că defecțiunea s-a produs din pricina modului nepotrivit în care cumpărătorul a folosit sau a păstrat bunul. Comportamentul cumpărătorului se apreciază și luându-se în considerare

instrucțiunile scrise care i-au fost comunicate de către vânzător (art. 1717). Sub sancțiunea decăderii din dreptul de garanție, cumpărătorul trebuie să comunice defecțiunea de îndată ce a descoperit-o și, în orice caz, înainte de împlinirea termenului de garanție (art. 1718).

Două sunt deci obligațiile cumpărătorului pentru a putea beneficia de această garanție: utilizarea bunului în conformitate cu instrucțiunile producătorului, fapt ce se prezumă prin efectul legii (prezumție simplă) și invocarea promptă a garanției.

Conform art. 1721 din noul Cod civil, cumpărătorul unui bun producător de fructe civile sau naturale este dator a plăti dobânzi asupra prețului din ziua dobândirii proprietății (indiferent de faptul predării, căci fructele i se cuvin deja, în calitate de proprietar). Dacă bunul nu produce fructe, dar îi procură alte foloase, cumpărătorul datorează dobânzi la prețul neplătit din ziua predării. În acest caz, dies interpellat pro homine, prevederea legală având drept scop evident acela de a asigura un echilibru în cele două părți contractante.

Un alt caz de punere de drept în întârziere îl găsim în cuprinsul art. 1725, în materie de vânzare de bunuri mobile. În primul caz, cumpărătorul este pus în întârziere cu privire la ambele obligații (plata prețului și preluarea bunului) dacă nu a executat nici una din acestea la scadență. În ipoteza specială în care bunurile mobile sunt supuse deteriorării rapide sau unor dese schimbări de valoare¹², cumpărătorul e de drept pus în întârziere pentru obligația neexecutată, chiar dacă a executat-o pe cealaltă (deci dacă a plătit și nu a ridicat, tot e în întârziere cu obligația de preluare)

Pentru protecția sa, vânzătorul poate, în lipsa executării de cumpărător a obligațiilor sale, să depună bunul mobil în depozit, la dispoziția și pe cheltuiala acestuia, sau să-l valorifice.

Valorificarea apare ca o formă de executare coactivă, procedură care până în prezent nu era recunoscută decât în materia vânzării cumpărării comerciale.

Vânzarea se va face într-un mod controlabil, la licitație publică sau pe prețul curent dacă lucrul are un preț legal, la bursă sau curent (pentru a evita fraudarea intereselor cumpărătorului, care sunt chiar contrare vânzătorului), iar cumpărătorul va fi înștiințat. Vânzătorul are dreptul de a primi diferența dintre prețul pe care ar fi trebuit să-l obțină și cel realizat prin a doua vânzare, precum și daune interese.

În mod similar poate proceda și cumpărătorul, achiziționând de pe piață bunuri de același gen, pe cheltuiala vânzătorului, prin intermediul unei persoane autorizate.

Art. 1727 se referă la o ipoteză specială de rezoluțiune, în care vânzătorul neplătit care a predat bunul poate, în cel mult 15 zile de la data predării, să declare rezoluțiunea fără punere în întârziere și să ceară restituirea bunului mobil vândut, cat timp bunul este încă în posesia cumpărătorului și nu a suferit transformări. Acest articol trebuie citit în contextul întregii economii a Codului civil. Astfel, potrivit art. 2339, creanța vânzătorului neplătit pentru prețul bunului mobil vândut unei persoane fizice se bucură de un privilegiu mobilier, care se menține până la înstrăinarea, transformarea sau pieirea bunului. De aici vin dispozițiile alin. 2 ale art. 1727, care arată că dacă acțiunea în restituire nu a fost introdusă în condițiile stabilite de acesta, vânzătorul nu mai poate opune celorlalți creditori ai cumpărătorului efectele rezoluțiunii ulterioare a contractului pentru neplata prețului.

Un caz special este recunoscut și în materia vânzării imobiliare, prin art. 1728. Cu toate că denumirea marginală a articolului este „un caz special de rezoluțiune”, în realitate textul se referă la faptul că cumpărătorul poate executa în mod valabil și liberator plata și dacă, neachitând la termen el se află deja în întârziere, cu condiția să nu-i fi parvenit declarația de rezoluțiune.

Varietăți de vânzare

În materia vânzării pe gustate, în plus față de regulile statornicite în vechea reglementare, art. 1682 stabilește că termenul în care potențialul cumpărător trebuie să manifeste agreementul pentru bunurile gustate este cel convenit, cel statornicit prin uzanțe, sau, în lipsa lor, un termen de 30 de zile. Din moment ce legea face trimitere la termenul „convenit” iar vânzarea nu este încă perfectă, înțelegem că se prefigurează existența unei convenții separate, anterioare vânzării. Aceasta nu ar putea fi un antecontract, întrucât ar fi afectat tot de o condiție pur potestativă, și deci fără efect. Ea prezintă caracteristicile unui pact de opțiune, cumpărătorul păstrându-și intacta facultatea de a alege dacă să intre sau nu în raporturi contractuale cu vânzătorul.

Prin excepție, tăcerea cumpărătorului valorează consimțământ la vânzare dacă bunul este în posesia cumpărătorului și termenul la care ne-am referit anterior a expirat fără ca acesta să adopte o atitudine expresă,

Vânzarea cu opțiune de răscumpărare reintră în legalitate odată cu punerea în aplicare a noului Cod civil. Caracteristica ei esențială rezidă în faptul că este afectată de o condiție rezolutorie prin care vânzătorul își rezervă dreptul de a răscumpăra bunul sau dreptul transmis cumpărătorului, într-un anumit termen, care nu poate fi mai mare de 5 ani¹³. Dacă părțile au stipulat un termen mai lung, acesta se reduce de drept la 5 ani. Dacă termenul se împlinește fără ca opțiunea să fie exercitată, vânzarea se consolidează retroactiv.

Legiuitorul instituie totuși o măsură care să prevină deturarea acestei forme de vânzare către cămătărie: „vânzarea cu opțiune de răscumpărare este nulă în măsura în care diferența dintre prețul răscumpărării și prețul plătit pentru vânzare depășește nivelul maxim stabilit de lege pentru dobânzi”.

Pentru exercitarea opțiunii, vânzătorul trebuie să restituie cumpărătorului: prețul, cheltuielile pentru încheierea contractului de vânzare, taxele pentru îndeplinirea formalităților de publicitate, cheltuielile cu ridicarea și transportul bunului, cheltuielile necesare și cheltuielile utile în limita sporului de valoare.

Vânzătorul care intenționează să exercite opțiunea de răscumpărare trebuie să îi notifice pe cumpărător, precum și pe orice subdobânditor căruia dreptul de opțiune îi este opozabil și fata de care dorește să își exercite acest drept.

Consemnarea sumelor de bani se face la dispoziția cumpărătorului sau a celui din urmă subdobânditor, în termen de o lună de la data notificării, sub sancțiunea decăderii din dreptul de a exercita opțiunea.

Prin excepție de la efectul retroactiv al împlinirii condiției, vânzătorul va fi ținut să respecte locațiunile consimțite de proprietarul sub condiție rezolutorie, însă nu pe o perioadă mai lungă de 3 ani de la momentul exercitării opțiunii.

Vânzarea moștenirii este reglementată distinct de noul cod sub forma unui act solemn, ce trebuie încheiat în formă autentică sub sancțiunea nulității absolute (art. 1747).

Succesibilul poate să indice care sunt bunurile cuprinse în masa succesorală la care are vocație, sau poate înstrăina dreptul la moștenire fără a-i determina conținutul concret. Art. 1748 prevede că în acest din urmă caz, vânzătorul garantează numai calitatea sa de moștenitor, mai puțin în cazul în care părțile au înlăturat expres și această garanție.

Potrivit art. 1750, dacă nu s-a convenit altfel, cumpărătorul este ținut să ramburseze vânzătorului sumele plătite de acesta din urma pentru datoriile și sarcinile moștenirii, precum și sumele pe care moștenirea i le datorează acestuia din urma. Putem concluziona deci că legea permite și scindarea activului de pasiv și înstrăinarea să aibă ca obiect doar activul, iar pasivul să rămână în sarcina succesibilului.

Cu toate acestea, art. 1751 prevede că vânzătorul rămâne răspunzător pentru datoriile moștenirii vândute. Însă prin dobândirea drepturilor succesoriale, moștenitorii (nu și legatarii cu titlu particular) primesc o fracțiune sau o universalitate din patrimoniul autorului lor, deci inclusiv pasivul, pentru care răspund *ultra vires hereditates* sau *intra vires hereditatis* și *cum viribus*, după cum au optat. Din întreg ansamblul reglementării analizate, rezultă că ceea ce se înstrăinează este această universalitate (mai puțin dacă părțile convin în alt sens). Atunci ce sens ar mai avea regula din art. 1751? Singura explicație logică ar fi instituirea unei răspunderi solidare în sarcina moștenitorului vânzător, menită să apere interesele creditorilor moștenirii.

Obiectul vânzării îl constituie tot ceea ce a rămas după decujus, fructele culese, precum și sumele de bani și bunurile ce înlocuiesc bunuri din moștenire. Din universalitate sunt excluse doar bunurile de familie (înscrisurile sau portretele de familie, decorațiile sau alte asemenea bunuri, care nu au valoare patrimonială însemnată, dar care au pentru vânzător o valoare afectivă). Dacă însă acestea au valoare patrimonială însemnată, pentru a le păstra vânzătorul trebuie să și le rezerve expres sau să achite prețul lor la data vânzării (o precizare destul de vagă, căci ele nu au fost prețuite distinct din moment ce sunt parte din universalitate, iar dacă nu e vorba de prețul consimțit de părți, despre care preț ar putea fi vorba?).

În materia cesiunii de drepturi litigioase, noutatea constă în faptul că legiuitorul din 2009 a renunțat la instituția retractului litigios, recunoscând (fără a sancționa) și în materie civilă posibilitatea de a cumpăra drepturi litigioase în scop speculativ.

Pe lângă re-instituirea caracterului constitutiv de drepturi al înscrierilor în cartea funciară, noua reglementare conține în art. 1741-1745 prevederi speciale referitoare la vânzarea de imobile. Dintre aceste prevederi, cele referitoare la tranșarea situațiilor în care se vinde o suprafață de teren cu determinarea prețului pe metru pătrat iar la măsurarea suprafața rezultă a fi diferită sunt preluate din deja bine-cunoscutul cod actual.

Caracter de noutate are însă art. 1742:” Atunci când se vinde, cu un anumit preț pe unitatea de măsură, o anumită suprafață dintr-un teren mai mare, a cărei întindere sau amplasare nu este determinată, cumpărătorul poate cere strămutarea proprietății numai după măsurarea și delimitarea suprafeței vândute.” O astfel de reglementare se cerea cu necesitate, întrucât dacă strămutarea proprietății nu are loc decât prin înscrierea dreptului în cartea funciară, iar cartea funciară are ca obiect drepturi tabulare ce poartă asupra unor terenuri identificate prin număr cadastral unic, iar numărul cadastral se alocă numai după identificarea prin coordonate a terenului, fără măsurătoare și delimitare înscrierea este imposibilă.

Vânzarea lucrului altuia primește o reglementare expres, în care se consacră caracterul rezolubil al acesteia¹⁴. Critica ce i se aducea, și anume că ea ar putea fi admisă doar dacă vânzarea ar da naștere unei obligații de a transfera proprietatea, a fost dezavuată prin introducerea unei noi obligații în sarcina vânzătorului.

Astfel că, dacă la data încheierii contractului asupra unui bun individual determinat, acesta se află în proprietatea unui terț, contractul este valabil, iar vânzătorul este obligat să asigure transmiterea dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător. Obligația vânzătorului se consideră ca fiind executată fie prin dobândirea de către acesta a bunului, fie prin ratificarea vânzării de către proprietar, fie prin orice alt mijloc, direct ori indirect, care procură cumpărătorului proprietatea asupra bunului.

Dacă din lege sau din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul dobândirii bunului de către vânzător sau al ratificării contractului de vânzare de către proprietar.

Neexecutarea obligației din conținutul acestui contract dă loc unei cereri de rezoluțiune a contractului, însoțită de restituirea prețului, precum și, dacă este cazul, daune-interese.

Situația se rezolvă asemănător și atunci când un coproprietar a vândut bunul proprietate comună și ulterior nu asigură transmiterea proprietății întregului bun, cu recunoașterea însă pentru cumpărător a posibilității de a opta pentru reducerea prețului proporțional cu cota-parte pe care nu a dobândit-o.

Singur cel ce a încheiat contractul cunoscând că bunul nu aparține în întregime vânzătorului nu poate să solicite rambursarea cheltuielilor referitoare la lucrările autonome sau voluptuare, căci pentru el vânzarea are caracter aleatoriu.

Vânzarea cu plata prețului în rate și rezerva proprietății

Vânzarea cu plata prețului în rate reprezintă o noutate pentru codul civil român. Cu toate acestea, el nu constituie o figură juridică nouă pentru practică.

La vânzare cu plata prețului în rate, transferul proprietății este amânat până la achitarea integrală a prețului, fiind deci afectat de o condiție suspensivă care trebuie să fie îndeplinită până la un anume termen limită. Obligația cumpărătorului este garantată cu rezerva dreptului de proprietate; însă, riscul bunului este transferat cumpărătorului de la momentul predării acestuia.

Legiuitorul a stabilit și un prag minim legal în limitele căruia întârzierea în executare se consideră acceptabilă și nu se sancționează cu rezoluțiunea. Potrivit art. 1756, în lipsa unei înțelegeri contrare, neplata unei singure rate, care nu este mai mare de o optime din preț, nu dă dreptul la rezoluțiunea contractului, iar cumpărătorul păstrează beneficiul termenului pentru ratele succesive.

Când a avut loc rezoluțiunea contractului pentru neplata prețului, vânzătorul este ținut să restituie toate sumele primite, dar este îndreptățit să rețină, pe lângă alte daune-interese, o compensație echitabilă pentru folosirea bunului de către cumpărător. Atunci când s-a convenit ca sumele încasate cu titlu de rate să rămână, în tot sau în parte, dobândite de vânzător, instanța va putea totuși reduce aceste sume, aplicându-se în mod corespunzător dispozițiile referitoare la reducerea de către instanță a cuantumului clauzei penale.

Aceeași posibilitate de ingerință a instanței în contract este recunoscută și în cazul contractului de leasing, precum și al

celui de locațiune, dacă, în acest ultim caz, se convine ca la încetarea contractului proprietatea bunului să poată fi dobândită de locatar după plata sumelor convenite.

Note:

ART. 1.676: „În materie de vânzare de imobile, strămutarea proprietății de la vânzător la cumpărător este supusă dispozițiilor de carte funciara” și art. 885. alin. 1: „Sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciara se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciara, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea.”

² F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque – *op.cit.*, p. 299

³ A cunoaște defectul nu înseamnă doar a cunoaște existența lui, ci și înțelegerea gravității lui. A se vedea Guy Stanislas – *Le droit de resolution dans le contrat de vente (etude de droit suisse)*, Librairie de l'Universite Georg&Cie, 1979, Geneva, p. 111

⁴ D. Chirică – *op.cit.*, p. 410-411

⁵ *Idem*, p. 403

⁶ Pentru o abordare exhaustivă a temei, a se vedea D. Chirică – *op.cit.*, p. 344 și urm.

⁷ Christian Atias - *L'équilibre renaissant de la vente*, Recueil Dalloz 1993 p. 1, www.dalloz.fr

⁸ Thomas Clay - *Vices cachés et défaut de conformité dans la vente*, Recueil Dalloz 1994 p. 546, www.dalloz.fr

⁹ D. Chirică - *op.cit.*, p. 346

¹⁰ Noul cod civil prevede în art. 1714 că "dispozițiile privitoare la garanția contra viciilor ascunse se aplică și atunci când bunul vândut nu corespunde calităților convenite de către părți".

¹¹ Art. 1715: "În cazul vânzării după mostră sau model, vânzătorul garantează că bunul are calitățile mostrei sau modelului."

¹² Nu credem că termenul ales e cel mai fericit, căci valoarea se păstrează de la o zi la alta dacă bunul nu se deteriorează, iar ceea ce se schimbă este prețul la care bunul poate fi valorificat, acesta fiind dependent de jocul cererii și ofertei care se modifică mereu

¹³ Vânzarea cu pact de răscumpărare a fost explicată și recurgându-se la teoria formării progresive a contractelor: "Considerăm consimțământul la înstrăinare al proprietarului bunului ca fiind emis doar provizoriu (în "embrion"), urmând să se maturizeze - sau nu - în intervalul pentru care operează clauza de răscumpărare. Vânzătorul bunului poate oricând pune capăt formării vinderii, prin declanșarea așa-zisei "răscumpărări", redevenind proprietar deplin și putând urmări bunul în mâinile oricui s-ar afla, inclusiv la un terț." - Juanita Goicovici, *Rezerva contractuală potestativă - un posibil surogat pentru noțiunea condiției potestative*, în "Studia Universitatis Babeș-Bolyai" nr. 2/2007, p. 33-57. Deși în prezent legiuitorul arată în mod expres că mecanismul vânzării cu pact de răscumpărare funcționează pe baza condiției rezolutorii, am considerat de interes să prezentăm și această teorie, în contextul în care ea se bazează pe împrejurarea că din însăși denumirea acestui tip de contract rezultă că e vorba de două vânzări: o vânzare și o răscumpărare. Ori această denumirea ce induce în eroare a fost păstrată și în prezent...

¹⁴ Considerând inutil să mai enumerăm aici toate lucrările relevante din perioada anterioară (având în vedere faptul că toți autorii de drept civil au ales să își exprime opinia, îmbrățișând o teorie sau chiar inovând), facem trimitere la un articol redactat după publicarea noului Cod și care prezintă sintetic toate conceptele, precum și actuala reglementare: Florina Morozan - *Orientări privind vânzarea lucrului altuia*, în Studii și cercetări juridice europene, vol I, Ed. Wolters Kluwert, Timișoara, 2010, p. 384-393

Dimensiunea juridică a spațiului Schengen



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

În prima decadă a lunii decembrie a anului 2010, s-a desfășurat încă o etapă a evaluării tehnice la care a fost supusă România, în vederea dobândirii statutului de stat membru al spațiului Schengen, spațiu în cadrul căruia peste 400 milioane de cetățeni din 25 state, având 42673 km de frontiere maritime și 7721 km de frontiere terestre, beneficiază de libera circulație a persoanelor.

1. Evoluții de natură istorică și conceptuală

La 14 iunie 1985, 5 state (Germania¹, Belgia, Franța, Luxemburg și Olanda²), membre (întâmplător sau nu) ale Comunităților Europene (la acea vreme), au semnat, la Schengen³ un Acord care și-a propus drept obiectiv principal eliminarea, în mod progresiv, a controalelor la frontierele comune și realizarea unui regim de liberă circulație pentru toți cei care sunt beneficiari ai prevederilor Acordului.

Acordul reprezintă rezultatul dezbaterilor organizate la începutul anilor '80, dezbateri care au urmărit definirea liberei circulații a persoanelor și, mai mult decât atât, clarificarea semnificației unei astfel de libertăți la nivelul statelor membre ale Uniunii Europene. Contextul în care a apărut această problemă îl constituie faptul că o parte dintre statele membre ale Comunităților Europene apreciau că libera circulație a persoanelor, ca principiu, se aplică în exclusivitate propriilor cetățeni, ceea ce presupune menținerea controalelor la frontiere pentru a deosebi cetățenii statelor membre de cetățenii altor state, nemembre, în timp ce, potrivit altor opinii, de libera circulație trebuie să beneficieze și alte persoane, decât proprii cetățeni și, în consecință, controlul la frontiere trebuie înlăturat. De precizat este și faptul că referirea la libera circulație a persoanelor în spațiul Uniunii Europene are o dublă semnificație, și anume: pe de o parte, reprezintă una dintre cele patru libertăți fundamentale ale UE, în temeiul căreia oricare cetățean al unui stat membru al UE are dreptul de a-și stabili reședința oriunde pe teritoriul statelor membre ale UE, pentru a exercita o activitate salariată și, pe de altă parte, această libertate

are în vedere eliminarea controalelor la frontiere atât pentru persoanele fizice, cât și pentru persoanele juridice.

Nereușind să se ajungă la o înțelegere, la nivelul Comunităților, 5 din cele 12 state membre, în anul 1985, au hotărât să instituie între ele un teritoriu fără frontiere, prin semnarea Acordului, rămas în istorie sub denumirea de Acordul Schengen.

Demn de reținut este și faptul că, deși, inițial, s-a dorit ca Acordul Schengen să fie un instrument juridic internațional la care să devină părți toate statele membre ale Comunităților Europene, în realitate, acesta a îmbrăcat forma unui tratat internațional multilateral, negociat, semnat și intrat în vigoare potrivit normelor dreptului internațional public, nefiind, astfel, guvernat de dreptul comunitar (al Uniunii Europene, în prezent). Altfel spus, Acordul Schengen este un tratat internațional care nu face parte din *acquis-ul comunitar/al Uniunea Europeană*. Este rezultatul unei cooperări interguvernamentale, specifice fostului pilon al III-lea al Uniunii Europene, și anume „Justiție și afaceri interne”. Acesta este motivul pentru care, anterior, menționam faptul că cele 5 state fondatoare erau și state membre ale Comunităților Europene, însă Acordul nu a fost semnat în calitate de state membre ale unei organizații internaționale, ci în calitate de state suverane, care pot încheia înțelegeri. Prin caracterul său de tratat specific domeniului cooperării polițienești și judiciare în materie penală, la acest Acord poate adera orice stat european, sub condiția îndeplinirii criteriilor convenite.

Ulterior semnării și intrării în vigoare a Acordului Schengen, a fost negociată și semnată⁴ Convenția de punere în aplicare a acestuia. Convenția reprezintă temeiul juridic care a făcut posibilă eliminarea controalelor la frontierele interne ale statelor părți și înființarea unei frontiere externe unice, ce reprezintă, de altfel, locul în care sunt realizate controalele la intrarea în spațiul Schengen, în conformitate cu o procedură uniformă. Putem spune, fără a greși, că intrarea în vigoare a Convenției de punere în aplicare a Acordului Schengen, în anul 1995, reprezintă punctul de la care statele membre ale Uniunii Europene au conștientizat necesitatea elaborării și adoptării unor norme comune în

materie de vize, drept de azil și control la frontierele externe pentru a permite libera circulație a persoanelor pe teritoriile statelor părți la Acordul Schengen, fără a se aduce atingere ordinii publice. Acesta este motivul pentru care, în anul 1997, odată cu semnarea Tratatului de la Amsterdam, domeniile precizate (vize, azil, control la frontierele externe) au fost integrate acquis-ului comunitar⁶, devenind, astfel, parte a legislației obligatorii a Uniunii Europene.

Libera circulație a persoanelor, potrivit normelor Schengen, este realizată, inclusiv, prin adoptarea și punerea în aplicare a unor măsuri, numite măsuri compensatorii, deoarece acestea își propun coordonarea serviciilor de poliție și a autorităților judiciare pentru a menține securitatea internă a statelor membre, în general, și pentru lupta împotriva criminalității organizate, în special. În aceste circumstanțe a fost înființat Sistemul de Informații Schengen (SIS) – o bază de date care permite autorităților responsabile din statele membre Schengen să schimbe date în legătură cu anumite categorii de persoane și bunuri.

În prezent, spațiul Schengen cuprinde majoritatea statelor membre ale UE. Italia a devenit membră la 27 noiembrie 1990, Spania și Portugalia la 25 iunie 1991, Grecia la 6 noiembrie 1992, Austria la 28 aprilie 1995, Danemarca, Finlanda și Suedia la 19 decembrie 1996, iar Republica Cehă, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Ungaria, Malta, Slovenia și Slovacia au intrat în zona Schengen la 21 decembrie 2007. Aceștia li se adaugă Liechtenstein și Elveția. În ceea ce privește Bulgaria, Cipru și România acestea nu fac parte din spațiul Schengen, fapt pentru care, în prezent, între aceste state și cele, deja, membre sunt menținute controalele la frontiere până în momentul în care Consiliul va decide că sunt îndeplinite cerințele pentru a putea fi suspendate.

În ceea ce privește Regatul Unit și Irlanda, aceste două state, potrivit Protocolului anexat Tratatului de la Amsterdam, își pot asuma, în tot sau în parte, acquis-ul Schengen, după votul unanim al statelor părți la Acord, în cadrul Consiliului și al reprezentantului Irlandei sau Regatului Unit, după caz.

În martie 1999, Regatul Unit a solicitat raportarea sa la mai multe domenii care se circumscriu normelor Schengen, și anume: cooperarea polițienească și judiciară în materie penală, lupta împotriva stupefiantelor și Sistemul de Informații Schengen. Cererea a fost aprobată în anul 2000⁷.

În iunie 2000, Irlanda a cerut, de asemenea, asumarea aplicării aceluiași dispoziții ale acquis-ului Schengen ca și Marea Britanie, cerere aprobată în anul 2002⁸.

Retrospectiv privind, observăm că, începând cu anul 1954, țările nordice au format Uniunea Nordică a Pașapoartelor, Uniune care prevedea realizarea unei zone fără restricții de circulație pentru Islanda, Danemarca, Suedia, Finlanda și Norvegia. După ce Danemarca, Suedia și Finlanda au intrat în spațiul Schengen, Norvegia și Islanda au fost nevoite să încheie un acord cu statele membre Schengen pentru a menține Uniunea Nordică a Pașapoartelor. Drept urmare, Norvegia a încheiat cu Uniunea Europeană un acord de asociere la zona Schengen, în anul 1999. Din aceste considerente, Acordul de asociere încheiat permite Norvegiei să ia parte la elaborarea legislației privind implementarea, punerea în aplicare și dezvoltarea ulterioară a acquis-ului Schengen⁹.

2. Conținutul Acordului Schengen

Ca instrument juridic, Acordul Schengen se întemeiază pe mai multe considerente, dintre care le amintim, cu titlu de exemplu pe următoarele: progresele înregistrate în cadrul Comunităților Europene în vederea asigurării liberei circulații a persoanelor, a mărfurilor și a serviciilor; necesitatea consolidării solidarității între popoarele statelor membre ale Comunităților Europene, prin înlăturarea obstacolelor din calea liberei circulații la frontierele comune dintre Statele Uniunii Vamale a Benelux-ului, Republicii Federale Germania și Republicii Franceze; obiectivitatea efortului de amplificare a raporturilor dintre popoarele statelor membre ale Comunităților Europene prin intermediul liberei treceri a frontierelor interne pentru resortisanții lor, respectiv a liberei circulații a mărfurilor și a serviciilor; dorința de a elimina controlul frontierelor comune.

Acordul are în structura sa 2 titluri și 33 de articole: Titlul I (articolele 1-16), denumit „Măsuri aplicabile pe termen scurt” și Titlul II (articolele 17-33) destinat „Măsurilor aplicabile pe termen lung”.

Analizând art. 1 al Acordului, observăm că acesta face referire la formalitățile care trebuie îndeplinite la frontierele comune, formalități care au în vedere documentele ce trebuie întocmite pentru derularea procedurilor urmate de către resortisanții statelor membre ale Comunităților Europene. Acestea sunt supuse condițiilor de fond și formă prevăzute în cuprinsul Acordului.

În accepțiunea Acordului, conceptul de frontieră comună include frontierele comune existente între statele Uniunii Vamale Benelux, Republicii Federale Germania și Republicii Franceze.

Noțiunea de resortisant¹⁰, în înțelesul Acordului, se referă la persoanele fizice și juridice, având cetățenia, respectiv naționalitatea statelor membre ale Uniunii Europene.

Potrivit celui de-al doilea articol, „forțele de poliție și autoritățile vamale vor exercita, începând cu 15 iunie 1995, o simplă supraveghere vizuală a vehiculelor de turism ce trec frontiera comună cu viteză redusă, fără oprirea acestora”.

În art. 5 se arată că, înainte de 1 ianuarie 1986, se vor înființa birouri de control naționale, suprapuse. După această dată, se va examina posibilitatea de a se introduce puncte de control grupate la anumite puncte de frontieră, luându-se în considerare condițiile locale existente.

În ceea ce privește politica în domeniul vizelor, în art. 7 se prevede faptul că „că părțile își vor coordona activitatea pentru a evita consecințele negative ce pot fi provocate de diminuarea controlului la granițele comune cu privire la imigrație și securitate”.

Articolele 8-10 reprezintă principalul sediu al materiei cu privire la acțiunea împotriva traficului ilicit de stupefiante și de arme, lupta împotriva criminalității, împotriva intrării și rămânerii ilegale a persoanelor pe teritoriul acestor state, împotriva fraudei fiscale și vamale și a contrabandei.

Controlul transportului transfrontier al mărfurilor pe autostrăzi este reglementat de art. 11 al Acordului. Articolul prevede că, înainte de 1 ianuarie 1986, Părțile își vor coordona regimurile de autorizare a transportului rutier profesional în vigoare, pentru circulația transfrontieră, urmărind drept obiectiv pe acela cu privire la simplificarea, facilitarea și posibilitatea de a substitui licențelor pentru o cursă licențele pentru o perioadă de timp cu control vizual la trecerea frontierelor comune.

Titlul al II-lea, denumit, în mod sugestiv, – „Măsurile aplicabile pe termen lung” – cuprinde: dispozițiile cu privire la circulația persoanelor (art. 17); analiza rezultatelor măsurilor luate pe termen scurt (art. 18); dispozițiile privind coordonarea legislațiilor și a politicilor statelor membre (art. 19 și 20); inițiativele comune în cadrul Comunității Europene (art. 21 stipulează faptul că Părțile vor lua inițiativa în cadrul Comunității Europene pentru a obține perceperea unitară în țara de plecare a TVA-ului pentru prestările de transport turistic în interiorul Comunității Europene); obiectivele pe termen lung urmărite de către Părți.

În Acordul Schengen, se prevede că acesta intră în vigoare la 30 de zile după depunerea ultimului instrument de ratificare sau de aprobare. Depozitarul Acordului este Guvernul Marelui Ducat de Luxemburg.

3. Convenția de aplicare a Acordului Schengen

Mecanismele de aplicare a Acordului Schengen au presupus, și presupun încă, faptul că, în plan intern, este necesar ca statele să adopte măsuri de natură legislativă, în funcție de dispozițiile propriilor legi fundamentale. La nivel comunitar, s-a semnat Convenția de aplicare a Acordului de la Schengen (1990)¹¹. Cu acest prilej, au fost formulate 6 declarații comune, la următoarele articole: art. 4 cu privire la controlul personal și al bagajelor de mână, la aeroportul pe care au venit din exterior, al pasagerilor unui zbor pornit dintr-un stat terț; art. 71 par. 2 referitor la prevenirea și stoparea prin măsuri administrative și penale a exportului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope; art. 121 cu trimitere la renunțarea, în semn de respect față de dreptul comunitar, la controalele și la prezentarea de certificate fitosanitare pentru anumite vegetale și produse vegetale; art. 132 cu privire la Comitetul executiv și la politicile naționale în materie de azil; art. 139 cu privire la ratificarea, aprobarea sau acceptarea și intrarea în vigoare a Convenției.

Complementar Actului final al Convenției de aplicare a Acordului Schengen, Părțile Contractante au adoptat o *declarație comună* și au luat notă de *declarațiile unilaterale* ale Republicii Federale Germania și ale Regatului Belgiei.

Potrivit *declarației comune*, „Guvernele părților contractante ale Acordului Schengen încep sau continuă discuțiile, în special în următoarele domenii: îmbunătățirea și simplificarea practicilor în materie de extrădare; îmbunătățirea cooperării privind acțiunile în justiție în cazul infracțiunilor de circulație rutieră; măsurile pentru recunoașterea reciprocă a pierderii dreptului de a conduce autovehicule; posibilitățile de aplicare reciprocă a amenziilor; adoptarea normelor privind transferurile reciproce de acțiuni penale, inclusiv posibilitatea de transferare a unei persoane acuzate în țara sa de origine; introducerea de norme privind repatrierea minorilor care au fost scoși în mod ilegal de sub autoritatea persoanei însărcinate cu exercitarea autorității părintești și continuarea simplificării controalelor în materie de circulație comercială a mărfurilor”.

Declarațiile Republicii Federale Germania cu privire la interpretarea Convenției fac trimitere, pe de o parte, la faptul că aceasta (Convenția) a fost încheiată din perspectiva unificării celor două state germane, subliniind că Republica Democrată Germană nu este o țară străină în raport cu Republica Federală Germania. Prin urmare, art. 136 nu se aplică în relațiile dintre Republica Federală Germania și Republica Democrată Germană. Pe de altă parte, se menționează că această Convenție nu va aduce atingere măsurilor convenite în schimbul de scrisori ger-

mano-austriac din 20 august 1984 pentru simplificarea controalelor la frontierele comune pentru resortisanții celor două state. Măsurile trebuie, însă, aplicate cu luarea în considerare a imperativelor de securitate și din domeniul imigrației ale părților contractante Schengen, astfel încât aceste facilități să fie în practică restrânse la resortisanții austrieci.

În ceea ce privește Declarația Regatului Belgiei cu privire la art. 67, reținem că, în conformitate cu aceasta, procedura care se va aplica pe plan intern pentru transferul executării hotărârilor penale străine nu va fi cea specificată în dreptul belgian pentru transferul între state al persoanelor condamnate, ci mai degrabă o procedură specială care se va stabili în momentul ratificării prezentei Convenții.

La data semnării Convenției, miniștrii și secretarii de stat prezenți, au adoptat o declarație comună. Potrivit declarației, „având în vedere riscurile în domeniile securității și imigrației ilegale, miniștrii și secretarii de stat subliniază necesitatea unor controale eficiente la frontierele externe, în conformitate cu principiile uniforme prevăzute la art. 6. Pentru aplicarea acestor principii uniforme, părțile contractante trebuie, în mod special, să promoveze armonizarea metodelor de lucru în materie de control și supraveghere a frontierelor. În plus, Comitetul executiv examinează toate măsurile necesare pentru instituirea unor controale uniforme și eficiente la frontierele externe și pentru aplicarea lor în practică. Măsurile includ acele acțiuni care să facă posibilă constatarea circumstanțelor în care un resortisant dintr-un stat terț a intrat pe teritoriul părților contractante, aplicarea de proceduri similare pentru a refuza intrarea, elaborarea unui manual comun pentru responsabilii cu supravegherea frontierelor și încurajarea unui nivel echivalent de control al frontierelor externe prin schimburi și vizite de lucru comune”.

Totodată, la data semnării Convenției, miniștrii și secretarii de stat au luat cunoștință despre decizia Grupului Central de Negociere de a constitui un grup de lucru având următorul mandat: de a informa Grupul Central de Negociere înainte de intrarea în vigoare a Convenției despre toate circumstanțele care influențează, în mod semnificativ, domeniile acoperite de convenție și intrarea acesteia în vigoare, în special despre progresul realizat în armonizarea actelor cu putere de lege în privința unificării celor două state germane; de a se consulta reciproc cu privire la impactul pe care armonizarea și circumstanțele menționate îl pot avea asupra aplicării Convenției; de a elabora măsuri practice din perspectiva circulației străinilor exceptați de la obligativitatea vizei și de a înainta propuneri, anterior intrării în vigoare a Convenției, pentru armonizarea procedurilor de efectuare a controlului persoanelor la viitoarele frontiere externe.

4. Sistemul de Informații Schengen (SIS)

După cum am precizat anterior, în cadrul sistemului Schengen a fost elaborat, în temeiul Titlului IV din Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen, un sistem de informații care permite autorităților naționale responsabile cu controlul la frontiere și controlul jurisdicțional din statele membre să obțină informații cu privire la persoane și bunuri. SIS este o interconexiune de fișiere naționale formată din date comune care sunt în permanență completate și consultate de către autoritățile din statele membre. Cu alte cuvinte, Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen autorizează introducerea de date numai cu privire la anumite categorii de persoane și bunuri.

Astfel, în ceea ce privește persoanele, Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen face trimitere la următoarele categorii¹²: indivizii căutați pentru extrădare; persoanele împotriva cărora a fost emis un mandat european de arestare; resortisanții țărilor terțe declarați inadmisibili pe teritoriul național; persoanele declarate dispărute, în special minorii și persoanele care necesită supraveghere discretă și un control special. Convenția limitează datele înscrise în SIS, în sensul că pot fi înregistrate numai informațiile cu privire la starea civilă, semnele fizice particulare și mențiunea, eventual, dacă o persoană este înarmată, violentă sau a evadat. Este interzisă înscrierea unor informații care fac trimitere la originea rasială, opiniile politice, convingerile religioase, starea de sănătate sau viața sexuală.

În ceea ce privește bunurile, Convenția menționează că pot fi înscrise în SIS: autovehicule cu o capacitate cilindrică ce depășește 50 centimetri cubi care au fost furate, însușite ilegal sau pierdute; remorcile și rulotele cu o greutate, fără a fi încărcate, care nu depășește 750 kg, care au fost furate, însușite ilegal sau pierdute; armele de foc care au fost furate, însușite ilegal sau pierdute; documentele oficiale în alb care au fost furate, însușite ilegal sau pierdute; documentele de identitate eliberate (pașapoarte, cărți de identitate, permise de conducere) care au fost furate, însușite ilegal sau pierdute și bancnotele (suspecte). Din anul 2005¹³ acestor bunuri li s-au adăugat și următoarele: ambarcațiunile, avioanele, titlurile de călătorie, documentele de înmatriculare, precum și mijloacele de plată.

Statele membre furnizează informații acestui sistem prin intermediul rețelelor naționale (N-SIS) conectate la un sistem central (C-SIS).

Prin intermediul rețelelor naționale (N-SIS), care sunt disponibile 24 de ore din 24, sunt furnizate informații complementare necesare bunei funcționări a întregului sistem informațional Schengen, fără să fie nevoie de intervenția sistemului central.

C-SIS reprezintă elementul central al sistemului și constituie suportul tehnic al acestuia, neavând rolul de a stoca informații, ci misiunea de a intermedia schimbul de informații.

Sistemul de informații este completat cu o rețea cunoscută sub denumirea de SIRENE¹⁴, ceea ce reprezintă, nimic altceva, decât interfața umană a SIS¹⁵. Misiunea sa este aceea de a primi și transmite informațiile complementare necesare datelor informatice introduse în cadrul SIS, precum și a de a asista utilizatorii SIS. Birourile SIRENE sunt coordonate între ele prin intermediul unui sistem de telecomunicații protejat, denumit SISNET, sistem care este operațional din anul 2001. Legătura între birourile SIRENE se realizează, în special, pe cale telefonică. Mesajele scrise sunt de două tipuri, și anume: texte libere și formulare standard¹⁶.

Obiectivele SIS sunt menținerea ordinii și securității publice, precum și aplicarea dispozițiilor privind libera circulație a persoanelor.

Gestionarea fluxurilor migratoare reprezintă un alt obiectiv al SIS, deși acest aspect nu este menționat, în mod explicit, în cuprinsul Convenției. Obiectivul în cauză a devenit realitate odată cu adoptarea, de către statele membre, la 28 februarie 2002, a unui plan global privind lupta împotriva imigrației clandestine și a traficului de ființe umane, dar și a unui plan de acțiune cu privire la gestionarea frontierelor externe, la 13 iunie 2002¹⁷.

SIS dispune de o bază de date comune, care se caracterizează printr-o „arhitectură specifică”¹⁸. Este vorba despre un sistem în care accesul este restricționat și protejat, categoriile celor care au acces sunt limitate, iar procedura de consultare a sa face obiectul unei legislații complexe și stricte. Statele membre au creat un organism, denumit Autoritatea de Control Comună, Autoritate ce are drept misiune supravegherea bunei aplicări a normelor privind protejarea datelor.

Potrivit Convenției de punere în aplicare a Acordului Schengen, numai statele membre au dreptul să interogheze SIS prin intermediul autorităților naționale competente însărcinate cu controlul la frontiere și cu verificarea identității pe teritoriul național. De asemenea, au acces la SIS, și serviciile naționale care au ca atribuții eliberarea vizelor, dar competența lor se limitează numai în ceea ce privește informațiile referitoare la cetățenii statelor terțe declarați ca fiind neadmisibili pe teritoriul statului respectiv.

Funcționarea SIS presupune, în mod obligatoriu, crearea unui organism însărcinat cu supravegherea bunei aplicări a regulilor Convenției cu privire la datele având caracter personal¹⁹.

În temeiul art. 115 din Convenție, a fost constituită o Autoritate Comună de Control, responsabilă cu supravegherea funcției de suport tehnic a Sistemului de Informații Schengen. Autoritatea este formată din câte doi reprezentanți ai fiecărei autorități naționale de control. Fiecare parte contractantă dispune de un vot, iar supravegherea se face în conformitate cu dispozițiile Convenției pentru punerea în aplicare a Acordului Schengen, ale Convenției Consiliului European din 28 ianuarie 1981 privind protecția persoanelor în legătură cu prelucrarea automată a datelor cu caracter personal, ținând seama de Recomandarea nr. R (87) 15 din 17 septembrie 1987 a Comitetului de Miniștri al Consiliului European care reglementează utilizarea datelor cu caracter personal în activitatea poliției și în conformitate cu legislația internă a părții contractante ce răspunde de funcția de suport tehnic. În ceea ce privește funcția de suport tehnic a Sistemului de Informații Schengen, Autoritatea Comună de Control are sarcina de a verifica dacă dispozițiile prezentei Convenții sunt aplicate în mod corespunzător. În acest scop, ea are acces la funcția de suport tehnic. Autoritatea Comună de Control răspunde, de asemenea, de examinarea dificultăților de aplicare sau interpretare care pot apărea în timpul funcționării Sistemului de Informații Schengen, de studierea problemelor care se pot ivi în timpul exercitării supravegherii independente de către autoritățile naționale de control ale părților contractante ori în timpul exercitării dreptului de acces la sistem, ca și de elaborarea de propuneri armonizate pentru identificarea de soluții comune la problemele existente.

Cu privire la obligațiile părților, menționăm faptul că, potrivit art. 118 din Convenție, fiecare parte contractantă se angajează, în legătură cu secțiunea sa națională din Sistemul de Informații Schengen, să adopte măsurile necesare pentru: a împiedica accesul persoanelor neautorizate la echipamentele de prelucrare a datelor cu caracter personal (controlul accesului la echipamente); a împiedica citirea, copierea, modificarea sau eliminarea suportului de date în mod neautorizat (controlul suportului de date); a împiedica introducerea neautorizată de date și inspectarea, modificarea sau ștergerea neautorizată a datelor cu caracter personal în timpul transmiterii de date cu caracter personal sau în timpul transportului de suporturi de date (controlul transportului).

Articolul 119 din Convenție precizează, referitor la costurile de instalare și utilizare a funcției de suport tehnic, inclusiv costul liniilor care conectează secțiunile naționale ale Sistemului de Informații Schengen la funcția de suport tehnic, acestea (costurile) sunt suportate în comun de către părțile contractante. Totodată, costurile instalării și utilizării secțiunii naționale din Sistemul de Informații Schengen sunt suportate de către fiecare parte contractantă în parte.

5. Aderarea României la spațiul Schengen. Aspecte generale

Procesul de aderare a României la spațiul Schengen a început, încă din anul 2002, odată cu transmiterea, de către Guvernul României Conferinței pentru aderarea țării noastre la Uniunea Europeană, a Documentului de poziție aferent capitolului 24 - Justiție și Afaceri Interne (JAI), care a avut anexat Planul de acțiune Schengen, Plan elaborat la solicitarea statelor, deja, membre, la acea vreme, ale Uniunii Europene. Planul de Acțiune Schengen a fost monitorizat și actualizat, anual, astfel încât, la data aderării la UE (1 ianuarie 2007), România a îndeplinit criteriile minimale pentru aplicarea Convenției semnate la Schengen la 19 iunie 1990 de punere în aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune (Convenția Schengen)²⁰. Comisia Europeană a transmis României Poziția Comună asupra Documentului de Poziție pe Capitolul 24 care conținea o evaluare a situației țării noastre cu privire la preluarea acquis-ului în domeniul JAI și o serie de observații și solicitări adresate autorităților române. Referitor la acquis-ul Schengen, precizăm faptul că România l-a acceptat în totalitate, fără a negocia perioade de tranziție.

Procesul de evaluare Schengen constă în verificarea îndeplinirii condițiilor necesare acquis-ului Schengen. Acest lucru presupune ca statul candidat să demonstreze capacitatea sa de a îndeplini cerințele acquis-ului Schengen uniform, corect, consistent și eficient. Evaluarea Schengen este în responsabilitatea Grupului de Lucru Evaluare Schengen din cadrul Consiliului UE. Referitor la etapele parcurse de către țara noastră, reținem următoarele²¹:

- transmiterea Declarației de pregătire a declanșării procesului de evaluare Schengen²²;
- transmiterea, de către Uniunea Europeană, a unui chestionar care conținea întrebări detaliate despre toate aspectele relevante pentru implementarea și aplicarea prevederilor Schengen Categoriei II;
- completarea de către România a chestionarului și transmiterea acestuia către Consiliul Uniunii Europene;
- derularea vizitelor de evaluare, solicitarea de răspunsuri suplimentare, chestionare etc. Domeniile supuse vizitelor de evaluare sunt: controlul frontierei; vizele, cooperarea polițienească; implementarea Sistemului de Informații Schengen și protecția datelor cu caracter personal;
- redactarea raportului privind stadiul de pregătire pentru aplicarea prevederilor Categoriei II. Acest raport include recomandări pentru corectarea sau îmbunătățirea aspectelor mai puțin satisfăcătoare.

În prezent, România face eforturi susținute pentru îndeplinirea tuturor cerințelor pentru ca, în luna martie a anului 2011, să poată primi acordul tuturor statelor membre de a participa la spațiul Schengen, în calitate de membru.

Demersul, fiind unul strict științific, își propune să familiarizeze cititorul, mai mult sau mai puțin specializat, cu exigențele circumscrise dimensiunii juridice ale aderării la spațiul Schengen, mai precis cu toate acele condiții de natură tehnică pe care fiecare stat membru al Uniunii Europene, ca subiect de drept internațional, trebuie să le îndeplinească. În acest fel, apreciem că analiza poate fi obiectivă, justificând o poziție sau alta cu privire la finalizarea acțiunilor destinate încadrării în etapele stabilite sau pentru amânarea unui astfel de demers.

Note:

- 1 Este vorba despre Republica Federală Germană.
- 2 Țările de Jos.
- 3 Localitate viticolă în Luxemburg, aflată la intersecția frontierei dintre Germania, Franța și Luxemburg, având o suprafață de 10,63 kmp și 1527 locuitori (în anul 2009). Schengen-ul a devenit foarte cunoscut tocmai datorită semnării acestui Acord de către reprezentanții celor 5 state, pe vasul Princesse Marie-Astrid care naviga pe râul Mosel.
- 4 La data de 19 iunie 1990.
- 5 În limbaj juridic, acest transfer din pilonul al III-lea în pilonul I - cel al Comunităților Europene, caracterizat, între altele, prin legislație obligatorie pentru toate statele membre, poartă denumirea de "comunitarizare".
- 6 Decizia 2000/365/CE a Consiliului din 29 mai 2000 privind solicitarea Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord de a participa la unele dintre dispozițiile acquis-ului Schengen.
- 7 Decizia 2002/192/CE a Consiliului din 28 februarie 2002 privind solicitarea Irlandei de a participa la unele dintre dispozițiile acquis-ului Schengen.
- 8 http://www2.norvegia.ro/About_Norway/Politica-extern/europe/schengen/
- 9 Referitor la această noțiune, menționăm faptul că Legea nr.157/2005, pentru ratificarea Tratatului de aderare a României la Uniunea Europeană, definește la art.3 resortisantul, noțiune ce corespunde celei menționate în Acordul Schengen.
- 10 Convenția de aplicare a Acordului Schengen a intrat în vigoare la 1 septembrie 1993.
- 11 Potrivit art. 94 alin. (3) din Convenție.
- 12 Potrivit art. 100 alin. (3) din Convenție.
- 13 În temeiul Deciziei din 24 februarie 2005.
- 14 Supplementary Information Request at the National Entry.
- 15 Sursa: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_fr.htm
- 16 http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/zoom_in/25_fr.htm
- 18 http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/zoom_in/25_fr.htm
- 19 Potrivit http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/zoom_in/25_fr.htm
- 20 În temeiul art. 108 din Convenție.
- 21 Potrivit <http://www.schengen.mai.gov.ro/index13.htm>
- 22 Potrivit <http://www.schengen.mai.gov.ro/index07.htm>
- 23 La data de 28 iunie 2007, România a transmis Declarația de Pregătire prin care a propus a doua jumătate a anului 2008 ca dată privind începerea procesului de evaluare pe 3 domenii: Cooperarea polițienească, Vizele și Protecția datelor.

NR : Articolul a fost primit la redacție în luna decembrie 2010