



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ **Poziția
creditorului
garantat**

pag. 7

■ **Reorganizarea
judiciară**

pag. 11

■ **Dreptul
insolvenței**

pag. 19

■ **Deschiderea
procedurii și
noul Cod civil**

pag. 26

Nr. 42, octombrie-decembrie 2012

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



9 771583 236001



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 42, octombrie - decembrie 2012

sumar

	pag.
❑ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI _____	3
❑ RUBRICA PRACTICIANULUI	
EXPUNERE PREZENTATĂ LA "ZIUA PROFESIILOR LIBERALE" _____	4
POZIȚIA CREDITORULUI GARANTAT _____	7
REORGANIZAREA JUDICIARĂ - STUDIU DE CAZ _____	11
❑ RUBRICA ANALISTULUI	
DREPTUL INSOLVENȚEI FIICA REBELĂ A DREPTULUI CIVIL (EP.5-8) _____	19
❑ RUBRICA MAGISTRATULUI	
CONDIȚIILE DESCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL _____	26

Editor
Mihai Dimonie

Consultanți științifici
prof. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)
av.lector univ.drd. Irina - Diana Deleanu (București)
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



De curând s-a desfășurat la București Congresul Uniunii. Ca orice congres electiv și acesta a avut o importanță deosebită, având ca obiectiv principal pe ordinea de zi alegerea organelor de conducere ale Uniunii și a organelor jurisdicționale.

Țin să exprim mulțumirile mele colegilor care mi-au acordat încrederea lor și m-au reales președinte pentru o perioadă de patru ani. De asemenea, țin să le mulțumesc pentru maturitatea de care au dat dovadă în alegerea membrilor noului consiliu național. Sper că nici eu și nici membrii CNC nu îi vom dezamăgi și vom continua să luptăm pentru binele profesiei în aceste vremuri deosebit de dificile, din toate punctele de vedere.

Când mă refer la vremuri dificile, mă gândesc la condițiile economice neprielnice în care ne desfășurăm activitatea, dar și la dificultățile pe care ni le crează unele organe ale administrației și în primul rând ANAF.

Toată lumea crede că această criză economico-financiară aduce practicienilor foarte mult de lucru și aceștia se bucură de o mare prosperitate. Este adevărat că avem mult de lucru, dar în ce privește prosperitatea, aceasta nu se prea simte. Este și normal să fie așa când piața este cum este, investitori nu prea sunt și nici nu se găsesc cu ușurință finanțatori pentru societățile aflate în reorganizare. Să sperăm însă că viitorul va fi mai puțin întunecat și că vom putea să spunem, cu adevărat, că este asigurată prosperitatea membrilor breslei.

Cât privește problema relației cu ANAF, Consiliul național de conducere a constatat, cu surprindere, că acest organ al administrației centrale a dispus înscrierea în cazierul judiciar al practicienilor în insolvență de fapte generate de nedeplinirea situațiilor financiare ale societăților aflate în procedura insolvenței. Însă ANAF nu a ținut seama de faptul că practicienii în insolvență

nu sunt reprezentanții societății, ci organ care aplică procedura aflat numai sub controlul judecătorului-sindic.

Va trebui să-i facem pe reprezentanții ANAF să înțeleagă cele de mai sus și să dispună să nu se mai ia astfel de măsuri împotriva practicienilor în insolvență, și acolo unde s-au luat să fie anulate. În cazul în care nu se vor lua astfel de măsuri, va trebui să găsim soluțiile legale corespunzătoare.

În acest sens am și făcut un prim pas prin înaintarea încă din luna septembrie a.c. către președintele ANAF a unei scrisori prin care am formulat punctul de vedere oficial și propunerile Uniunii, document semnat de către toți membri CNC. Mai mult, la începutul lui noiembrie a.c. am lansat conducerii ANAF o invitație la o întâlnire pentru discutarea soluțiilor de reglementare a situației.

În sfârșit, vreau să vă dau și o veste bună. A fost adoptată în Parlament legea de modificare a OUG nr. 86/2006 care cuprinde numeroase și importante prevederi noi. Printre cele mai importante sunt: înființarea Institutului Național pentru Pregătirea Practicienilor în Insolvență (INPPI) și crearea sistemului de instanțe disciplinare centralizate în localitățile în care se află curțile de apel.

În consecință, va fi necesar să organizăm un congres extraordinar pentru a aproba, potrivit legii, modificarea și completarea Statutului privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență, congres programat să aibă loc la Brașov, în data de 14 decembrie 2012.

Pentru că acesta este ultimul număr al revistei din anul 2012 îmi permit să vă urez, cu anticipație,

Sărbători Fericite și La mulți ani !

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR



Av. prof. univ. dr. Gheorghe Piperea
Prim-vicepreședinte UNPIR

Bună ziua stimați colegi,*

Voi începe prin a vă spune că sunt reprezentantul unei uniuni profesionale care este relativ tânără. Uniunea Nationala a Practicienilor in Insolventa din Romania (UNPIR), al carui prim-vicepresedinte sunt, s-a constituită în 1999, sub numele de UNPRL (Uniunea Nationala a Practicienilor in Reorganizare si Lichidare). Evoluția sa, atât ca importanță în societate cât și număr de persoane care o compun a fost realmente explozivă. Dacă în 1999 era o organizație de câteva sute de membri, la ora actuală vorbim de o organizație cu peste 3.500 de membri, din care peste 2.500 sunt compatibili, putind să exercite direct si efectiv această profesie. Este o activitate care este în centrul atenției în ultima vreme, atât datorită faptului că în criza economică numărul insolventelor a crescut exploziv, cit si pentru ca insolventa este in sine un scandal, iar job-ul practicianului in insolventa este acela de a gestiona un scandal. In plus, anul acesta companii importante pentru economia românească au intrat in insolventa, cea mai notorie fiind Hidroelectrica, companie din portofoliul statului despre care cei mai mulți dintre noi aveam ferma convingere că nu ar fi putut să intre în insolvență. Incă odată, dictonul *to big to let fail* s-a dovedit a fi fals. Băncile, chiar dacă au o expunere de peste 600 milioane de euro pe aceasta societate, nu au considerat necesar să-și ia garanții față de aceste societăți, mizând tocmai pe solvabilitatea dincolo de orice dubiu a acestei societati. De aceea, probabil ca aceasta insolventa a fost efectiv o surpriză pentru toată lumea. Pe de altă parte, după publicarea raportului asupra cauzelor insolventei, redactat de practicianul în

insolvență si aprobat de creditorii cu peste 99% din voturi, s-a descoperit că "realitatea" rapoartelor publice, a situațiilor financiare, auditate mai mult sau mai puțin corect, era coafata. Prin amploarea si dificultatea problemelor juridice si economice ale sale, acest caz Hidroelectrica poate fi calificat drept un caz "Lehman Brothers al României"; el va intra în istorie ca cel mai mare și mai surprinzător dosar de insolvență, în care se va fi dovedit cu prisosință rolul pregnant al practicianului în insolvență.

Această profesie, deși are în prezent peste 3.500 de membri, nu are totuși o cifră de afaceri foarte mare. O explicatie ar fi faptul ca în general ne ocupăm de lichidări. Din păcate, peste 96% din dosarele de insolventa sunt dosare de faliment (ceea ce înseamna înscrierea acelor companii pe drumul fără întoarcere al radierii din registru, a dispariției personalității juridice), iar lichidările nu se pot face inca în condițiile pe care piața ni le ofera, deoarece băncile, principalii creditorii, nu au încă reglementările interne necesare care să permită vânzarea activelor la prețul pe care îl poți obține din piață și nu la prețul dorit (echivalent cu evaluările interne ale bancilor). Cifra noastră de afaceri, de altfel, este si oscilanta, având în vedere că ea depinde mai degrabă de judecător, care aprobă distribuțiile, decât de înregistrările noastre contabile. La un număr de 35.000 de dosare aflate pe rolul instanțelor, este greu de evaluat activele care sunt "blocate" în aceste dosare, o să risc o cifră de 5 miliarde de lei. Avem însă o certitudine : avem peste 10 miliarde de lei masa credala, adica creanțe pretinse si acceptate ca valabile in dosarele de insolvență "blocați" în aceste

dosare. Avind în vedere că în ultima perioadă se recuperează în insolvența circa 250-300 milioane de euro pe an, s-ar putea spune că activitatea noastră nu este foarte eficientă. Dar aparentele înseală : nu trebuie să raportăm cifra totală de 10 miliarde la cei 250-300 milioane anuali, deoarece este vorba și de dosare de peste 10 ani vechime. Mai degrabă, criteriul corect de raportare ar fi totalul sumelor care pot fi obținute într-un an în dosarele de insolvență versus sumele care au fost efectiv obținute într-un an. În orice caz, aceste sume iau drumul conturilor creditorilor garanți: la bănci, în principal (și aici ar trebui să se facă o comparație între ceea ce obțin băncile prin procedurile proprii de colectare a creanțelor care aplică uneori executări silite versus ceea ce se obține din dosarele de insolvență) și la fisc (și aici ar trebui să se facă o comparație între ceea ce fiscul obține prin procedurile proprii de colectare a creanțelor versus ceea ce se obține din procedurile de insolvență). Nu sunt un om al cifrelor, dar știu că nu există asemenea statistici și sunt convins că eficiența modului în care se colectează aceste sume este mai mare în procedurile de insolvență. Spun acestea pentru un bun motiv și anume că aceste proceduri se caracterizează prin celeritate : legea obligă ca aceste proceduri de acoperire a creanțelor să fie derulate cu celeritate, deoarece, așa cum am spus, un dosar de insolvență este un dosar al unui scandal.

În principiu, administratorul judiciar sau lichidatorul, în general practicianul în insolvență, poate să fie orice persoană care are o activitate economică sau juridică de cel puțin trei ani de zile, statistic însă, în profesia noastră cei mai mulți practicieni în insolvență sunt juristi, pe locul doi fiind economiștii, dar sunt încă în profesia noastră și ingineri. Din câte știu, în țările Uniunii Europene, în special și țări ca Germania, această profesie de practician în insolvență este dedicată avocaților, ceea ce poate să însemne o opțiune, dar pe de altă parte poate să însemne și o restrângere, după părerea mea nejustificată, a accesului la aceasta activitate. Vreau să spun, cu mare acuitate, că profesia de practician în insolvență nu înseamnă profesia de avocat. Practicienii în insolvență, deși susținem în fața judecătorului-sindic rapoarte, acțiuni în anularea actelor încheiate de debitor în așa numita "perioadă suspectă" (cei 3 ani de zile înainte de deschiderea procedurii) sau acțiuni în răspundere

contra administratorului debitorului etc., totuși, activitatea practicienilor în insolvență este cu mult mai extinsă și cu mult mai intensă în afara tribunalului. Noi suntem cei care, spre exemplu negociem contracte ale debitorului sau, după caz, le terminăm sau le încetăm, cum s-a întâmplat, de exemplu, în cazul Hidroelectrica. Noi suntem cei care negociem planul de reorganizare, mai ales acolo unde le facem noi. Noi suntem cei care negociază cu potențiali cumpărători și concepem procedurile de vânzare, noi suntem cei care organizăm adunările creditorilor. Vă spun un lucru care s-ar putea să vă surprindă, dar este realitatea legii noastre: noi suntem un fel de semi-judecători, pentru că exercităm o activitate, o atribuție, care de regulă, în sistemul judiciar românesc, aparține judecătorului - este vorba de procedura de verificare a creanțelor.

Înainte ca o dispută cu privire la existența cuantumului creanțelor, la garanțiile care însoțesc sau nu creanța, sau orice alta dispută, să ajungă în fața judecătorului sau curții de apel, această procedură se desfășoară în fața practicianului în insolvență, și aici, după părerea mea, este "zona" în care se poate da măsura cea mai precisă a eficienței unui practician. Cu cât mai multe astfel de discuții se fac în afara curții, cu atât mai puțin se ajunge în fața judecătorului și cu atât mai mult practicianul în insolvență își da proba calitatii muncii sale. Practicianul în insolvență este un tip special de mediator, un conciliator între interesele în ființă, care poate face în așa fel în cât să se evite să se ajungă în fața judecătorului cu diferite contestații. Spun acest lucru într-o anumită contradicție cu profesia mea principală, de avocat: practicianul în insolvență, chiar dacă este avocat, trebuie să evite să ajungă în fața judecătorului, eventual prin diverse proceduri de mediere, de conciliere sau de compromis (singurele compromisuri care să nu-l compromită pe practicianul în insolvență sunt cele pe care le numim mediere, conciliere, tranzacție).

În afară de a gestiona scandalul, ca administrator judiciar sau lichidator, practicianul în insolvență mai are în "fisa postului" o activitate care este din păcate foarte puțin prezentă în piață, dar este prevăzută de OUG nr.86/2006 : manager de criză. Este o atribuție evitată sau ne-utilizată la justa ei valoare de principalii creditori, mă refer aici la bănci sau fisc, dar nu este utilizată sau este chiar evitată de autorități.

Criza este ceea ce precede, este anticamera scandalului insolvenței; criza este anticamera prăbușirii, a colapsului financiar și juridic. Criza însă se poate corecta în așa fel în cât să se evite insolvența. Interesant este ca din criză pot rezulta soluții care să eficientizeze activitatea unei întreprinderi, a unei companii. Cu cât mai des și mai repede această activitate este atribuită unor practicieni în insolvență, care sunt și manageri de criză, cu atât aceste activități pot fi mai eficiente. Sunt foarte multe proceduri de evitare/prevenție a insolvenței, chiar recomandate de Banca Națională. Spre exemplu, în ultimii ani au fost emise reglementări, circulare, proceduri care prevăd conversia creanțelor în acțiuni, reeșalonarea datoriilor, măsuri de divizare a unei activități, dar în general aceste proceduri nu numai că sunt în afara curții dar sunt și în afara activității de practician în insolvență. Țin să vă spun că acest lucru este pe de o parte inefficient, greșit ca strategie, dar este și ilegal, pentru că OUG nr. 86/2006 spune că toate aceste proceduri de prevenție a insolvenței, inclusiv administrarea specială care se dispune pe perioada de pregătire a unei companii publice pentru privatizare, trebuie exercitată de un practician în insolvență.

Ne putem întreba de ce un astfel de monopol. Motivația este una foarte simplă. Se presupune că practicianul în insolvență este obisnuit cu procedurile care îndeobște se numesc "proceduri de insolvență", proceduri care, așa cum am mai spus, înseamnă o gestionare a unui scandal. În consecință, practicianul în insolvență ar trebui să știe care este modalitatea de a evita să se ajungă într-un astfel de scandal, în colaps financiar. Pentru titularul unei întreprinderi este destul de greu să-și dea seama, eventual din motive subiective sau psihologice, care este momentul în care intervine dificultatea financiară și care este momentul în care intervine starea de insolvență. Trebuie să reamintesc, cu toate că mulți dintre dumneavoastră o cunosc, din momentul în care se instalează starea de insolvență, șeful de întreprindere trebuie să formuleze o cerere de deschidere a procedurii de insolvență în maxim 30 de zile, iar acest lucru trebuie să-l știe de exemplu auditorul, care să-i atragă atenția care este momentul

în care trebuie să facă acest gest, astfel încât și acționarii să poată să-l alerteze, dacă este cazul, pe administrator pentru a lua măsurile respective la timp.

Profesia noastră de practician în insolvență, din 2006, este prima care a implementat o măsură de optimizare fiscală, care a fost preluată doar de către profesia de avocat (deși această preluare a fost parțială și inițial greșită). În profesia de avocat există doar 2-3 companii de avocați cu personalitate juridică.

Este vorba de regula transparenței fiscale. Fără să ignore personalitatea juridică a companiei, regula face ca din perspectiva fiscală să fie luat în considerare întregul venit al companiei ca venit al asociaților, ceea ce face ca, în loc să se plătească un impozit pe profit și un impozit pe dividende, ce poate ajunge cumulat la cca 28%, să se plătească numai impozitul de 16%, ceea ce din punct de vedere al simplificării fiscale este o mare realizare. În plus, este un tip de economie fiscală pe care nu știu dacă ceilalți membri ai profesiilor liberale îl practică. Mă întreb dacă această măsură de optimizare fiscală, acceptată cu unele sincope de către fisc, n-ar putea fi aplicată și la sectorul IMM-urilor, sector care în România este dintre cele mai afectate, poate chiar cel mai afectat, de numărul uriaș de insolvențe, plus numărul uriaș de dizolvări pentru neaducerea capitalului social la minimul stabilit de lege. Acest sector este și cel mai afectat de unele măsuri de politică economică greșită din 2010-2011, cum a fost cea renunțare la acel impozit pașal care a lovit efectiv IMM-urile ce erau organizate în microîntreprinderi. Mă întreb dacă această măsură de politică fiscală nu ar putea fi extinsă și la IMM-uri. Acest sistem al transparenței fiscale nu este o invenție a României, se aplică și în țări ca Franța și se pare și în Germania.

* Expunere prezentată în ziua de 5 noiembrie 2012 la Conferința organizată de către UPLR cu prilejul "Zilei profesiilor liberale din România"

Poziția creditorului garantat în procedura insolvenței prevăzută de Legea nr. 85/2006

(Aspecte practice)



Ing. Speranța Munteanu
Membră UNPIR, filiala București

Considerații privind ordinea de priorități între creditori

Prioritate absolută vs. prioritate relativă

De la primele legi privind falimentul, atât europene cât și nord-americane, distribuirea sumelor în favoarea creditorilor recunoscuți s-a făcut cu respectarea ordinii de priorități absolute prevăzute de lege. Prioritate absolută înseamnă că nici o grupă dintr-o poziție de prioritate inferioară nu poate primi distribuții din averea debitorului înainte ca toți creditorii din grupele superioare să fi fost plătiți integral.

Ulterior, la introducerea în legislația insolvenței a prevederilor privind posibilitatea reorganizării activității debitorului, regula achitării creditorilor cu respectarea priorității absolute prevăzute de lege s-a menținut. Modificările de la sfârșitul anilor '80 aduse legislațiilor privind insolvența, modificări reflectate de la început atât de Legea nr. 64/1995 cu toate modificările ei ulterioare cât și de Legea nr. 85/2006, au prevăzut obligativitatea respectării regulii priorității absolute pentru cazul falimentului și introducerea unei priorități relative în cazul reorganizării.

Prioritatea relativă între creditori înseamnă că diferitele grupe în interiorul cărora creditorii au tratament echivalent, pot primi nivele de recuperare mai mari decât

cele asumate pentru cazul falimentului, dar cel mult egale cu nivelul recunoscut al creanței ¹ atâta vreme cât:

- nici o grupă nu primește mai puțin decât în faliment și
- nici o grupă de ordine inferioară unei grupe care nefiind plătită integral prin plan, votează împotriva planului, nu primește mai mult decât cât ar fi primit în faliment.

În Legea nr. 85/2006 conceptul de prioritate relativă este definit la descrierea tratamentului echitabil și corect al creditorilor inclus la art. 101 alin. 2.

Din perspectiva relației creditorilor garantați care, conform prevederilor art. 100 ce determină ordinea de prioritate între creditori, în cazul reorganizării, sunt în rangul de prioritate cel mai înalt, debitorul poate să implementeze un plan de reorganizare care să prevadă achitarea unor creditori chirografari la nivele superioare celor din faliment doar cu condiția obținerii acceptului creditorilor garantați sau a achitării acestora în primele 30 de zile după confirmarea planului (conform art. 101 alin 1 lit. D¹).

Această caracteristică, foarte importantă, a majorității legislațiilor moderne privind insolvența, în general, și a Legii nr. 85/2006, în particular, determină, așa cum vom arăta în continuare, modul de abordare strategică a creditorilor garantați, în toate etapele prevăzute de procedura generală de insolvență.

¹ Nivelurile diferite de recuperare nu sunt corespunzătoare ierarhiei prevăzute de lege pentru aprobarea (votarea) planului și nici celei de la distribuire

Perioada de observație

Tabelul definitiv al creditorilor

Modul de înscriere a creditorilor garantați în tabelul definitiv de creanțe este prevăzut în art. 41 alin. 1 și 2, conform cărora creanțele garantate se înscriu „la valoarea garanției stabilită prin evaluare dispusă de administratorul judiciar...”. În practică, această prevedere a ridicat o serie de probleme de aplicare pe care le vom discuta în cele ce urmează.

1. Momentul efectuării evaluării și înscrierii în tabel a valorii creanțelor garantate – Creditorii și practicieni în insolvență, în egală măsură, coroborează, atunci când se pune problema numirii evaluatorului care trebuie să efectueze evaluările aferente procedurii, prevederile art. 41 alin. 2 cu cele ale art. 23 privind desemnarea de către administratorul judiciar, în vederea îndeplinirii atribuțiilor care îi revin, a unor persoane de specialitate. Cum numirea experților în condițiile art. 23 are de regulă loc numai după ce tabelul preliminar al creanțelor a fost afișat, ne confruntăm cu o situație anormală a tratamentului creanțelor garantate, și anume, pe considerentul aplicării literale a prevederilor art. 41, **înscrierea valorii creanței garantate se face direct în tabelul definitiv, chiar dacă ea diferă de nivelul creanței garantate solicitate de creditorul garantat.** Argumentul celor care apelează la această practică este că până la desemnarea comitetului creditorilor, care are loc **după** întocmirea tabelului preliminar al creditorilor, nu pot fi numite persoane de specialitate de către administratorul judiciar.

În opinia noastră și pornind de la caracterul pluridisciplinar al activității de practician în insolvență, dar care poate fi exercitată, conform legii, și de cabinete individuale și/sau de societăți profesionale care nu au obligația de a acoperi toate specialitățile necesare (legală, economică, contabilă, financiară sau de management) art. 23, se referă la acele persoane de specialitate care îl ajută pe administratorul judiciar în îndeplinirea atribuțiilor sale prevăzute de lege.

Este cunoscut faptul că activitatea de evaluare nu este atribuită administratorului judiciar/ lichidatorului desemnat într-un dosar, în legătură cu respectivul dosar. Ea poate fi exercitată de către acesta, doar pe cale de excepție, prevăzută în aplicarea art. 116 (la vânzarea bunurilor aduse în garanție conform art. 39, la faliment – art. 116-118 și la lichidarea parțială sau totală a activelor în reorganizare, art. 95 alin 6 lit. E, F și G) și care dispune că evaluarea bunurilor se face de către evaluatorul desemnat de practician, sau de un evaluator intern al practicianului, dar în această a doua situație, practicianul trebuie să ceară acordul comitetului creditorilor.

În mod firesc, pentru evaluările utilizate la întocmirea tabelului de creanță, administratorul judiciar, care ar urma să se afle în poziție contencioasă față de creditorii cărora le-ar contesta întinderea creanței garantate, în baza raportului de evaluare, s-ar afla în conflict de interese

dacă ar întocmi el însuși acel raport. Prin contrast, rapoartele prevăzute de art. 116 și următoarele, se referă la evaluări folosite în tranzacții, deci care, urmează să fie confirmate/ infirmate de piață.

Față de cele de mai sus, opinia autorului este că numirea evaluatorului extern, în procedură, inclusiv pentru nevoile art. 41, este atribuită a administratorului judiciar/ lichidatorului care trebuie să o formalizeze printr-o decizie care, eventual, poate fi contestată, ca orice măsură a acestuia, prin aplicarea art. 21 alin. 2. O astfel de interpretare vine în concordanță cu nevoia de celeritate proprie procedurii insolvenței, făcând posibilă înregistrarea în tabelul preliminar a valorii creanței garantate, așa cum este considerată de administratorul judiciar, lăsând atât pentru creditorul garantat cât și pentru ceilalți creditori, deschisă calea contestației la această înregistrare și pe această cale alinierea creanței garantate la termenele de contestație la tabelul preliminar, în vederea definitivării acestuia.

O soluție intermediară, pusă în practică de unii practicieni și creditori este de a adresa judecătorului sindic o cerere de a numi un comitet al creditorilor provizoriu, în temeiul art. 16 alin. 1, care ulterior să fie înlocuit de comitetul desemnat de prima adunare a creditorilor, în sensul art. 16 alin. 4, iar acest comitet provizoriu să numească evaluatorul prevăzut de art. 41, în baza art. 23. Considerăm că și această abordare suferă o posibilă interpretare, datorată incidenței art. 16 alin. 2, deoarece numirea comitetului provizoriu poate fi făcută, direct de către judecătorul sindic, numai după ce tabelul preliminar este afișat, când, de altfel ea ar fi inutilă, deoarece imediat după afișarea tabelului preliminar, prima adunare a creditorilor poate avea loc.

2. Determinarea valorii bunurilor aduse în garanție

– Un subiect care naște multe discuții, dar și incidente de procedură îl constituie determinarea valorii garanțiilor pentru nevoile stabilirii întinderii creanței garantate. În legătură cu acest aspect trebuie discutați cei trei factori importanți ai evaluării și anume:

- data de referință
- scopul evaluării
- premisele evaluării (lichidare sau continuarea activității)

• **Data evaluării garanțiilor**, pentru nevoile tabelului definitiv, este data de referință a tabelului, respectiv **data deschiderii procedurii**. Acest aspect este foarte important pentru determinarea condiției de *pari passu* aplicată creditorilor garantați raportat la restul masei credale, dreptul acestora de vot asupra planului de reorganizare fiind determinat de caracteristicile creanței deținute la această dată. Pentru toate celelalte situații de vot din perioada de observație, raportul de valoare dintre partea garantată și cea chirografară a creanței deținute nu are impact asupra rezultatului votului.

• **Scopul evaluării** – Evaluarea garanțiilor reprezintă un obiectiv distinct și trebuie tratat ca atare. În practică, de multe ori din rațiuni de economie de timp sau de bani, creditorii și chiar practicienii tind să utilizeze evaluări

efectuate în alte scopuri (raportare financiară, diverse tranzacții, etc.) pentru determinarea valorii garanțiilor. Ca o bună practică, atunci când administratorul judiciar pregătește cererea de ofertă, pentru selectarea evaluatorului trebuie să o însoțească de o descriere a tipurilor de active aduse de debitor în garanție și care urmează să fie evaluate în consecință (tipuri de proprietăți imobiliare, active financiare, titluri de participare, tipuri de active circulante, active intangibile – mărci, licențe, contracte, etc.).

Pentru nevoile de determinare a valorii garanțiilor, acestea trebuie evaluate în ipoteza valorificării individuale, iar acolo unde acest lucru nu este recomandabil sau posibil, ele făcând parte din ansambluri funcționale care se valorifică la valori superioare ca atare sau când izolarea lor nu este posibilă, se va solicita evaluatorului să precizeze modalitate de alocare a valorii garanției asupra diferitelor componente ale ansamblului.

• **Premisele evaluării** – Administratorul judiciar trebuie să dea și instrucțiuni cu privire la metoda estimată de valorificare avută în vedere, sau să ceară evaluatorului să o descrie ca ipoteză, ținând cont de condițiile de piață. În principiu există două premise principale funcție de care valoarea garanțiilor poate diferi semnificativ, respectiv lichidarea activelor sau continuarea activității. Pentru a determina care este premiza de evaluare cea mai potrivită, administratorul judiciar și evaluatorul trebuie să examineze cel puțin următoarele aspecte:

- Condițiile și perspectivele pieței sectorului din care activitatea face parte,
- Mediul competitiv din sector și poziționarea afacerii în cadrul acestuia,
- Istoricul financiar și operațional al companiei
- Experiența managementului
- Capacitatea afacerii de a atrage surse de finanțare (capital și împrumuturi) pentru a-și putea continua activitatea.

În măsura în care compania debitoare are o valoare mai mare ca afacere decât suma valorii activelor sale, (diminuată cu cheltuielile aferente lichidării), reorganizarea este posibilă.

Valorificarea garanțiilor pentru conservarea valorii acestora

În principiu, Legea nr. 85/2006, prin prevederile art. 39, acordă creditorilor garantați posibilitatea conservării valorii garanției la nivelul de la data deschiderii procedurii fie prin valorificarea ei imediată, fie prin acordarea de despăgubiri pentru situația în care valorificarea respectivei garanții ar constitui un impediment pentru succesul reorganizării. Pentru a beneficia de această facilitate, creditorul garantat trebuie să facă o cerere expresă.

Valorificarea nu poate fi solicitată atâta timp cât valoarea garanției excede valoarea creanței pe care o garantează, adică este suficientă pentru a acoperi riscul așteptării prin remunerarea acesteia prin dobânda contractuală sau legală aferentă, excesul de valoare

constituind o protecție naturală a creditorului garantat care poate continua să calculeze accesorii în baza art. 41 alin. 2, până la momentul valorificării. Cu alte cuvinte, creditorul garantat diligent trebuie să urmărească momentul la care quantumul accesoriilor calculat conform contractului existent la data deschiderii procedurii, sau nivelului renegociat în timpul perioadei de observație, dacă acesta asumă capitalizarea accesoriilor, în sensul achitării lor la maturizarea creditului, sau la alt moment ulterior, cum ar fi vânzarea afacerii, adăugat nivelului creanței la data deschiderii procedurii egalează valoarea evaluată a garanției și să ceară să i se aplice măsurile de protecție a garanției prevăzute de Lege.

Aceleași reguli se aplică și în cazul valorificării unei garanții în contextul unei activități excepționale, cu aplicarea art. 49.

Un aspect interesant îl reprezintă valorificarea garanțiilor reprezentate de activele circulante aflate în stoc la data deschiderii procedurii, **în cursul desfășurării activității curente a debitorului**, în perioada de observație. În măsura în care creditorul garantat cu astfel de active se consideră dezavantajat de o activitate care conduce la reducerea valorii garanțiilor sale, prin, spre exemplu, diminuarea stocurilor de materii prime, acesta poate să ceară protejarea valorii garanțiilor sale prin instituirea unor măsuri prevăzute de art. 39.

Finanțarea activității debitorului

Principal, finanțarea unui debitor aflat în dificultate financiară, și cu atât mai mult în poziția de subiect al unei proceduri de insolvență sub supravegherea instanței, este acordată de instituțiile financiare cu condiția ca recuperarea sumelor să se facă, mai ales dacă procedura eșuează spre faliment, cu prioritate față de orice alți creditori, alții decât cei aferenți cheltuielilor de procedură.

În cazul Legii nr. 85/2006, acest principiu nu se aplică *ope legis*, pentru perioada de observație, astfel încât orice eventuală finanțare, chiar dacă beneficiază de acordare de garanții, va avea prioritatea, între creditorii garantați, acordată de dreptul comun, în timp ce orice parte rămasă chirografară, a unui astfel de împrumut, ar beneficia de ordinea de prioritate prevăzută la art. 123 pct. 3.

Din perspectiva aprobării ei, în opinia noastră, o astfel de finanțare, beneficiind de acordarea de garanții, chiar dacă se referă la finanțarea activității curente va trebui tratată ca o activitate care depășește operațiunile curente, necesitând aprobarea prevăzută de art. 49 alin. 2.

Trebuie menționat faptul că, în cazul în care, după ce un astfel de credit garantat a fost acordat în perioada de observație, un plan de reorganizare este confirmat, pentru a beneficia de super-prioritatea acordată de prevederile art. 121 alin. 1¹ și, după caz, pentru a reduce costul finanțării corespunzător reducerii riscului asumat de finanțator, creditul poate fi refinanțat în interiorul planului de reorganizare.

Renegocierea contractelor de credit conform art. 86 alin. 3

Motivele pentru renegocierea contractelor de credit în perioada de observație pot fi extrem de diverse, dar vor avea în comun păstrarea capacității debitorului de a continua să beneficieze de finanțare operațională (credite de capital de lucru, linii de credit, scrisori de garanție, acreditive, etc.) precum și minimizarea costurilor finanțării datorate acumulării de dobânzi penalizatoare și altor costuri financiare în urma încălcării unor condiții contractuale.

În practica internațională acest tip de finanțare este cunoscut sub numele de *Debtor-in-Possession (DIP)* și acoperă și costurile cu experții necesari pentru stabilirea soluției de restructurare, precum și eventualul necesar de investiții aferent continuării activității curente (pentru reparații curente sau excepționale ale activelor existente), iar după confirmarea planului de reorganizare, acesta nu se poate considera încheiat cu succes înainte ca împrumuturile *DIP* să fi fost achitate.

Pentru aprobarea unui credit nou în perioada de observație, buna practică recomandă ca debitorul să prezinte, prin administratorul special, cel puțin următoarele documente:

- Un plan de afaceri pentru o perioadă de minim 3 ani cu o detaliere lunară pe cel puțin 6 luni,
- Un flux de numerar al proiectelor finanțate (dacă este cazul),
- Graficul de plată al creditului din care să rezulte faptul că există surse credibile de rambursare a acestuia,
- O ofertă fermă, sub condiția aprobării de către comitetul creditorilor, din partea unui finanțator.

Planul de reorganizare

Importanța și rolul creditorilor garantați în succesul unui plan de reorganizare, mai ales când aceștia dețin în garanție majoritatea, dacă nu toate activele din averea debitorului, constituie un subiect separat în sine, dar pentru nevoile acestui articol care se vrea doar o trecere în revistă a problematicii poziției creditorilor garantați în procedurile de insolvență, ne vom mărgini să atingem următoarele aspecte:

- Recuperarea părții de expunere acoperită de valoarea garanțiilor, așa cum a fost ea determinată la deschiderea procedurii,
- Nivelul de recuperare a zonei negarantate a creditului,
- Acordarea de noi credite,
- Documentarea creditelor existente și a celor noi.

Recuperarea părții garantate a creditului este considerată de literatura de specialitate ca fiind axiomatică pentru insolvență. În conformitate cu Legea nr. 85/2006, din cauza modificărilor de dată recentă privind definirea creanțelor **nedefavorizate** dată de art. 101 alin. 1 lit. D¹, ca fiind acele creanțe care sunt achitate integral în primele 30 de zile după confirmarea planului,

care pare să vină în contradicție cu definiția creanțelor **defavorizate** dată de art. 3 pct. 21 (care introduce în această categorie creanțele neachitate integral, cărora li se reduce nivelul garanțiilor, creanțele reeșalonate fără acordare de dobândă, precum și cele a căror valoare actualizată cu dobânda contractuală sau de referință, după caz, este mi mică decât valoarea recunoscută în tabelul definitiv) stabilirea precisă a stării de nedefavorizare a părții garantate a unui credit este subiect de interpretare și discuție.

În opinia noastră, partea garantată a creditului este considerată nedefavorizată dacă este achitată în primele 30 de zile după confirmarea planului **sau** este achitată conform graficului inițial de plăți din contractul de credit și la dobânda negociată în acel contract. Orice îndepărtare de la condițiile contractuale privind graficul de plăți și/sau dobânda existente între părți la data intrării în insolvență, reprezintă cauze de defavorizare a părții garantate a creanței și, în mod normal ar trebui acceptate de creditorul garantat doar în cazul în care recuperarea totală a expunerii justifică acceptarea riscului suplimentar.

Pentru recuperarea **zonei negarantate a creditului**, așa cum se știe, creditorul garantat intră în concurs cu restul creditorilor chirografari, iar nivelul minim de recuperare este dat de valoarea activelor negrevate de sarcini rămase la dispoziția unei eventuale distribuții, în caz de faliment, în timp ce nivelul maxim rezultă din capacitatea afacerii debitorului de a genera valoare suplimentară din continuarea activității.

În măsura în care valoarea de afacere a întreprinderii debitorului evaluată pentru ipoteza continuării activității este mai mică decât valoarea totală a masei credale, dar mai mare decât valoarea de lichidare, valoarea capitalului deținut de acționarii inițiali este egală cu zero, o parte din recuperarea realizată de creditorii chirografari putând fi realizată prin conversia creanțelor în acțiuni și vânzarea acestora la sfârșitul planului de reorganizare.

În cazul în care necesarul de finanțare a planului de reorganizare se acoperă prin **credite noi**, buna practică internațională și logica economică impune recuperarea acestor credite cu prioritate nu numai din perspectiva rangului de prioritate al garanțiilor (aspect acoperit și de Legea nr. 85/2006 prin modificarea adusă recent art. 121), dar și din cea a graficului de rambursare. În legislația SUA, spre exemplu, astfel de credite trebuie să fie recuperate până la data încheierii planului de reorganizare.

Un ultim aspect pe care îl considerăm important este cel al modului de documentare a creditelor acordate noi, sau restructurate, după caz, în timpul planului de reorganizare. Deoarece durata prevăzută în contractele pe baza cărora au fost acordate astfel de credite pot să excedă perioada de reorganizare, iar complexitatea lor poate face nepractică incorporarea lor în anexele planului de reorganizare, soluția recomandabilă este ca în plan să fie reflectați cel puțin termenii principali ai ofertei instituției de credit finanțatoare, în timp ce în procesul de implementare a planului debitorul să încheie cu finanțatorul contracte de credit care să reflecte condițiile planului.

Reorganizarea judiciară

studiu de caz



Av. Ștefan Dumitru

membri UNPIR, filiala București



Ec. Otilia Doina Milu

Prezenta lucrare reprezintă un studiu de caz constând într-un plan de reorganizare complex din portofoliul de dosare al societății din care facem parte, complexitatea acestuia constând în principal în:

- apartenența debitoare la un grup de 5 firme din care 4 au intrat în insolvență și au propus plan de reorganizare, societățile având credite la mai multe bănci și calitatea de cogarant una la cealaltă;

- numărul mare de creditori garanți, respectiv 5, dificultatea constând în aplicarea aceluiași tratament al creditorilor în cadrul categoriei, deși gradul de acoperire cu garanții este diferit;

- tratamentul juridic al garanțiilor (cu referire la garanția pe stocuri) cât și efectuarea unor operațiuni complexe care au avut loc în perioada de observație privind stingerea creanței uneia dintre bănci.

În ceea ce privește primul motiv invocat, dificultatea a constat în faptul generat de tratamentul insolvenței grupului de firme, în sensul că acesta nu este reglementat în legislația din România.

Astfel, fiecare din cele 4 societăți din cadrul grupului, aflate în insolvență, figurează cu administratori judiciari diferiți și se află pe rolul unor instanțe sau complete de judecată diferite.

Toate analizele făcute de către creditorii garanți au fost realizate consolidat, la nivel de grup, situație în care și noi a trebuit să colaborăm cu ceilalți administratori judiciari în vederea întocmirii planurilor de reorganizare. Această situație a fost determinat de faptul că cele patru societăți au calitatea de cogaranti unele la altele, ceea ce a necesitat înscrierea creditorilor garanți în tabelul creditorilor fiecăruia dintre cei patru debitori, cu o creanță sub condiție suspensivă.

La rândul său, calitatea de cogaranti, cât și garanțiile comune aduse de către întregul grup la diferite bănci a generat dificultăți la întocmirea planului de reorganizare, în ceea ce privește tratarea creanței sub condiție suspensivă, în sensul că aceasta a trebuit să se facă coroborat cu celelalte planuri de reorganizare.

Greutatea a constat și în faptul că, deși procedurile s-au deschis cam în același timp, termenele diferite date de instanțele de judecată în cele 4 dosare, cât și timpii diferiți necesari soluționării contestațiilor la tabelul preliminar, au făcut ca planurile de reorganizare să fie întocmite și depuse la termene decalate unele de altele.

În ceea ce privește numărul mare de creditori garanți, acesta a determinat un șir lung de negocieri comune, și ulterior separate, aceștia neputând să ajungă la un punct de vedere comun privind strategia de reorganizare, dat fiind caracterul diferit al creanțelor și garanțiilor lor. Deși procedura nu prevede în mod expres, din dorința asigurării transparenței s-au adus la aceeași masă toți creditorii garanți ori de câte ori a fost necesar. Totuși, în final s-a dovedit că planul de reorganizare, care la această data este confirmat, a nemulțumit o parte dintre creditorii garanți, din motivele pe care le vom expune în continuare.

PREZENTAREA PLANULUI DE REORGANIZARE

Facem în continuare o prezentare succintă a planului de reorganizare, oprindu-ne asupra acelor aspecte mai dificile, legate de tratamentul categoriilor de creanțe, al creditorilor din cadrul aceleiași categorii și respectarea tratamentului corect și echitabil prevăzut de art.101 al.2 din legea insolvenței.

1. Prezentarea societății debitoare

Societatea a fost înființată în anul 2000, ca urmare a separării activității de comercializare a mărfurilor industriale și produselor metalurgice de celelalte activități ale grupului, fiind societate pe acțiuni cu capital integral privat, care face parte dintr-un grup de 5 firme.

Obiectul de activitate principal – Comerț cu ridicata al metalelor și minereurilor metalice.

Societatea comercializează produse metalurgice precum:

- oțel beton fasonat
- carcase și piloți sudați din oțel beton
- oțel beton (neprocesat),

- plase sudate
- sârme și cuie
- profile și tablă

2. Cauzele care au generat insolvența societății

Analiza situației patrimoniului coroborată cu analiza activității desfășurate și a evoluției indicatorilor financiari în perioada 2007-2009 a scos în evidență următoarele cauze care au dus la apariția stării de insolvență:

- adaptarea cu întârziere la condițiile de criză pe fondul unui volum de activitate important în prima parte a anului 2009;

- previzionarea mult prea optimistă a creșterii volumului de activitate operațional în anul 2009;

- efectuarea de investiții realizate cu împrumuturi bancare a căror costuri nu au putut fi acoperite din lipsă de contracte și/sau comenzi odată cu reducerea drastică a investițiilor imobiliare pe piața românească datorată crizei economico-financiare;

- politica investițională a societății, cât și neutilizarea integrală a capacităților de producție care au generat și generează costuri financiare (rate și dobânzi la credite), costuri de exploatare pentru păstrarea și conservarea lor;

- scăderea brutală a prețului la oțeluri în luna august 2008, respectiv devalorizarea stocului de materii prime. Prețurile la oțel beton și în general la produse laminate din oțel, s-au prăbușit de la nivelul de 850-900 euro/t la nivelul de 450-475 euro/t în mai puțin de patru săptămâni (reprezentând o scădere de 43 până la 45%). Cum la acea dată, nivelul activității era încă unul ridicat, societatea, având stocuri în jurul a 4.500 tone, a suferit o depreciere a stocurilor și respectiv a capitalului circulant de aproximativ 1.730.000 euro;

- scăderea volumului de lucrări în industria de construcții din România în a doua

- parte a anului 2009, aceasta începând să scadă dramatic, mai ales în segmentul construcțiilor de locuințe, lucru ce a afectat piața metalului pe mai multe planuri;

- diferențele nefavorabile de curs valutar și dobânzi care au condus la înregistrarea de pierderi din activitatea financiară;

- pierderea unei părți importante al capitalului de lucru. Pentru a compensa această pierdere și a continua activitatea la același nivel, s-a decis extinderea liniilor de credit pe termen scurt, cu impact în creșterea cheltuielilor financiare care au condus la creșterea gradului de îndatorare.

- reducerea cererii față de ofertă (apariția unei supraoferte atât la nivelul materiei prime cât și la nivelul producătorilor de oțel beton fasonat și carcase) cu impact direct asupra nivelului prețurilor practicate și a marjelor de adaos;

- extinderea termenelor de plată și a recuperării creanțelor de la clienți pe de o parte și reducerea termenelor de plată de la producători pe de altă parte. Aceste strategii au dus la o presiune suplimentară din punct de vedere al cash-flow-ului pentru cei care deserveau această piață și cu un impact suplimentar asupra necesarului de capital de lucru;

- recuperarea cu dificultate a creanțelor societății în condițiile crizei.

În concluzie, cauzele care au generat starea de insolvență a societății au fost de natură obiectivă, determinate de condițiile de criză actuală atât a economiei românești, cât și a celei la nivel mondial, ceea ce a dus la

scăderea cererii și implicit a volumului de activitate, dar și la fluctuații importante ale prețului oțelului la nivel intern și mondial, generând astfel o lipsă temporară de lichidități. Aceste influențe negative au dus la decapitalizarea societății într-un termen foarte scurt, ceea ce a împiedicat luarea unor măsuri de redresare în timp util. În aceste condiții, debitoarea, sesizând starea de insolvență a solicitat deschiderea procedurii, luând în perioada de observație și în perioada următoare toate măsurile de eficiențizare a activității și de reducere drastică a cheltuielilor .

Premizele continuării activității

Deși piața în care societatea acționează (construcții și industrială) a avut o evoluție negativă - cele mai mari scăderi înregistrându-se în zona de construcții rezidențiale și nerezidențiale, urmată de producția industrială de elemente metalice și construcții metalice - piața de construcții ingineresti (infrastructură și energie) a rămas însă la un nivel acceptabil oferind premisele unui volum satisfăcător de activitate.

Principalele contracte de prelucrare a oțelului și de carcase sudate au fost semnate cu șantierele de infrastructură (autostrăzi, căi ferate , șosele de centură) a căror finanțare este asigurată din **fonduri europene sau credite de la BERD/ BEI** și cu piața de energie eoliană.

3. Strategia de reorganizare și surse de refinanțare a planului de reorganizare

Strategia de reorganizare constă în aplicarea următoarelor direcții:

1. Continuarea activității societății urmărind menținerea producției în paralel cu măsurile de reducere a cheltuielilor și eficientizarea producției (îmbunătățirea fluxului de numerar rezultat din operațional, intensificarea activității de vânzare prin lărgirea pieței de desfacere, optimizarea raportului cheltuieli fixe / volum de activitate, creșterea productivității pe angajat și mașină și a volumelor de producție prin policalificarea operatorilor de mașini și creșterea încărcării pe fiecare angajat productiv, obținerea certificării de producător de elemente fasonate, fiind la această oră singura unitate de profil cu acest tip de certificare din România, etc).

Activitatea de producție va rămâne principala sursă de venit a societății , țintele avute în vedere fiind :

- un volum de activitate de 1200 – 1500 t/lună
- marja brută în jurul a 13 – 15 %,
- minimizarea activității de trading la volume și gama de produse care să asigure o marja medie de 8%;
- valorificarea know-how-ului tehnic;

Aceasta ar asigura o încărcare a capacității de producție în jurul a 75 % din total capacitate instalată, pentru o perioadă care se extinde pe următoarele 6 – 12 luni, urmând o creștere graduală pe măsură ce piața își va reveni.

În această etapă societatea se bazează pe generarea de profit operațional, păstrat în totalitate în cadrul societății, pentru recapitalizarea acesteia și consolidarea capitalului de lucru, pe perioada primelor 12 luni de la aprobarea planului de restructurare.

Continuarea generării de profit operațional începând cu anul al doilea al Planului de reorganizare și repartizarea lui astfel:

- 50-65 % pentru achitarea creditelor pe termen lung;
- 35-50% pentru creșterea capitalului de lucru al societății în vederea acoperirii creșterii de piață și volume;
- 2. Concentrarea resurselor societății pe activitatea de producție și menținerea activității de trading la un nivel minim;
- 3. Intensificarea activității de vânzare prin lărgirea pieței de desfacere;
- 4. Valorificarea activelor neproductive avându-se în vedere a se acționa în următoarele direcții:

■ Vânzarea într-un interval de 20-36 de luni a activelor care nu generează profit (activele non core bussiness) și transformarea lor în lichidități. Rambursarea din sumele obținute a sumelor înscrise în programul de plăți, cu respectarea prevederilor legale.

■ Urmărirea realizării unui termen de vânzare mediu, evitându-se astfel vânzarea activelor la valori apropiate de valoarea de lichidare (se urmărește valorificarea acestora la o valoare medie între valoarea de piață și valoarea de lichidare, în funcție de gradul de vandabilitate, evitând astfel greutățile impuse de o eventuala scădere a prețului acestora pe piață în interiorul celor 3 ani de reorganizare).

5. Închirierea de spații excedentare care nu se pot disponibiliza.

6. Reeșalonarea anumitor creanțe, cu acordul creditorilor, peste perioada de reorganizare.

7. Atragerea de finanțări din partea unor investitori interesați.

Raționamentul acestei strategii de reorganizare este următorul: datoriile pe care le are societatea în prezent nu pot fi achitate numai din profitul obținut în urma desfășurării activității de producție, ceea ce determină necesitatea atragerii și a altor surse de numerar.

Surse de finanțare a plăților care se estimează a se efectua pe perioada reorganizării

Sursele de finanțare a planului de reorganizare sunt reflectate în cash flow-ul anexat planului de reorganizare și sunt compuse din:

Nr. crt.	Sursele de finanțare a planului de reorganizare	
1.	Încasări din lichidarea parțială a bunurilor din averea debitoarei	8.947.568 Lei
2.	Încasări din activitatea curentă	12.209.930 Lei
3.	Surse nou atrase	1.883.439 Lei
TOTAL surse de finanțare		23.040.937 Lei

Sursele prezentate sintetic mai sus vor fi utilizate atât la achitarea creanțelor curente născute în perioada de observație, la susținerea activității pe perioada reorganizării și la plata creanțelor către creditorii conform programului de plăți.

4. Prezentarea datoriilor societății, conform tabelului definitiv al creanțelor

Sinteza tabel definitiv creditor	Tabel Definitiv	Din care sub condiție
<i>Suma acceptată</i>	(ron)	(ron)
Art.121 alin (1) pct. 2 "Creanțele creditorilor garantati"	27705218.15	0
Art. 123 alin. (2) PUNCT. 2 "Creanțele izvorâte din raporturi de munca."	119,085	0
Art. 123 Alin. (2) PUNCT 4 "Creanțele bugetare."	877,548	0
Art. 123 Alin. (2) PUNCT 7 "Creanțele chirografare"	63,671,880.89	33,097,692.21
Art. 123. Alin. (2) PUNCT 8 "Alte creanțe chirografare."	176,536,081	173,986,081.14
Total Tabel	268,909,813.18	207,083,773.35

Situația creditelor bancare pe termen mediu și lung și a celorlalte creanțe garantate conform tabelului definitiv rectificat era următoarea:

Nr. crt.	Creditor	Valoare creanțe
1.	BANCA 1	14.095.075,07
2.	BANCA 2	4.649.244,47
3.	BANCA 3	3.148.409,81
4.	BANCA 4	5.314.428,44
5.	CREDITOR GARANTAT 5	498.060,37
Total categorii garantate		27.705.218,16

Datoriile născute pe perioada de observație

Acestea sunt în sumă de **4,057,094.63 lei**, rezultate din derularea activității curente.

Aceste datorii sunt repartizate în felul următor (pe categorii de creditorii):

- Creanțe bugetare (TVA) 1.702.583 Lei;
- Creanțe bugetare (taxe salariale) 286.896 Lei;
- Furnizori de marfă 1.263.492 Lei;
- Dobânzi capitalizate 804.123 Lei.

5. Categoriile de creanțe cuprinse în planul de reorganizare

Planul de reorganizare prevede 5 categorii de creanțe:

- **Creanțe garantate**, prevăzute de art.100, alin.3, lit. a – categorie defavorizată
- **Creanțe salariale**, prevăzute de art.100, alin 3, lit.b – categorie defavorizată
- **Creanțe bugetare**, prevăzute de art.100., alin.3, lit.c, - categorie nedefavorizată
- **Creanțe chirografare**, stabilite conform art. 96., alin.1, prevăzute la art.100., alin.3, lit.d – categorie defavorizată;
- **Creanțe chirografare** prevăzute la art.100., alin.3, lit.e – categorie defavorizată.

5.1 Tratamentul categoriilor de creanțe defavorizate: despăgubirile aferente titularilor tuturor categoriilor de creanțe

În opinia noastră, cu privire la menționarea în cuprinsul planului de reorganizare a *tratamentului categoriilor de creanțe defavorizate*, facem precizarea că aceasta implică existența în cuprinsul planului de reorganizare doar a mențiunilor privind despăgubirile oferite acestor categorii de creditorii, prin raportare la despăgubirile ce ar putea fi primite

de aceștia în caz de faliment (în acest sens art.95 alin.(5) lit. b) și d) din lege).

Prin urmare, planul de reorganizare va trebui să arate ce despăgubiri urmează a fi acordate acestor categorii de creditori, cu indicarea despăgubirilor care ar putea fi primite de aceștia în caz de faliment, urmat de o analiză a caracterului acestui tratament, respectiv dacă acesta este echitabil și corect.

În practică, cele expuse mai sus trebuie să se reflecte prin planul de reorganizare într-o analiză detaliată prin care trebuie prezentat cât ar primi fiecare categorie de creanțe în caz de faliment, comparativ cu prevederile programului de plăți al planului de reorganizare.

Pentru a reflecta cât mai real acest aspect, este necesară efectuarea evaluării bunurilor din patrimoniul debitoarei în faza premergătoare întocmirii planului de reorganizare, care să reflecte cele două valori conform standardelor internaționale, respectiv „valoarea de piață” și „valoarea de lichidare”.

În cazul falimentului, valoarea bunurilor se calculează la valoarea de lichidare.

În analiza comparativă a încasărilor debitoarei în perioada reorganizării/falimentului, apar diferențe ce rezultă din continuarea activității (reflectate în fluxul de numerar), sume care în cazul falimentului dispar prin încetarea activității. Astfel, putem obține două valori care să ne permită calculul sumelor care vor fi primite de către categoriile de creditori și

de către fiecare creditor în parte din cadrul acestora, în cele două stadii ale procedurii: reorganizare, respectiv faliment. Această analiză, în opinia noastră, trebuie să fie prezentată într-un subcapitol distinct al planului de reorganizare, pentru că facilitează atât stabilirea cuantumului despăgubirilor, care ar putea fi primite de creditori în caz de faliment, cât și stabilirea tratamentului corect și echitabil prevăzută la art.101 alin.2 din lege.

Fără o astfel de expertiză nu se poate verifica dacă toate condițiile legale au fost îndeplinite, altfel încât un plan de reorganizare nu poate fi confirmat de către judecătorul- sindic.

Înainte de a trece la exemplificarea acestei analize, vom trece în revistă modalitatea de tratare a creanțelor sub condiție suspensivă.

5.2 Creanțe sub condiție suspensivă. Modalitatea de tratare a acestora prin planul de reorganizare

Din analiza făcută asupra modalității de înscriere a creanțelor, pentru că nu s-a putut face defalcarea creanței pe garanți / codebitori, creanțele înscrise sub condiție suspensivă în tabelul definitiv de către creditorii celorlalte 3 societăți din grup intrate în insolvență, în calitate de garanți / coganți în contractele de credite ale societății, se regăsesc înscrise de mai multe ori, conform tabelului de mai jos :

	Pentru creanță	GARANT PENTRU CREANȚA					
		Banca 1	Banca 4	Banca 3	Banca 2	Creditor Garantat 5	TOTAL
Cogarant	Suma înscrisă creditor în calitate de coganant al Grupului de societăți comerciale						
	Societate comercială 1	27.439.719		773.323			28.213.042
	Societate comercială 2	27.439.719	4.802.846				32.242.565
	Societate comercială 3	19.155.527	4.802.846		3.134.169	1.112.161	28.204.703
	Suma înscrisă sub condiție o singură dată	27.439.719	4.802.846	773.323	3.134.169	1.112.161	37.262.218
	Sume înscrise sub condiție de mai multe ori	46.595.245	4.802.846	0	0	0	51.398.091

În această situație, prin programul de plăți al planului de reorganizare s-a previzionat a se plăti o singură dată creanța aferentă aceluiași contract de credit de către societate în calitate de garant sau coganant în funcție de modul în care se îndeplinesc condiția suspensivă pe parcursul procedurii de reorganizare coroborat cu plățile ce se vor face conform celorlalte planuri ale societăților din grup, în cuantumul rezultat din tabelul de mai sus.

Pentru a urmări modul în care se îndeplinește condiția suspensivă, plata acestor creanțe s-a prevăzut a se face în semestrul VI al planului de reorganizare.

5.3 Comparația între sumele prevăzute a se plăti creditorilor prin planul de reorganizare și valoarea estimativă ce ar putea fi primită de aceștia în caz de faliment

În cazul în care împotriva societății s-ar deschide procedura falimentului, activele societății vor fi valorificate în cadrul procedurii la valoarea lor de lichidare.

Conform prevederilor art. 121 alin.1 și art. 123 din Legea nr.85/2006 sumele vor fi distribuite în cazul **falimentului**, în ordinea:

121.1 Cheltuielile aferente vânzării bunurilor care constituie garanții, cât și cheltuielile necesare conservării și administrării acestor bunuri

121.2 Creanțele garantate născute înainte de data deschiderii procedurii;

123.1 Cheltuieli necesare procedurii;

123.2 Creanțele salariale;

123.3 Datoriile apărute după deschiderea procedurii;

123.4 Creanțe bugetare

123.7 Creanțe chirografare

123.8 Alte creanțe chirografare

După cum am explicat mai sus, în ipoteza în care societatea ar intra în procedura falimentului, vor fi acoperite cu prioritate cheltuieli de procedură (onorariu lichidator, taxa taxa conf. L.85/2006, art.4 alin(6)pct.c), cheltuieli de conservare a

bunurilor) în valoare de 2.732.137,30 lei, ținându-se cont și de datoriile acumulate în perioada de observație în sumă de 4.057.095 lei.

Ordinea în care se vor achita creanțele în caz de faliment este cea prevăzută de art.121 alin.1 pentru creanțele garantate și 123 în situația celorlalte categorii de creanțe, după cum urmează:

Nr. crt.	Scenariu lichidare	LEI
1.	Cheltuieli totale aferente procedurii (previzionate)	2,732,137.30
2.	Creanțe garantate	13,528,969.77
3.	Creanțe izvorâte din raporturile de muncă (salariale)	119,085.00
4.	Creanțe născute în timpul perioadei de observație	4,057,095.00
5.	Creanțe bugetare	877,548.00
6.	Creanțe chirografare	4,564,353.42
7.	Alte creanțe chirografare	0
	TOTAL	25,879,188.50

Conform evaluării activelor imobilizate, întocmite de către o societate specializată, membră ANEVAR, valoarea de lichidare a activelor aflate în garanție la bănci cât și a celor libere de sarcini, prezentată sintetic, este de 25.879.188,50 lei.

Din suma brută de 25.879.188,50 lei se scad cheltuielile aferente procedurii de lichidare, deduse pro rata din valoarea de lichidare a activelor garantate și cea a activelor libere de sarcini, conform tabelului de mai jos:

	LEI
Total valoare de lichidare active din care:	25.879.188,09
Valoare de lichidare active garantate	15.125.847,80
Cheltuieli aferente procedurii de lichidare calculate pro rata	1.596.878,03
Sume rămase a se distribui creditorilor garantați	13.528.969,77
Valoare de lichidare active libere de sarcini	10.753.341,29
Cheltuieli aferente procedurii de lichidare calculate pro rata	1.135.259,27
Sume rămase a se distribui celorlalte categorii de creanțe	9.618.082,02

Plata datoriilor societății, comparativ pe scenariile de reorganizare/faliment, se regăsește mai jos:

	Valoare creanță acceptată în tabelul definitiv (lei)	Valoare de lichidare (Neta) (lei)	Valoare propusă prin reorganizare (lei)	Procent din faliment (%)	Procent din reorganizare (%)
Creanțele creditorilor garantați	27.705.218,15	13.528.969,77	15.791.973,00	48,83%	57%
Creanțele izvorâte din raporturi de muncă	119.085,00	119.085,00	119.085,00	100%	100%
Creanțele bugetare	877.548,00	877.548,00	877.548,00	100%	100%
Creanțele furnizorilor speciali	726.637,00	44.850,99	44.850,99	6,17%	6,17%
Creanțe chirografare	73.270.411,27	4.519.620,41	4.519.620,41	6,17%	6,17%
TOTAL	102.698.899,42	19.090.074,17	21.353.077,40		

Având în vedere modalitățile diferite de achitare în cadrul procedurii de faliment a creanțelor garantate, lucru care a dus și la crearea de nemulțumiri și comentarii din partea acestor creditori, vom prezenta în continuare, detaliat, simularea faliment /reorganizare în cadrul acestei categorii.

Plăți faliment comparativ cu plățile în reorganizare pentru creanțele garantate				
	Valoare lichidare	Creanța conform tabel	Grad de acoperire în faliment	Procent propus a se distribui prin planul de reorganizare
	(lei)	(lei)	%	
Banca 1	7.274.547,78	14.095.075,07	51,61%	57%
Banca 2	2.645.504,35	4.649.244,47	56,90%	57%
Banca 3	1.768.277	3.148.409,81	56,16%	57%
Banca 4	2.769.322,80	5.314.428,44	52,11%	57%
Creditor garantat 5	260.863,81	498.060,37	52,38%	57%

5.4 Modalitatea de negociere a debitorului cu creditorii

Având în vedere că Legea nr.85/2006 permite acest lucru, negocierea s-a făcut prin două metode:

- *scoaterea în afara procedurii de reorganizare a plății unei părți din creanțe în condiții reciproc avantajoase;*
- *negocierea acceptării de către anumiți creditori a unui tratament mai puțin favorabil de achitare a creanțelor față de ceilalți din aceeași categorie.*

Prin planul de reorganizare s-au propus o serie de măsuri privind **scoaterea în afara perioadei de reorganizare** a unei părți din creanțele creditorilor **garantați**. În acest sens reprezentanții societății au negociat condițiile separat, cu fiecare bancă în parte.

Aici a intervenit raportul de forțe în procedura de negociere, cu rol decisiv în strategia de reorganizare.

Urmare a acestor negocieri, s-a stabilit ca două dintre bănci să fie plătite în afara planului de reorganizare, după cum urmează:

În programul de plăți al planului de reorganizare este prevăzut a se plăti către **banca 1** suma de 2.123.150 lei, urmând ca suma de 4.000.000 euro (16.985.200 lei) să se plătească în afara perioadei de reorganizare, în termenul și condițiile agreeate cu banca, cu acordul acesteia (acordul bancii a fost necesar pentru că se aplică alt tratament în cadrul categoriei decât al celorlalte creanțe garantate). S-a obținut astfel și o rescadențare a datoriei scoasă în afara planului de reorganizare pe 5 ani cu drept de prelungire pentru încă 5 ani.

Practic banca a acceptat ca prin planul de reorganizare să se achite doar 9,22% din totalul creanței sale față de 57% cât primeau ceilalți creditori din categorie, urmând însă să primească în afara planului de reorganizare un procentaj mai mare decât ar fi primit în condițiile impuse prin plan. Avantajul a fost de ambele părți, pentru că astfel societatea debitoare a eliminat din programul de plăți al planului de reorganizare o sumă importantă, mărindu-și șansele de reușită a planului, iar banca a câștigat un procentaj mai mare de recuperare, menținându-și în același timp și garanțiile.

În ceea ce privește banca 2, propunerea societății a fost să plătească pe lângă 57% din creanța garantată și suma de 220.000 euro (934.186 lei) în afara planului, reprezentând acordarea unei protecții corespunzătoare garanțiilor constând în stocurile de marfă.

Pentru că până la data întocmirii planului de reorganizare nu s-a obținut acordul expres al celor două Bănci și în condițiile în care nu s-a reușit semnarea contractelor / actelor adiționale la contracte în sensul celor menționate mai sus, s-au prevăzut două variante de program de plăți. Condiția esențială era ca bancile să-și exprime punctul de vedere până cel târziu la data votării planului, pentru a se cunoaște varianta care se va vota.

Ceilalți creditori garantați, fie nu au negociat cu societatea, fie nu au fost de acord cu propunerile făcute de către aceasta prin plan.

În ceea ce privește negocierea în sensul acceptării de către anumiți creditori chirografari a unui tratament mai puțin favorabil de achitare a creanțelor față de ceilalți din aceeași categorie, aceasta s-a făcut cu asociații societății, care au renunțat prin planul de reorganizare la plata creanțelor lor.

Față de cele menționate, așa cum a reieșit din cele expuse până acum, s-a întocmit programul de plăți al planului de reorganizare, conform căruia plata creanțelor se face după cum urmează mai jos.

6. Modalitatea de plata a creanțelor conform programului de plăți

Cu excepția creditorilor garantați și a celor care au renunțat la plata creanțelor lor, toate celelalte categorii de creanțe se vor achita prin programul de plăți al planului de reorganizare la valoarea care s-ar încasa în cazul falimentului, după cum urmează:

Categoria creanțe garantate

Categoria de creanțe garantate deține creanțe garantate înscrise în tabelul definitiv în sumă totală de 27.705.218,15 lei.

În cazul falimentului, acești creditori ar încasa o valoare medie de **48,83 %** din creanța garantată deținută împotriva averii debitoarei.

Prin planul de reorganizare s-a prevăzut plata a **57%** din creanțele pe care le dețin creditorii garantați.

Conform Convenției de reeșalonare încheiată cu banca 1 prin varianta II a *Programului de plăți*, banca acceptă reducerea sumelor plătite în cadrul categoriei creanțelor garantate până la limita de 1.299.992 lei (9,22% din creanța acceptată în tabelul definitiv al creanțelor). În această situație banca 1 și-a exprimat acceptul, conform legii.

Categoria creanțe salariale

Această categorie prevăzută de art. 100 alin.3 lit. b din Legea nr.85/2006 deține creanțe înscrise în tabelul definitiv în quantum total de 119.085 lei, creanțe care ar fi încasate integral în cazul în care societatea ar intra în faliment. Prin programul de plăți s-a prevăzut plata integrală a acestor creanțe în ultimul trimestru al planului de reorganizare.

Categoria creanțe bugetare

Categoria de creanțe bugetare prevăzută de art. 100 alin.3 lit.c din Legea nr. 85/2006, deține creanțe înscrise în tabelul definitiv în sumă totală de 877.548 lei.

În cazul falimentului, creditorilor din această categorie le-ar fi achitată creanța integral. Prin planul de reorganizare se prevede plata integrală a creanțelor bugetare. Plata se va face în termen de 30 de zile de la data confirmării planului de reorganizare, cu respectarea prevederilor art.101 alin.1 lit.D din Legea nr.85/2006, fiind considerată creanță nefavorizată.

Categoria creanțe chirografare stabilite conform art 96 alin. 1

Categoria de creanțe chirografare prevăzută de art.96 alin.1 din Legea nr.85/2006, deține o creanță înscrisă în tabelul definitiv al creanțelor în sumă de 727.102,98 lei.

În cazul falimentului, acestor creditori li s-ar distribui 6.168 % din creanța deținută, respectiv suma de 44.850,99 lei .

Prin planul de reorganizare s-a prevăzut plata a 6.168 % din creanța deținută de fiecare creditor în parte în cele 6 semestre ale perioadei de reorganizare

Categoria celelalte creanțe chirografare

Categoria de creanțe chirografare prevăzută de art.100 alin.3 lit.e din Legea nr.85/2006, deține o creanță înscrisă în tabelul definitiv al creanțelor în suma de 73,270,411.27 lei (în condițiile în care creanțele sub condiție suspensivă înscrise de 2 sau 3 ori au fost luate în calcul o singură dată).

În cazul falimentului, acestor creditori li s-ar distribui 6.168% din creanța deținută, respectiv suma de 4.519.620,41 Lei.

Prin planul de reorganizare s-a prevăzut plata sumei de 4.519.620,41 Lei, adică 6.168% ,

din creanța deținută de fiecare creditor în parte în cele 6 semestre ale perioadei de reorganizare.

7.Tratamentul corect și echitabil al categoriilor defavorizate de creanțe

Categoriile defavorizate prin planul de reorganizare sunt:

- **Creanțe garante**
- **Creanțele salariale**
- **Creanțe chirografare stabilite conform Art. 96., alin.1**
- **Creanțe chirografare**

Din analiza efectuată pe prezentul studiu de caz, rezulta ca s-a respectat întocmai principiul tratamentului corect și echitabil, fiind îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de lege, respectiv:

- niciouna dintre categoriile care resping planul (nu este cazul) și nicio creanță care a respins planul, respectiv banca 2 și banca 4 nu au primit mai puțin decât în cazul falimentului (prin plan au primit 57% față de 48,83% cât ar fi primit în faliment, celelalte categorii de creanțe primind cât ar fi primit în faliment);
- nicio categorie sau nicio creanță nu primește mai mult decât valoarea totală a creanței sale;
- nu a existat cazul ca o categorie defavorizată să respingă planul, pentru a putea comenta art.101 alin.2 lit.c.

Concluzii:

În cazul în care s-a făcut simularea sumelor încasate de către creditorii garantați în caz de faliment, având în vedere că repartizarea sumelor acestor creditori se face în funcție de sumele încasate din valorificarea garanțiilor lor, s-au creat decalaje, procentul de recuperare variind între 51,6% și 56,9%. În vederea aplicării aceluiași tratament al creanțelor din cadrul unei categorii (art.96 alin.2), cât și al tratamentului corect și echitabil, prin plan s-a ținut cont să se acorde un procentaj de 57% fiecărui creditor din această categorie, astfel încât nicio creanță să nu primească mai puțin decât în cadrul falimentului.

Acest lucru a creat nemulțumiri între creditorii garantați, care au considerat că nu este corect ca unul mai puțin garantat decât altul să primească același procentaj prin plan. În această situație, diferențele până la limita a 57% au fost prevăzute a se achita din veniturile încasate din producție, unii creditori garantați beneficiind de sume mai mari din aceste surse decât alții.

De asemenea, debitorul a luat în calculul prezentat în cash-flow-ul anexat la plan vânzarea garanțiilor la un preț mediu calculat între cel de piață și cel de lichidare, protejându-se astfel în cazul unei fluctuații negative a pieței în perioada reorganizării. În această situație, având în vedere faptul că în tabelul definitiv al creanțelor, creanța garantată s-a trecut în limita valorii de piață a garanțiilor, debitorul este nevoit prin plan să plătească din veniturile activității curente diferențele rezultate dintre cele două valori. Și acest lucru a creat confuzii, mai precis s-a creat iluzia că acest lucru neîndreptățește creditorii garantați. Este doar o iluzie, întrucât calculele matematice arată că fiecare dintre acești creditori au primit în aceste condiții mai mult decât în faliment.

Această nedumerire, care a făcut și obiectul susținerii în favoarea infirmării planului din partea a doi dintre creditorii garantați, a fost clarificată de către judecătorul-sindic care a confirmat planul de reorganizare, motivând că acesta întrunește condițiile legale de confirmare.

8. Îmbunătățirea considerabilă a poziției uneia dintre bănci ca urmare a soluțiilor găsite în cadrul procedurii insolvenței, cu avantaje și pentru ceilalți participanți

În cadrul procedurii insolvenței, încă din perioada de observație, societatea debitoare a încheiat o tranzacție foarte interesantă, prezentată în continuare, care a adus avantaje ambelor părți, adică atât băncii cât și societății.

Situația de fapt:

Banca a finanțat cumpărarea unui teren și construcția unei hale de producție care să deservească piața din București și împrejurimi. Terenul a fost achiziționat de către societate, banca avea ipotecă pe acest teren însă construcția, deși finanțată cu o sumă importantă (elementele prefabricate erau deja realizate), nu a fost montată pe teren pe motiv că nu au mai existat bani (sumele necesare erau destul de mici, de circa 200.000 EUR). Conform contractului cu antreprenorul general, materialele rămăneau proprietatea sa până la montarea construcției. Practic, hala era gata și trebuia doar montată.

De ce era situația băncii una dificilă? Avea ipotecă doar pe teren (valoarea acestuia a scăzut) nu și pe construcție care, deși fusese finanțată de bancă, nefiind asamblată pe teren, nu era în proprietatea debitoare. Astfel, garanția băncii acoperea doar 30 % din creanță. În acest caz, conform planului de reorganizare, banca și-ar fi recuperat 57 % din creanța garantată (adică 17 % din total creanță) iar din restul de 70 % cu care ar fi fost înscrisă ca creanță chirografară, ar fi încasat cca. 6 % (adică încă 4,2 % din total creanță). Aceste sume s-ar fi recuperat în 3 ani, pierderea fiind de aproximativ 78 %.

În urma soluțiilor propuse și a negocierilor avute cu banca, cu debitorul, cu antreprenorul general și cu ceilalți creditori, situația băncii s-a îmbunătățit considerabil.

Soluția propusă:

- I) societatea de leasing (din același grup cu banca) a cumpărat activul teren transferându-i-se în plus drepturile din autorizația de construcție pentru o sumă egală cu valoarea terenului și a halei (sumă apropiată de creditul acordat de bancă);
- II) s-a încheiat un contract de novație la contractul de antrepriză prin care noul beneficiar a devenit societatea de leasing (antreprenorul a fost de acord având în vedere faptul că urma să-și încaseze și restul de bani și, în plus, elibera și spațiul în care erau depozitate elementele prefabricate); aceasta urma să plătească și ultima rată astfel încât hala să fie asamblată pe teren, crescând considerabil valoarea acestuia; mai mult, activul fiind scos în afara procedurii, finanțarea a devenit posibilă (era destul de greu de convins societatea de leasing să finanțeze în condițiile în care activul ar fi rămas în continuare în proprietatea debitoare care se află și în procedura insolvenței);
- III) asociații debitoare au înființat o nouă societate care a preluat, printr-un contract de leasing, activul teren plus hala, aceasta urmând a fi transformată într-un proiect de real-estate și închiriată, iar din veniturile obținute plătinându-se ratele de leasing. Era luat în calcul și un exit în cca. 3 ani.

Modalitatea de realizare a tranzacției (din punct de vedere tehnic/juridic)

Acest lucru se putea face prin planul de reorganizare dar mai dura. Fiind vorba despre o operație care depășea activitatea curentă a societății, în temeiul art. 49, s-a convocat un comitet al creditorilor care a aprobat:

- I) vânzarea activului către societatea de leasing la prețul stabilit;
- II) încheierea contractului de novație;
- III) fiind vorba despre vânzarea unui bun ipotecat, a trebuit să se acorde și protecție corespunzătoare. Ce a însemnat aceasta ? Că toate sumele încasate din vânzare, se plătesc creditorului garantat.

Pentru a fi o tranzacție non cash, banca și-a cesionat creanța societății de leasing pentru un preț egal cu prețul de cumpărare (așa cum am arătat, acest preț a fost foarte aproape de creanța băncii astfel încât pierderea băncii a fost una foarte mică) și s-a realizat o compensare între prețul pe care leasing-ul trebuia să-l plătească și suma pe care debitoarea trebuia să o achite creditorului garantat ca protecție corespunzătoare (creditorul garantat fiind tot societate de leasing care preluând creanța a preluat și garanțiile). Practic, singurii bani care s-au „scos din buzunar” au fost TVA-ul, onorariul practicianului și cel al notarului.

Din această tranzacție, toată lumea a avut de câștigat:

- I) banca și-a micșorat pierderea la minimum și, practic, și-a recuperat creanța într-un timp record (înainte chiar de propunerea planului de reorganizare);
- II) debitoarea a „scăpat” de un creditor iar asociații erau asociați și ai societății care a preluat activul în leasing, existând chiar posibilitatea să le mai rămână și niște bani în cont;
- III) ceilalți creditori au fost mulțumiți având în vedere faptul că unul dintre ei, cu o sumă importantă, nemaiavănd bani de încasat, proporția lor de recuperare s-a majorat;
- IV) antreprenorul general și-a încasat și ultima rată și a eliberat și spațiul de depozitare.

9. Garanțiile pe stocuri. Scurte considerații

O altă problemă întâmpinată de societate la conceperea planului de reorganizare, este aceea a **garanțiilor pe stocuri**. Există foarte multe dosare în care creditorii (în special băncile) au acceptat ca garanție pentru sumele împrumutate stocurile de materie primă.

O astfel de garanție, permisă de lege, a născut și naște în continuare în practică foarte multe probleme având în vedere faptul că, de cele mai multe ori, la data deschiderii procedurii insolvenței, aceste stocuri, fie nu mai există fie sunt de o valoare mult mai mică decât cea inițială. Mai mult, în timpul procedurii, continuându-se activitatea curentă, este posibil ca stocurile să sufere noi „diminuări”, lucru determinat și de nevoia stringentă de capital de lucru, caz în care nu se mai lucrează „pe stocuri”.

Ca urmare, creditorii cu astfel de garanții se transformă în realitate în creditori chirografari, mai ales în ipoteza trecerii la faliment când ei se îndestulează cu prioritate din sumele obținute din valorificarea bunurilor aflate în garanția lor. În ipoteza în care stocurile nu mai există și se ajunge și la faliment, din această garanție nu se mai recuperează niciun ban.

Momentul la care ne raportăm atunci când trebuie să stabilim valoarea stocurilor aduse ca garanție este acela al deschiderii procedurii insolvenței. În opinia noastră, această valoare ar trebui folosită atunci când se întocmește tabelul

definitiv de creanțe chiar dacă, între timp, pe parcursul perioadei de observație, valoarea stocurilor scade. Aceasta și pentru că, în temeiul legii (atât vechea reglementare – titlul VI din Legea nr. 99/1999 care se aplică contractelor încheiate înainte de 1.10.2011, cât și NCC – art. 2392) garanția se extinde asupra oricărui bun care îl înlocuiește sau în care trece valoarea bunului asupra căruia poartă garanția.

Ca un ultim punct, aducem în discuție un alt element controversat, de această dată din punct de vedere al Legii privind procedura insolvenței.

Există două aliniaturi ale aceluiași text de lege (art. 49) care, aparent cel puțin, se contrazic.

Există alin. 3 care menționează faptul că atunci când se înstrăinează un bun garantat, trebuie acodată celui creditor o garanție corespunzătoare care poate consta fie în plata unor sume de bani fie în aducerea unui alt obiect în garanție. Stocurile, fiind folosite în procesul de producție, ajung în cele din urmă să fie înstrăinate. Bani obținuți nu pot fi dați creditorului garantat pentru că s-ar diminua capitalul de lucru iar o altă garanție s-ar putea să nu mai existe (în 99 % din cazuri s-a garantat la bănci cu toate bunurile).

De asemenea, legea permite continuarea activității (art. 49 alin. 1) fiind evident că dacă activitatea s-ar opri societatea ar intra 100 % în faliment.

Cum procedăm ? Pe de o parte se dorește reorganizarea și trebuie continuată activitatea (ceea ce presupune, de cele mai multe ori, diminuarea stocurilor) iar pe de altă parte creditorul garantat dorește protecție corespunzătoare pentru că i se înstrăinează bunurile reprezentând garanția sa.

Noi considerăm că textul de lege privitor la acordarea protecției corespunzătoare (art. 49 alin. 3) trebuie interpretat în sensul că se aplică numai în cazul prevăzut la alin. 2 al aceluiași art. 49 care reglementează situația actelor care depășesc activitatea curentă. Dacă se vinde, spre exemplu, un bun garantat (acest lucru neîntrând în activitatea curentă) trebuie acordată protecție corespunzătoare. Așa după cum am atătat mai sus, nu se poate vinde un activ iar banii obținuți să fie folosiți în activitatea curentă, creditorul garantat rămânând și fără garanție și fără bani.

Situația noastră este alta - debitoarea folosește stocurile (garanția unui creditor) însă le folosește în activitatea curentă, pentru a produce și vinde ceea ce produce, așa cum vinde de obicei. Aceasta datorită faptului că atâta timp cât legea permite continuarea activității societatea nu poate fi obligată să nu folosească stocurile.

Există totuși o singură excepție atunci când stocurile nu sunt folosite în procesul de producție ci pur și simplu se vând (societatea neavând ca activitate curentă comerțul cu materii prime de natura celor care constituie stocul aflat în garanția băncii).

Oricum, pe acest aspect, acest text de lege nu este foarte clar și credem că într-o viitoare reglementare această speță ar trebui clarificată.

DREPTUL INSOLVENȚEI FIICA REBELĂ A DREPTULUI CIVIL

Prof.univ.dr. Ion Turcu
Avocat în Baroul Cluj

Andreea Szombati
studentă la Universitatea
Babeș-Bolyai din Cluj

(Urmare din numărul 40-41/2012)

EPISODUL 5. FIICA REBELĂ DEZAVUEAZĂ REVENDICAREA

Admisibilitatea revendicării în principiu

Acțiunea în revendicare reglementată de art. 90 din Legea nr. 85/2006, în procedura insolvenței, derogă de la acțiunea în revendicare de drept comun. Ea trebuie să fie promovată într-un termen limitat, în absența unui conflict imediat privind proprietatea și reprezentând prin exercitarea ei nevoia proprietarului de a-și conserva plener dreptul. În felul acesta acțiunea reprezintă nu numai respectul dreptului de proprietate în cadrul dreptului procedurilor colective, dar, totodată, prezintă și supunerea acestei sancțiuni intereselor procedurii. În acest mod se permite participanților la procedură să cunoască realitatea drepturilor debitorului și concomitent se asigură continuarea procedurii. Regimul juridic al revendicării în acest context relevă un compromis între imperativele dreptului civil și cele ale dreptului insolvenței¹¹.

Revendicarea, în procedura insolvenței, are caracterul unei excepții la o excepție. Admiterea acțiunii apare astfel ca o supunere a dreptului insolvenței față de dreptul civil, această supunere fiind atenuată prin adaptarea regimului acțiunii la nevoile procedurii colective.

Recunoașterea dreptului de proprietate în cuprinsul unei proceduri colective a fost întotdeauna considerată ca legitimă, deși exercitarea acțiunii contravine ideii de procedură colectivă și exprimă mai curând supunerea dreptului special față de dreptul comun. Dacă admiterea acțiunii în revendicare, ca modalitate de protejare a dreptului de proprietate, este contrară imperativelor procedurii insolvenței, ea permite ca această procedură să se conformeze respectului proprietății ca imperativ de drept comun.

Dreptul insolvenței impune o disciplină strictă a ansamblului partenerilor contractuali ai debitorului în speranța că recunoașterea drepturilor lor le va asigura plata ulterioară. Ansamblul bunurilor și relațiilor financiare ale debitorului sunt puse în slujba redresării prin două măsuri: pe de-o parte, obligațiile anterioare deschiderii procedurii sunt înghețate, astfel că vor putea fi plătite numai în situația în care reluarea activității asigură mijloacele necesare; pe de altă parte, partenerii contractuali sunt stimulați să

participe la efortul redresării, eventual chiar prin renunțarea la o parte din pretenții.

În această privință, drepturile proprietarilor sunt percepute ca obstacol în procedura colectivă. Proprietarii ar trebui să fie supuși aceluiași regim ca și ceilalți contractanți, în sensul de a-și abandona dreptul spre binele comun și dacă aceste bunuri revendicate s-ar vinde, să primească numai o parte din prețul obținut. Revendicarea și retragerea bunurilor din averea debitorului fac dificilă, dacă nu imposibilă, reluarea activității debitorului. Respectul dreptului de proprietate apare deci în contradicție cu scopul procedurii colective.

Valorificarea dreptului de proprietate prin retragerea bunului din procedură este contrară intereselor reorganizării. Pentru a ieși din procedură, proprietarul demonstrează superioritatea dreptului său față de creditori. Respectul dreptului de proprietate în procedura insolvenței începe prin admiterea acțiunii în revendicare astfel cum este concepută de dreptul civil. Succesul revendicării va permite restituirea bunului al cărui drept este demonstrat, prin exclusivismul proprietății, adică prin excluderea tuturor celorlalți de către proprietar, de la beneficiul bunului său. Remarcăm însă că procedura insolvenței, impunând colectivizarea bunurilor găsite în averea debitorului, în vederea redresării acestuia, permite utilizarea bunului pentru profitul comun, deși debitorul este doar detentor. Apare astfel cu certitudine ideea că revendicarea în procedura colectivă corespunde celei de drept civil, fiind o acțiune care utilizează puterea proprietarului de a exclude terțe persoane de la beneficiul bunului său, prin dovedirea dreptului și restituirea lucrului.

Manifestare a proprietății în procedura insolvenței, revendicarea apare ca o evidență, astfel că proprietatea servește ca garanție, iar proprietarul apare mai curând ca un creditor care ar trebui să se supună disciplinei colective. Ar fi atunci aparent legitimă respingerea acțiunii proprietarilor garantați, chiar dacă li s-ar recunoaște un rang preferențial în distribuție. Totuși, legislația și doctrina admit acțiunea făcând să prevaleze proprietatea asupra creanței.

Mai multe decizii ale Curții Europene a Drepturilor Omului au calificat procedura insolvenței ca o măsură de reglementare a folosinței bunurilor, atât față de debitor, privat de această folosință, cât și față de situația creditorilor. În concepția Curții, procedura colectivă urmărește asigurarea unei gestiuni echitabile a bunurilor în vederea garantării unei protecții identice pentru toți creditorii¹².

Adaptarea acțiunii de drept civil la specificul procedurii insolvenței

Pentru protejarea dreptului său de proprietate, acțiunea în revendicare permite proprietarului să extragă din procedura colectivă bunul său, contravenind astfel intereselor procedurii. De aceea acțiunea a fost adaptată imperativelor procedurii insolvenței prin stabilirea unui termen de exercitare a acțiunii. În acest mod, interesul legitim al procedurii colective este impus și acțiunii în revendicare. Termenul impus pentru exercitare este un obstacol în calea revendicărilor, cu care legislația a urmărit să permită șansa rămânării în averea debitorului a cât mai multor bunuri.

Critica acestei idei a susținut că s-a impus revindicării o trecere îngustă care ar putea deveni impracticabilă și care ar putea paraliza exercițiul dreptului. În realitate, proprietarii au fost stimulați să se hotărască rapid în privința soartei bunului. Pe de-o parte, dacă procedura insolvenței a respectat exigențele protecției dreptului de proprietate impuse de dreptul comun, pe de altă parte, ea a impus ca retragerile să fie cât mai puține și celeritatea procedurii să nu fie afectată. A fost astfel indispensabilă limitarea în timp a exercitării acțiunii în revendicare. Restituirea bunului este oricum autorizată numai în măsura în care s-a dovedit realitatea dreptului revendicat. Dacă redresarea este posibilă, revindicarea trebuie să fie operată rapid și urgența justifică derogarea de la o normă juridică și sacrificarea unui drept față de altul. Clarificarea posibilităților revindicării este importantă pentru elaborarea planului de reorganizare. Ar fi inutil să se sere la reorganizare dacă majoritatea mijloacelor de producție fac obiectul revindicării.

Conceptul de bunuri care „aparțin” altor persoane (art. 90 din Legea nr. 85/2006)

Textul art. 90 alin. (1) reglementează situația unor bunuri aflate în averea debitorului (i) la data înregistrării cererii introductive sau (ii) la data expirării termenului pentru înregistrarea contestației debitorului față de cererea creditorului pentru deschiderea procedurii ori (iii) la data respingerii contestației debitorului împotriva acestei cereri, aceste bunuri aparținând „altor persoane”. Alin. (2) reglementează situația în care bunurile aflate anterior în averea debitorului și aparținând altor persoane nu se mai pot identifica în averea debitorului la data revindicării lor.

Persoana care pretinde că un bun care îi aparține se află în averea debitorului poate să-l revendice, declarând și dovedind titlul sau cauza juridică de care se prevalează. Revendicarea poate fi exercitată și de uzufructuar, nu numai de un proprietar.

Din termenii textului alin. (1) al art. 90 „orice alt bun” rezultă că norma juridică este aplicabilă deopotrivă bunurilor imobile, ca și celor mobile.

Ipotezele aplicării art. 90

Analiza textului conduce la concluzia că este aplicabil în două ipoteze: a) în cazul în care bunul se află în averea debitorului consignatar în temeiul unui contract de consignație; b) în toate celelalte situații în care în averea debitorului se regăsesc bunuri de orice fel aparținând altor persoane.

Atunci când bunul aparținând altei persoane se află în averea debitorului consignatar ca urmare a încheierii unui contract de consignație cu proprietarul bunului, sunt aplicabile dispozițiile art. 21 din Legea nr. 178/1934, modificată prin Legea nr. 34/1936: „în caz de faliment al consignatarului, consignantul va putea revindica bunurile încredințate sau prețul lor care nu fusese plătit în bani, sau altfel”.

Dilemele jurisprudenței actuale

Jurisprudența actuală a fost confruntată cu soluționarea unor aspecte litigioase, cum sunt calificarea corectă a clauzelor

(vânzare sau consignație), neparticiparea consignantului la vânzare; obligația consignatarului de conservare și altele.

Astfel, prin decizia Curții Supreme de Justiție, secț. com., nr. 2549 din 9 aprilie 2002¹³ s-a statuat că, în aplicarea corectă a dispozițiilor art. 970 C.civ., convențiile trebuie să fie executate cu bună-credință, părțile fiind obligate nu numai pentru cele stipulate expres în acele convenții, ci și pentru toate consecințele pe care echitatea, obiceiul sau legea le atribuie acelor obligații, conform naturii lor. De aceea, nici instanța nu poate să confere unui contract de consignație o calificare diferită, de vânzare-cumpărare.

În speță s-a confirmat decizia Curții de Apel Târgu-Mureș care a respins pretențiile consignantului de a-i fi plătit prețul pentru bunurile încredințate consignatarului. Curtea Supremă de Justiție a reținut că potrivit termenilor expliciți ai contractului dintre părți, acesta se califică drept contract de consignație guvernat de Legea nr. 178/1934. Pretenția consignantului de a fi obligat consignatarul să-i plătească prețul bunurilor predate acestuia este nefondată pentru că bunurile nu au fost vândute și consignantul a fost modificat de consignatar să le preia, dar nu s-a conformat. Aceste bunuri au rămas în proprietatea consignantului, iar obligația consignatarului de a preda prețul consignantului ia naștere numai după vânzarea bunurilor.

Într-un alt litigiu, Curtea Supremă de Justiție, secț. com., prin dec. nr. 4311 din 20 iunie 2002¹⁴ a stabilit că la vânzarea bunurilor predate în consignație participă numai consignatarul, nu și consignantul și în consecință acestuia din urmă nu i se poate pretinde să facă dovada vânzării bunurilor.

Recuperarea bunului

În primul alineat al art. 90 este reglementată ipoteza conform căreia, la una dintre datele alternative specificate acolo, bunul se găsește efectiv în averea debitorului.

În această ipoteză, proprietarul bunului îl va putea recupera, excepție făcând situația în care debitorul are un drept de garanție valabil asupra bunului. Atunci când debitorul este consignatar, el nu are nicio garanție valabilă asupra bunului deoarece conform art. 4 al Legii nr. 178/1934 consignantul poate relua și ridica, oricând, chiar dacă contractul s-a încheiat pe o durată determinată, toate sau numai o parte din bunurile încredințate consignatarului, fără să fie obligat la o prealabilă înștiințare. Reluarea bunurilor de către consignant se poate obține și pe calea procedurală a ordonanței președințiale care poate fi emisă și fără citarea părților dar numai în ipoteza în care contractul de consignație are forma autentică notarială. Dacă acest contract are forma înscrisului sub semnătură privată, ordonanța președințială se va da cu citarea părților, dar cu maxima urgență, termenul pentru citare fixându-se în ziua următoare celei în care s-a înregistrat cererea.

Preavizul către consignatar nu este obligatoriu nici chiar dacă a fost prevăzut în contract.

Pentru a risipi orice îndoială cu privire la opoziția debitorului consignatar față de cererea consignantului proprietar al bunurilor, dispozițiile art. 90 din Legea nr. 178/1934 sunt categorice: consignatarul nu poate exercita niciun drept de retenție nici asupra bunului nici asupra prețului în raport cu consignantul.

În alin. (2) al art. 90 este reglementată ipoteza conform căreia la oricare dintre datele menționate alternativ în alin. (1) bunul proprietatea consignantului nu se află în averea acestuia și nici nu poate fi recuperat de către consignant sau de către debitor de la actualul deținător, consignantul va avea numai un drept de creanță care se va înregistra în tabelul creanțelor cu valoarea pe care bunul

o are la acea dată, presupunând că această valoare este inferioară evaluării făcute la predarea bunului. Dacă consignantul debitor s-a aflat în posesia bunului la una dintre datele alternative specificate în primul alineat al art. 90 iar ulterior acelei date a pierdut posesia, se consideră că această pierdere îi poate fi imputată cu titlu de culpă contractuală și în consecință creanța consignantului va fi înscrisă în tabel la valoarea pe care bunul o avea la data încheierii contractului de consignație.

EPISODUL 6. FIICA REBELĂ ESTE REFRACTARĂ LA RESTITUIRE

Obligația de restituire și alte ipoteze

Cea de-a doua ipoteză vizată prin dispozițiile art. 90 al Legii nr. 85/2006 cuprinde toate situațiile în care debitorul deține orice bun, mobil sau imobil, care aparține altuia, la una dintre datele alternative descrise în alin. (1). Și în privința acestor bunuri se recunoaște dreptul proprietarului de a recupera bunul, cu excepția cazului în care debitorul poate invoca un drept de garanție valabil asupra bunului.

Situațiile în care se aplică acest text pot cunoaște o mare diversitate de convenții între proprietarul bunului și debitor sau, în unele cazuri, bunul se poate afla în aparență în averea debitorului, dar fără niciun titlu și în afara oricărui raport juridic cu privire la acel bun între proprietar și debitor. În prima categorie de situații, convențiile prealabile între debitor și proprietar prevăd sau presupun obligația de restituire a bunului (i). Acestor situații li se atașează ideea de restituire ca obligație contractuală. În alte situații convențiile prevăd că bunul în cauză a fost predat debitorului, dar chiar dacă s-a făcut predarea cu titlu de vânzare, proprietarul și-a păstrat titlul de proprietate până la plata întregului preț (ii). În fine, atunci când debitorul deține bunul fără niciun titlu justificativ, proprietarul exercită o revendicare clasică în calitate de proprietar posesor contra posesorului neproprietar, debitor în procedură (iii).

(i) În cea dintâi categorie se regăsesc contractele de credit pentru consum destinat consumatorilor persoane fizice, de depozit, de închiriere, de leasing, expoziție, recondiționare etc.

(ii) Cea de a doua categorie cuprinde vânzările cu rezerva dreptului de proprietate.

(iii) A treia situație vizează toate cazurile în care bunul a ajuns în averea debitorului fără justificare și este urmărit de proprietar pentru a fi redobândit.

Credit pentru consum

Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor persoane fizice prevede în art. 10 dispoziția conform căreia în situația în care consumatorul nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, creditorul poate apela la căile legale în vederea returnării bunurilor. Înainte de a uza de aceste căi legale, creditorul este obligat să solicite consumatorului acordul scris pentru restituirea bunului. Bunurile vor fi ridicate de vânzător, cu obligația de a restitui creditorului contravaloarea lor. Textul nu conține o referire expresă la rezerva dreptului de proprietate – și în acest mod subzistă ambiguitatea mecanismului juridic – sau rezerva proprietății sau vânzarea rezoluționată, niciuna dintre ipoteze neavând prevalență categorică.

Bunuri în depozit

O altă ipoteză vizată de textul art. 90 alin. (1) este aceea conform căreia bunul se află în averea debitorului cu titlul de depozit. Jurisprudența română din secolul XIX a statuat în sensul că un creditor depozitar este în drept să revendice marfa aflată în

depozitul persoanei căzute în faliment, dar pentru aceasta trebuie să promoveze acțiunea în revendicare în timp util, înainte de lichidarea bunurilor care s-au aflat în averea debitorului, în caz contrar nemaiavăd decât posibilitatea să se înscrie în tabelul creanțelor cu valoarea bunului¹⁵.

Tot cu titlul de depozit a fost considerată marfa pe care destinatarul a refuzat-o, dar a păstrat-o la dispoziția proprietarului expeditor. În cazul falimentului destinatarului această marfă nu poate fi inventariată în averea debitorului ca activ, ci va fi restituită în natură sau, în caz de lipsă, în valoare integrală¹⁶.

Jurisprudența franceză a fost confruntată și cu situația în care acțiunea în revendicare s-a exercitat de către depozitar împotriva subdepozitarului aflat în procedură colectivă. Admisibilitatea unei astfel de cereri a fost justificată de considerentul că depozitarul a rămas obligat să restituie deponentului lucrul revendicat¹⁷.

Vânzarea rezoluționată

O altă situație de revendicare este aceea referitoare la vânzarea rezoluționată. În situația în care vânzarea mărfurilor a fost rezoluționată înaintea deschiderii procedurii colective vânzătorul este autorizat să revendice mărfurile pentru că rezoluțiunea a avut efect retroactiv cu consecința redobândirii calității de proprietar. Rezoluțiunea va putea rezulta din valorificarea clauzei rezolutorii introdusă în contract sau dintr-o hotărâre judecătorească care a admis acțiunea, rezoluțiunea vânzării. Jurisprudența franceză a admis revendicarea și atunci când rezoluțiunea vânzării s-a produs după deschiderea procedurii cu condiția ca acțiunea pentru rezoluțiune să fi fost inițiată înainte de deschiderea procedurii și temeiul acțiunii în rezoluțiune să nu fie neplata prețului, ci un altul, de exemplu, garanția pentru vicii ascunse. În ambele situații revendicarea va fi posibilă numai pentru bunuri care există în natură în averea debitorului la una dintre datele enumerate alternativ în art. 20 alin. (1).

Mărfuri în tranzit

Pot fi revendicate și mărfurile aflate în deplasare (în tranzit, în curs de transport) spre debitorul destinatar. Cât timp nu au fost predate încă debitorului aflat în procedură de insolvență ele mai pot fi revendicate de expeditor. Nu se mai poate aplica această soluție după ce marfa a fost predată în vama cumpărătorului. Justificarea acestei revendicări este absența solvabilității aparente a debitorului. Nu suntem în prezența unei veritabile revendicări, pentru că proprietatea s-a transferat în momentul acordului voințelor asupra lucrului și prețului (art. 1995 C.civ.). Această ipoteză este reglementată distinct în art. 87, cu precizarea că prețul nu a fost plătit, iar bunul nu a fost primit de debitor. Administratorul judiciar/lichidator poate opta să îi fie predat bunul, dar va trebui să plătească integral prețul. Dacă vânzătorul nu revendică bunul își poate scrie creanța în tabel.

Contractul de leasing

Contractul de leasing poate prileji o acțiune de revendicare din partea societății de leasing pentru recuperarea bunului de la utilizator care se află în procedură de insolvență (Ordonanța Guvernului nr. 51/1997, republicată în M.Of. nr. 9 din 12 ianuarie 2000, cu modificările și completările aduse prin Legea nr. 571/2003 Codul fiscal, prin Legea nr. 553/2004 și prin Legea nr. 287/2006) prevede în art. 13 alin. (1) că drepturile locatorului/finanțatorului asupra bunului utilizat în baza unui contract de leasing sunt opozabile judecătorului-sindic, în situația în care locatorul/utilizatorul se află în reorganizare juridică și/sau faliment, în conformitate cu prevederile legale. În același articol, la alin. (3), drepturile locatorului/utilizatorului asupra bunului utilizat în baza

unui contract de leasing sunt opozabile judecătorului-sindic și creditorului în situația în care locatarul/utilizatorul se află în reorganizare juridică și/sau faliment, în conformitate cu prevederile legale în materie. În același articol, la alin. (5), se prevede că în cazurile reglementate la alin. (3) și (4) drepturile locatarului/utilizatorului prevăzute de Ordonanța nr. 51/1997 și cele stipulate în contractul de leasing vor urmări bunul aflat în proprietatea oricărui dobânditor al acestuia, în condițiile în care au fost respectate întocmai drepturile locatarului/utilizatorului.

Explicația acestor reglementări este dezvoltată în art. 1 alin. (1), conform prevederilor cărui, la sfârșitul perioadei de leasing și chiar mai devreme, dar nu înainte de împlinirea unui an de la încheierea contractului, locatarul/utilizatorul optează pentru cumpărarea bunurilor. Înainte de această cumpărare proprietatea este păstrată de finanțator/locator. În cazul bunurilor imobile contractul de leasing se menționează în cartea funciară.

Expoziția

Bunul revendicat se poate afla în averea debitorului cu titlul de expoziție ca exponat recuperabil după închiderea expoziției ori cu titlul de recondiționare (de exemplu, atelier de reparații auto, reparații de echipamente informatice sau de altă natură etc.). În aceste situații debitorul poate refuza administratorul judiciar sau lichidator, predarea bunului invocând dreptul său de retenție¹⁸ până la plata taxelor sau chiriei pentru stand expozițional ori a devizului de reparații¹⁹.

Bunuri sub gaj

Dreptul de retenție este opozabil nu numai proprietarului lucrului, ci și celorlalți creditori ai acestuia, inclusiv creditorilor care au o altă garanție (de exemplu, gajul sau garanția reală mobilă), precum și administratorului judiciar sau lichidatorului. Aceștia din urmă pot recupera bunul plătind creanța.

Faptul că detentorul și-a înregistrat creanța în tabel nu are drept consecință pierderea dreptului de retenție.

Debitorul posesor al titlului la purtător

Încorporarea drepturilor patrimoniale în înscrisurile pe care le constată generează autonomia dreptului patrimonial față de raportul juridic fundamental din care s-a născut. Cu cât gradul de încorporare este mai deplin, cu atât este mai simplă transmiterea dreptului. Titlurile la purtător se transmit prin simpla predare (de exemplu, acțiunile și obligațiunile la purtător). În acest caz dreptul de creanță incorporat este susceptibil de posesie prin posesia înscrisului în care s-a încorporat creanța. Consecința este aceea că dreptul de creanță devine obiect al unui drept real, dreptul de proprietate și este considerat astfel ca un bun incorporat.

În ce privește acțiunile care n-au fost încă plătite de cei care le-au subscris, ele pot fi revendicate de emitent. În situația în care nu au fost încă predate cumpărătorului aflat în procedură de insolvență se va putea cere rezoluțiunea vânzării, dar nu pe baza neexecutării din partea debitorului, ci pe temeiul accesării administratorului judiciar/lichidatorului. În cazul în care acesta din urmă sau debitorul optează pentru executarea vânzării, emitentul va putea pretinde plata imediată și integrală a prețului acțiunilor.

EPISODUL 7. DEBITORUL PARALIZEAZĂ REVENDICAREA ÎN TEMEIUL DREPTULUI DE PROPRIETATE REZERVAT

Admisibilitatea revendicării, ca idee de principiu, nu este o noutate. Încă în secolul XIX, Înalta Curte de Casație și Justiție

promova soluția admisibilității revendicării în următorii termeni „Cât timp activul unui falit nu a fost încă vândut, cei care au obiecte mobile în casa falitului și dovedesc că sunt ale lor pot cere și pot lua în natură aceste obiecte²⁰”. Prin Legea din 2 august 1929 asupra vânzării pe credit a mașinilor industriale, agricole și autovehiculelor s-a legalizat, conform art. 30, regularitatea tuturor vânzărilor de imobile cu rezerva proprietății. Acest instrument este de acum aplicabil oricărei vânzări de lucruri mobile, nu doar celor expres menționate în lege. În acest sens a fost interpretat actul normativ de către diferite instanțe ale epocii. De exemplu, Curtea de apel Cluj, prin decizia nr. 332/1937, a extins aplicarea textului la remorcile de automobil și la aparate Roentgen²¹. În același sens s-au pronunțat și alte instanțe²².

În procedura falimentului reglementată de Codul comercial român jurisprudența a stabilit că nu-i poate fi opusă clauza de rezervă a dreptului de proprietate unui terț subachizitor de bunăcredință, care a dobândit bunuri ignorând existența clauzei. În speță s-a cumpărat o mașină de cusut Singer cu rezerva dreptului de proprietate până la plata integrală a prețului. Cumpărătorul a împrumutat spre folosință mașina de cusut, ginerelui său, pe un timp limitat. Acesta, în loc să restituie socrului său obiectul, a vândut mașina de cusut societății Commercial din Brașov care, la rândul ei, a vândut-o altei persoane. Atât societatea Commercial, cât și actualul deținător ignorau existența clauzei de rezervă a proprietății. În consecință, Judecătoria mixtă Brașov, prin cartea de judecată nr. 1171 din 4 decembrie 1934²³ a respins acțiunea de revendicare.

Tot sub incidența procedurii falimentului reglementată de Codul comercial român s-a decis că nu este admisibilă acțiunea în revendicare pe calea dreptului comun din moment ce procedura falimentului instituie un instrument special de revendicare, cale mai rapidă decât cea de drept comun²⁴.

Istoricul clauzei

Clauza de rezervă a proprietății este o formulă care contrazice art. 1295 C.civ. anterior, conform dispozițiilor cărui dreptul de proprietate asupra bunului se transmite de la vânzător la cumpărător în momentul realizării acordului voințelor cu privire la obiect și preț, deși obiectul nu s-a predat și prețul nu s-a plătit. Clauza împiedică transferul dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător, deși lucrul s-a predat și prețul s-a plătit parțial. Jurisprudența a acceptat, în prima etapă, principiul caracterului supletiv al transferului dreptului de proprietate. Ca urmare, părțile pot să deroge de la efectul translativ. Ulterior jurisprudența a recunoscut și validitatea clauzei prin care s-a rezervat în favoarea vânzătorului dreptul de proprietate, dar cu amendamentul că această clauză nu poate fi opusă masei creditorilor falitului. Așadar, clauza a fost vidată de efecte chiar în domeniul în care era mai folositoare. În etapa următoare clauza a devenit opozabilă și creditorilor în procedură de insolvență.

Noul Cod civil consacră cinci articole acestei instituții.

Art. 1673 reglementează obligația de a transmite dreptul vândut. Transmiterea proprietății, ca și a oricărui alt drept de la vânzător la cumpărător constituie o obligație legală pe care o consacră primul alineat al art. 1673.

În cel de-al doilea alineat se precizează că prin contract se transmit cumpărătorului toate drepturile și acțiunile accesorii care au aparținut vânzătorului.

Cel de-al treilea alineat menționează că și alte drepturi decât cel de proprietate pot fi transmise în același mod.

Similar textului art. 1295 din C.civ. anterior, în art. 1674 din Noul Cod civil se reglementează strămutarea de drept a proprietății, din momentul încheierii contractului de la vânzător la cumpărător, dacă legea nu prevede altfel sau dacă din voința părților nu rezultă contrariul.

În ce privește opozabilitatea vânzării, ea depinde de îndeplinirea formalităților de publicitate.

În materie imobiliară, precizează art. 1676, strămutarea proprietății operează numai conform normelor care au ca obiect de reglementare cartea funciară.

Rezerva proprietății este reglementată în NCC, art. 1755. Dacă rezerva proprietății garantează plata prețului în vânzarea cu plata în rate, dobândirea dreptului de proprietate se realizează în favoarea cumpărătorului numai la data achitării ultimei rate din preț. Cu toate acestea, riscul bunului este transferat cu, părătorului chiar în momentul predării acestui drept.

Legea nr. 85/2006, în art. 86 alin. (4), derogă de la normele de mai sus în sensul că în situația în care bunul imobil a fost vândut cu reținerea dreptului de proprietate până la plata integrală a prețului vânzării, vânzarea va fi considerată executată de către vânzător și nu va fi supusă prevederilor alin. (1) care reglementează menținerea sau desființarea contractelor, deci contractele în curs. Concluzia care se desprinde din textul derogatoriu al art. 86 alin. (4) este că odată cu deschiderea procedurii insolvenței bunul vândut debitorului este considerat că a intrat în patrimoniul acestuia, chiar dacă nu a plătit întregul preț și chiar dacă vânzătorul a înțeles să rețină ca garanție dreptul de proprietate asupra bunului vândut până la plata integrală a prețului, deși nu s-a plătit acest preț în întregime.

Calificarea juridică a clauzei

Subordonând transferul proprietății plății integrale a prețului, clauza nu afectează însăși validitatea formării actului juridic, ci numai suspendă un efect al acestuia, transmiterea dreptului de proprietate.

Critica clauzei

Oportunitatea clauzei în procedura insolvenței este discutabilă. Pentru vânzător clauza este net avantajoasă, deoarece nu trebuie să se alinieze celorlalți creditori în procedura colectivă pentru a aștepta o plată întârziată și incertă, ci își repară prejudiciul generat de neplata prețului luând imediat în posesie bunul. O astfel de favoare o poate avea numai dacă clauza s-a stipulat mai târziu în momentul livrării și a fost acceptată de cumpărător. Este evident că nu toți creditorii se pot folosi de o asemenea clauză, ci numai vânzătorii bunurilor. Pe de altă parte, punerea în aplicare a clauzei poate zădărnici redresarea pe bază de plan. Dacă în averea debitorului se regăsesc mai multe bunuri afectate de o astfel de clauză, s-ar putea să numai rămână nimic de lichidat²⁵.

Soarta bunului anterior plății prețului

Cumpărătorul care a acceptat clauza este un simplu detentor, dar în fapt folosește bunul ca un proprietar. Ambiguitatea situației reflectă contradicție între regimul legal și starea de fapt. Conform regimului legal detentorul nu poate uza fizic obiectul, diminuându-i valoarea de întrebuințare. Faptic bunul este exploatat comercial de către cumpărător, fără nicio deosebire de modul în care bunul ar fi utilizat de un veritabil proprietar. Chiar mai mult decât atât, cumpărătorul poate revinde faptic acel bun, iar dobânditorul de bună-credință are la dispoziție inopozabilitatea clauzei pe care a ignorat-o. Același scut îl poate folosi o bancă dacă a acceptat bunul ca garanție reală cu depozitare.

Pentru aceste surprize dezagreabile vânzătorul are antidoturi numeroase, cum sunt, de exemplu, următoarele:

- până la plata în întregime a prețului, cumpărătorul va individualiza lucrul astfel încât să nu fie confundat cu alte bunuri de aceeași natură provenind de la alți furnizori;

- în cazul sechestrului sau altei asemenea intervenții a unei terțe persoane asupra lucrului, cumpărătorul îl va informa de îndată pe vânzător;

- cumpărătorului nu-i este îngăduit să constituie o garanție în favoarea altei persoane asupra lucrului;

- sub niciun motiv cumpărătorul nu va putea revinde lucrul înainte de plata întregului preț;

- cumpărătorului îi este permis, în cadrul normalei exploatare a întreprinderii sale, să revândă lucrurile care fac obiectul contractului, plătiind imediat prețul datorat vânzătorului;

- cumpărătorul este autorizat ca, în limitele normalei exercitări a comerțului său, să vândă bunul care face obiectul contractului, informându-l pe subdobânditor că aceste bunuri sunt grevate de o clauză de rezervă a proprietății și notificând vânzătorului revânzarea pentru ca acesta să-și conserve drepturile revendicând prețul de revânzare;

- este interzisă orice modificare, transformare sau alterare a mărfii, iar în cazul nerespectării de către cumpărător a acestei interdicții vânzătorul este autorizat să reia posesiunea mărfii care se mai află în stoc la cumpărător;

- cumpărătorul este autorizat, în limitele exercițiului normal al activității sale, să transforme bunurile vândute, obligându-se să plătească imediat vânzătorului prețul restant, exceptând cazul în care, cu acordul expres al vânzătorului, îi cedează acestuia proprietatea bunurilor rezultate din transformare, cu titlu de garanție a prețului.

Protecția pe care o va obține vânzătorul prin aceste clauze este evident imperfectă, deoarece ele vor fi opozabile terților subdobânditori numai dacă s-ar dovedi că aceștia au avut efectiv cunoștință, conform normelor de drept comun privind opozabilitatea convențiilor. Nu se va putea utiliza cu succes nici teza scindării dreptului de proprietate între vânzător și cumpărător pentru că nu este permisă creația, pe cale convențională, a unor noi dezmembrări ale drepturilor reale²⁶.

EPISODUL 8. DIVERSITATEA

REVENDICĂRILOR ȘI REACȚIILOR DEBITORULUI

Cererea vânzătorului pentru revendicare și predare a bunului se adresează administratorului/lichidatorului²⁷. În oricare dintre alternativele răspunsului, măsura luată de administrator/lichidator poate fi contestată la judecătorul-sindic. În unele situații când se preconizează redresarea debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul poate opta pentru păstrarea bunului și plata prețului.

Acțiunea în revendicarea bunului vândut cu clauză de rezervă a proprietății nu este o acțiune pentru rezoluțiunea vânzării. În consecință, persoana care a împrumutat pe cumpărător pentru plata prețului subrogată în garanția pe care o reprezintă proprietatea rezervată nu este ținut să restituie sumele primite în executarea contractului de împrumut decât în măsura în care valoarea bunului restituit excede cuantumul sumelor care îi sunt datorate²⁸.

Bunuri fungibile

Aspecte interesante ale jurisprudenței s-au constatat în legătură cu identificarea bunului fungibil vândut cu rezerva proprietății. Astfel, de exemplu, în situația în care s-a revendicat o sumă de bani, s-a pretins dovada că reclamantul este proprietar al acelei sume, și nu doar creditor. Pentru a fi posibilă o astfel de dovadă

suma de bani trebuia să nu fie confundată cu alte sume din patrimoniul debitorului. Rezolvarea acestei sarcini probatorii întâmpină multe complicații. O dificultate specifică se prezenta mai ales atunci când obligația de restituire privea un bancher, deoarece primirea sumei de către bancă transfera proprietatea în favoarea acesteia, cu obligația de a restitui nu aceleași bancnote, nici o sumă echivalentă ca putere de cumpărare, ci numai același număr de unități monetare de același fel. Doctrina a sugerat că în asemenea situații ceea ce se revendică este nu o sumă de bani, ci contul bancar ca universalitate²⁹. Curtea de Casație franceză consideră în prezent că o cerere de restituire de fonduri nu poate fi formulată pe calea acțiunii în revendicare și în consecință creditorul sumei de bani trebuie să își declare creanța din procedura civilă contra debitorului. Așadar, orice pretenție cu privire la o sumă de bani se califică ca o cerere de înscriere a creanței la pasivul averii debitorului.

În timp ce acțiunea în revendicare clasică pretinde identitatea certă a lucrului aflat la debitor cu cel revendicat, acțiunea adresată judecătorului-comisar nu pretinde identificarea, ci doar asemănarea cu lucrul vândut. Problema se complică atunci când bunul este fungibil. Astfel, de exemplu, medicamentele prezentând proprietăți terapeutice pot fi considerate ca fungibile între ele, dacă nu pot fi individualizate. Întrucât medicamentele se pot individualiza, prin seria de fabricație și prin alte elemente, nu sunt confundabile și deci fungibile³⁰. Aceeași concluzie s-a emis și în legătură cu aparatele electrocasnice. Aceste concluzii ale jurisprudenței au fost contestate de doctrină, care a apreciat că bunurile sunt totuși fungibile și interschimbabile chiar dacă se pot identifica. Ca exemplu a fost prezentată situația bancnotelor, fungibile prin excelență și totuși identificabile pentru că posedă o serie. Fungibilitatea bancnotelor este impusă de emitentul lor și este mai presus de orice discuție. Caracterul fungibil este imprimat de proprietatea de a fi consumptibil la prima întrebuințare.

În anul 1997 Curtea de Casație franceză admitea posibilitatea revendicării unei sume de bani³¹ și a altor lucruri fungibile cu condiția să poată fi identificate în averea debitorului și să nu se confunde cu alte bunuri ale acestuia. Ulterior în 2001 aceeași instanță a concluzionat că prin intrare în cont sumele devin monedă scripturală și nu mai pot fi revendicate pe temeiul dreptului de proprietate, fostul proprietar devenind un creditor care își poate scrie creanța în procedură. Revenind la medicamente, jurisprudența Curții de Casație franceze a admis revendicarea pe baza criteriului asemănării și nu a pretins o identificare certă. Drept urmare se pot revendica și în situația de rotire a stocurilor, bunurile prezente în momentul revendicării nemaifiind identice cu cele livrate de revendicant.

Așadar, succesul revendicării presupune existența în averea debitorului a unor bunuri „de aceeași specie și de aceeași calitate”, care se vor restitui fără o identificare suplimentară. Dacă sarcina probei existenței bunurilor aparține revendicantului, calificarea bunurilor ca fiind de aceeași specie și calitate este nebuloasă. „Aceași” înseamnă identică sau asemănătoare? Pentru lucrurile fungibile o simplă asemănare nu pare să fie suficientă, fungibilitatea însemnând în principiu identitatea bunurilor. Sensul exact al termenului va depinde de definirea fungibilității reținute: cu cât definiția va fi mai strictă, cu atât asemănarea pretinsă se va apropia de identitate. Totuși, pentru a permite cu adevărat o revendicare a bunurilor fungibile ar trebui să nu se pretindă dovada unei identități perfecte. Cea de-a doua sintagmă „specie”

nu este nici ea definită juridic, ci doar prin opoziție cu „genul”, față de care reprezintă un grad superior de precizie.

Și noțiunea de „calitate” este la fel de cețoasă. Calitatea se determină în funcție de varietățile existente pe piață și probabil după părerea unui expert.

Criteriile depind astfel de practici mai mult decât de teorii.

Lipsește unitatea jurisprudențială în aprecierea definirii fungibilității, mai ales în ceea ce privește medicamentele. Problema s-a pus cu ocazia implicării ca debitori în procedura insolvenței a unor farmacii. Astfel a fost generată o varietate largă de soluții de la simpla asemănare la identitatea veritabilă. Uneori s-a pretins individualizarea prin data fabricației, numele fabricantului, numărul lotului și data expirării, ceea ce reprezintă absoluta identitate³². Aceeași instanță a revenit asupra soluției afirmând că medicamentele pe care le vinde cu amănuntul o farmacie sunt identificabile prin unitatea de condiționare (fabricație), prin lot și prin data fabricației, astfel că fiecare medicament este individualizat și identificabil în lanțul de livrări succesive. O astfel de identificare exclude considerarea lor ca bunuri fungibile³³.

Alteori s-a considerat că pot fi revendicate medicamente generice, cu denumiri diferite, produse de laboratoare diferite dacă prin calitatea și efectele lor sunt compatibile, chiar dacă nu au compoziții identice³⁴.

Cele trei soluții sunt contradictorii. Una dintre acestea reține o definiție suplă, pretinzând asemănarea prin efecte chiar dacă au compoziții diferite, alte soluții rețin ideea egalității perfecte: fabricant, lot, compoziție, ceea ce revine la ideea identității și a corpului cert. Ieșirea din impas ar putea fi o convenție între partenerii contractuali, fabricant și farmacist asupra unei definiții comune a interschimbabilității.

Revendicarea bunurilor fungibile presupune absența identificării bunului revendicat, dar presupune și dovada proprietății. Întrebarea care se pune este dacă predarea bunurilor fungibile și confuziunea lor reprezintă transferul proprietății, și atunci revendicantul mai este proprietar, iar acțiunea mai este o revendicare? Dacă se presupune că dreptul de proprietate s-a transferat la deținător, sub condiția confuziunii, cel ce a predat bunurile fungibile nu poate obține restituirea lor decât dacă un nou drept de proprietate i s-a recunoscut cu privire la bunurile încă deținute de debitor. Paradoxul este evident. Dacă proprietatea s-a pierdut, nu mai există revendicare sau există o nouă revendicare, a cărei legătură cu proprietatea inițială rămâne de stabilit. O asemenea interpretare repune în discuție însăși principiul transferului proprietății bunurilor fungibile către primitorul lor.

Prezumția de identitate a bunului revendicat cu cel predat se bazează pe conservarea dreptului de proprietate al predătorului. Proprietatea păstrată este prezumată ca având ca obiect o cantitate egală de bunuri asemănătoare deținute de debitor. În acest caz se poate vorbi despre o prezumție de identitate, și nu de proprietate. În acest mod, revendicantul se va putea prevala de prezumție numai dacă dovedește în prealabil că este proprietarul unei cantități determinate de bunuri fungibile, similare celor găsite în averea debitorului. Presumția poate fi simplă sau irefragabilă. În primul caz, debitorul ar putea dovedi că acele bunuri care seamănă cu cele primite de la revendicant nu sunt totuși bunurile revendicantului. În cel de-al doilea caz, prezumția fiind irefragabilă, dovada contrară este imposibilă, iar dovada identității bunurilor revendicate va fi fără efect. Totuși, bunurile fungibile identificate prin individualizare, devin corpuri certe și atunci nu efectul prezumției va fi luat în discuție prin identificarea bunurilor, ci

aplicarea lui. Fiind asimilate corpurilor certe, bunurile nu intră în sfera de aplicare a prezumției, nici a celei simple nici a celei irefragabile. Individualizarea bunurilor va îndepărta aplicarea prezumțiilor. Calificarea acestor prezumții va fi de un interes redus, dar nu fără orice interes. În cazul concurenței între revendicanți, prezumția irefragabilă va interzice rediscutarea restituirii făcute către primul revendicant, mai diligent. Totuși, în respectul strict față de texte, cei doi revendicanți sunt la egalitate și atunci ar fi preferabilă prezumția simplă. Rămâne totuși incert dacă este vorba despre o prezumție sau despre o atribuire de proprietate.

Jurisprudența franceză înclină spre cea de-a doua ipoteză atunci când recunoaște dreptul revendicantului de a i se atribui bunurile fungibile aflate la debitor de îndată ce sunt de aceeași specie și de aceeași calitate cu cele pe care el le-a livrat³⁵. Dacă jurisprudența a optat pentru regula atribuirii de proprietate, nu a precizat care sunt efectele acestei opțiuni. Aceasta obligă la recurgerea la soluțiile dreptului civil, care însă nu cunoaște definiția precisă a fungibilității. Precizarea acestei noțiuni în vederea aplicării dreptului special al insolvenței, permite afirmarea inexistenței în dreptul civil a ceva mai mult decât o reticență probatorie în privința lucrurilor fungibile revendicate.

În C.civ., termenul de fungibilitate se întâlnește numai în legătură cu compensația (art. 1145 C.civ. – „o cantitate oarecare de lucruri fungibile de aceeași specie”) și cu privire la obligația unilaterală de livrare a bunurilor fungibile (art. 1103 C.civ. – „dacă datoria este un lucru determinat numai prin specia sa, debitorul, ca să se libereze, nu este dator a-l da de cea mai bună specie, nici însă de cea mai rea”). Revine, așadar, tot doctrinei sarcina de a determina un criteriu general de fungibilitate.

Continuarea în numărul viitor

Note

¹¹ M. Laroche, op. cit., p. 55.

¹² Pentru dezvoltări privind jurisprudența Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a se vedea M. Laroche, op. cit., p. 62 și urm.

¹³ C. Cucu, M. Gavriș, Contractele comerciale. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 95.

¹⁴ Ibidem, p. 97.

¹⁵ Curtea de Casație, decizia nr. 108 din 12 septembrie 1890, în Buletinul deciziunilor 1890, p. 1039.

¹⁶ CA București, secț. a III-a, dec. din 21 aprilie 1890, în Dreptul, 1890, p. 377.

¹⁷ Curtea de casație franceză, secț. com., dec. din 14 noiembrie, în RTD com. 2001, p. 500, cu comentariu de B. Bouloc.

¹⁸ M.L. Sârbu, Dreptul de retențiune în legislația comparată civilă și comercială, Tipografia Tribuna, Brașov, 1941: „Retențiunea va fi întotdeauna un mijloc de constrângere pe care îl va exercita debitorul creditor pentru cheltuieli și în fața acestei situații nici echitatea nu se opune. Cu acest amenajament, dreptul de retențiune poate trece în rândul instituțiilor de drept autonome, bine definite, categorice și eficace. Acesta este rezultatul unui lung proces istoric de adaptare la necesitățile practice al vieții. Dreptul de retențiune astfel cum este reglementat astăzi reprezintă o culme nebănuită spre care a tins neîncetat. El nu este opera exclusivă a unei țări sau a unor oameni, căci precum soarele țărilor meridionale nu strălucește numai pentru ele, ci profită omenirii întregi, prin produsele pământului care se răspândesc pretutindeni prin schimbul comercial, așa și produsul gândirii omeniești nu cunoaște hotarele țării unde s-a produs. O națiune civilizată trebuie să lase porțile ei larg deschise tuturor ideilor din afară și trebuie să dea și ea partea contributivă la opera universală. Toți autorii, toți juriștii eminenți cari s-au ocupat cu această problemă, din toate timpurile și din toate locurile, au contribuit prin munca lor la făurirea acestui ideal de justiție, cu caracter universal, astfel încât dreptul de retențiune să apară în lumina timpurilor viitoare, ca o problemă rezolvată și câștigată definitiv în patrimoniul științei universale a dreptului”.

¹⁹ Pentru dezvoltări cu privire la exercitarea dreptului de retenție în cazul falimentului proprietarului lucrului reținut, a se vedea I.Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed.C.H.Beck, București, 2006, parag. 76-83.

²⁰ I.C.C.J., secț. a III-a, dec. nr. 257 din 12 octombrie 1898, în Buletinul deciziunilor 1898, p. 1216.

²¹ Pandectele Române, partea a IV-a, 1939, p. 11.

²² Trib. Ilfov, secț. I com., sent. nr. 395 din 6 martie 1935 în RDC, 1935, p. 458.

²³ PR, partea II-a, 1936, p. 55.

²⁴ Trib. Ilfov, secț. notarială, sent. nr. 544 din 1 august 1930, în Codul comercial adnotat de S. Ionescu, L. Preutescu, București, 1933, p. 663.

²⁵ Pentru dezvoltări, a se vedea Fr. Péron, Les revendications: les dernières évolutions jurisprudentielles et leur philosophie, în Revue des procédures civiles et commerciales no. 2/2002, p. 123, 147; Chr. Légevaques, L'égalité des créanciers dans les procédures collectives: flux et reflux, Gaz Pal. 27-29 ianuarie 2002; A. Lienhard, Clause de réserve de propriété: le paiement n'empêche pas la revendication par le vendeur du prix de revente, D. 2002, Act. jurispr., p. 573; Fr. Péron, Les revendications: les dernières évolutions jurisprudentielles, Petites affiches, 13 februarie 2002, no. 32, p. 4; S. Piedelièvre, Un commissionnaire de transport ne peut valablement exercer son droit de rétention sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture pour obtenir le paiement de créances antérieures, JCP E 2002, no. 8-9, 370; G. Teboul, Les nullités facultatives de la période suspecte: décisions récentes, Gaz. Pal. 23-27 decembrie 2001, p. 7.

²⁶ I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 160.

²⁷ Curtea de Casație franceză, secț. com., a decis la 23 ianuarie 2001 că acțiunea în revendicare a unui bun vândut cu clauza de rezervă a proprietății nu este o acțiune în rezoluțiunea vânzării și în consecință creditorul care s-a subrogat în garanția reprezentată de proprietatea rezervată nu are obligația să restituie sumele primite în executarea contractului de credit decât în măsura în care valoarea bunului restituit ar excede cuantumului sumelor care îi mai sunt datorate, Buletinul Curții de Casație franceze nr. 23/2001.

²⁸ Idem, dec. din 23 ianuarie 2001 (sursa: <http://www.glose.org/entreprise02.htm>).

²⁹ I.C.C.J., secț. a III-a, dec. din 5 martie 1935, în PR, partea a III-a, 1936, p. 13.

³⁰ Curtea de Casație franceză, secț. com., prin dec. din 5 martie 2002 a stabilit regula conform căreia pot fi revendicate bunuri fungibile care se găsesc în mâna cumpărătorului dacă acestea sunt de aceeași specie și de aceeași calitate ca și cele livrate și nu neapărat identice cu acestea. Prin această decizie a fost înlăturat argumentul conform căruia rotația rapidă a stocurilor exclude posibilitatea ca mărfurile regăsite în natură la debitor să fie identice cu cele vândute de revendicant cu clauza de rezervă a proprietății (sursa: <http://www.glose.org/entreprise02.htm>).

³¹ Curtea de Casație franceză, secț. com., prin dec. din 3 decembrie 2003, a stabilit că prețul bunurilor livrate cu clauza de rezervă a proprietății care nu a fost plătit, nici compensat în cont curent între debitor și cumpărător până la data deschiderii procedurii, poate fi revendicat de vânzător în mâinile debitorului (sursa: <http://www.glose.org/entreprise02.htm>).

³² CA Paris, citată de M. Laroche, op. cit., p. 182.

³³ Ibidem.

³⁴ CA Lyon, citată de M. Laroche, op. cit., p. 182.

³⁵ Astfel, s-a decis că un viticultor poate să revendice vinul obținut din strugurii predați unei cooperative de vinificație intrată ulterior în lichidare judiciară (Curtea de Casație franceză, secț. com., dec. nr. 05-13.103 din 11 iulie 2006, comentată de M. Cabrillac în JCP/La Semaine Juridique - Edition Générale no. 7, 14 februarie 2007, p. 23; elementul decisiv al bogatei argumentări a deciziei Curții de apel confirmată de Curtea de Casație a fost acela că viticultorul nu aduce ca aport proprietatea, ci încredințează recolta sa în cadrul unei obligații globale cuprinzând vinificația, adăpostirea și vânzarea în comun în cadrul unui mandat încredințat cooperativei. Acceptând că proprietatea asupra strugurilor nu a fost transferată cooperativei, se poate pune întrebarea dacă proprietatea exclusivă a viticultorului nu s-a transformat în proprietate indiviză între toți cooperatorii ca urmare a amestecării recoltelor acestora. Curtea de apel a considerat suficient răspunsul conform căruia încorporarea mustului unora cu cel aparținând celorlalți, ca și procesul de vinificație nu au transformat substanța mărții revendicate. Comentatorul deciziei nu contestă puterea suverană a Curții de a aprecia situația, dar nu-și poate reține o anumită uimire față de faptul că decizia ignoră faptul fermentației și împrejurarea obiectivă că trecerea de la must la vin reprezintă o transformare de substanță.

Condițiile deschiderii procedurii insolvenței în lumina prevederilor noului Cod civil

Dr Lajos Miklos Imre

Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București.

(Urmare din numărul 40-41/2012)

Secțiunea II. Categoriile de debitori față de care se aplică procedura simplificată

§1. Debitori - persoane juridice de drept privat, care nu dețin nici un bun în patrimoniul lor, actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite, administratorul nu poate fi găsit, sediul nu mai există sau nu mai corespunde adresei din registrul comerțului⁹⁶

Deschiderea procedurii simplificate față de aceste persoane juridice și astfel eliminarea lor rapidă de pe piața relevantă se justifică în primul rând prin lipsa/dispariția *affectio societatis*⁹⁷ și în al doilea rând prin crearea lor, în majoritatea cazurilor, pentru realizarea unei fraude la lege (așa numitele "societăți fantomă").

Veridicitatea acestei concluzii poate fi ușor demonstrată prin analiza fiecărei situații în parte din cele expres reglementate de art.1 al.2 lit.c din Legea nr.85/2006.

Astfel, potrivit art.1 al.2 lit.c pct.1 din Legea nr.85/2006, procedura simplificată putând fi deschisă doar dacă se constată lipsa oricăror bunuri în patrimoniu și nicidecum în cazul existenței unui volum de bunuri insuficiente pentru acoperirea cheltuielilor administrative⁹⁸.

În practică, această situație apare, de regulă, ori în cazul acelor persoane juridice în care asociații erau total dezinteresați de capitalizare deoarece cunoșteau încă de la constituire că entitatea va fi folosită doar drept paravan pentru realizarea unei/unor operațiuni determinate ilicite și ulterior abandonată, ori dacă aflând din timp de apariția stării de insolvență în loc să solicite deschiderea procedurii au procedat la înstrăinarea/dosirea frauduloasă a averii debitorului.

Ambele situații, prezentate mai sus, presupun atât inexistența/dispariția *affectio societatis* cât și fraudă în privința intereselor terțelor persoane.

Cel de al doilea caz, în opinia noastră, este aplicabil nu numai când lipsesc toate actele constitutive/contabile, ci și în situația în care nu poate fi găsit o parte a acestora.

Această stare de fapt însemnând omisiunea întocmirii contabilității sau dosirea, distrugerea unei părți a acesteia/a actelor constitutive, în practică, de regulă este specifică situațiilor în care persoana juridică a fost creată fără existența oricărui *affectio societatis* și doar pentru camuflarea unor fapte ilicite, ori cazului în

care fiind săvârșite anumite infracțiuni (evaziuni fiscale) sau delict civile (una din cazurile enumerate de art.138 al.1 lit.a-c și e-f) se urmărește "ștergerea urmelor" – înlăturarea dovezilor demonstratoare ale fraudei.

Cel de al treilea caz, în opinia noastră, este aplicabil atât situația în care există un administrator valabil numit, dar acesta nu poate fi găsit la domiciliul/reședința cunoscută cât și dacă în baza actelor constitutive ale persoanei nu poate fi identificat un administrator.

Această concluzie este motivată de faptul că ambele situații dovedesc ori dispariția *affectio societatis* raportat la încetarea în fapt a activității organelor sociale și astfel a celei comerciale⁹⁹ ori existența/comiterea unei fapte ilicite/fraude ale căror indicii rezultă din sustragerea organelor de conducere de la răspunderea civilă/penală.

În ceea ce privește ultimul caz stabilit de art.1 al.2 lit.c din Legea nr.85/2006, considerăm că acesta este aplicabil: dacă persoana juridică nu este titularul unui sediu¹⁰⁰, cel declarat este "fictiv", cel existent nu figurează în registrul profesional existând doar "în fapt"¹⁰¹.

În opinia noastră, această stare de fapt reprezintă o dovadă evidentă a lipsei vieții sociale/a fraudei, deoarece inexistența unui loc unde persoana juridică urmează să primească corespondența, să fie citat, să realizeze activitatea de conducere și deliberare, de cele mai multe ori reprezintă un indiciu clar în privința constituirii unei entități fără existența *affectio societatis* și doar cu scopul exclusiv de a obține sustragerea de la plata unor datorii de natură comercială, civilă sau fiscală.

§2. Persoanele juridice debitori care nu au depus documentele stabilite de art.28 al.1 lit.a)-f) și h) din Legea nr.85/2006 în termenul stabilit

Acest caz a fost inclus printre cele care justifică deschiderea procedurii simplificate, întrucât ambele situații reprezintă o dovadă a fraudei și/sau lipsei de *affectio societatis*.

Astfel, nedepunerea documentelor stabilite de art.28 al.1 lit.a-f) din Legea nr.85/2006 avea, de regulă, ca și cauză determinantă lipsa totală/parțială a documentelor contabile, iar acesta la rândul ei se datora existenței unei fraude din partea membrilor organelor de conducere.

Omisiunea înregistrării documentului prevăzut de art.28 al.1 lit.h avea ca și fundament dezinteresul manifestat în privința supraviețuirii persoanei¹⁰².

Așa cum rezultă din analiza art. 28 al.1-2 și art.35 din Legea nr.85/2006 în această categorie pot fi incluși două categorii de debitorii.

Primii sunt cei care au formulat o cerere introductivă, însă odată cu solicitarea sau în termenul de 5 zile prevăzut expres de art.28 al.2 din Legea nr.85/2006 nu au depus la dosarul cauzei documentele stabilite de art.28 al.1 lit.a)-f) și h) din Legea nr.85/2006.

Din cea de a doua categorie fac parte cei împotriva cărora, la cererea creditorului definit de art.3 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006, s-a dispus deschiderea procedurii generale, însă nu înțeleg să se conformeze regulii stabilite de art.35 din Legea nr.85/2006 și astfel omit să depună la dosar, în termen de 10 zile de la data deschiderii următoarele acte: lista completă a tuturor bunurilor debitorului, lista creditorilor, lista activităților curente pe care intenționează să le realizeze în cursul perioadei de observație, declarația prin care își manifestă intenția de a intra în procedura simplificată sau generală (prin reorganizare).¹⁰³

Pe de altă parte trebuie să subliniem faptul că așa cum rezultă din analiza textelor mai sus indicate pentru deschiderea procedurii simplificate este suficientă omiterea unui singur document dintre cele expres stabilite.¹⁰⁴

§3. Persoanele juridice¹⁰⁵ debitor care au fost dizolvate anterior formulării cererii introductive

Motivul includerii acestei situații printre cele care justifică deschiderea procedurii simplificate este ușor de înțeles având în vedere că în cazul unei persoane juridice dizolvate, în mod cert, nu mai putem vorbi despre existența unui *affectio societatis* și a unei vieți sociale proprii.

În opinia noastră, acest text este aplicabil față de orice persoană juridică debitor, care în momentul formulării unei cereri introductive se află în stare de dizolvare, indiferent de temeiul care a stat la baza realizării acesteia, respectiv o dizolvare de drept, judecătorească sau în temeiul voinței asociaților/acționarilor.

Astfel, potrivit art.1 al.2 lit.e din Legea nr.85/2006 trebuie dispusă aplicarea procedurii simplificate față de persoanele juridice: *dizolvate de drept* prin ajungere la termen sau în urma aplicării cu titlu de sancțiune legală a acestei operațiuni¹⁰⁶, *dizolvate în baza unei hotărâri a adunării generale a asociaților/acționarilor/membrilor*, sau *dizolvate în temeiul unei hotărâri judecătorești* care de exemplu constată nulitatea acesteia¹⁰⁷.

Dacă deschiderea procedurii față de aceste persoane, potrivit noilor reglementări, nu numai că este permisă ci mai mult, chiar obligatorie, nu aceeași concluzie este valabilă și în cazul persoanelor juridice radiate din registrul profesional în care anterior au fost înregistrate/înmatriculate.

Astfel, spre deosebire de prevederile codului comercial francez¹⁰⁸ care nu respectarea anumitor cerințe cumulative stabilesc posibilitatea deschiderii procedurii lichidării judiciare/simplificată față de o societate comercială radiată din registrul comerțului, doctrina română¹⁰⁹, dar mai mult, însuși textul legii insolvenței nu permit aplicarea procedurii simplificate în cazul persoanelor juridice radiate.

Motivul determinant al acestui refuz constă în ideea potrivit căreia în acest caz procedura nu ar avea obiect, deoarece prin radiere persoana juridică pe de o parte a încetat să existe ca atare pentru viitor, iar pe de altă parte a pierdut calitatea de titular al unui patrimoniu.

§4. Persoanele juridice debitor care prin declarația lor și-au manifestat în mod expres dorința de a i se aplica procedura simplificată și cei în cazul cărora nu este admisibilă aplicarea procedurii reorganizării judiciare

Există două motive determinante pentru care legiuitorul a decis includerea acestor persoane printre cele față de care se impune deschiderea procedurii simplificate.

Primul considerent este reprezentat de stimularea membrilor organelor de conducere ale persoanei juridice în formularea unei cereri introductive, prin garantarea posibilității de alegere a procedurii care urmează a fi deschisă.

Cel de al doilea motiv este de natură economică, fiindcă are în vedere considerentul că formularea unei cereri introductive față de un debitor care anterior beneficiat de o procedură de reorganizare dovedește eșecul acesteia și caracterul neviabil al întreprinderii.

Legat de primul caz reglementat de art.1 al.2 lit.f din Legea nr.85/2006, putem constata că situația premisă a acesteia constă în formularea unei cereri introductive de către debitor și devine aplicabil numai dacă acesta în momentul depunerii solicitării sau ulterior în termenul stabilit în acest sens de art.28 al.2 din legea nr.85/2006 își manifesta în mod expres printr-o anexă scrisă dorința de a se proceda la deschiderea procedurii simplificate.

Cea de a doua situație, intervine numai în cazul în care judecătorul-sindic, în urma analizei actelor aflate la dosar, constată existența impedimentului stabilit de art.30 și art.94 al.4 din Legea nr.85/2006, potrivit căreia este interzisă deschiderea procedurii generale dacă debitorul cu 5 ani anterior formulării cererii introductive a mai fost supusă procedurii de reorganizare judiciară¹¹⁰.

Până în acest moment am studiat categoria persoanelor juridice enumerate de art.1 al.1 pct.1-6 din Legea nr.85/2006 cărora le-ar fi aplicabile prevederile legii insolvenței.

Pe de altă parte, așa cum am arătat mai înainte, potrivit art.3 al.1 pct.5 raportat la art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006, deschiderea acestei proceduri poate fi dispusă nu numai față de anumite persoane juridice de drept privat expres stabilite ci și față de o persoană fizică profesionist comerciant acționând individual sau în cadrul unei întreprinderi familiale¹¹¹.

În consecință, în cele ce urmează, vom încerca să procedăm la prezentarea anumitor aspecte specifice legate de acest debitor.

§5. Persoana fizică profesionist-comerciant acționând individual

Anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, în doctrină¹¹² s-a apreciat că din analiza textului art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006, rezultă că în dreptul român spre deosebire de cel francez, procedura simplificată poate fi deschisă împotriva unui comerciant persoană fizică chiar dacă acesta nu este înregistrat în registrul comerțului și/sau dacă anterior începerii activității sale comerciale nu a fost autorizat în acest sens de către instituțiile/autoritățile publice competente.

Pornind din acest considerent, s-a arătat că singura condiție necesară și suficientă în vederea aplicării procedurii constă în dovedirea de către debitor/creditorul definit de art.3 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006 a îndeplinirii cerințelor stabilite de art.7 Cod comercial.¹¹³

Totodată ca și temei legal pentru confirmarea celor arătate s-a invocat art.20 din O.U.G.nr.44/2008¹¹⁴ care stabilește expres că persoană fizică comerciant autorizat va fi supusă procedurii simplificate prevăzute de Legea nr.85/2006, ”dacă are calitatea de comerciant, potrivit art.7 Cod comercial”.¹¹⁵

Apreciem că aceste argumente rămân valabile pentru actele încheiate anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, însă începând cu acest moment, considerentele de mai sus trebuie abandonate în condițiile abrogării exprese art.7 C. comercial și a abrogării implicite a art.20 din O.U.G. nr.44/2008 și înlocuite cu noile prevederi ale art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil raportate la art.2 al.1 lit.g), f), și i) și art.4 al.1 din O.U.G. nr.44/2008 precum și cu cele ale art.6 și art.11 din Legea nr.71/2001¹¹⁶.

Astfel, potrivit dispozițiilor mai sus arătate, o persoană fizică care dorește să obțină calitatea de profesionist-comerciant ce acționează individual, trebuie să îndeplinească două cerințe prealabile .

În primul rând să obțină autorizarea¹¹⁷ necesară efectuării activității comerciale¹¹⁸ pe care dorește să o realizeze¹¹⁹ și în al doilea rând să solicite înmatricularea sa în registrul comerțului în forma reglementată de art.4 al.1 lit.a raportat la art.2 al.1 lit.i din O.U.G. nr.44/2008 (persoană fizică autorizată) sau art.4 al.1 lit.b raportat la art.2 al.1 lit.g, și lit.f din aceeași act normativ (titular al unei întreprinderi individuale)¹²⁰.

Prin urmare, din cele arătate rezultă că în viitor deschiderea procedurii simplificate nu solicită dovada naturii actelor încheiate, care nu va avea nici o relevanță în această privință¹²¹, ci a respectării condiției înmatriculării în registrul comerțului indiferent dacă vorbim de o persoană fizică autorizată în înțelesul acordat acestuia de art.2 al.1 lit.i din O.U.G. nr.44/2008¹²² sau de titular al unei întreprinderi individuale, conform art.2 al.1 lit.g și lit.f din aceeași act normativ¹²³.

În consecință, chiar dacă debitorul/creditorul definit de art.3 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006 ar face dovada încheierii în mod sistematic și organizat de către o persoană fizică a unor acte de producție, comerț și prestări servicii, în condițiile în care textul art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006 se referă în mod expres la profesionistul comerciant persoană fizică acționând individual, procedura simplificată nu va putea fi deschisă împotriva acestuia în lipsa dovezii înmatriculării în registrul comerțului și astfel a calității de profesionist comerciant.

Considerăm că se impune aici menționarea faptului că raportat la prevederile art.2 al.1 lit. h și art.20 și art.26 din O.U.G. nr.44/2008¹²⁴ și în lipsa unei prevederi asemănătoare cu cel stabilit de art.126 din Legea nr.85/2006, rămâne discutabil dacă procedura simplificată poate privi obiect întregul patrimoniu al persoanei fizice sau doar nu numai patrimoniul profesional pe cel de afectatiune¹²⁵.

Astfel cele două dispoziții la care am făcut referire arată că în principal creditorii ce au creanțe din exercitarea activității profesionale nu pot urmări decât patrimoniul de afectatiune și doar în completare, în caz de nevoie, patrimoniul propriu al persoanei fizice profesionist comerciant acționând individual.

Prin urmare, raportat la acest considerent, ar fi firesc ca procedura insolvenței să vizeze doar patrimoniul de afectatiune și să fie extins doar în situația în care creditorii definiți de art.3 al.1 pct.8 din Legea nr.85/2006 nu și-au îndeștulat în întregime creanțele.

Însă, din păcate, acest demers este discutabil în condițiile omisiunii de reglementare în textul art.126 din Legea nr.85/2006¹²⁶.

Pe de altă parte din considerentele de mai sus rezultă că nici în conformitate cu reglementările actuale, spre deosebire de dreptul francez¹²⁷ procedura insolvenței nu poate fi aplicată față de cei care exercită profesii libere în mod individual și față de care nu se poate reține nici măcar existența unei societăți simple.

Chiar dacă reglementările actuale nu stabilesc expres, considerăm că în lumina doctrinei franceze¹²⁸, trebuie să facem anumite sublinieri legate de posibilitatea deschiderii procedurii față de: un profesionist comerciant persoană fizică acționând individual, care în mod voluntar a încetat activitatea, fără a se radia din registrul comerțului, față de cel decedat/radiat din registrul comerțului.

Astfel, în dreptul francez față de comerciantul decedat/radiat din registrul comerțului poate fi dispusă deschiderea procedurii lichidării judiciare sau cea simplificată, în situația în care, creanțele provin din exercitarea actelor de comerț anterioare decesului sau radierii, iar instanța este sesizată de creditorii, de Ministerul Public sau de moștenitori în decurs de 1 an de la data intervenției decesului sau a radierii.¹²⁹

Cu toate că o reglementare asemănătoare exista în vechiul cod comercial român, respectiv prevederile art.707 C.comercial, așa cum am arătat anterior în conținutul legii insolvenței nu există o dispoziție expresă în acest sens.¹³⁰

Prin urmare, până în momentul intrării în vigoare a noului Cod civil, în doctrină¹³¹ a existat unanimitate în privința imposibilității deschiderii procedurii simplificate față de persoana fizică comerciant retrasă voluntar, radiată sau decedată, motivat neîndeplinirea cerințelor stabilite de art.7 C. comercial.

Această opinie, în condițiile abrogării exprese a art.7 C. comercial trebuie reconsiderată și recunoscută posibilitatea deschiderii procedurii simplificate față de persoana fizică profesionist comerciant acționând individual într-una din formele reglementate de art.4 al.1 lit a sau lit.b din O.U.G. nr.44/2008 și care a încetat în mod voit activitatea de producție, comerț și prestări servicii.

Această concluzie este motivată de faptul că în lipsa temeiului abrogat, calitatea de profesionist comerciant în temeiul art.21 și art.27 din OUG nr.44/2008 dispăre doar în urma radierii din registru nu și prin simpla încetare voită a activității fără a fi urmată de procedura radierii.

Pe de altă parte în privința deschiderii procedurii simplificate în cazul unei persoane fizice comerciant profesionist acționând individual, decedat¹³², sau radiat, raportat la prevederile art.21 al.1 lit.a și art.27 al.1 lit.a din O.U.G. nr.44/2008 concluziile mai sus prezentate ale doctrinei trebuie parțial păstrate.

Astfel, ca un amendament față de cele arătate, noi considerăm că reglementările actuale interzic doar deschiderea procedurii simplificate față de un persoană fizică profesionist-comerciant acționând individual, decedat nu și continuarea acesteia față de succesori¹³³, având în vedere că în textele legii insolvenței nu putem găsi o dispoziție expresă care să stabilească această situație ca fiind un caz distinct de închidere.¹³⁴

Mai mult de atât, această opinie este confirmată de prevederile art.27 al.3 din O.U.G. nr.44/2008 care stabilesc expres posibilitatea continuării activităților de producție, comerț și prestări servicii de către moștenitorii celui decedat dacă în termen de 6 luni de la data decesului își manifestă în acest sens printr-un act autentic.

Pe de altă parte referitor, vom mai menționa că spre deosebire de doctrina franceză, care admite posibilitatea deschiderii procedurii lichidării judiciare și a celei simplificate față de un major

declarat incapabil printr-o hotărâre judecătorească irevocabilă¹³⁵, doctrina română¹³⁶ exclude aplicabilitatea procedurii față de acesta.

Motivul, anterior abrogării art.7 C comercial, a constat în imposibilitatea încheierii în nume propriu al unor fapte de comerț, iar în condițiile reglementărilor actuale nerespectarea cerinței stabilite de art.8 al.1 lit.a din O.U.G. nr.44/2008 care pentru acordarea autorizației de funcționare și implicit pentru înmatricularea în registrul comerțului, solicită raportat și la prevederile art.38 al.2 din noul Cod civil existența unei capacități de exercițiu deplină¹³⁷.

În ceea ce privește în situația minorului, în numele căruia este continuată exercitarea actelor de comerț¹³⁸, de doctrina română¹³⁹/jurisprudența mai veche¹⁴⁰ a considerat că în cazul acestora se poate dispune deschiderea procedurii simplificate.

În opinia noastră, în condițiile abrogării art.7 C. comercial, această opinie trebuie reconsiderată și exclusă o asemenea posibilitate, în condițiile în care este evident că aceste persoane nu îndeplinesc cerința imperativă stabilită de art.8 al.1 lit.a din O.U.G. nr.44/2008 și astfel nu pot dobândi calitatea de profesionist comerciant¹⁴¹.

Pe de altă parte, anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, potrivit doctrinei¹⁴², nu putea fi dispusă deschiderea procedurii simplificate în cazul acelor persoane care încheiau acte de comerț în numele altora, cum ar fi de exemplu reprezentanții legali, tutorii, curatorii, membrii organelor de conducere ale persoanei juridice¹⁴³.

În opinia noastră, această concluzie rămâne valabilă și în prezent, însă nu motivat de neîndeplinirea cerințelor stabilite de art.7 C.comercial, ci din cauza faptului că singurul care potrivit art.4 al.1 lit.a și lit.b din O.U.G. nr.44/2008 raportat la art.6 al.1 și art.11 din Legea nr.71/20011 are calitatea de profesionist comerciant este persoană fizică care a fost înmatriculat în registrul comerțului și în al cărui nume sunt încheiate actele de producție, comerț și prestări de servicii.

În continuare, vom arăta că în opinia noastră, în mod asemănător dreptului francez¹⁴⁴ procedura simplificată poate fi deschisă față de meseriași și agricultori.

Astfel față de meseriași procedura poate fi deschisă întrucât, au calitatea de persoane fizice profesionist comerciant acționând individual.

Temeiul acestei concluzii rezidă în prevederile art.2 al.1 lit.i din O.U.G. nr.44/2008 care sunt consideră meseriași ca persoane fizice autorizate, iar dispozițiile art.11 din Legea nr.71/2011 obligă pe aceștia la înmatriculare în registrul comerțului, fapt care în temeiul art.6 al.1 din Legea nr.85/2006 atrage dobândirea calității de profesionist comerciant.

Pe de altă parte trebuie să menționăm că în doctrină¹⁴⁵, chiar și anterior intrării în vigoare a prevederilor noului Cod civil s-a admis posibilitatea deschiderii procedurii simplificate în temeiul art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006, față de meseriași, însă cu respectarea cerinței dovedirii prealabile a îndeplinirii celor stabilite de art.7 C.comercial.

În privința agricultorului prevederile art.2 al.1 lit.a din O.U.G. nr.44/2008¹⁴⁶, permit unei persoane fizice obținerea calității de stabilite de art.4 al.1 lit.a sau lit.b din aceeași act normativ.

Prin urmare în condițiile în care dispozițiile art.11 din Legea nr.71/2011 stabilesc atât pentru persoana fizică autorizată cât și pentru cel care este titularul unei întreprinderi individuale posibilitatea/necesitatea dobândirii calității de comerciant, considerăm că față de aceștia în temeiul art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006 se poate dispune deschiderea procedurii simplificate.

În acest mod și prin consacarea sistemului unicității dreptului privat¹⁴⁷ s-a pus capăt discuțiilor doctrinare, existente anterior noului Cod civil referitor la naturii activității desfășurate de agricultori¹⁴⁸, și potrivit căreia aceste persoane nu puteau deveni subiecți ai procedurii exercitând acte de natură strict civilă.¹⁴⁹

§6. Întreprinderile familiale¹⁵⁰

Întreprinderea familială, potrivit definiției date de art.2 al.1 lit.h O.U.G. 44/2008 este o întreprindere economică, fără personalitate juridică, formată din cele puțin 2 membri și organizată de un întreprinzător persoană fizică împreună cu familia sa.

Prin familie în sensul ordonanței trebuie să înțelegem soțul, soția și copii acestora dacă au împlinit vârsta de 16 ani la data obținerii autorizației de funcționare precum și rudele/afinii până la gradul al IV-lea.

Constituirea sa are loc în baza unui contract numit act de constituire care trebuie încheiat între membrii familiei, în formă scrisă, sub sancțiunea nulității absolute.¹⁵¹

Pe de altă parte, potrivit art.30 al.1 din O.U.G. nr.44/2008 întreprinderea familială nu beneficiază de personalitate juridică¹⁵², motiv pentru care doctrina¹⁵³, chiar anterior intrării în vigoare a noului Cod civil a arătat că, în realitate, fiind vorba de o inadvertență, în acest caz se va deschide o procedură simplificată distinctă față de membri.¹⁵⁴

Apreciem că și în lumina prevederilor noului Cod civil și a legii de punere în aplicare a acestuia, aceste considerente își păstrează parțial valabilitatea.

Astfel în condițiile în care, potrivit art.6 al.1 și art.11 din Legea nr.71/2011, ca urmare a înmatriculării sale în registrul comerțului, doar întreprinderea familială are calitatea de profesionist-comerciant, nu și membrii acesteia, este exclusă posibilitatea deschiderii procedurii simplificate față de membri în temeiul art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006, cu excepția situației în care în temeiul art.28 al.2 din O.U.G. nr.44/2008 aceștia nu sunt persoane fizice autorizate sau titulari ai unor întreprinderi individuale¹⁵⁵.

Pe de altă parte, anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, impedimentul esențial în deschiderea procedurii față de această entitate era reprezentată de lipsa personalității juridice.

Acest impediment este discutabil în condițiile reglementărilor actuale, respectiv art.188 și art.187 din noul Cod civil.

Astfel întreprinderile familiale, prin înmatricularea lor în registrul comerțului îndeplinesc cerința înființării legale și pot justifica existența unei organizări proprii, însă potrivit art.30 al.1 din O.U.G. nr.44/2008 nu au patrimoniu.

Cu toate acestea în temeiul dispozițiilor lor legale mai sus citate, ar putea fi asimilate unei persoane juridice de drept privat, în situația în care membrii aceștia, în baza art.30 al.2 din O.U.G. nr.44/2008 hotărâsc constituirea unui patrimoniu de afectățune.

Prin urmare, din cele arătate rezultă că motivele avute în vedere de doctrină, în baza căreia s-a respins aplicarea procedurii simplificate față de întreprinderea familială rămân în vigoare și în continuare, însă în acest ultim caz, prezentat de noi ar putea exista discuții privind aplicabilitatea procedurii simplificate în mod direct acesteia.

Continuarea în numărul viitor

Note

⁹⁶ Acesta în urma modificării textului art. 1 al.2 lit.c prin Legea nr.277/2009 cuprinde toți debitorii față de care potrivit art.1 al.1 pct.1-6 din Legea nr.85/2006 se poate deschide procedura generală și astfel numai este limitată strict doar față de comercianți, așa cum apărea în

reglementarea inițială. A se vedea în acest sens I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.64-65

⁹⁷ Din definiția contractului de societate, prezent în textul art.1881 și art.1882 al.2 din noul Cod civil rezultă că atât affectio societatis cât și existența unui scop licit au rămas în continuare elemente de validitate

⁹⁸ Având în vedere scopul procedurii simplificate s-ar impune modificarea legii în sensul includerii acestei din urmă situații în textul art.1 al.2 lit.c din Legea nr.85/2006

⁹⁹ Abandonarea persoanei juridice de către administratorul numit și omisiunea revocării din funcție pentru acest motiv sau lipsa numirii după încetarea mandatului, constituie o dovadă evidentă a lipsei vieții sociale, deoarece în situația în care acesta ar fi existat, cenzorii, adunarea generală a asociaților/acționarilor chiar o parte din asociați/acționari puteau sesiza aceste aspecte și să acționeze în vederea înlăturării acestora

¹⁰⁰ În acest sens în practică, C.A. București s. a-V-a com., dec. nr.809/25.05.2009, publicată în E. Roșu, Procedura, op.cit., pg.32-36, s-a observat în mod judicios că nu se poate dispune deschiderea procedurii decât dacă din toate verificările posibile a fi realizate reiese că persoana juridică nu este titularul unui sediu. Cu toate acestea, în opinia noastră, în acest caz procedura simplificată ar putea fi deschisă raportat la faptul că sediul existent nu mai corespunde cu cel menționat în registrul profesional. În speță, inițial procedura a fost deschisă motivat de faptul că citația s-a întors cu mențiunea "destinatar mutat", însă ulterior debitorul a dovedit că în acel moment la sediul declarat se efectuau anumite lucrări de renovare, motiv pentru care nu a putut primi citația. Pe de altă parte, tot în jurisprudență, C.A. București, s. a-VI-a com. dec. nr.835/R/18.05.2007, publicată în M. M. Pivniceru, C. A. Susanu, M. Susanu, Procedura insolvenței, op.cit., pg.20-21 s-a arătat că un imobil în raportat la care debitorul este titularul unui drept de retenție nu poate fi considerat sediu al persoanei juridice întrucât acest drept este o garanție imperfectă și un mijloc de constrângere pentru achitarea unei datorii, ceea ce nu poate conferi titularului său un drept de folosință asupra bunului. Pentru o speță în care s-a decis deschiderea procedurii simplificate, motivate de existența unui sediu menționat în registrul comerțului, însă al cărui contract de comodat a expirat a se vedea Tr. București, s. a-VII-a com. sent. nr.3079/R/21.11.2006, publicată în M. M. Pivniceru, C. A. Susanu, M. Susanu, Procedura insolvenței, op.cit., pg.292-293

¹⁰¹ Legiuitorul, în textul art.1 al.2 lit.c pct.4 din Legea nr.85/2006 s-a referit în mod greșit la menționarea datelor de identificare a sediului în registrul comerțului. Prin urmare, acest text trebuie interpretat ca o inadvertență și considerat că în realitate acesta se referă la mențiunile existente în registrul profesional în care a fost înmatriculată/inregistrată persoana juridică

¹⁰² În acest sens doctrina reprezentată de I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.68, Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.454 a arătat că omisiunea depunerii declarației stabilite de art.28 al.1 lit.h din Legea nr.85/2006 poate echivala, raportat la pierderea elementului affectio societatis cu acceptarea tacită de către debitor a aplicării procedurii simplificate

¹⁰³ În același sens St. D. Cărpenu, Tratat., op.cit., pg.732.

¹⁰⁴ Rămâne discutabilă situația persoanelor juridice asimilate, cum ar fi societățile create în fapt, pentru care are nu există obligația întocmirii actelor contabile

¹⁰⁵ Cu totul nejustificat, textul art.1 al.2 lit.e din Legea nr.85/2006 se referă în mod expres doar la societățile comerciale dizolvate, cu toate că această stare poate interveni în cazul oricărei persoane juridice debitor Aceeași critică o putem găsi în Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.456. În opinia noastră cazul este aplicabil și societăților create în fapt, dacă au la bază un contract de societate, încheiat cu respectarea art.1881-art.1884 din noul Cod civil, în care s-a stabilit de exemplu o anumită durată a societății sau cazuri de dizolvare anticipată, ori dacă printr-o hotărâre judecătorească se constată nulitatea contractului raportat la existența unui scop ilicit, a unei clauze leoniene, lipsei affectio societatis.

¹⁰⁶ Este cazul societăților comerciale care în termenul stabilit expres de actele normative (cum ar fi de exemplu Legea nr.359/2004) nu au dat curs obligației de a completa valoarea minimă a capitalului social subscris și vărsat la noile cuantumuri stabilite de Legea nr.31/1990 în variantele sale modificate.

¹⁰⁷ În același sens I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.69-76.

¹⁰⁸ C. Saint-Alary-Houin, Droit de entreprise, op.cit., pg.197, J. Vallansan, Difficultés des entreprises, op.cit., pg.39, A. Jacquemont, Droit des entreprises, op.cit., pg.83, M. Jeantin, P. Le Canu, Droit commercial, op.cit., pg.165, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, Droit du commerce,

op.cit., pg.45

109 Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.46, St. D. Cărpenu, Tratat, op.cit., pg.733, I. Turcu, Legea procedurii insolvenței, op.cit., pg. 33, A. Avram, Partea generală, op.cit., pg. 41, R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., pg. 73, M. Pașcanu, Dreptul falimentar, op.cit., pg.59

¹¹⁰ În același sens St. D. Cărpenu, Tratat, op.cit., pg.733, I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.57

¹¹¹ În același sens St. D. Cărpenu, Tratat, op.cit., pg.729, I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.57

¹¹² Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.44-45, R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., pg.62-64, A. Avram, Procedura generală, op.cit., pg.44-46, St. D. Cărpenu, Tratat, op.cit., pg.79-80, I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.60-61, C. Saint-Alary-Houin, Droit de entreprise, op.cit., pg.197, J. Vallansan, Difficultés des entreprises, op.cit., pg.39, A. Jacquemont, Droit des entreprises, op.cit., pg.83, M. Jeantin, P. Le Canu, Droit commercial, op.cit., pg.165, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, Droit du commerce, op.cit., pg.45

¹¹³ În același sens Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.45

¹¹⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr.328/25.04.2008

¹¹⁵ În același sens St. D. Cărpenu, Tratat, op.cit., pg.730. În cazul în care creditorul definit de art.3 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006 nu reușea să dovedească întrunirea condițiilor cumulative stabilite de art.7 C.comercial, nu putea obține deschiderea procedurii simplificate și astfel era obligat să încerce îndestularea creanțelor prin intermediul executării silite de drept comun. În realitate această reglementare nu reprezintă decât consacrarea legislativă a opiniei unanime a doctrinei potrivit căreia din punct de vedere al dreptului comercial, calitatea de comerciant persoană fizică se dobândește în mod valabil prin realizarea regulată a unor acte de comerț cu titlu de profesiune, fără a fi necesară în acest sens și îndeplinirea condiției de înmatriculare în registrul comerțului (care reprezintă doar o condiție de opozabilitate față de terți) și o obținere unei autorizații administrative pentru exercitarea comerțului (condiție de valabilitate din punctul de vedere al dreptului administrativ).

¹¹⁶ În același sens St. D. Cărpenu, Dreptul comercial, în condițiile noului Cod civil, op.cit., pg.544, Gh. Piperea, Dreptul civil, op.cit., pg.365 și St. D. Cărpenu, Comercianții – profesioniști ai întreprinderii comerciale – în lumina noului Cod civil, publicat în culegerea Noile Coduri ale României, Editura Universul Juridic, București, 2011, pg.53

¹¹⁷ În același sens Gh. Piperea, Introducere, op.cit., pg.29-30

¹¹⁸ Așa cum a observat și doctrina St. D. Cărpenu, Dreptul comercial, op.cit., pg.546, și Gh. Piperea, Dreptul civil, op.cit., pg.365, aici apare un hiat legislativ, în condițiile în care în urma abrogării definiției faptelor obiective și accesorii de comerț (art.3 și 4 C.comercial) nu a rămas o definiție a actelor de producție, comerț și prestări servicii sau măcar a actelor de comerț. În aceste condiții, fiind evident că potrivit art.1 al.1 din OUG nr.44/2008 nu sunt supuse înmatriculării în registrul comerțului decât acele persoane fizice care exercită o activitate economică, apreciem că definiția acestor noțiuni ar putea fi împrumutată din textul art.2 al.1 lit.a din aceeași act normativ, mai ales că acesta nu este contrară ci chiar concordantă cu cele ale art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil. Astfel, potrivit dispoziției de mai sus, activitatea economică ar putea fi înțeleasă ca fiind: activitatea agricolă, industrială și comercială destinată obținerii unor bunuri destinate vânzării sau prestări de servicii care pot fi exprimate în bani și realizate în scopul obținerii de profit. Doctrina St. D. Cărpenu, Dreptul comercial, op.cit., pg.546 a exprimat o opinie apropiată în condițiile în care a arătat că prin actele comerciale trebuie să înțelegem acele acte care rezultă din exploatarea unei întreprinderi comerciale, fiind generate astfel de desfășurarea activității economice în mod organizat de un profesionist având ca obiect producerea de bunuri, interpunerea în circulația mărfurilor sau prestări de servicii (execuție de lucrări) realizate în scopul obținerii de profit.

¹¹⁹ Așa cum rezultă din analiza art.6 al.1, art.7 și art.8 al.2 din OUG nr.44/2008 înmatricularea persoanei fizice autorizate sau a întreprinderii individuale nu se dispune decât în urma depunerii dovezii de respectare a procedurii autorizării prealabile

¹²⁰ În același sens St. D. Cărpenu, Dreptul comercial, op.cit., pg.544

¹²¹ Această schimbare este explicabil prin prisma eliminării noțiunilor de fapte de comerț și înlocuirea acestora cu cea a activităților de producție, comerț și prestări de servicii. Altfel spus, așa cum rezultă și din art.2 al.2 din noul Cod civil sistemul dualist al dreptului civil/comercial a fost înlocuit cu sistemul monist (sistemul unității). În același sens St. D. Cărpenu, Dreptul comercial, op.cit., pg.545.

¹²² În opinia noastră prevederile O.U.G. nr.44/2008 nefiind contrare cu

cele ale noului Cod civil, cel puțin în privința definirii profesionistului comerciant persoană fizică, nu sunt implicit abrogate în temeiul art.230 al.1 lit.bb din Legea nr.71/2011. Veridicitatea acestei concluzii este simplu de dovedit dacă avem în vedere că definiția întreprinderii economice, așa cum acesta se găsește în textul art.2 al.1 lit.f din O.U.G. nr.44/2008 este identică cu cea existentă în dispoziția din art.3 al.3 din noul Cod civil. Pe de altă parte, vorbind de entitățile care trebuie să se supună cerinței înmatriculării în registrul comerțului, prevederile art.6 al.1 din Legea nr.71/2011 arată că printre acestea se găsesc: persoana fizică autorizată și întreprinderea individuală ale căror definiții o găsim în textele art.2 al.1 lit.f), g) și i) din O.U.G. nr.44/2008.

¹²³ Având în vedere că textul art.1 al.2 din Legea nr.85/2006 stabilește posibilitatea deschiderii procedurii față de orice persoană fizică profesionist-comerciant acționând individual, trebuie să includem în această categorie ambele forme reglementate de art.4 al.1 lit.a și b din O.U.G. nr.44/2008. În același sens St. D. Cărpănu, Dreptul comercial, op.cit., pg.546

¹²⁴ ambele texte arată că răspunde pentru obligațiile sale în principal cu patrimoniul de afecțiune și în subsidiar (în completare dacă este nevoie) și cu patrimoniul propriu

¹²⁵ În același sens Gh. Piperea, Introducere, op.cit., pg.39-40

¹²⁶ O explicație în acest sens o putem găsi în faptul că O.U.G. nr.44/2008 este ulterioară Legii nr.85/2006

¹²⁷ C. Saint-Alary-Houin, Droit de entreprises, op.cit., pg.197, J. Vallansan, Difficultés des entreprises, op.cit., pg.39, A. Jacquemont, Droit des entreprises, op.cit., pg.83, M. Jeantin, P. Le Canu, Droit commercial, op.cit., pg.165, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, Droit du commerce, op.cit., pg.45

¹²⁸ A. Jacquemont, op.cit., pg.78-80, M. Jeantin, P. Le Canu, op.cit., pg.154-156, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, op.cit., pg.42-43

¹²⁹ A. Jacquemont, op.cit., Idem, M. Jeantin, P. Le Canu, op.cit., Idem, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, op.cit., Idem

¹³⁰ M. Pașcanu, Drept falimentar, op.cit., pg. 70-73

¹³¹ Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.44, St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., 728, I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.63-64

¹³² în cazul unei cereri introductive formulate împotriva acestuia, solicitarea ar trebui respinsă ca fiind introdusă față de o persoană lipsită de capacitate procesuală

¹³³ În opinia noastră, acesta poate fi continuată față de succesorii legali/testamentari universali/cu titlu universal indiferent de faptul dacă aceștia înțeleg să accepte succesiunea pur și simplu sau sub beneficiu de inventar ori dacă renunță la acesta. Astfel, în situația în care acceptă moștenirea într-una din formele sale procedura simplificată va fi continuată față de moștenitori, iar dacă renunță la moștenire/lipsește moștenitorii acesta va putea fi continuată față de stat. În opinia noastră, continuarea procedurii simplificate față de moștenitori nu poate fi negată nici față de caracterul posibil neprofesionist al moștenitorilor, în condițiile în care nici o prevedere legală nu stabilește închiderea pentru acest motiv. Pe de altă parte, în vederea împiedicării continuării procedurii nu se poate invoca nici necesitatea ocrotirii moștenitorilor și a patrimoniului acestora, în condițiile în care aceștia beneficiază de posibilitatea oprii confuziunii de patrimonii prin acceptarea succesiunii sub beneficiu de inventar. În același sens Gh. Piperea, În legătură cu aplicabilitatea procedurii, op.cit., pg.63, St. D. Cărpănu, Condițiile aplicării procedurii reorganizării și lichidării judiciare, publicată în R.D.C., nr.6/1995, pg.44, R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., pg.70, St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., 730

¹³⁴ În sens contrar A. Avram, Partea generală, op.cit., pg.47

¹³⁵ A. Jacquemont, op.cit., pg.78-80, M. Jeantin, P. Le Canu, op.cit., pg.154-156, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, op.cit., pg.42-43

¹³⁶ St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.93, A. Avram, Partea generală, op.cit., pg. 47 R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., pg. 64

¹³⁷ Potrivit art.43 al.2 lit.b din noul Cod civil nu beneficiază de capacitate de exercițiu persoanele care au fost puse sub interdicție printr-o hotărâre judecătorească

¹³⁸ St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.730, I. Adam, C.N. Savu, Legea, op.cit., pg.62

¹³⁹ St. D. Cărpănu, Condițiile aplicării procedurii, op.cit., pg.43, R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., pg.64, St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.730

¹⁴⁰ Î.C.C.J., s. a-III-a dec.nr.101/27.02.1909, citată de R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., 64, în același sens M. Pașcanu, Drept falimentar, op.cit., pg. 57-58 și jurisprudența mai veche reprezentată de hotărârile Tr. Ilfov, dec. din data de 02.04.1911 și Tr. Galați, dec. din data de

21.03.1913, citată de M. Pașcanu, Drept falimentar, op.cit., pg.58

¹⁴¹ Singura excepție de la această regulă o constituie minorul căsătorit, care potrivit art.39 al.1 din noul Cod civil dobândește capacitate de exercițiu deplină. În contrar sens s-a exprimat St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.92, cu mențiunea că raportarea s-a făcut la prevederile art.8 al.3 din Decretul Lege nr.31/1954. Autorul motivează soluția pe faptul că minorul în temeiul art.7 și art.13 C.comercial și art.21 al.1 lit.h din OUG nr.44/2008 nu poate proceda la încheierea unor acte de comerț, acest lucru fiind efectuat în numele său de reprezentanți legali/tutore/curator.

¹⁴² Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg. 44, St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg. 704, I. Turcu, Tratat, op.cit., pg.285, M. Pașcanu, Dreptul falimentar, op.cit., pg.56, R. Bufan, Reorganizarea, op.cit., pg.63

¹⁴³ St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg. 730. Existau două motive în acest sens. În primul rând neîndeplinirea condițiilor cumulative stabilite de art.7 C.comercial (încheierea unor acte de comerț în nume și pe risc propriu), iar în al doilea rând textul expres al art.29 din Legea nr.85/2006. În legislația franceză un asemenea demers este permis deoarece asociații/acționari/membrii organelor de conducere ale unei societăți comerciale dobândesc calitatea de persoană fizică profesionist comerciant.

¹⁴⁴ C. Saint-Alary-Houin, Droit de entreprises, op.cit., pg.197, J. Vallansan, Difficultés des entreprises, op.cit., pg.39, A. Jacquemont, Droit des entreprises, op.cit., pg.83, M. Jeantin, P. Le Canu, Droit commercial, op.cit., pg.165, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, Droit du commerce, op.cit., pg.45

¹⁴⁵ St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg. 730

¹⁴⁶ Acest text amintește printre activitățile economice ce pot fi realizate de persoane fizice autorizate sau titularii unei întreprinderi individuale și cele agricole

¹⁴⁷ În același sens St. D. Cărpănu, Dreptul comercial, op.cit., pg.546

¹⁴⁸ În legătură cu natura juridică discutabilă a operațiunilor de agricultură a se vedea Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.41, I. Turcu, Legea procedurii insolvenței, op.cit., pg.37-38, I. Turcu, Tratat de insolvență, op.cit., pg.261-263, St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.67 I. L. Georgescu, Drept comercial român, vol. I., Editura Soccec&Co, București 1946, pg.347. Ca și jurisprudență relevantă pentru caracterul civil al activităților agricole putem cita, Î.C.C.J., s. a-III-a, decizia din 11.03.1991, citată de I.L. Georgescu, op.cit., pg.362, Î.C.C.J., secția a-III-a, decizia din 16.12.1919, citată în I.L. Georgescu, op.cit., pg.353. Pentru opinia rămasă unică în doctrină potrivit căreia activitățile de agricultură ar putea fi considerate ca activități de manufactură și astfel să aibă un caracter comercial M.A. Dumitrescu, Codul de comerț adnotat. Vol. I., Editura Librăriei Leon Alcalay, București, 1905, pg.234 și Î.C.C.J., s. a-III-a, decizia nr.2440/1937, citată în St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.67

¹⁴⁹ În același sens St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg. 731

¹⁵⁰ Legea nr.85/2006 reglementează în mod expres ca și subiect distinct al procedurii asociația familială, însă acesta trebuie reconsiderată, deoarece odată cu apariția O.U.G. 44/2008 și abrogarea Decretului Lege nr.54/1990 această formă de asociere a primit denumirea de întreprindere familială

¹⁵¹ În același sens St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg. 72

¹⁵² Cu toate acestea, membrii întreprinderii, prin acordul de constituire pot crea un patrimoniu de afecțiune definit de art.2 al.1 lit.j din O.U.G. nr.44/2008, urmând ca interesele lor comune să fie gestionate de un reprezentant numit prin aceeași act. Puterile acestuia vor fi determinate și exercitate în baza unei procuri speciale încheiate în forma înscrisului sub semnătură privată semnat de toți membrii

¹⁵³ A. Avram, Partea generală, op.cit., pg.48, Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.45, St. D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca, Procedura insolvenței, op.cit., pg.19, St. D. Cărpănu, Tratat, op.cit., pg.705

¹⁵⁴ Prin urmare, din cele arătate rezultă că indiferent de forma în care o persoană fizică comerciant înțelege să acționeze (individual/membru al unei întreprinderi familiale) el va fi cel față de care se va dispune deschiderea procedurii simplificate. În același sens Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., pg.45

¹⁵⁵ Unica cerință esențială pentru deschiderea procedurii simplificate, în temeiul art.1 al.2 lit.a din legea nr.85/2006, este existența calității de profesionist comerciant. În condițiile în care potrivit art.6 al.1 raportat la art.11 din Legea nr.71/2011 în privința dobândirii acestei calități, nu mai are nici o relevanță natura actelor încheiate ci doar respectarea înmatriculării în registrul comerțului, este evident că singurul care, în principiu, are calitatea este întreprinderea familială și nu membra acesteia

Anularea unor creanțe fiscale - discuție doctrinară sau necesitate economică?



Judecător-sindic Daniela Deteșan
Tribunalul Caraș-Severin

În ultimii ani, pe rolul judecătorilor sindici apar frecvent dosare având ca obiect procedura insolvenței cu următoarea stare de fapt: lichidatorul desemnat de Oficiul Registrului Comerțului solicită ca societatea să fie supusă prevederilor Legii nr.85/2006, în sensul deschiderii procedurii falimentului în forma simplificată, cu motivarea că societatea se află în dizolvare de drept potrivit dispozițiilor art.237 din Legea nr.31/1990.

Lichidatorul notifică debitoarea, creditorii bugetari și pe cei de utilități.

Singurul creditor care depune declarație de creanță este Direcția Generală a Finanțelor Publice, iar cuantumul creanței declarate este redus (sub 1000 lei, iar uneori chiar sub 100 de lei). Cu toate că valoarea creanței este atât de mică, creditorul formulează cerere de antrenare a răspunderii împotriva persoanelor pe care le consideră culpabile de insolvența debitoarei.

Această stare de fapt a ridicat în practică mai multe probleme:

1.Care este valoarea minimă a creanței pentru care are sens efortul recuperării și cum se determină această valoare?

Deoarece în cauza dedusă judecății, creanța are natură fiscală, este utilă raportarea la Codul de procedură fiscală care, prevede în art.178 alin.1 că „*În situațiile în care cheltuielile de executare, exclusiv cele privind comunicarea prin poștă, sunt mai mari decât creanțele fiscale supuse executării silită, conducătorul organului de executare poate aproba anularea debitelor respective. Cheltuielile generate de comunicarea somației și a adresei de înființare a popririi sunt suportate de organul fiscal.*”

Așadar cuantumul creanței trebuie să fie, în mod evident, superior nivelului cheltuielilor efectuate cu recuperarea ei. De aici derivă necesitatea analizării raportului creanță - cheltuieli din altă perspectivă și anume a estimării cuantumului cheltuielilor efectuate într-o procedură simplificată de insolvență.

Art. 38 din OUG nr.86/2006 privind practicienii în insolvență prevede în alin. (5) că plata onorariilor practicienilor în insolvență ori a cheltuielilor de procedură se va face din fondul constituit conform dispozițiilor art. 4 din Legea nr.85/2006, cu modificările și completările ulterioare, iar calculul acestora va fi efectuat conform tarifelor și standardelor de cost ce se vor stabili de către Adunarea reprezentanților permanenți a UNPIR.

Hotărârea nr.4/2011 pentru modificarea și completarea anexei nr. I la Hotărârea Congresului Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România nr.3/2007 privind aprobarea Statutului privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență și a Codului de etică profesională și disciplină ale Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 555 din 4 august 2011 prevede în art.89 că plata onorariilor practicienilor în insolvență ce sunt achitate din fondul de lichidare constituit conform art. 4 din Legea nr.85/2006, cu modificările și completările ulterioare, se va face, în ordinea vechimii, stabilind și tarifele¹.

Cheltuielile de procedură admise la plată din fondul de lichidare sunt constituite din cheltuielile necesare pentru taxe, timbre, notificări, convocări și comunicări ale actelor aferente procedurii. Constituie, de asemenea, cheltuieli de procedură admise la plată din fondul de lichidare, cheltuielile de deplasare impuse de necesitatea prezentării practicianului în insolvență la termenele de judecată fixate în litigii în care debitoarea este parte, în cazul acelor litigii aflate pe rolul instanțelor de judecată din afara localității unde se află tribunalul care judecă dosarul de insolvență².

Însumând doar aceste cheltuieli se ajunge la suma de cel puțin 3000 lei plus notificări, convocări și comunicări ale actelor aferente care frecvent ajung la alți 500 de lei . La acestea se adaugă costurile în fața tribunalului, respectiv întocmirea dosarului (dacă s-a cerut și antrenarea răspunderii, sunt două dosare, deoarece se înregistrează dosar asociat,

conform art. 138 alin.5 din Legea nr.85/2006), proceduri de comunicare și de citare, care au valoarea de încă cel puțin 500 de lei³. La toate acestea se adaugă valoarea muncii judecătorului, grefierului, registratorului, arhivarului la fiecare dosar, calculate în ore de muncă lucrate. Nu în ultimul rând trebuie luate în calcul costurile creditorului, regăsite în orele de muncă ale consilierului juridic, cel economic, secretariat, etc. Toate acestea însumează încă cel puțin 1000 lei, astfel că totalul cheltuielilor cu o procedură simplificată ajunge la peste 5 000 de lei.

În concluzie, sunt antrenate resurse în sumă de cca. 5000 de lei pentru recuperarea unei creanțe mult sub această valoare, uneori chiar de 100 de ori mai mică. Argumentul conform căruia resursele financiare de acoperire sunt diferite este unul numai în aparență pertinent: cheltuielile lichidatorului se fac din fondul UNPIR⁴, cele ale instanței din bugetul Ministerului Justiției, în timp ce creanța recuperată ajunge în bugetul Ministerului de Finanțe. Așadar, toate sunt fonduri publice, constituite prin efortul contribuabililor, iar situația descrisă risipește resurse financiare publice.

2. Care este soluția juridică în această situație?

De lege lata, unele instanțe resping cererile de deschidere a procedurii simplificate a insolvenței tocmai cu argumentul că scopul legii, astfel cum este definit de art.2, nu poate fi atins, cât timp recuperarea creanțelor împotriva averii debitoarei în această procedură presupune efectuarea de cheltuieli exagerat de mari în raport cu valoarea datoriilor afirmate de un creditor⁵. O astfel de abordare nu rezolvă, însă, situația juridică a societății debitoare dizolvată de drept și care nu poate fi radiată deoarece nu a parcurs procedura lichidării și nici nu se află în singura situație de excepție, care permite radierea fără lichidare, de la art.237 alin.8 din Legea nr.31/1990⁶.

De altfel, practica judiciară nu este unitară: alte instanțe⁷ admit cererile de deschidere a procedurii simplificate a insolvenței fără să ia în calcul costurile disproporționate între valoarea creanței și valoarea cheltuielilor efectuate pentru încercarea de recuperare a acesteia, tocmai datorită dispozițiilor imperative din art.237 din Legea nr.31/1990. Aceste instanțe apreciază că, deoarece legea nu prevede un criteriu valoric, dacă s-ar ține seama de acest criteriu s-ar adăuga la lege, ceea ce este interzis.

De lege ferenda, legiuitorul ar trebui să ia în calcul toate argumentele de mai sus și să completeze dispozițiile art. 178 din Codul de procedură fiscală - Anularea creanțelor fiscale, cu un alineat nou după alineatul 1⁸, sau cu o a doua teză în cadrul alineatului 1, cu următorul conținut:

(2) *În situațiile în care recuperarea creanțelor se realizează prin procedura insolvenței, deschiderea procedurii se solicită numai pentru creanțe ce depășesc 4000 lei, conducătorul organului de executare având competența de a anula debitele sub această valoare.*

Anularea, pe cale administrativă, a debitelor de valoare nesemnificativă din punct de vedere economic ar scădea și numărul de dosare de pe rolul tribunalelor, poate nu

semnificativ, însă s-ar degreva judecătorii și personalul auxiliar de o activitate de rutină, mare consumatoare de timp și energie dar fără finalitate juridico - economică.

Note

¹ a) 3.000 lei, stabilit în baza hotărârii judecătorești pentru procedurile de insolvență deschise în baza Legii nr. 85/2006, cu modificările și completările ulterioare. Pentru practicienii în insolvență înregistrați cu vector fiscal de TVA onorariul va fi de 3.000 lei, exclusiv TVA;

b) 1.000 lei, prevăzut la art. 21 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 116/2009, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 84/2010, cu modificările ulterioare, pentru procedurile de lichidare derulate în conformitate cu dispozițiile Legii nr.359/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr.31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și ale Ordonanței Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.246/2005, cu modificările și completările ulterioare. Pentru practicienii în insolvență înregistrați cu vector fiscal de TVA onorariul va fi de 1.000 lei, exclusiv TVA.

² Cheltuielile de transport astfel efectuate se justifică pe baza decontului de deplasare vizat de instanță, la care sunt atașate tichetele de transport sau bonul fiscal, în limita unui consum de combustibil de 7,5 l/100 km.

³ Tribunalul Constanța realizează un calcul asemănător într-o sentință nepublicată (dosar nr.3584/118/2009): „recuperarea creanțelor împotriva averii debitoarei în această procedură presupun efectuarea de cheltuieli exagerat de mari (minim 3000 lei-onorariu lichidator judiciar, 120 lei taxa de timbru, la care se adaugă cheltuielile de comunicare și publicitate) în raport cu valoarea datoriilor afirmate de un creditor (2.065 lei)”. Asemănător, Tribunalul Buzău, prin sentința comercială Nr. 1100 din 21 decembrie 2010: „În temeiul art. 4-(4) din Legea nr.85/2006 va dispune plata din fondul de lichidare a sumei de 4488 lei către lichidatorul judiciar EV”.

⁴ Fondul prevăzut la alin. (4) va fi constituit prin:

a) majorarea cu 20% a taxelor percepute de oficiile registrului comerțului de pe lângă tribunale pentru operațiunile de înregistrare;

b) majorarea cu 20% a taxelor percepute pentru operațiunile de înregistrare în registrul societăților agricole și, în cazul asociațiilor și fundațiilor ce desfășoară activități economice, în registrul asociațiilor și fundațiilor.

c) preluarea a 1.5% din sumele recuperate în cadrul procedurilor de insolvență, inclusiv din fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, sumă care va fi inclusă în categoria cheltuielilor aferente procedurii în sensul alin. (1).

⁵ Tribunalul Constanța, dosar nr.3584/118/2009, sentință rămasă irevocabilă prin Decizia Curții de Apel Constanța

⁶ Art.237 alin.(8) din Legea nr.31/1990 Dacă judecătorul delegat nu a fost sesizat, în condițiile alin. (7), cu nici o cerere de numire a lichidatorului în termen de 3 luni de la expirarea termenului prevăzut la alin. (7), persoana juridică se radiază din oficiu din registrul comerțului, prin încheiere, pronunțată la cererea Oficiului Național al Registrului Comerțului, cu citarea părților, conform dreptului comun.

⁷ Tribunalul Caraș-Severin, dosar nr.3017/115/2011, dosar nr.1777/115/2011, dosar nr.1285/115/2011, nerecurate

⁸ Art.178 alin 1 din Codul de procedură fiscală *În situațiile în care cheltuielile de executare, exclusiv cele privind comunicarea prin poștă, sunt mai mari decât creanțele fiscale supuse executării silite, conducătorul organului de executare poate aproba anularea debitelor respective. Cheltuielile generate de comunicarea somației și a adresei de înființare a poprii sunt suportate de organul fiscal.*

+

cyanmagenta black