

Phoenix, revista de insolvență

Nr. 13, iulie-septembrie 2005

sumar

	<u>pag.</u>
❑ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
❑ INIȚIATIVE LEGISLATIVE	
NOI PERSPECTIVE ÎN MATERIA INSOLVENȚEI	4
❑ RUBRICA PRACTICIANULUI	
SCURTĂ INTRODUCERE ÎN EVALUAREA BUNURILOR	9
ÎNSCRIEREA LA MASA CREDALĂ	16
ASPECTE CONTROVERSATE ALE ANGAJĂRII RĂSPUNDERII (ART. 137)	18
❑ RUBRICA ANALISTULUI	
GESTIUNEA FRAUDULOASĂ ȘI DELAPIDAREA	21
❑ RUBRICA MAGISTRATULUI	
SOLUȚIONAREA CERERILOR DE DESCHIDERE A PROCEDURII	23
❑ OPINIA SPECIALISTULUI	
AUTORITATEA JUDECĂTORULUI-SINDIC ASUPRA PRACTICIANULUI ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI	26
CONCORDATUL PREVENTIV, CA SOLUȚIE DE REDRESARE	29
❑ REZUMATE	31

Colegiul de onoare

prof. univ. dr. Ion Turcu (Cluj Napoca)
prof. univ. dr. ing. Sorin Petre Dimitriu (București)
prof. univ. dr. Liliana Malciu (București)

Colegiul de redacție

conf. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)
lector univ. drd Gheorghe Piperea (București)
prof. univ. dr. Anton Rotaru (Iași)
lector univ. dr. Marian Săcărin (București)
dr. Nicoletă Țăndăreanu, judecător-inspector (Craiova)

Editor

Mihai Dimonie

Redactor șef

Nicolae Șarambei

Secretar general

Alexandru Frumosu

Secretariat de redacție

Adina Apostol

Adrian Ciochirdel

Tehnoredactare computerizată

Anca Vergulescu

Editare și imprimare

Redacția Publicațiilor pentru Străinătate

● Opiniile exprimate în articolele publicate în revistă, precum și responsabilitatea științifică și juridică privind conținutul acestora aparțin în exclusivitate autorilor. ● Toate drepturile asupra acestei publicații sunt rezervate UNPRL.

Secretariat general al UNPRL

Bd. Octavian Goga nr. 2, sector 3

București

Tel.: 021-316.24.84,

fax: 021-316.24.85

E-mail: unpri@b.astral.ro

ISSN: 1583-2368

Cuvântul președintelui



Această vară poate fi caracterizată ca excepțională din punctul de vedere al activității de legiferare. Numeroase acte normative extrem de importante au fost publicate și au intrat în vigoare în ultimul timp.

Trebuie să remarcăm că și în ce ne privește putem semnală apariția unui act normativ important care aduce modificări puține dar de esență Legii nr.64/1995 proaspăt republicată. Este vorba de Legea nr.249 din 22.07.2005 pentru modificarea și completarea Legii nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.678/28.07.2005).

Efervescența legislativă în ceea ce privește activitatea noastră nu se oprește aici. În prezent, este în lucru la Ministerul Justiției un amplu proiect de modificare a cadrului juridic care reglementează insolvența.

Proiectul fiind coordonat de colegii noștri de la PricewaterhouseCoopers Management Consultants, în buna tradiție a Ministerului Justiției am fost invitați în calitate de reprezentanți ai Uniunii Naționale a Practicienilor în Reorganizare și Lichidare (UNPRL) să ne exprimăm punctul de vedere.

Am participat la discuții împreună cu dl. vicepreședinte Gheorghe Piperea și cu d-na Simona Miloș.

Poziția exprimată în numele Uniunii a fost aceea că numai o nouă modificare a Legii nr.64/1995 nu este nici suficientă și nici recomandabilă.

Am arătat că acest act normativ a fost amplu modificat de la apariția sa de foarte multe ori. Dacă ar fi să reamintim doar câteva acte modificatoare am putea enumera titlul IV

din Legea nr.99/1999, O.G. nr.38/2002, Legea nr.149/2004.

Pentru a avea o legislație eficientă și echilibrată, am considerat noi, în calitate de reprezentanți ai UNPRL, că este necesară nu numai accelerarea procedurii în cadrul actului normativ cadru, Legea nr.64/1995, ci și crearea unui nou act normativ care să reglementeze concordatul preventiv.

În final s-a căzut de acord asupra utilității unei proceduri care să fie cât mai puțin legată de instanța de judecată – o așa numită "procedură în afara curții" – bazată pe proiectul dlui. vicepreședinte Gheorghe Piperea.

Acestor două acte normative extrem de importante li se va adăuga și proiectul de modificare a O.G. nr.79/1999 care reglementează activitatea practicienilor în insolvență.

Toate proiectele vor fi publicate pe site-ul UNPRL și rugămintea mea către toți practicienii întorși din vacanță cu poftă de lucru este de a-și exprima punctul de vedere și de a transmite propuneri de îmbunătățire.

Uniunea consideră că, având în vedere numărul mare al actelor normative care reglementează insolvența, va fi necesar, într-un viitor nu prea îndepărtat, elaborarea unui Cod al insolvenței.

Până atunci, conducerea UNPRL a hotărât să vină în sprijinul membrilor săi și să publice un volum cuprinzând întreaga legislație care reglementează insolvența și lichidarea voluntară.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPRL

Noi perspective în materia insolvenței



Ec. Emilian Radu
Președinte de onoare al UNPRL,
Vicepreședinte al CNC UNPRL



Ing. Speranța Munteanu
Membră UNPRL filiala
București



Av. Nicoleta Mihai

I. Considerații generale

Necesitatea îmbunătățirii cadrului legislativ în vigoare privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului precum și exigențele armonizării legislației românești în materie cu Directivele Uniunii Europene au determinat Ministerul de Justiție să inițieze o nouă serie de modificări la Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și falimentului, republicată, („Legea 64”), prin care se urmărește să se simplifice și să se clarifice atât derularea procedurii cât și activitatea instanțelor și a practicienilor. Luând în considerare faptul că în activitatea de implementare a noilor principii pentru procedura de insolvență este necesară prevederea tuturor consecințelor pozitive sau negative pe care le pot avea amendamentele propuse, acestea au fost puse în discuția mediului de afaceri și a unor instituții ale statului implicate direct sau indirect în procedura de insolvență.

Astfel, în vederea obținerii unei plaje cât mai largi de puncte de vedere asupra modificărilor din partea unui număr cât mai mare de persoane interesate, proiectul de modificare a Legii 64 a fost publicat pe site-ul Ministrului de Justiție, www.just.ro, în data de 11 iunie 2005 și a fost transmis tuturor instanțelor care aplică procedura.

Încercând o privire retrospectivă, de la intrarea sa în vigoare în anul 1995, Legea 64 privind reorganizarea judiciară și a falimentului a constituit obiectul a trei modificări majore, prin adoptarea Legii nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice, prin Ordonanța Guvernului nr. 38/2002, aprobată și modificată prin Legea nr. 82/2003 și prin Legea nr. 149/2004; ultima modificare a fost realizată prin Legea nr. 249 din 22 iulie 2005 de modificare și completare a Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, publicată în Monitorul Oficial nr. 678 din 28 iulie 2005. Dacă avem în vedere și noile modificări propuse de către Ministerul de Justiție, putem vorbi de o nouă abordare a aspectelor esențiale care sunt legate de procedura de insolvență, ceea ce impune o reanalizare a tuturor articolelor de lege în materie din noua perspectivă precum și o nouă republicare a legii. La momentul la care proiectul de lege va fi supus atenției Consiliului Legislativ, ne așteptăm ca această instituție să semnaleze eventualele lacune legislative care au incidentă asupra legislației privind insolvența și să propună completarea și modificarea unor asemenea prevederi legale cuprinse în acte normative cu aceeași forță juridică sau cu o forță juridică superioară. În opinia noastră, este absolut necesar ca în această fază de elaborare a textelor legale care vor constitui completări și modificări la legea insolvenței, să se efectueze un „inventar” al reglementărilor legale în vigoare ce ar trebui modificate, și în acest sens, ne permitem să începem acest inventar prin enumerarea la capitolul IX din prezentul material a unor acte normative ce ar trebui să constituie obiectul unor amendamente legislative.

Nu ne propunem să facem o analiză amănunțită a textelor de lege propuse pentru a fi modificate, ci doar să subliniem anumite principii care au stat la baza amendamentelor propuse și să prezentăm anumite aspecte care în practică au condus la tergiversarea procedurii sau pentru care nu s-a făcut o aplicare corectă.

În principal, prin lucrarea de față se urmărește să se aducă în atenția participanților la procedură, a mediului de afaceri și nu în ultimul rând a opiniei publice cele mai importante direcții de amendare a legii, cum ar fi:

- Eficientizarea și celeritatea procedurilor prevăzute de Legea 64 prin introducerea unor noi instituții și concepte juridice sau prin perfecționarea unor instituții deja operaționale în temeiul reglementărilor în vigoare;
- Redefinirea rolului judecătorului-sindic, prin eliminarea atribuțiilor sale de a superviza aspectele nelitigioase din procedură (prin revizuirea „fișei postului” judecătorului-sindic);
- Sporirea eficienței procedurii de reorganizare prin asigurarea unui echilibru între șansele de redresare prin reorganizare judiciară a comercianților insolvenți și eliminarea controlată de pe piață a comercianților neviabili, în același timp cu creșterea eficienței economice și comerciale a procedurii;
- Creșterea transparenței procedurii și a încrederii mediului de afaceri în soluțiile oferite, prin potențarea rolului creditorilor în supravegherea activităților și operațiunilor cu caracter comercial (**vânzarea bunurilor, tranzacțiile, valorificarea creanțelor, continuarea exploatarei, etc.**) efectuate de către administratorul judiciar/lichidator și, pe cale de consecință, prin transferarea controlului asupra aspectului oneros al procedurii, din responsabilitatea administrativă a judecătorului-sindic, în cea comercială a Comitetului creditorilor;
- Uniformizarea practicii atât a instanțelor judecătorești și cât și a practicienilor în reorganizare și lichidare prin clarificarea aspectelor care au condus la abordări divergente (spre ex. citarea părților în procedură);
- Adăugarea unor elemente de clarificare: în vederea unei mai clare și eficiente interpretări a textelor cuprinse în Legea 64, au fost introduse definiții ale termenilor considerați semnificativi pentru economia textului, urmărindu-se în același timp și o corelare terminologică la nivelul întregului text.

II. Eficientizarea și celeritatea procedurilor prevăzute de Legea 64

II. 1 Introducerea unei proceduri simplificate care să poată fi aplicată micilor comercianți și/sau societăților comerciale fără active și/sau fără evidențe contabile

În ultimii ani, unul dintre principalele motive de blocaj în desfășurarea dosarelor de reorganizare judiciară și de faliment l-a constituit proporția covârșitoare de cazuri vizând debitori cu o cifră



de afaceri redusă și cu un activ limitat sau chiar inexistent care au fost și sunt încă trecute prin procedura actuală a legii, extrem de complexă și care implică angajarea unui volum mare de timp și de resurse. Potrivit reglementărilor în vigoare la această dată, acestei categorii de debitori nu li se poate aplica un tratament proporțional cu starea lor de fapt. Experiența și impactul economic au arătat faptul că astfel de debitori nu au nici o șansă reală de reorganizare, și, drept urmare, tendința lor de a cere să li se reorganizeze activitatea este doar un artificiu prin care urmăresc amânarea momentului când judecătorul-sindic hotărăște intrarea acestora în faliment, cu consecința că restul mediului de afaceri suportă costuri suplimentare antrenate de menținerea pe piață a unor comerțanți neviabili.

În vederea remedierii unor asemenea situații, prin amendamentele propuse se intenționează introducerea în lege a unor prevederi care să permită, sub condiția îndeplinirii anumitor criterii, intrarea acestor debitori direct în faliment în maximum 60 de zile de la data deschiderii procedurii, tot acest interval primind și o denumire respectiv, „perioada de observație”.

În acest sens, amendamentele propuse instituie o procedură specială pentru debitorii menționați anterior, denumită *procedura simplificată* care urmează să fie aplicată persoanelor care se încadrează în următoarele categorii și/sau care îndeplinesc următoarele condiții:

Art.1.(2) Procedura simplificată prevăzută de prezenta lege se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență care se încadrează în una din următoarele categorii:

a) comerciant persoană fizică acționând individual;

b) asociație familială;

c) comercianți ce fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) dacă nu dețin nici un bun în patrimoniul său și/sau actele și documentele sale contabile nu pot fi găsite și/sau administratorul nu poate fi găsit, sediul nu mai există ori nu corespunde adresei menționate la Oficiul Registrului Comerțului;

d) debitori ce fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) care nu au prezentat, în condițiile art. 39, documentele prevăzute la art. 33 alin. (1), lit. b), c), e) și h)”; societăți comerciale dizolvate de drept anterior formulării cererii introductive; debitori care și-au declarat intenția de intrare în faliment.

După intrarea în procedura simplificată, există o serie de mijloace prin care se conferă noi valențe principiului celerității care trebuie să stea la baza oricărei proceduri de insolvență, după cum urmează: se întocmește numai tabloul definitiv de creanțe, nu și cel suplimentar, administratorul judiciar, desemnat în perioada de observație, este reconfirmat ca lichidator, iar termenele de notificare și citare sunt reduse corespunzător, ținând cont de numărul așteptat al creditorilor. Desigur, se dă un nou efect și unor dispoziții legale care sunt deja în vigoare prin care se instituie garanții pentru anumite situații cu caracter de excepție în care judecătorul-sindic va constata că există temeiuri pentru o eventuală măsură de înlocuire a practicianului. Astfel, potrivit art.26, judecătorul-sindic va avea competența de a dispune înlocuirea practicianului în insolvență desemnat în cauză pentru motive temeinice, atât la cererea comitetului creditorilor sau a adunării creditorilor, cât și la cererea practicianului însuși.

II. 2 Administratorul special - nou participant la procedura insolvenței

O altă modificare a legii menită să accelereze și să simplifice procedura o constituie cea cuprinsă în art. 3 (25) care impune organelor statutare ale debitorului persoană juridică să desemneze o persoană, denumită de lege administrator special care să efectueze, în numele și pe seama acestora, actele de administrare necesare în perioadele din procedură când debitorului i se permite să-și administreze activitatea și să le reprezinte interesele în procedură pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

Față de reglementarea actuală, modificarea propusă vine să preîntâmpine situația în care debitorul este reprezentat prin fostul administrator, iar organele statutare ale debitorului sunt reprezentate de către o altă persoană fizică sau juridică.

Începând de la data desemnării administratorului special, practic toate actele de procedură se vor efectua de către acesta.

Pentru a da eficiență activității administratorului special, modificările propuse au în vedere consacrarea unui set de atribuții pentru acest participant la procedură. Astfel, administratorul special:

a) poate cere deschiderea procedurii (art. 32);
b) poate exprima intenția de a propune un plan (art. 33);
c) poate contesta cererea creditorului pentru deschiderea procedurii (art. 38);

d) depune actele prevăzute la art. 33 și 41;
e) participă ca pârât la judecarea acțiunilor prevăzute la art. 60 și 61;

f) poate contesta orice creanță înscrisă în tabelul preliminar;
g) poate propune un plan de reorganizare;
h) administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului;

i) după intrarea în faliment: participă la inventar, semnând actul,
j) primește raportul final și bilanțul de închidere și participă la ședința convocată pentru soluționarea obiecțiunilor și aprobarea raportului;

k) primește notificarea închiderii procedurii și poate formula obiecțiuni

II. 3 Scutiri de plata taxelor de timbru și timbru judiciar

O altă cale pentru eficientizarea procedurii și maximizarea sumelor ce urmează a fi distribuite creditorilor este dată de completarea unor prevederi privind acțiunile introduse de către practicienii în insolvență pentru recuperarea unor creanțe pe care debitorul le deține față de terți.

Potrivit art. 58 din lege, astfel cum a fost propus pentru modificare, toate acțiunile și cererile introduse nu numai de către administratorul judiciar ci și de lichidator sunt scutite de plata taxei de timbru, ceea ce implică, după cum menționam, o maximizare a averii debitorului, întrucât șansele de recuperare a creanțelor datorate de către terți debitorului aflat în procedură sunt sporite, prin degrevarea practicienilor în insolvență de sarcina de a acoperi costurile intentării unor asemenea acțiuni. În cele mai multe cazuri din practică, procedurile de reorganizare judiciară și de faliment sunt întârziate nejustificat de mult raportat la principiul celerității tocmai din cauza încercărilor eșuate de recuperare a creanțelor debitorului pe motivul lipsei disponibilităților în averea acestuia, în condițiile în care în perioada de observație și ulterior până la momentul vânzării bunurilor, sumele deținute de debitorul aflat în procedură nu sunt suficiente nici pentru susținerea cheltuielilor de procedură. Or, scutirea de taxe de timbru consacrată prin amendamentele propuse are drept scop reconfirmarea principiului maximizării averii debitorului, în vederea distribuirii creditorilor, care ar trebui să caracterizeze orice procedură de insolvență.

III. Redefinirea rolului judecătorului-sindic

O altă serie de modificări importante propuse a fi implementate prin proiectului de lege au ca obiect o reconturare a rolului pe care îl are în cadrul procedurii judecătorul-sindic, prin preluarea anumitor atribuții ale acestuia de către alți participanți la procedură, în special de către cei care au preponderent interese comerciale. În acest sens, amendamentele propuse conțin modificări care se concentrează pe următoarele aspecte:

a) Restrângerea rolului judecătorului-sindic la atribuțiilor prevăzute de art. 11 din Legea 64, cu eliminarea din art. 26(2) a principiului conform căruia judecătorul-sindic are atribuția de a desfășura din oficiu măsurile administratorului judiciar/lichidatorului, precum și eliminarea, în același timp, a prevederilor din lege care atribuie judecătorului rolul de a supraveghea și aspectele de ordin comercial din cadrul procedurii, această supraveghere urmând să fie explicit preluată de comitetul creditorilor;

b) Cu privire la deciziile de ordin comercial care se iau în procedură, judecătorul-sindic nu va mai avea un rol activ, el urmând să soluționeze numai eventualele sesizări privind punctele de vedere contradictorii dintre participanții la procedură (practicieni în insolvență, debitori, creditori, acționari și orice alți terți manifestând un interes în procedură).

În același timp însă, judecătorul-sindic păstrează atribuțiile de control a legalității procedurii spre ex. verificarea elementelor pe care

Legea 64 le instituie cu titlu de elemente obligatorii pentru planul de reorganizare, respectarea etapelor și a termenelor procedurale, etc.

IV. Sporirea eficienței procedurii de reorganizare

IV.1 Precizarea conceptului de reorganizare

O altă modificare importantă se referă la clarificarea înțelesului conceptului de reorganizare.

Din evoluțiile succesive ale legii, observăm că deși a fost păstrată posibilitatea lichidării totale sau parțiale a activului debitorului pentru plata creditorilor în timpul reorganizării, modalitățile de realizare a acestui procedeu și modul în care el este tratat au dispărut din lege lăsând loc la confuzii și tratament divergent.

Pentru corectarea acestui fapt modificările propuse relevă faptul că Planul va putea prevedea fie restructurarea și continuarea activității debitorului, fie lichidarea unor bunuri din averea acestuia, fie o combinație a celor două variante de reorganizare.

În ceea ce privește modalitatea de lichidare a unor bunuri s-a prevăzut faptul că lichidarea parțială sau totală a activului debitorului în vederea executării planului se face în conformitate cu prevederile Secțiunii a 7-a, Falimentul, §2, Efectuarea lichidării (în condițiile art. 114-119 din lege).

De asemenea, s-a acordat creditorilor posibilitatea să preia controlul asupra debitorului în cazul în care acționarii acestuia nu mai au interes în continuarea activității. Prin această prevedere se instituie o procedură prin care debitorul persoană juridică să poată supraviețui, în interesul său și al creditorilor.

IV. 2 Eliminarea tendințelor de abuz în invocarea procedurii de reorganizare

Tendențele de abuz din partea debitorilor în sensul că speculau avantajele oferite prin procedura reorganizării pentru a întârzia momentul intrării în faliment și al ieșirii lor de pe piață au determinat inițiatorul propunerilor de modificare a Legii 64 să introducă unele prevederi care să prevină astfel de situații. Astfel, sunt propuse modificări la Legea 64 prin care părțile care ar putea să depună planuri de reorganizare sunt ținute să facă precizări cât mai devreme posibil cu privire la intenția lor de reorganizare, indicând și premisele pe care le au în vedere pentru construirea planului, astfel încât administratorul judiciar să poată evalua șansele de reorganizare ale debitorului pe baza unor elemente concrete. Totodată, toate planurile care se propun urmează să fie analizate, prin comparație, într-o singură ședință a adunării creditorilor, iar în cazul în care debitorul prevede participarea creditorilor la realizarea planului, să existe obligativitatea unor consultări între cele două părți.

IV. 3 Îmbunătățirea sistemului de vot

Recentele modificări aduse prin Legea nr.24./2005 la art. 99, alineatele (1) și (2), au redus grupele de vot de la 6 la 3, eliminând astfel categoriile de creanțe garantate care depășeau 10% din valoarea tuturor creanțelor declarate împotriva debitorului, grupa creanțelor izvorâte din raporturi de muncă și grupa creanțelor reprezentând sume datorate de debitor în baza unor obligații de întreținere. **Totodată, textul art. 100 astfel cum a fost modificat nu mai vorbește despre creanțele defavorizate și modalitatea de tratare a acestor creanțe.**

Modificările propuse vin în sprijinul creditorilor și propun o îmbunătățire a sistemului de vot prin stabilirea unor grupe de vot care să reflecte interesul creditorilor în procedură, prin eliminarea grupei creditorilor cu prioritatea dată de art. 122 alin 5, și menținerea următoarelor categorii de creditori: creditorii garanți reprezentând 10% din valoarea tuturor creanțelor împotriva debitorului, toate celelalte creanțe garantate, creditorii bugetari și creditorii chirografari. Același scop este luat în considerare și prin eliminarea condiției de acceptare a planului de către 50% din numărul creditorilor, ca neavând nici o relevanță față de interesul concursual al creditorilor dintr-o grupă, atâta timp cât ei sunt plătiți pro rata.

Totodată, se urmărește introducerea unor prevederi rezonabile pentru determinarea numărului de grupe care acceptă planul pentru situația în care sunt în total trei sau mai puține grupe de creditori, considerându-se că un plan este acceptat dacă:

● cel puțin 50% plus una dintre categoriile de creanțe menționate la art. 99 alin. (5) acceptă sau sunt socotite că acceptă

planul, cu condiția ca minimum una dintre categoriile defavorizate să accepte planul;

● în cazul în care sunt doar două categorii, planul se consideră acceptat dacă categoria defavorizată a acceptat planul, iar dacă ambele categorii sunt defavorizate, în cazul în care categoria cu valoarea totală cea mai mare a creanțelor a acceptat planul.

O altă modificare importantă menită să sprijine debitorul aflat în procedură de insolvență are în vedere majorarea termenului de executare a planului de reorganizare la 3 ani, socotiți de la data confirmării planului. Administratorul judiciar desemnat în cauză va putea recomanda, la cel mult 18 luni după confirmarea planului, extinderea perioadei de 3 ani cu cel mult încă o perioadă de un an. și în acest caz, decizia de prelungire a perioadei de reorganizare aparține creditorilor cu creanțe în sold la data propunerii, fiind necesar votul a cel puțin două treimi din cuantumul acestor creanțe.

V. Creșterea transparenței procedurii

V. 1 Extinderea rolului adunării creditorilor și al comitetului creditorilor

Adunarea creditorilor va putea fi convocată ca și până acum, prin notificare, pe baza unei ordini de zi cuprinse în notificare, însă de către o gamă mai mare de participanți în procedură. Astfel, față de actuala reglementare, adunarea creditorilor va putea fi convocată nu numai de către administratorul judiciar/lichidator sau ca urmare a dispoziției judecătorului-sindic, ci și de către comitetul creditorilor sau la cererea membrilor adunării deținând o pondere valorică de 30% raportat la totalul creanțelor împotriva averii debitorului.

Deliberările adunării creditorilor se vor desfășura în afara instanței de judecată, urmând ca procesul verbal conținând hotărârile acestuia cu privire la punctele cuprinse în ordinea de zi să fie depuse la dosar, prin grija administratorului judiciar/lichidatorului, iar când aceasta nu se poate, prin grija unui membru al comitetului creditorilor desemnat de adunare, în termen de 24 de ore de la data adunării. De asemenea, pentru asigurarea corectitudinii și a transparenței procedurii, amendamentele propuse instituie condiții noi, mai flexibile, pe care trebuie să le îndeplinească votul prin corespondență precum și prezumția legală că votul creditorului legal notificat dar care nu s-a prezentat la adunare sau care nu și-a exprimat votul prin corespondență se consideră dat în interesul debitorului.

Potrivit amendamentelor propuse, prima adunare a creditorilor va alege **comitetul creditorilor** dintre creditorii deținând primele 20 cele mai mari creanțe asupra averii debitorului așa cum reies ele din lista depusă conform art. 33 și va cuprinde 3-7 membri creditori cu garanții reale, bugetari și chirografari. Dacă după stabilirea tabloului final unul dintre membri nu mai face parte din primele douăzeci de creanțe sau din grupul pe care îl reprezintă, acesta este înlocuit sau menținut conform hotărârii adunării creditorilor.

Principalul rol al comitetului creditorilor este de a reprezenta interesul concursual al adunării creditorilor în procedură, și de a-i informa pe membrii adunării creditorilor, conform unor reguli stabilite de către acestea, despre eventualele incidente de procedură care le poate afecta interesul. Comitetul creditorilor va lua decizii cu majoritatea absolută a numărului de voturi și nu proporțional cu valoarea creanțelor pe care le reprezintă.

Prin recunoașterea unui rol activ comitetului creditorilor, se va crea echilibrul necesar în procedură între interesul debitorului care beneficiază de organe centralizate de decizie și interesul creditorilor care, așa cum experiența o arată, se manifestă amorf și difuz, lăsând loc pentru eventuale abuzuri din partea participanților la procedură.

În ceea ce privește deciziile de **ordin economic și/sau financiar** ale administratorului judiciar/lichidatorului, este mult mai probabil ca membrii comitetului creditorilor să fie în măsură să le evalueze și eventual să le cenzureze, decât ar putea-o face judecătorul-sindic.

După pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii, la ședințele publice de judecată vor fi citați, pe lângă administratorul judiciar/lichidator, debitor și părțile direct implicate în litigiul care face obiectul ședinței de judecată, numai membrii comitetului creditorilor, nu și ceilalți creditori cunoscuți.

Amendamentele propuse au în vedere conturarea unui set clar de atribuții pentru comitetul creditorilor prin care se urmărește să se potențeze și să se eficientizeze rolul acestuia în cadrul procedurii.



Astfel, în temeiul modificărilor propuse, comitetul creditorilor va beneficia de următoarele prerogative:

- a) să analizeze situația debitorului;
- b) să negocieze cu administratorul judiciar sau cu lichidatorul care dorește să fie desemnat de către creditorii în dosar condițiile numirii și să recomande adunării creditorilor astfel de numiri;
- c) să asculte rapoartele întocmite de administratorul judiciar sau de lichidator și să aprobe sau să facă contestații la judecătorul-sindic în legătură cu activitatea sau inactivitatea administratorului judiciar sau a lichidatorului, după caz;
- d) să întocmească rapoarte pe care să le prezinte adunării creditorilor privind măsurile luate de administratorul judiciar sau de lichidator și efectele acestora și să propună, motivat, și alte măsuri;
- e) atunci când debitorul nu și-a declarat intenția de reorganizare în condițiile art. 33, respectiv art. 39, ori nu a fost propus de debitor sau nu a fost confirmat un plan de reorganizare, poate să ceară judecătorului-sindic să ridice debitorului dreptul de administrare;
- f) să introducă acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial - făcute de debitor în dauna creditorilor - atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de administratorul judiciar sau de lichidator.

Pentru a-și îndeplini atribuțiile, activitatea de comitetului creditorilor se va desfășura astfel:

- a) Comitetul creditorilor se va întruni ori de câte ori va fi necesar din inițiativa a cel puțin doi membri ai săi, dar cel puțin o dată pe lună, la convocarea administratorului judiciar/lichidatorului pentru a asculta raportul de la art. 25.
- b) Deliberările comitetului creditorilor vor avea loc în prezența administratorului judiciar/lichidatorului și vor fi consemnate într-un proces verbal care va reține pe scurt conținutul deliberărilor, precum și hotărârile luate.
- c) Deciziile comitetului creditorilor se iau cu majoritatea simplă din totalul numărului de membri ai acestuia.
- d) Membrul comitetului creditorilor care datorită interesului propriu se va afla în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, se va abține de la vot.

Împotriva inacțiunilor, măsurilor și deciziilor luate de comitetul creditorilor, orice creditor poate formula contestație la judecătorul-sindic, după ce, în prealabil, a sesizat comitetul creditorilor cu privire la măsurile contestate, iar soluția dată de comitet creditorului nu corespunde intereselor acestuia.

Frecvența cu care vor fi convocați participanții colectivi din cadrul procedurii de insolvență constituie o altă modificare având drept scop realizarea unei proceduri mai eficiente și mai rapide.

Astfel, adunarea creditorilor va fi convocată cel puțin o dată la trei luni pentru a asculta și aproba raportul de activitate al administratorului/lichidatorului și al comitetului creditorilor. Adunarea creditorilor va trebui să fie convocată și în cazul desemnării /înlocuirii administratorului/lichidatorului conform art. 23, art. 28, sau art. 26, aprobării raportului asupra cauzelor prevăzut de art. 56, aprobării planului de reorganizare, programului de lichidare a activului, în caz de faliment și raportului final al lichidatorului prevăzut de art. 128.

Comitetul creditorilor va fi convocat de câte ori este nevoie, dar cel puțin o dată la o lună pentru a asculta și aproba raportul lunar de activitate al administratorului judiciar/lichidatorului.

V. 2 Creșterea transparenței procedurilor de vânzare în faliment

Observăm că recente modificări aduse prin Legea nr. 249/2005 au introdus prevederi privind vânzarea bunurilor prin licitație publică ca metodă prioritară de valorificare, iar numai în cazul în care bunurile din averea debitorului nu pot fi vândute prin această metodă, se va recurge la a doua modalitate de vânzare, respectiv vânzarea prin negociere directă. Cu toate că articolul 115 nu a fost modificat decât prin eliminarea din cadrul punctului c) a sintagmei „ în condițiile Codului de procedură civilă, cu modificările și completările ulterioare”, totuși ordinea în care trebuie justificate în cadrul raportului prezentat de lichidator propunerea și modalitatea de vânzare a rămas aceeași, respectiv se va începe cu vânzarea

directă. Față de această neconcordanță datorată amendamentelor succesive adoptate la Legea 64, argumentele pentru o nouă modificare a textului conform propunerilor de modificare, nu sunt deloc de neglijat.

În primul rând, vom observa că în cazul vânzării în bloc modificarea propusă este în sensul discutării propunerii de vânzare cu comitetul creditorilor înainte de a fi supusă votului adunării generale.

În al doilea rând, în cazul vânzării directe a imobilelor a fost propusă introducerea unei proceduri de supralicitare a prețului maxim obținut prin negociere directă, având drept consecință maximizarea averii debitorului prin obținerea celui mai bun preț oferit de piață, atunci când se vine un activ specializat.

VI. Rezolvarea unor probleme apărute în practică privind citarea părților în procedură

VI. 1 Perfecționarea procedurilor de notificare

În temeiul direcției de amendare privind eliminarea unor interpretări divergente apărute în practică, modificările propuse au drept scop și stabilirea clară în sarcina practicianului în insolvență desemnat în cauză a obligațiilor legate de notificarea documentelor relevante ale procedurii. În acest sens, notificările către creditorii privind tablourile de creanțe, planul de reorganizare, programul de lichidare a activului în faliment, închiderea procedurii, etc. vor fi efectuate de către administratorul judiciar sau de către lichidator, după caz. Mai mult, dovada notificării și a confirmării primirii va fi depusă la dosar de către administratorul judiciar/lichidator.

VI. 2 Buletinul procedurilor de insolvență

O altă metodă de rezolvare a unor probleme apărute în practică privind citarea părților o constituie înființarea Buletinului procedurilor de insolvență. De altfel, conceptul fusese introdus anterior prin art. 2 din Legea nr. 149/2004, care prevedea utilizarea „Buletinului procedurilor de reorganizare și faliment” ca mediu unic de publicitate a tuturor actelor de citare, comunicare și notificare, precum și a hotărârilor pronunțate în legătură cu procedura.

În primul rând, în vederea armonizării cu noul titlu al legii, în varianta propusă de Ministerul Justiției, prin amendamentele propuse se intenționează să fie schimbată denumirea buletinului din „Buletinul procedurilor de reorganizare și faliment” în „Buletinul procedurilor de insolvență”.

În al doilea rând, editarea unei asemenea publicații vine în întâmpinarea participanților la procedură și a tuturor persoanelor interesate prin monitorizarea tuturor dosarelor instrumentate de judecătorii-sindici, astfel încât oricine va avea posibilitatea de a verifica momentele și actele care marchează etape procedurale și procesuale din cadrul unui anumit dosar, fără a mai face apel direct sau telefonic la arhiva instanței de faliment, care constituie în prezent sursa clasică de obținere a acestor informații referitoare la procedurile de insolvență.

Cu toate că motivele care au întemeiat introducerea acestei publicații sunt mai mult decât justificate, considerăm că, pe de o parte, realizarea publicității în timp real a tuturor documentelor efectuate în procedură (citații, notificări, comunicare actelor de procedură) este puțin fezabilă iar, pe de altă parte, trimiterea spre publicare a minim 150.000 de astfel de documente pe an s-ar putea transforma într-o activitate inutilă, costisitoare și potențial generatoare de blocaj. De altfel, am constatat că pentru preîntâmpinarea consecințelor negative menționate anterior, inițiatorul propunerilor de amendare a Legii 64 a încercat să impună o selecție a documentelor care urmează să facă obiectul publicității prin Buletin.

VII. Elemente de clarificare

Pentru o mai bună interpretare și aplicare a Legii 64, modificările propuse aduc ca element de noutate definiții ale termenilor considerați semnificativi pentru economia textului, urmărindu-se în același timp corelarea terminologică a textului.

Astfel, *insolvența* este definită ca fiind acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile:

- a) insolvența este prezumată ca fiind vădită, atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de

unul sau mai mulți creditori care au pretins plata unor creanțe certe, lichide și exigibile;

b) insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti, la scadență, datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței.

Potrivit propunerilor de amendare, *activitățile curente* reprezintă acele fapte de comerț și operațiuni financiare efectuate de debitor în perioada de observație, în cursul normal al comerțului său, cum ar fi:

a) continuarea activităților contractate, conform obiectului de activitate;

b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora;

c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente.

De asemenea, *perioada de observație* este definită ca fiind perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data confirmării planului, sau, după caz, a respingerii planului de reorganizare, iar printr-o altă propunere se precizează faptul că *ridicarea dreptului de administrare* totală atrage suspendarea mandatului administratorului special sau a consiliului de administrație al debitorului.

VIII. Noua organizare a secțiilor de faliment

Elementul de noutate în ceea ce privește organizarea secțiilor de faliment adus prin modificările art.6 din Legea 64, îl reprezintă propunerea de restructurare a cadrului instituțional prin atribuirea competenței exclusive în materia insolvenței către secția de faliment a tribunalului care are sediul în aceeași localitate ca și curtea de apel în a cărei rază teritorială se află sediul debitorului, astfel cum figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole. Judecătorul-sindic este desemnat în aceeași condiții ca și până acum de către președintele tribunalului în cadrul căruia este înființată secția de faliment.

Obiectivele avute în vedere prin propunerea privind o astfel de reorganizare a secțiilor de faliment sunt următoarele:

- Asigurarea unui nivel de pregătire optim pe domeniul specializat al insolvenței pentru judecătorii-sindici

- Organizarea unei arhive unitare și separate de restul arhivei tribunalului respectiv, care să permită eficientizarea modului de organizare a dosarului de instanță

- Eficiență în soluționarea cailor de atac prin înaintarea dosarului de faliment într-o perioadă scurtă de timp către instanța superioară;

- Eficiență în introducerea unui sistem informatic pentru managementul documentelor;

- Eficiență în implementarea unui sistem de pregătire continuă a judecătorilor-sindici, a grefierilor și a practicienilor în insolvență.

IX. Amendamente la legislația secundară

După cum precizăm în partea introductivă a prezentului articol, datorită modificărilor și completărilor succesive intervenite în legislația din domeniul insolvenței, este imperios necesar să se efectueze un „inventar” al actelor normative ale căror prevederi sunt susceptibile a forma obiectul unor modificări și completări subsecvente din cauza gradului mai mare sau mai mic de aplicabilitate și în materia insolvenței.

Una dintre propunerile de amendare a acestor acte normative ar trebui să se refere atât la explicitarea termenului de „insolvență”, care a fost definit prin modificările propuse la Legea 64, cât și la aspectele și noțiunile din ramura de drept pe care o tratează acte normative cu incidență în procedura de insolvență.

În cele ce urmează, fără a încerca să oferim o listă exhaustivă, vom enumera câteva acte normative care în opinia noastră pot fi propuse spre amendare, dar fără a menționa și textele de lege care ar trebui modificate, urmând ca acestea să constituie subiectul unei alte lucrări:

- Legea societăților comerciale nr. 31/1990 (republicată)
- Legea nr.26/1990 privind registrul comerțului (republicată)
- Ordonanța Guvernului nr.72 din 13 august 2004 pentru modificarea art.39 din Legea nr.26/1990 privind registrul comerțului
- Legea nr. 82/1991, Legea contabilității (republicată)
- Legea nr.21 din 10 aprilie 1996 privind concurența, modificată și completată ulterior

- Legea nr.137 din 29 decembrie 1995 privind protecția mediului, modificată și completată ulterior

- Legea nr. 7 din 13 martie 1996 a cadastrului și publicității imobiliare, modificată și completată ulterior

- Legea nr.16 din 2 aprilie 1996 privind Arhivele Naționale, modificată și completată ulterior

- Legea nr.146 din 24 iulie 1997 privind taxele judiciare de timbru, modificată și completată ulterior

- Legea nr. 99/1999 – Titlul VI

- Legea nr.409 din 17 iulie 2001 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/1998 privind unele măsuri premergătoare privatizării băncilor

- Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, modificată și completată ulterior

- Codul de procedură civilă

- Legea nr.571/2003 privind Codul fiscal, modificată și completată ulterior

- Legea nr.297/2004 privind piața de capital

- Ordonanța Guvernului nr.10/2004 privind procedura de faliment a instituțiilor de credit

* * *

În loc de concluzii, dorim să precizăm că nevoia de adaptare a legislației insolvenței la realitățile sociale au condus în timp la modificări succesive și parțiale ale legii privind insolvența care au determinat neconcordanțe de ordin terminologic și interpretativ care s-au reflectat într-o reglementare și într-o practică neunitară în materie. Propunerile de amendare a Legii 64 au drept scop adoptarea unei abordări coerente și uniforme în materie, în condițiile în care aderarea României la Uniunea Europeană ar putea avea drept consecință în timp și necesitatea de a sistematiza legislația insolvenței într-un cod al insolvenței.

Deși la începutul prezentei lucrări menționam că legea a suportat trei modificări importante, precizăm că practic în cei zece ani de la apariția legii, aceasta a fost modificată de șapte ori ¹ participând astfel la zece ani de instabilitate. Dacă avem în vedere prevederile Legii nr.24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, modificarea și completarea unui act normativ este admisă doar în situația în care nu sunt afectate concepția generală și caracterul unitar. Proiectul de modificare a Legii nr.64/1995 a suportat multiple modificări, fapt ce impune elaborarea unui nou proiect de act normativ.

Rămânând fideli convingerii că procedura de insolvență ar trebui să fie redată mediului de afaceri, ne exprimăm speranța că noul act normativ ce va fi elaborat va putea asigura cadrul necesar pentru aplicarea în condiții mai transparente și mai eficiente a procedurii.

NOTE

¹ 28 august 1996 – OG 38 – se modifică 2 articole - legea urma să se aplice și în cazul băncilor, administratorul judiciar/ lichidatorul putea fi și persoană juridică,

27 septembrie 1997 – OUG 58 – se modifică 40 articole – se consacră dreptul Ministerului Finanțelor Publice de a-și urmări creanțele conform OG 11/96 separat de ceilalți creditori

26 mai 1999 – Legea 99 – se modifică 102 articole – se transferă o bună parte a competențelor de administrare a procedurii de la judecătorul-sindic la administratorul judiciar/ lichidator

31 decembrie 1999 – Legea 64/95 republicată

31 ianuarie 2002 – OG 38 – se modifică 89 articole – introduce suspendarea procedurii, la cererea instituțiilor implicate, în vederea privatizării.

13 martie 2003 – Legea 82 de aprobare a OG 38/2002 – se modifică 10 articole – se introduc sancțiuni pentru administrator judiciar/ lichidator și se introduce capitolul de infracțiuni și pedepse privind acțiunile conducerii debitorului insolvent.

11 mai 2004 – Legea 149 – se modifică 89 articole – se dezvoltă secțiunea privitoare la reorganizare

17 noiembrie 2004 – Legea 64/95 republicată

22 iulie 2005 – Legea 249 – se modifică 17 articole – modificări cerute de Ministerul Finanțelor Publice și AVAS



Scurtă introducere în evaluarea bunurilor

Selecție teoretică privind evaluarea și procesul de evaluare precum și analiza prevederilor Legii nr.64/1995 rep. cu referire la evaluarea, bunurilor în procedura reorganizării judiciare și a falimentului



Ing. Mihail Bojincă
Președinte ANEVAR,
Membru UNPRL filiala Timiș

Prezentarea ce urmează, intenționează să facă o succintă trecere în revistă a problematicei procesului de evaluare și, de asemenea, să facă o analiză a textului Legii nr. 64/1995 rep. din punctul de vedere al procedurii de evaluare.

În prima parte - **Evaluarea, scopurile ei și procesul de evaluare** - se trec în revistă principalele definiții utilizate în evaluare: evaluare, tip de valoare, premise, concepte.

În partea a doua - **Evaluarea bunurilor în procedura reorganizării judiciare și a falimentului** - se analizează textele din lege referitoare la evaluarea din prisma evaluatorului și deciziile care trebuie luate în cadrul procedurii pentru ca evaluatorul să utilizeze abordarea cea mai adecvată în evaluare.

I. Evaluarea, scopurile ei și procesul de evaluare

A. Definiția evaluării

Evaluarea este procesul de estimare a unui tip de valoare, a unui tip de proprietate, la o anumită dată și concretizată în raportul de evaluare.

Evaluarea este o estimare și nu un calcul exact al unei valori printr-o formulă matematică sau printr-o cuantificare precisă. Estimarea presupune determinarea valorii în urma investigării, raționamentului profesional, selectării unei valori, rotunjirii valorii propuse.

B. Tipurile de evaluare practicate sunt:

a) **evaluarea administrativă** – pe baza reglementărilor impuse de autoritățile publice (ex. guvern, ministere, primării, AVAS, ANAF, etc.) care trebuie net delimitate și prezentate ca atare. Din această categorie fac parte și reevaluările impuse prin HG, conform prevederilor Legii contabilității sau prin cerințele unor proprietari.

b) evaluarea pe baza standardelor de evaluare.

De la 1 ianuarie 2004, Standardele ANEVAR sunt Standardele Internaționale de Evaluare, ediția a șasea, 2003, elaborate de IVSC (Comitetul pentru Standardele Internaționale de Evaluare). Ele sunt obligatorii pentru toți membrii ANEVAR.

Dacă un client sau o instanță solicită un raport de expertiză judiciară prin anumite tehnici, proceduri și cu o anumită structură, acesta nu este un raport de evaluare

C. Scopuri ale evaluării (selecție)

1. Vânzarea /cumpărarea unei proprietăți (imobiliare, întreprindere, mijloace fixe, etc.)
2. Fuziuni, divizări și schimburi de proprietăți
3. Garantarea împrumuturilor
4. Rezolvarea litigiilor
5. Impozitare, Asigurare
6. Înregistrarea valorii activelor în situațiile financiare
7. Divizări, dizolvări, faliment

D. Procesul de evaluare

Procesul de evaluare reprezintă toate cercetările, informațiile, raționamentele, analizele și concluziile necesare pentru a ajunge la valoarea estimată.

Scopul procesului de evaluare este prezentarea unei opinii imparțiale asupra valorii, prin care evaluatorul demonstrează că a luat în considerare toți factorii care afectează în mod substanțial valoarea.

Etapele procesului de evaluare:

1. Definirea problemei de evaluare

1.1. Identificarea proprietății de evaluat

Nume, adresă, alte date de localizare. Ce active sunt incluse în evaluare și ce active nu sunt incluse. Această precizare e foarte importantă în cazul unor proprietăți evaluate în bloc și pentru proprietățile unde o parte din bunuri au devenit prin destinație accesorii conform prevederilor Codului Civil art. 482. - Proprietatea unui lucru mobil sau imobil dă drept asupra tot ce produce lucrul și asupra tot ce se unește, ca accesoriu, cu lucrul, într-un mod natural sau artificial.

1.2. Identificarea drepturilor de proprietate care sunt evaluate

1.3. Utilizările intenționate ale evaluării

1.4. Definirea tipului de valoare (bază de evaluare, standard de valoare).

Există valoarea de piață și numeroase **tipuri de valoare** din afara valorii de piață.

Tipul de valoare trebuie definit conform Standardelor Internaționale de Evaluare

IVS 1 – Valoarea de piață sau

IVS 2 – Baze de evaluare diferite de valoarea de piață.

Definirea tipului de valoare se face pornind de la premisa valorii care poate fi pusă în mod distinct sau prin precizarea modalității în care se poate face tranzacția.

Exemple de premise de evaluare în procedura de faliment sunt:

Pentru evaluarea în bloc:

- continuare activității normale de exploatare și
- încetarea activității/lichidarea.

Pentru evaluarea independentă a mașinilor și echipamentelor, premisele pot fi:

- activ scos de pe amplasament, ambalat și pregătit pentru transport;
- activ instalat, pus în funcțiune și aflat în funcțiune (sau neutilizat);
- activ mutat, transportat, modificat și transportat în altă locație;
- activ defect pentru casare;
- activ în lichidare ordonată.
- activ în lichidare forțată

1.5. Data evaluării (data efectivă a evaluării)

Este data la care valoarea specificată este valabilă. Teoretic, ar trebui să fie dată ultimei inspecții detaliate. Față de data transmiterii raportului, data evaluării poate fi:

- o dată anterioară
- aceeași cu data raportului
- o dată viitoare: exemplu o valoare reziduală pentru un leasing

La întrebarea cât timp este valabilă valoarea răspunsul este că valoarea estimată nu se modifică cât timp nu se modifică în mod semnificativ un factor care influențează mărirea valorii și deci nu poate fi dat un răspuns precis de genul „valoarea estimată este valabilă 3 luni” sau o altă perioadă limitată.

2. Colectarea datelor/informațiilor relevante

În funcție de natura proprietății evaluate, informațiile necesare pentru evaluare, sfera informațiilor este foarte largă, în general, informațiile necesare se referă la cele care:

- descriu proprietatea;
- conțin suficiente elemente pentru aplicarea metodelor de evaluare adecvate, respectiv:
 - informații despre costuri de înlocuire și/sau reconstrucție;
 - informații despre tranzacții realizate cu proprietăți comparabile sau despre oferte de tranzacționare;

3. Aplicarea metodelor de evaluare și a tehnicilor/procedurilor de evaluare adecvate

În funcție de tipul de valoare cerut, cantitatea și calitatea informațiilor de care dispune evaluatorul, evaluarea se va face prin:

Abordarea prin cost

Abordarea prin venit și

Abordarea prin comparația vânzărilor

4. Formularea concluziilor asupra valorii (Reconcilierea valorilor)

Valoarea (respectiv tipul de valoare) propusă este rezultatul raționamentului profesional al evaluatorului iar concluzia asupra valorii finale este un proces de selecție a nivelului unei valori care trebuie să fie explicat.

5. Elaborarea raportului de evaluare

Este faza finală a procesului de evaluare care se desfășoară în conformitate cu prevederile din standardul IVS 3.

E. Conceptul de valoare

Valoarea este un concept economic referitor la prețul cel mai probabil, convenit de cumpărătorii și vânzătorii unui bun sau serviciu disponibil pentru cumpărare.

Valoarea nu reprezintă un fapt, ci o estimare a celui mai probabil preț care va fi plătit pentru bunuri și servicii, la o anumită dată, în conformitate cu o anumită definiție a valorii. Conceptul economic de valoare reflectă optica pieței asupra beneficiilor celui care deține bunurile sau primește serviciile, la data evaluării.

Valoarea nu este o trăsătură intrinsecă a unei proprietăți, bun corporal, necorporal sau serviciu, cărora li se atribuie, ci o reprezentare asupra utilității acestora, prin înțelegerea și surprinderea relațiilor dintre factorii economici care contribuie la crearea valorii.

Aceștia sunt:

- **utilitatea**, respectiv capacitatea unui bun economic de a satisface o anumită nevoie, trebuință sau dorință;
- **raritatea**, care exprimă oferta prezentă sau anticipată a unui bun economic raportată la cererea pentru acel bun;
- **dorința** (preferința), exprimată de intensitatea satisfacției pe care un bun economic o produce celui care nu-l posedă, dar care are nevoie de acesta;
- **puterea de cumpărare**, exprimată de capacitatea unui individ sau grup de indivizi - participanți pe piață, de a cumpăra bunurile oferite prin plata cash sau în echivalent.
- **transferabilitatea** - capacitatea de transferare a dreptului de proprietate cu o ușurință relativă

Au fost elaborate diferite definiții ale valorii, care oferă o perspectivă a valorilor alternative care pot fi atribuite unui bun sau unui serviciu. În consecință, folosirea termenului *valoare*, trebuie întotdeauna caracterizată de definiția particulară aplicabilă.

F. Tipuri de valoare

Pentru diferite scopuri ale analizei (de ex. evaluarea, recunoașterea în situațiile financiare, teoria economică) și pentru diferite categorii de proprietate se folosesc o multitudine de tipuri de valoare, numite și Standarde ale valorii sau Baze de evaluare.

Fiecare tip de valoare are definiții specifice (pentru exemple, a se vedea IVS 2). Anumite tipuri de valoare sunt utilizate frecvent în evaluare. Altele sunt utilizate în situații speciale și în circumstanțe atent identificate și explicate. În utilizarea și înțelegerea evaluărilor, de o importanță deosebită este ca tipul și definiția valorii să fie clar enunțate și să fie adecvate cu scopul evaluării. O modificare în definiția valorii poate avea efect semnificativ asupra valorilor estimate pentru proprietăți.

Definiții ale tipurilor de valoare

Valoarea de piață (conf. IVS 1)

Valoarea de piață este suma estimată pentru care o proprietate va fi schimbată, la data evaluării, între un cumpărător decis și un vânzător hotărât, într-o tranzacție cu preț determinat obiectiv, după o activitate de marketing corespunzătoare, în care părțile implicate au acționat în cunoștință de cauză, prudent și fără constrângere.

Valoarea de piață este înțeleasă ca fiind valoarea unei proprietăți estimată fără luarea în considerare a costurilor de vânzare sau de cumpărare și fără includerea nici unui impozit/taxe asociat(e).

O eroare care trebuie evitată este prezentarea, în rapoartele de evaluare, a altor tipuri de valoare ca fiind valori de piață. Pot fi date exemple, cum este costul de înlocuire net (CIN).

În orice raport de evaluare, prin care se concretizează procesul de evaluare, trebuie dată definiția valorii de piață, dacă scopul evaluării este estimarea acestui tip de valoare (sau baza de evaluare).

Valoarea de piață poate să aibă și o mărime negativă. IVS 1 paragraful 6.9 explică „Această situație include unele proprietăți închiriate, unele proprietăți specializate, proprietăți învechite la care costul de demolare depășește valoarea terenului, unele proprietăți contaminate și altele”.

Valori diferite de valoarea de piață

Aceste tipuri de valoare, numite și baze de evaluare, sunt solicitate în mod frecvent în procesul de evaluare și aceste tipuri de valori au în vedere fie alte funcțiuni, fie o utilitate economică particulară sau iau în considerare efectul condițiilor de piață neobișnuite sau atipice.

În IVS 2 – Baze de evaluare diferite de valoarea de piață – sunt prezentate, definite și comentate un număr de 10 tipuri de valoare diferite de valoarea de piață (numite și baze de evaluare).

valoare de utilizare	(value in use)
valoare de investiție	(investment value)
sau subiectivă	
valoarea de exploatare continuă	(going concern value)
valoarea de asigurare	(insurable value)
valoarea de impozitare	(assessed, rateable or
sau de impunere	taxable value)
valoarea de recuperare	(salvage value)
valoarea de lichidare	(liquidation value)
sau de vânzare forțată	
valoarea specială	(special value)
valoarea de garantare	(mortgage lending value)
a creditului ipotecar	
costul de înlocuire net	Depreciated Replacement
	Cost – DRC

Valoarea de exploatare continuă. Valoarea unei întreprinderi în ansamblul ei. Conceptul presupune evaluarea unei întreprinderi care-și va continua activitatea și a cărei valoare de exploatare continuă poate fi alocată pe părțile sale componente, reflectând astfel contribuția acestora la valoarea totală; dar valoarea unei componente, astfel determinată, nu reflectă valoarea sa de piață. Ca urmare, conceptul de valoare de exploatare continuă poate fi aplicat numai pentru evaluarea pentru vânzarea în BLOC.

Valoarea de recuperare. Valoarea unei proprietăți, cu excepția terenului, dată mai degrabă de valorile materialelor pe care le conține decât de continuarea utilizării, fără a necesita reparații sau adaptări speciale. Poate fi redată în formă brută sau netă, în a doua situație prin scăderea costurilor de vânzare din valoarea de recuperare brută. În ultimul caz, aceasta poate fi egală cu valoarea realizabilă netă.

Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată. Suma care ar putea fi primită, în mod rezonabil, din vânzarea unei proprietăți, într-o perioadă de timp prea scurtă pentru a fi conformă cu perioada de marketing necesară, specificată în definiția valorii de piață. Valoarea de vânzare forțată, poate implica, un vânzător obligat să vândă și un cumpărător sau niște cumpărători care cumpără, fiind conștienți de dezavantajul vânzătorului.

Costul de înlocuire net (CIN). O metodă acceptabilă, utilizată în raportarea financiară, pentru a determina un surrogat al valorii de piață a proprietăților specializate și cu piață limitată, pentru care nu sunt disponibile informații de piață. CIN se bazează pe estimarea valorii de piață pentru utilizarea existentă a terenului, plus costul curent brut de înlocuire (sau reconstrucție) a clădirilor minus alocarea (valorică) pentru deteriorarea fizică și orice forme relevante de depreciere și optimizare. CIN poate fi descris atât ca o metodologie de evaluare, cât și ca bază pentru valoare/tip de valoare definită.

Alte trei tipuri de valoare diferite de valoarea de piață, utilizate pentru evaluarea instalațiilor, mașinilor și echipamentelor (prezentate în Standardele Internaționale de Evaluare GN 3 – Evaluarea instalațiilor, mașinilor și echipamentelor) sunt:

valoarea de licitație realizabilă	(auction realisable value)
valoarea de reconstituire	(reinstatement value)
valoarea de despăgubire	(indemnity value)

Valoarea de licitație realizabilă. Suma estimată care se așteaptă a fi obținută din vânzare la o licitație corect promovată, condusă și cu participare corespunzătoare. Aceasta presupune, în mod normal, că vânzarea are loc la locul de amplasare, iar toate activele din lista de inventar sunt oferite spre vânzare în același timp.

Tipuri de valoare din Standardele Internaționale de Contabilitate (IAS)

Valoarea justă. Suma la care poate fi tranzacționat un activ sau decontată o datorie, de bună voie, între părți aflate în cunoștință de cauză, în cadrul unei tranzacții în care prețul este determinat obiectiv (IAS 16+22).

Valoare contabilă. Valoarea la care un activ este inclus în bilanț, după deducerea oricăror amortizări cumulate și a oricăror pierderi cumulate din depreciere (se mai numește și **valoare netă contabilă**) (IAS 6, 36, 38).

Valoarea amortizabilă. Costul unui activ, sau o altă sumă ce substituie costul în situațiile financiare, mai puțin valoarea reziduală a acestuia.

Valoarea realizabilă. Valoarea în numerar sau echivalente de numerar care poate fi obținută, în prezent, prin vânzarea normală a activelor.

Valoare realizabilă netă. Prețul de vânzare estimat ce ar putea fi obținut pe parcursul desfășurării normale a activității, minus costurile estimate pentru finalizarea bunului și minus costurile necesare vânzării (IAS 2).

Valoarea recuperabilă. Maximul dintre prețul net de vânzare și valoarea de utilizare (IAS 36).

Valoarea reziduală. Valoarea netă pe care o întreprindere se așteaptă să o obțină pentru un activ, la sfârșitul duratei de viață utilă a acestuia, după scăderea costurilor așteptate de cedare (IAS 16, 38).

Valoare de utilizare. Valoarea actualizată a fluxurilor viitoare de numerar estimate, ce se așteaptă să fie generate din utilizarea continuă a unui activ și din cedarea lui la sfârșitul duratei de viață utilă.

G. Premisele valorii

Dacă standardul valorii răspunde la întrebarea care tip de valoare, fiind legată în mod direct de scopul evaluării, premisa valorii explică condițiile în care părțile implicate participă la tranzacție, adică cum va avea loc tranzacția. Altfel spus, premisa valorii constă în asumarea circumstanțelor de tranzacție în care proprietatea va fi evaluată.

Neprecizarea premisei valorii poate avea ca efect calcularea unui tip de valoare care nu este adecvată cu circumstanțele în care se va face tranzacția. Explicația constă în faptul că, de exemplu, valoarea de piață are niveluri diferite în funcție de circumstanțele în care se face tranzacția cu activul/proprietatea supus(ă) evaluării.

În acest sens Legea nr. 64/1995 rep. prevede la art. 115 că raportul de evaluare va fi însoțit de propuneri vizând modalitățile de vânzare

Există 4 premise alternative pentru evaluarea activelor individuale ale unei întreprinderi. Acestea sunt:

1. Premisa valorii în continuarea exploatarei, ca parte a valorii totale a întreprinderii.

Conform acestei premise, activele întreprinderii se tranzacționează ca ansamblul lor, adică împreună cu întreaga întreprindere. În acest fel, sub această premisă a valorii, activele sunt evaluate pe baza contribuției lor la valoarea totală a întreprinderii.

2. Premisa valorii în funcțiune, dar activele nu sunt utilizate în generarea de venit.

Această premisă este adecvată în evaluarea activelor sau entităților operaționale care însă, din diferite motive, sunt închise/oprite.

3. Premisa vânzării ordonate a activelor, conform unui plan de vânzare ordonată, bucată cu bucată, pe o piață secundară.

Această premisă este adecvată și pentru evaluarea activelor care nu sunt necesare exploatarei.

4. Premisa lichidării activelor, în cazul unei lichidări forțate.

Această premisă se referă la vânzarea cât mai rapidă a activelor, bucată cu bucată, prin licitație sau altă formă de vânzare rapidă.

Din punct de vedere practic, orice activ poate fi evaluat sub una din cele patru premise ale valorii acestuia. Dacă, de exemplu, scopul evaluării solicită calcularea *valorii de piață*, pot exista patru niveluri diferite ale acestui tip de valoare, în funcție de premisa valorii.

Pentru evaluarea unei întreprinderi în ansamblul ei există două premise:

- premisa continuării activității normale de exploatare
- premisa încetării activității (lichidării)

Pentru evaluarea mașinilor și echipamentelor există și alte două premise (față de cele patru deja enunțate):

- „așa cum este, unde este” adică ca „instalat”
- „demontat” sau scos de pe amplasament

H. Conceptul de preț

Prețul este un concept care se referă la schimbul unei mărfi, unui produs sau unui serviciu. Prețul reprezintă suma de bani care a fost cerută, oferită sau plătită pentru un articol. După ce schimbul a fost efectuat, indiferent dacă este public sau confidențial prețul devine un fapt istoric. Prețul plătit reprezintă intersecția dintre ofertă și cerere și se numește preț de echilibru.

I. Conceptul de cost



În evaluare, noțiunea de cost este pe larg utilizată sub mai multe forme: abordarea evaluării prin cost, respectiv *costul de reproducție* (reconstrucție) și *costul de înlocuire*.

Ambele sunt brute și nete.

Cea mai cunoscută noțiune în evaluare, în afara valorii de piață este costul de înlocuire net (CIN).

În optica standardelor de evaluare, CIN este considerat:

- bază de evaluare, cât și
- metodă de evaluare

În evaluarea proprietăților specializate, în mod uzual, se întâlnesc următoarele concepte de cost:

Costul de înlocuire (nou) rezultă în mod normal din costul de achiziție curent al unui activ similar, nou sau folosit (uzat), sau al unei capacități productive echivalente sau de servicii potențiale.

În cazul evaluării unei construcții, costul de înlocuire (brut) presupune utilizarea materialelor, tehnicilor și proiectelor moderne.

Costul de reproducție (nou), referitor la o construcție, este costul curent al construirii unei replici exacte a structurilor existente, utilizând același proiect și materiale de construcție similare cu cele din perioada de execuție.

Pentru clădiri, costul de reproducție se mai numește și cost de reconstrucție.

Costul de înlocuire net (CIN) este costul de înlocuire, de reproducție, de recreare, sau de reconstrucție minus deprecierea.

J. Standarde de evaluare

Consiliul Director și Conferința Națională a ANEVAR au adoptat, începând cu 1 ianuarie 2004, *Standardele Internaționale de Evaluare, ediția a șasea, 2003*, publicate de Comitetul pentru Standarde Internaționale de Evaluare, ca STANDARDE DE EVALUARE obligatorii pentru membrii ANEVAR.

Importanța Standardelor Internaționale de Evaluare, reflectă cea mai bună practică internațională și asigură:

- unificarea termenilor economici utilizați de evaluatori
- coerența cu IAS-urile
- facilitarea tranzacțiilor și viabilitatea piețelor celor patru tipuri de proprietăți:
 - proprietăți imobiliare;
 - bunuri mobile
 - întreprinderi
 - active financiare
- de a servi ca far călăuzitor pentru evaluatorii din toată lumea în efectuarea de evaluări credibile, care să corespundă nevoilor clienților, inclusiv cerințelor de elaborare a situațiilor financiare.
- de a ajuta economiile în dezvoltare pentru efectuarea de evaluări compatibile cu cele din țările dezvoltate

II. Evaluarea bunurilor în procedura reorganizării judiciare și a falimentului

Evaluarea bunurilor debitoarei se face în mai multe etape ale procedurii conform prevederilor Legii nr. 64/1995 rep. și anume:

- în cadrul măsurilor premergătoare lichidării
- în perioada de efectuare a lichidării

1. În cadrul măsurilor premergătoare lichidării

Legea nr. 64/1995 rep. prevede la art.113 că inventarul va trebui să descrie toate bunurile debitorului, chiar și pe cele nepuse sub sigiliu, și să indice valoarea lor aproximativă la data inventarului.

Normele metodologice privind reflectarea în contabilitate a principalelor operațiuni de fuziune, divizare, dizolvare și lichidare a societăților comerciale, precum și retragerea sau excluderea unor asociați din cadrul societăților comerciale și tratamentul fiscal al acestora aprobate prin **Ordin nr. 1376/2004** al Ministerului Finanțelor Publice, prevăd, la Cap.2 & B, operațiunile care se efectuează în cazul în care societatea comercială intră în faliment:

„ (...) 2. Inventarierea și **evaluarea elementelor de activ și de pasiv** ale societății comerciale, potrivit Legii contabilității nr. 82/1991, republicată, normelor și reglementărilor contabile, înregistrarea rezultatelor inventarierii și ale evaluării, efectuate cu această ocazie. Lichidatorul va angaja în numele debitorului un evaluator care va evalua bunurile din averea debitorului în conformitate cu standardele internaționale de evaluare”.

Norma din 22/11/2004 privind organizarea și efectuarea inventarierii elementelor de activ și de pasiv prevede la pct. 37 și 38

„37. Evaluarea elementelor de activ și de pasiv cu ocazia inventarierii se face potrivit prevederilor reglementărilor contabile aplicabile, precum și ale prezentelor norme. Evaluarea se va efectua cu **respectarea principiului permanenței metodelor**, potrivit căruia modelele și regulile de evaluare trebuie menținute, asigurând comparabilitatea în timp a informațiilor contabile.

38. Evaluarea activelor imobilizate și a stocurilor, cu ocazia inventarierii, se face **la valoarea actuală a fiecărui element**, denumită valoare de inventar, stabilită în funcție de utilitatea bunului, starea acestuia și **prețul pieței**.”

Putem concludiza din coroborarea textului art. 113 din Legea nr. 64/1995 rep. cu prevederile Ordinului 1376/2004 și Normei din 22/11/2004 emise de Ministerul Finanțelor Publice că valoarea aproximativă a bunurilor la data inventarierii este valoarea estimată conform principiilor contabile prevăzute în Norme care au ca „scop principal stabilirea situației reale a tuturor elementelor de activ și de pasiv ale fiecărei unități, precum și a bunurilor și valorilor deținute cu orice titlu, aparținând altor persoane juridice sau fizice, în vederea întocmirii situațiilor financiare care trebuie să ofere o imagine fidelă a poziției financiare” a debitoarei la data declanșării procedurii de inventariere, **fără a reprezenta valori utilizabile în procedura de valorificare a bunurilor.**

2. În perioada de efectuare a lichidării

Legea nr. 64/1995 rep. prevede la art. 114. - (1) Lichidarea bunurilor din averea debitorului va fi efectuată de lichidator sub controlul judecătorului-sindic.

(2) Cu excepția cazurilor prevăzute expres de lege, lichidarea va începe de îndată după finalizarea de către lichidator a inventarierii bunurilor din averea debitorului. Bunurile vor putea fi **vândute în bloc** - ca un ansamblu în stare de funcționare - **sau individual**. Dacă bunurile nu se pot **vinde prin negociere directă**, acestea vor fi **vândute la licitație**, în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă, cu modificările și completările ulterioare.

(3) Lichidatorul va angaja în numele debitorului **un evaluator, persoană fizică sau juridică**, ce va evalua bunurile din averea debitorului, în conformitate cu standardele internaționale de evaluare.

(4) În funcție de circumstanțele cauzei și pe cât posibil, bunurile din averea debitorului vor fi evaluate **atât individual, cât și în bloc**; prin bloc, ca ansamblu funcțional, se înțelege o parte sau toate bunurile debitorului, necesare pentru desfășurarea unei afaceri, pentru care un cumpărător oferă un preț nedefalcăt pe bunurile componente.

Textul legii definește, putem spune, toate elementele necesare pentru evaluarea bunurilor din averea debitorului și anume:

- Cine face evaluarea și care sunt reglementările care stau la baza evaluării
- Care sunt premisele evaluării.

În acest articol se specifică clar că evaluarea bunurilor din averea debitorului poate fi făcută de un evaluator, persoană fizică sau juridică și că evaluarea se va face în conformitate cu Standardele Internaționale de Evaluare

Prevederea art. 114 alin (3) referitoare la faptul că evaluarea se face în conformitate cu Standardele Internaționale de Evaluare reglementează întreaga activitate de evaluare datorită faptului că Standardele Internaționale de Evaluare cuprind pe lângă reguli de cea mai bună practică în evaluare și Codul Deontologic al profesiei de evaluator.

Art. 2.1 din Codul Deontologic spune că evaluatorii respectă Standardele Internaționale de Evaluare fie ca opțiunea lor, fie din necesitatea de a aplica prevederile legii așa cum este cazul evaluărilor cerute de Legea nr. 64/1995 rep.

Același articol din Codul Deontologic reglementează clar faptul că o evaluare elaborată pe baza Standardelor Internaționale de Evaluare îl obligă pe evaluator să respecte Codul Deontologic cuprins în Standardele Internaționale de Evaluare.

La art. 2.3 din Codul Deontologic se precizează că evaluările efectuate în conformitate cu aceste Standarde devin acceptabile, pentru utilizatorii finali, numai când sunt elaborate de un **membre instruit în cadrul unui organism național profesional și recunoscut, care pune în aplicare standarde obligatorii de calificare, competență, experiență, etică și comunicare în evaluare –prevederi care împreună cu obligativitatea unei asigurări profesionale sunt obligații statutare pentru membrii ANEVAR.**

La art. 114 alin (4) se specifică cum vor fi evaluate bunurile din averea debitorului și anume că bunurile din averea debitorului vor fi evaluate atât individual, cât și în bloc, deci sunt stabilite premisele în care se va face evaluarea.

În plus Legea nr. 64/1995 rep. prevede la art. 115 că „raportul de evaluare va fi însoțit de propuneri vizând modalitățile de vânzare” text prin care legiuitorul a fost explicit în privința necesității prezentării în raportul de evaluare a premizelor evaluării.

În tabelul următor se prezintă analiza privind tipurile de valoare care trebuie estimate în diferite premise prevăzute de Legea nr. 64/1995 rep.

Premizele evaluării	Procedura din L. 64/95	Tip de valoare #
Evaluarea în bloc:		
- continuare activității normale de exploatare	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de exploatare continuă -Valoarea de exploatare continuă
-încetarea activității/lichidarea voluntară (vânzare ordonată)	-Reorganizare	-Valoarea de licitație realizabilă
-încetarea activității/lichidarea (vânzare forțată).	- Faliment	-Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
Evaluarea independentă a mașinilor și echipamentelor:		
-activ scos de pe amplasament, ambalat și pregătit pentru transport;	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de licitație realizabilă -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
-activ instalat, pus în funcțiune și aflat în funcțiune (sau neutilizat);	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de licitație realizabilă -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
-activ mutat, transportat, modificat și transportat în altă locație;	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de licitație realizabilă -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
-activ defect pentru casare;	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de recuperare -Valoarea de recuperare
Evaluarea independentă a imobilelor	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de piață -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
Evaluarea activelor financiare (în principal participații)	- Reorganizare - Faliment	-Valoarea de piață (cele cotate) -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată

S-a estimat că vânzarea în procedura de reorganizare poate fi asimilată cu o vânzare ordonată

În vederea evitării confuziilor, privind tipul de valoare estimat de către evaluatori, este necesar, ca la numirea evaluatorului să se specifice clar premisele în care se va face evaluarea.

Totodată selecția evaluatorului va fi făcută în conformitate cu competența sa privind tipurile de bunuri care trebuie evaluate.

Membrii ANEVAR au competențe în:

- Evaluarea Întreprinderii
- Evaluarea Proprietăților Imobiliare
- Evaluarea Bunurilor Mobile
- Evaluarea Activelor Financiare

Aceste tipuri de evaluări sunt cele enumerate și de Standardele Internaționale de Evaluare

În tabelul următor se prezintă analiza privind competența evaluatorului necesară în diferite premise prevăzute de Legea nr. 64/1995 rep.

Premizele evaluării	Competența evaluatorului	Tip de valoare
Evaluarea în bloc:		
-continuare activității normale de exploatare	Evaluarea întreprinderii	-Valoarea de exploatare continuă -Valoarea de exploatare continuă
-încetarea activității lichidarea voluntară (vânzare ordonată)	Evaluarea proprietăților imobiliare, Evaluarea bunurilor mobile	-Valoarea de licitație realizabilă
-încetarea activității/lichidarea.	Evaluarea proprietăților imobiliare, Evaluarea bunurilor mobile	-Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
Evaluarea independentă a mașinilor și echipamentelor:		
-activ scos de pe amplasament, ambalat și pregătit pentru transport;	Evaluarea bunurilor mobile	-Valoarea de licitație realizabilă -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
-activ instalat, pus în funcțiune și aflat în funcțiune (sau neutilizat);	Evaluarea bunurilor mobile	-Valoarea de licitație realizabilă -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
-activ mutat, transportat, modificat și transportat în altă locație;	Evaluarea bunurilor mobile	-Valoarea de licitație realizabilă -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
-activ defect pentru casare;	Evaluarea bunurilor mobile	-Valoarea de recuperare -Valoarea de recuperare
Evaluarea independentă a imobilelor:	Evaluarea proprietăților imobiliare	-Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată
Evaluarea activelor financiare (în principal participații)	Evaluarea întreprinderii Evaluarea activelor financiare	-Valoarea de piață (cele cotate) -Valoarea de lichidare sau valoarea de vânzare forțată

Constatăm că sunt necesare competențe diferite pentru evaluarea bunurilor debitoarei în diferite premise de vânzare.

În concluzie putem să spunem că selecția evaluatorului cu competențe adecvate tipului de proprietate evaluat și alegerea premizelor de evaluare conform etapelor procedurale pentru care este destinată evaluarea sunt elementele esențiale pentru a obține un raport de evaluare adecvat.



Aspecte teoretice și practice cu privire la înscrierea la masa credală a creanțelor afectate de modalități



Av. Stan Târnoveanu
Membru UNPRL
filiala București

1. Preambul.

În dreptul român, executarea silită asupra patrimoniului debitorului nu este reglementată unitar, existând diverse proceduri de executare a creanțelor.

Astfel, există:

- procedura executării silite reglementate de Codul de procedură civilă;
- procedura executării silite reglementate de Legea nr. 64/1995 rep. privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului;
- procedura executării silite reglementate de O.G. nr. 51/1998 privind valorificarea unor active bancare;
- procedura executării silite reglementată de O.G. nr. 92/2003 privind Codul de Procedură Fiscală;
- procedura executării silite reglementată de Titlul V din Legea nr. 99/1999.

2. Modalitățile actului juridic în dreptul civil român.

2.1. Dreptul privat român cunoaște următoarele modalități ale actului juridic civil:

- termenul
- condiția

2.2. **Termenul** este acel eveniment viitor și sigur ca realizare, până la care este amânată începerea sau, după caz, stingerea exercițiului drepturilor subiective civile și a executării obligațiilor civile corelative.

După efectul său, termenul poate fi:

- termen *suspensiv* – este acela care amână, până la împlinirea lui, începutul exercițiului dreptului subiectiv civil și al executării obligației civile corelative;
- termen *extinctiv* – este acela care amână, până la împlinirea lui, stingerea exercițiului dreptului subiectiv civil și a executării obligației civile corelative.

2.3. **Condiția** este un eveniment viitor și nesigur ca realizare, de care depinde existența (nașterea sau desființarea) dreptului subiectiv civil și a obligației civile corelative.

După efectele pe care le produce, condiția poate fi:

- *condiție suspensivă* – este aceea de a cărei îndeplinire depinde nașterea drepturilor subiective civile și a obligațiilor corelative (art. 1017 C. civ.);

- *condiție rezolutorie* – este aceea de a cărei îndeplinire depinde desființarea drepturilor subiective civile și a obligațiilor corelative (art. 1019 C. civ.).

3. Modalitățile actului juridic în procedura reorganizării judiciare și a falimentului reglementată de Legea nr. 64/1995 rep. (în continuare Legea nr. 64/1995).

3.1. Legea nr. 64/1995 rep. se referă și la creditorii care dețin creanțe afectate de modalități, respectiv creanțele afectate de condiție și creanțele afectate de termen.

3.2. Atât creditorii titulari ai creanțelor afectate de condiție cât și creditorii titulari ai creanțelor afectate de termen vor fi notificați de către administrator/lichidator pentru a depune declarație de creanță în condițiile legii.

4. Înscrierea la masa credală a creanțelor afectate de modalități.

4.1. Potrivit dispozițiilor legale cuprinse în art. 78, alin.4 din Legea nr. 64/1995 rep., creanțele nescadente sau sub condiție la data deschiderii procedurii vor fi admise provizoriu la masa credală și vor fi îndreptățite să participe la distribuiri de sume în măsura îngăduită de această lege.

4.2. În tabelul preliminar sunt cuprinse atât creanțele afectate de condiție (indiferent de felul acesteia, deoarece textul nu distinge) cât și creanțele afectate de termenul suspensiv (deoarece legea vorbește de creanțele nescadente).

4.3. În măsura în care creanțele afectate de condiție și creanțele afectate de termen nu au fost contestate sau contestația a fost respinsă, aceste categorii de creanțe vor fi trecute în tabelul definitiv de creanțe.

4.4. Potrivit dispozițiilor legale din materia falimentului, se consideră sub condiție și creanțele rezultate din contractul de fidejusiune cu beneficiul de discuțiune (art. 78, alin.5).



4.5. Definiția condiției dată de art. 78, alin.4 din Legea nr. 64/1995 rep. nu este identică cu definiția dată de Codul civil, deoarece sfera de cuprindere a celei dintâi este mult mai mare (cuprinde și creanțele rezultate din contractul de fidejusiune).

5. Regimul juridic al solidarității în cadrul procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995 rep.

5.1. În conformitate cu art. 84 din Legea nr. 64/1995 rep., o creanță a unui creditor cu mai mulți debitori solidari va fi înscrisă în toate tabele de creanțe ale debitorilor cu valoarea nominală, până va fi complet acoperită.

5.2. În situația în care, înainte de înregistrarea unei declarații de creanță (cereri de admitere), creditorul a primit o plată parțială pentru creanța sa de la un codebitor sau de la un fidejutor al debitorului, atunci creanța se va înscrie în tabelul de creanțe numai pentru partea pe care nu a încasat-o încă (art. 85 din Legea nr. 64/1995 rep.).

6. Distribuirea sumelor obținute din valorificarea averii debitorului, în cazul creanțelor afectate de modalități.

În conformitate cu art. 126 din Legea nr. 64/1995 rep., cu ocazia distribuirilor parțiale următoarele sume vor fi consemnate:

(i) sume proporționale datorate creditorilor ale căror creanțe sunt supuse unei *condiții suspensive* care nu s-a realizat încă;

(ii) sume proporționale, datorate creanțelor *admise provizoriu* – respectiv sumele cuvenite creditorilor titulari ai unei creanțe afectate de termenul suspensiv (necadente) și creditorilor titulari ai unei creanțe care rezultă din contractul de fidejusiune cu beneficiul de discuțiune¹;

(iii) sume proporționale datorate proprietarilor de titluri la ordin sau la purtător și care au originalele titlurilor, dar nu le-au prezentat.

7. Efectele condiției în procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

7.1. Efectele condiției suspensive asupra creanțelor.

7.1.1. Efectele pendente conditione.

În materia analizată, creanțele afectate de condiție se vor înscrie provizoriu la masa credală și vor participa la distribuiri parțiale (trimestriale) dar sumele astfel distribuite vor fi consemnate și nu plătite efectiv.

7.1.2 Efectele eveniente conditione.

Dacă realizarea condiției se întâmplă până la data înregistrării raportului final al lichidatorului la tribunal, atunci creanțele vor participa la distribuirea finală a tuturor fondurilor din averea debitorului.

Dacă realizarea condiției se întâmplă după data înregistrării raportului final al lichidatorului la tribunal, atunci aceste creanțe nu vor putea participa la distribuirea finală a tuturor fondurilor obținute din averea debitorului, astfel cum prevede art. 128, alin. 3 din Legea nr. 64/1995 rep.

7.2. Efectele condiției rezolutorii asupra creanțelor.

7.2.1. Efectele pendente conditione.

În această ipoteză condiția rezolutorie nu își produce efectele, actul juridic comportându-se ca pur și simplu, însă se vor avea în vedere cerințele contractului sinalagmatic cu privire la modalitatea în care vor participa la distribuire.

7.2.2. Efectele eveniente conditione.

În materia analizată, dacă condiția rezolutorie se îndeplinește înainte de distribuirea finală, având în vedere că distribuiri parțiale sunt consemnate într-un cont la bancă, atunci creditorul titular al respectivei creanțe nu va mai primi nici un ban, deoarece retroactiv calitatea sa de creditor dispăre.

8. Efectele termenului în procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

8.1. Decăderea din beneficiul termenului.

În conformitate cu art. 382 din C.proc.civ., debitorul este decăzut din beneficiul termenului în următoarele cazuri:

- „dacă datornicul a fugit”
- „dacă datornicul risipește averea sa mobilă și imobilă”
- „dacă alți creditori execută alte hotărâri asupra averii sale”
- „dacă prin fapta sa el a micșorat asigurările date creditorului său, sau n-a dat asigurările promise ori încuviințate sau este în stare de insolvabilitate îndeobște cunoscută.”

În același sens trebuie menționate și clauzele de accelerare a plăților care prevăd că în ipoteza în care debitorul nu a plătit, creditorul poate să declare scadența anticipată a tuturor sumelor viitoare care ar trebui plătite.

8.2. Efectele termenului suspensiv.

Având în vedere că art. 128, alin. 3 din Legea nr. 64/1995 rep. face vorbire doar despre creanțele afectate de condiție iar termenul, ca modalitate a actului juridic, afectează doar executarea creanței iar nu și existența acesteia, considerăm că titularul unei astfel de creanțe va participa și la distribuirea finală a fondurilor obținute din averea debitorului.

8.3. Efectele termenului extinctiv.

Dacă până la momentul depunerii raportului final termenul extinctiv s-a împlinit, atunci debitorul are împotriva respectivului creditor o creanță care trebuie recuperată, deoarece împlinirea termenului extinctiv are ca efect stingerea creanței.

9. Termenul limită în care se validează creanțele admise provizoriu.

Potrivit art. 128 din Legea nr. 64/1995 rep., după ce bunurile din averea debitorului au fost lichidate, lichidatorul va supune spre aprobare judecătorului – sindic un raport final împreună cu un bilanț general.

Creanțele care la data înregistrării raportului final vor fi încă sub condiție suspensivă nu vor participa la vreo distribuire.

¹ Inclusiv creanțele contestate asupra cărora judecătorul-sindic nu s-a pronunțat încă, admise doar pentru a vota planul de reorganizare.



Aspecte controversate ale angajării răspunderii în baza art. 137 din Legea 64/1995 republicată



Jurist Miriana Mircov
Membră UNPRL filiala Timiș



Jurist drd.
Lavinia-Olivia Aspru

Companiile românești confruntate cu concurența pe piața internă și internațională, cu dificultăți majore provocate de schimbările impuse de tranziția la economia funcțională de piață ar trebui să manifeste un interes deosebit pentru gestionarea situațiilor de risc și a crizelor cauzate de disfuncționalitățile economice și consecințele lor subsecvente.

Este unanim recunoscut faptul că o serie de factori politici, administrativi, economici, sociali și tehnologici influențează modul în care societățile comerciale funcționează și își realizează obiectivele propuse. Analiza atentă a relației dintre mediul economic și afaceri ar trebui să constituie o prioritate pentru organele colective de conducere, care vor fi ținute să răspundă pentru eventualele prejudicii create¹.

Managerii societăților comerciale ar trebui să fie familiarizați cu toate elementele de risc care incumbă afacerii, pe care o conduc, pentru a putea anticipa, interveni și preveni din timp consecințele nefaste ale unei decizii eronate.

În practică, s-a constatat că managerii multor societăți comerciale nu au instrucția și educația minimă necesară conducerii unei afaceri, nu stăpânesc noțiunea de risc comercial, iar când riscul apare, gestionarea acestuia devine o problemă insurmontabilă.

Odată cu apariția situației de criză, adică a primelor semne că societatea va intra în insolvență comercială, managerii ar trebui să apeleze la specialiști care, oferindu-le consultanță, să încerce gestionarea crizei prin oferirea de soluții viabile, în sensul achitării datoriilor către creditori și continuarea activității economice a societății.

Din păcate, comerciantul român nu are mentalitatea necesară ca în momentul în care întâmpină primele dificultăți financiare să ceară ajutorul unui specialist.

Mai mult decât atât, în România, intrarea unei societăți în procedura prevăzută de Legea nr.64/1995 constituie un stigmat.

Din analiza dosarelor aflate pe rolul secției comerciale a Tribunalului Timiș, având ca obiect administrarea procedurilor prevăzute de Legea nr.64/1995, se poate trage concluzia fără echivoc că intervenția specialiștilor este tardivă, atunci când nimeni și nimic nu mai poate salva societatea, falimentul fiind unica soluție.

Aceasta constatare vine în contradicție cu art.32 și art. 141 alin.(1) din Legea nr.64/1995.

Art. 32 alin.(1) prevede că: „debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență”. Observăm dispoziția imperativă a legii, care condiționează depunerea cererii de declanșare a procedurii în termenul maxim de 30 de zile de la apariția stării de insolvență.

O primă problemă în enunțul alin.(1) din art.32 o reprezintă expresia generică „apariția stării de insolvență” întrucât la ea trebuie să se raporteze debitorul în calculul termenului în care este obligat să formuleze cererea de deschidere a procedurii.

Un al doilea aspect de avut în vedere este aprecierea stării de insolvență, lăsată la îndemâna comerciantului care în contextul mediului de afaceri din România a transformat într-o comportare uzuală neplata la scadență a obligațiilor comerciale².

Conținutul alin.(2) din art.32 introduce expresia „stare de insolvență iminentă” ca fiind o condiție pentru debitor de a introduce cerere de declanșare a procedurii. Dacă insolvența a fost definită la art.1 alin.(2) din Legea nr. 64/1995, „starea iminentă de insolvență” nu a fost definită, lăsând încă o dată la aprecierea comerciantului calificarea acestei situații.

Renunțând la ideea promovată de OG nr.38/2002 care instituia o răspundere patrimonială pentru introducerea tardivă de către debitorul cererii de declanșare a procedurii, legiuitorul a înțeles ca prin Legea 149/2004 să incrimineze această stare de pasivitate a debitorului, în art. 141 alin.(1) se incriminează, pentru prima dată după abrogarea dispozițiilor privitoare la faliment din Codul comercial, bancă simplă³.

Art. 141 alin.(1) vine să califice neintroducerea sau introducerea tardivă a cererii de deschidere a procedurii în termenul prevăzut la art.32 ca infracțiune de bancrută simplă, sancționată cu închisoare de la 3 la un an sau amendă.

În concluzie, acceptarea ca regulă nescrisă a comerțului „neplătirea la scadență a obligațiilor comerciale” face deosebit de dificilă stabilirea datei de referință pentru intrarea în stare de insolvență și totuși aplicarea sancțiunilor penale prevăzute de art.141 alin(1).

Dificultatea punerii în aplicare a acestor texte de lege are consecințe devastatoare asupra patrimoniului societății aflate în prag de insolvență atât asupra activului cât și asupra pasivului.

Acesta este momentul, când reprezentanții societăților recurg la o serie de operațiuni comerciale dolosive prin care încearcă să minimizeze riscului enorm la care expun societatea să obțină lichidități.

Rezultatul acestor manevre făcute în prag de insolvență este, în majoritatea cazurilor, creșterea datoriilor creditorilor și golirea activului societății.

În cazul acestor societăți, ajunse în procedura falimentului, creșterea nu vor putea fi acoperite cu banii rezultați din vânzarea patrimoniului spoliat al societății.

Legiuitorul, protejând creditorii împotriva faptelor ilicite săvârșite de reprezentanții societății, pune la dispoziția acestora acțiunea penală antrenarea răspunderii persoanelor vinovate de intrarea societății în insolvență.

Această acțiune dă posibilitatea creditorilor care nu și-au reabilitat creanța, să obțină sume de bani prin executarea silită a persoanelor care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvență comercială.

Angajarea oricărei forme de răspundere civilă în sarcina persoanelor presupune îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții: existența unui prejudiciu, o faptă ilicită, raportul de cauzalitate între faptă și vinovăție.

În cazul răspunderii angajate în baza art.137 din Legea nr.64/1995 republicată ne aflăm indiscutabil în fața unui prejudiciu patrimonial care este obligatoriu ca întreg prejudiciul să fie suportat de conducătorul societății. Tribunalul poate dispune ca o parte din pasivul societății să fie plătit de membrii organelor de conducere.

Tribunalul nu este îngrădit în puterea de a-i obliga pe conducătorii societății la plata întregului pasiv rămas neacoperit după lichidarea activului debitorului⁴. Această sumă reprezintă limita maximă a răspunderii, nefiind concepută angajarea răspunderii conducerii peste această sumă.

Cu privire la vinovăție, art. 137 alin(1) nu prevede în mod expres cerința culpei sau a greșelii. Această omisiune nu este întâmplătoare, vine să sublinieze regimul agravat al acestui tip de răspundere. Prin urmare, modul de formulare în textul legii al faptelor care atrag răspunderea persoanelor ce au contribuit la intrarea societății în insolvență este în funcție de posibilitatea absenței culpei.

Determinarea în practică a raportului de cauzalitate între faptele prevăzute la art.137 alin.(1) și intrarea debitorului în insolvență

întâmpină dificultăți. Din expresia utilizată în textul legal „au contribuit”, deducem că este suficient ca fapta săvârșită să constituie numai o condiție favorabilă pentru realizarea efectului. Deci aceste fapte nu trebuie să constituie cauze exclusive ale insolvenței ci să aibă o funcție contributivă, susceptibilă de a se conjuga cu alte împrejurări pentru a produce rezultatul insolvenței⁶.

În ce privește fapta ilicită, legea insolvenței comerciale la art.137 alin.(1) enumeră strict și limitativ cazurile în care se va putea antrena răspunderea persoanelor care au contribuit la ajungerea debitorului în stare de insolvență:

- a) au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane;
- b) au făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice;
- c) au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea în mod vădit persoana juridică la încetarea de plăți;
- d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea

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

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

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

Într-adevăr, când legiuitorul instituie o sancțiune pentru comiterea faptei ilicite, va prevedea o descriere în ansamblu a trăsăturilor generale prin care aceasta se va individualiza față de celelalte fapte ilicite.

În cazul în care conținutul concret al unei fapte ilicite nu poate fi cuprins într-un anumit conținut legal determinat de legiuitor atunci există două posibilități: există un alt conținut legal abstract care poate îngloba pe cel concret sau fapta ilicită nu există⁷.

Dacă analizăm conținutul abstract a faptelor ilicite prevăzute de art.137 alin.(1) observăm că termenii folosiți de legiuitor au un caracter general, ceea ce conferă posibilitatea ca mai multe conținuturi concrete să fie absorbite de cazurile limitativ prevăzute în Legea nr.64/1995.

Totuși, luând în considerare ingeniozitatea comercianților de recredință și diversificarea continuă a activităților economice, starea de insolvență a unei societăți poate fi cauzată și de alte fapte ilicite neprevăzute în art.137 alin.(1).

În practică, nu puțin sunt cazurile, când lichidatorul prin raportul de activitate sau judecătorul prin sentința de angajare a răspunderii, convingi de contribuția unor persoane la intrarea societății în insolvență, încadrează „forțat” anumite fapte concrete în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege la art.137 alin.(1). Apreciem că această soluție este morală, dar nu și legală.

În realizarea scopului legii insolvenței „plata creanțelor către creditori”, aceștia ar trebui să aibă posibilitatea să pretindă repararea prejudiciului produs, pentru orice faptă ilicită care a contribuit la realizarea stării de insolvență. În caz contrar, comercianții de recredință sunt încurajați să comită fapte ilicite neprevăzute în art.137 alin.(1), fapte comise sau omise pentru care nu li se poate angaja răspunderea personală.

Limitarea de către lege a faptelor ilicite în baza cărora creditorii pot formula cererea de antrenare a răspunderii, i-a determinat pe aceștia să găsească soluții ingenioase pentru a motiva această cerere.

În virtutea prejudiciului existent în patrimoniul creditorilor, în cazurile în care nu au fost incidente prevederile art.137, aceștia au solicitat angajarea răspunderii persoanelor vinovate de intrarea societății în insolvență comercială cu motivarea „management greșit”, „management defectuos” sau „eroare de management”. Mai mult, judecătorii-sindici, în motivarea sentințelor de angajare a răspunderii folosesc aceste sintagme.

Lipsa unor standarde legale de management în România, ar putea duce la concluzia că aceste sintagme sunt folosite în mod eronat.

Urmând conceptul juridic, că atunci când legea tace și în lipsa unor prevederi speciale se utilizează prevederile generale în materie, am procedat la studierea unei bibliografii de management⁸.

Concluzia este că pentru reținerea unei eventuale culpe legate de management în sarcina unei persoane este nevoie de o expertiză specială, care să urmărească elemente specifice de management. Această expertiză specială nu poate fi substituită cu clasică expertiză contabilă care se efectuează în mod obișnuit în procedura insolvenței.

O altă problemă pe care o ridicăm: nepredarea actelor prevăzute de art.33 din Legea nr.64/1995 constituie motiv de atragere a răspunderii organelor colective de conducere, conform art.137 alin.(1) lit. d ?

Art. 137 alin.(1) lit.d, prevede în mod expres 3 situații concrete în care se poate angaja răspunderea organelor colective:

- a fost ținută o contabilitate fictivă;
- au făcut să dispară unele documente contabile;

- nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea;

Administratorul judiciar/lichidatorul pentru a putea întocmi raportul privind cauzele și motivele care au dus la intrarea societății în stare de insolvență, în cadrul căruia trebuie să se pronunțe asupra persoanelor care se fac vinovate de această împrejurare, trebuie să analizeze documentele contabile ale societății debitoare.

De asemenea pentru a se putea pronunța asupra incidenței art. 137 alin.(1) lit.a-g, administratorul judiciar/lichidatorul trebuie să analizeze documentele contabile ale societății. În lipsa acestor documente nu se poate proba nici una din faptele expres și limitativ enumerate în art.137.

Legea nr.64/1995 prin art.33 alin.(1) enumeră actele pe care debitorul este obligat să le predea administratorului judiciar/lichidatorului, iar prin art.39 se reglementează situația când debitorul nu are aceste documente la deschiderea procedurii, fiind obligat a le depune în termen de 10 zile.

Aceste dispoziții legale urmează a fi coroborate cu prevederile art.145 din Legea nr. 64/1995 care incriminează refuzul debitorului de a pune la dispoziția judecătorului-sindic, administrator judiciar/lichidator, în condițiile prevăzute de art.39 a documentelor prevăzute de art.33 alin.(1) lit.a-f, faptă pedepsită cu închisoare de la 1 an la 3 ani sau cu amendă.

Înainte de intervenția Legii nr. 149/2004, nepredarea actelor de către reprezentanții debitorului era sancționată pecuniar cu 2 milioane lei/zi întârziere. Întrucât în practică s-a constatat că reprezentanții debitoarei aflate în insolvență refuză să predea actele prevăzute de art.33, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 149/2004 această faptă a fost calificată drept infracțiune. Deși intenția legiuitorului a fost aceea de a determina schimbarea atitudinii reprezentanților debitoarei aflate în insolvență, în practică s-a constatat că scopul propus nu a fost atins.

Din practica secției comerciale a Tribunalului Timiș observăm orientarea judecătorilor-sindici de a dispune antrenarea răspunderii reprezentanților debitoarei în baza art. 137 alin.(1) lit. d, când aceștia refuză să predea actele contabile ale societății. Aceeași soluție a fost adoptată și în situația în care nu au fost identificați reprezentanții societății, procedura de citare cu acești fiind făcută prin publicitate.

În opinia noastră, judecătorii-sindici au avut o atitudine constructivă în sensul asimilării faptei de nedepunere a actelor contabile cu prevederile art.137 alin.(1) lit. d „neținerea contabilității în conformitate cu legea”. Această soluție este indiscutabil morală, prin aceasta asigurându-se cadrul legal pentru creditori în vederea recuperării prejudiciului cauzat prin intrarea societății în insolvență comercială.

Apreciem că judecătorii-sindici, au asimilat fapta de „nepredare a actelor contabile” cu aceea expres prevăzută de art. 137 alin.(1) lit.d „neținerea contabilității în conformitate cu legea”, în dorința de a acoperi o lacună a textului de lege, fiind de neconceput că legiuitorul ar fi permis exonerarea de răspundere materială a reprezentanților societății care refuză să predea actele contabile.

Legalitatea soluției poate fi pusă sub semnul întrebării, întrucât „nedepunerea actelor contabile” nu este una din faptele expres și limitativ enumerate la art. 137 alin.(1) lit.d.

De cele mai multe ori, debitorul nu își îndeplinește obligația depunerii actelor contabile, astfel încât este practic, imposibil a se determina cauzele reale ale ajungerii societății în stare de insolvență. În această situație creditorii sunt în imposibilitate de a demonstra o legătură de cauzalitate între săvârșirea faptei și crearea stării de insolvență.

În ideea de a pune la îndemâna judecătorului-sindic un instrument legal prin care să poată dispune angajarea răspunderii organelor colective de conducere pentru nepredarea actelor contabile ale societății, propunem incriminarea expresă a acestei fapte în cadrul art. 137 alin.(1).

Nepredarea actelor contabile către administrator judiciar/lichidator are consecințe asupra întregii proceduri de insolvență, administratorul judiciar/lichidatorul fiind obstrucționat în realizarea cu celeritate a mandatului cu care a fost investit de către instanță.

Consecința acestor fapte este tergiversarea în mod nepermis a procedurilor de administrare a insolvenței, motiv pentru care considerăm că se impune adoptarea unei proceduri simplificate.

Prin această modificare esențială a legii vor fi scoase de pe rolul instanței cu celeritate procedurile care se referă la firmele „fantomă” în care nu pot fi identificați reprezentanții societății, nu se mai desfășoară activitate comercială la sediul înregistrat la Oficiul Registrului Comerțului și nu au fost predate actele contabile ale societății, etc.

APLICAȚIE PRACTICĂ

Prin încheierea nr.95/PI/18.01.2000 pronunțată în dosarul 6768/COM/1999 Tribunalul Timiș a admis cererea formulată de creditorul Banca I. Țiriac, și a dispus declanșarea procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995 față de debitorul SC R. SRL, formându-se ulterior dosarul 5/S/2000 al Tribunalului Timiș.

În tabloul definitiv al creanțelor lichidatorul a respins creanța creditorului Bankcoop.

În perioada de administrare a procedurii nici un creditor nu a contestat tabloul definitiv de creanțe întocmit de către lichidator și nu a solicitat angajarea răspunderii personale a administratorului DMA.

Procedura de citare a administratorului DMA s-a făcut prin citare și publicitate în ziar.

Lichidatorul precizează în rapoartele sale de activitate că contabilitatea a fost corect condusă iar starea de insolvență a societății R a fost generată de creșterea imprevizibilă a dobânzilor la creditele contractate în vederea efectuării unei investiții și costul ridicat al operațiunilor premergătoare efectuării investiției care au depășit cu mult pe cele previzionate.

Prin încheierea 19/S/27.02.2003 pronunțată în dosarul 5/S/2000 a Tribunalului Timiș judecătorul-sindic dispune închiderea procedurii fără a se pronunța asupra angajării răspunderii.

După închiderea procedurii în data de 11.04.2003 creditorul Bankcoop depune obiecțiuni la planul de distribuție al lichidatorului din raportul final, solicitând și angajarea răspunderii personale a administratorului DMA.

Prin sentința 2970/PI/11.09.2003 pronunțată în dosarul 4544/COM/S/2003 a Tribunalului Timiș, judecătorul-sindic respinge obiecțiunile cu motivația că în termenul legal creditorul nu a formulat obiecțiuni la tabloul creanțelor și nici la încheierea prin care s-a dispus închiderea procedurii.

Creditorul Bankcoop formulează recurs împotriva sentinței 2970/PI/11.09.2003 motivând că judecătorul-sindic nu s-a pronunțat în legătură cu capătul de cerere privind angajarea răspunderii personale a administratorului DMA. În motivarea cererii de recurs creditoarea arată că din rapoartele de activitate ale lichidatorului se poate desprinde concluzia că încetarea de plăți se datorează unei erori de decizie manageriale. Creditoarea mai arată că administratorul unei societăți comerciale are obligațiile mandatarului față de societate - mandat al afacerii - ori în dreptul comercial, mandatarul răspunde de îndeplinirea mandatului său și pentru culpa levissima, orice eroare de decizie managerială fiindu-i imputabilă, fiind aplicabile condițiile art.124 (actual 137) aliniat (1) litera c din Legea nr 64/1995.

Curtea de Apel Timișoara prin Decizia civilă 1272/R/08.12.2003 pronunțată în dosarul 8154/COM/2003 admite recursul, casează în totalitate sentința 2970/PI/11.09.2003 trimițând cauza spre rejudecare aceluiași judecător-sindic cu motivarea că acesta nu s-a pronunțat în legătură cu angajarea răspunderii personale a administratorului DMA. De asemenea Curtea de Apel constată că nu a fost îndeplinită procedura de citare a administratorului DMA în perioada administrării procedurii falimentului.

Cauza se reînregistrează la Tribunalul Timiș sub nr. 1258/COM/S/2004 iar prin sentința civilă nr.1680/PI/10.06.2004 instanța admite în parte obiecțiunile formulate de către creditoarea Bankcoop în sensul că respinge capătul de cerere cu privire la includerea creditoarei în planul de distribuție și admite capătul de cerere cu privire la angajarea răspunderii personale a administratorului DMA în baza art.124 (actual 137).

Analizând considerentele avute în vedere de către instanța de judecată în pronunțarea unei astfel de soluții reținem următoarele:

- în ceea ce privește obiecțiunile la planul de distribuție al lichidatorului instanța reține că în cadrul administrării procedurii falimentului în termenul legal, creditorul nu a formulat obiecțiuni la această propunere a lichidatorului, în consecință consideră că aceste obiecțiuni sunt neîntemeiate ele urmând a fi respinse.

- în ceea ce privește cererea de angajare a răspunderii personale a administratorului DMA instanța constată că, cauza ce a dus la intrarea societății în incapacitate de plată a fost o eroare de decizie managerială a administratorului care din dorința de a efectua o investiție imobiliară importantă a angajat credite bancare. Creșterea dobânzilor în sectorul bancar, inflația precum și costul ridicat al operațiunilor premergătoare efectuării investiției ce au depășit cu mult calculele previzionate ale administratorului au dus societatea în situația de a nu mai putea rambursa creditele societății generând insolvența și ulterior oprirea activității.

- Instanța reține că mandatarul răspunde de îndeplinirea mandatului sau orice eroare de decizie managerială este imputabilă administratorului.

- Instanța mai are în vedere lipsa de interes și pasivitatea administratorului concretizată prin neintroducerea cererii de deschidere a procedurii prevăzută de Legea nr.64/1995, situație ce constituie în raport cu dispozițiile art.127 ind.1 (actual 141 alin.(1)) infracțiunea de bancrută simplă.

Creditoarea Bankcoop recurează sentința civilă nr.1680/PI/10.06.2004 formându-se dosarul 8549/COM/2004 a Curții de Apel Timișoara care în baza art.302¹ Cod Pr. Civ. respinge recursul, astfel că sentința 1680/PI/2004 prin care s-a dispus angajarea răspunderii personale a administratorului DMA devine irevocabilă.

Cu privire la speța mai sus expusă apreciem că instanța în mod greșit a dispus angajarea răspunderii administratorului DMA pe următoarele considerente:

1. Având în vedere că lichidatorul prin tabloul definitiv a respins creanța Bankcoop, iar instanța reține că creditoarea nu a formulat obiecțiuni la tabloul definitiv al creanțelor, ci doar la planul de distribuție, ne întrebăm care este calitatea procesuală a Bankcoop în cererea de angajare a răspunderii.

Apreciem că instanța, în baza rolului activ, trebuia să pună în discuție excepția lipsei calității procesuale active a petentei Bankcoop, determinată de faptul că acesteia nu i-a fost recunoscut un drept subiectiv (de creanță) prin respingerea declarației de creanță de către lichidatorul judiciar, neexistând identitate între persoana titulară a dreptului subiectiv și cea care solicită în instanță apărarea dreptului său.

Neavând calitate procesuală activă, petenta nu putea formula obiecțiuni la raportul final al lichidatorului, nu putea solicita angajarea răspunderii personale a administratorului DMA, întrucât aceste drepturi sunt acordate în baza Legii nr.64/1995 doar persoanelor expres enumerate în art.139.

2. Calificarea faptelor săvârșite de administratorul societății debitoare ca „eroare de decizie managerială” în lipsa unei expertize de specialitate și în condițiile în care în România nu exista standarde de management.

3. Inexistența unei fapte ilicite prevăzute expres și limitativ la art.137 alin.(1), în baza căreia se putea angaja în mod legal răspunderea personală a administratorului.

4. Lipsa de interes și pasivitatea administratorului prin neintroducerea cererii de angajare a răspunderii, situație apreciată de instanță ca fiind infracțiune de bancrută simplă nu poate constitui un motiv de angajare a răspunderii personale pentru următoarele considerente:

- art. 137 alin.(1) nu prevede ca motiv de angajare a răspunderii personale pasivitatea și lipsa de interes în depunerea cererii de deschidere a procedurii;

- în cauză nu există probe din care să rezulte împrejurarea că administratorul DMA se face vinovat de comiterea infracțiunii de bancrută simplă;

- în cauză nu s-a stabilit cu exactitate data până la care administratorul debitoare trebuia să depună cererea de declanșare a procedurii;

5. Cu toate că la dosarul de administrare a procedurii falimentului existau dovezile de îndeplinire a procedurii de citare cu administratorul DMA, Curtea de Apel în mod greșit reține ca motiv de casare neîndeplinirea procedurii de citare

6. Instanța dispune angajarea răspunderii în baza art. 124 (actual 137) fără a indica pentru care anume faptă a luat această decizie, împrejurare care susține opinia noastră că s-a încercat o calificare generică pentru fapte care nu puteau fi încadrate în cazurile limitativ prevăzute de textul de lege.

Concluzii

Din punctul de vedere moral, creditorii, în baza prejudiciul existent, erau îndreptățiți să obțină o sentință de angajare a răspunderii personale a administratorului, singura modalitate prin care creditorii își mai pot recupera creanțele.

Din punct de vedere legal observăm că problema principală în speța mai sus analizată este lipsa posibilității de încadrare a faptelor săvârșite de administrator într-unul din cazurile expres și limitativ prevăzute de art.137 alin.(1).

NOTE

¹ M.Regester, J.Larkin – *Managementul crizelor și a situațiilor de risc*, Editura Comunicare.ro, București, 2003, p. 138

² R. Bufan – *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 96

³ V. Pașca – *Bancrută frauduloasă*, Editura Lumina Lex, București, 2005, p. 77

⁴ I.Turcu – *Falimentul. Actuala procedura*, Editura Lumina Lex, București, 2005, p.475

⁵ J.P.Gastaud – *Le comblement de l'insuffisance d'actif social*, Les petites affiches nr.83/1992

⁶ I.Turcu – *op.cit.*, p. 478

⁷ I.M.Lajos – *Răspunderea organelor de conducere ale unei societăți comerciale*, Revista Phoenix nr.6/2003, p. 29

⁸ G.G.Ionescu, E.Cazan, A.Neruga – *Management organizațional*, Editura Tribuna Economică, 2001; O. Nicolescu, I. Verboncu – *Management*, Editura Tribuna Economică, 1997; H.D.Pitariu – *Management, evaluarea performanțelor profesionale*, Editura AllBeck, 2001



Gestiunea frauduloasă și delapidarea săvârșite de administratorul judiciar sau de lichidator



Prof. univ. dr. Viorel Pașca

1. UN DERAPAJ CONSTITUȚIONAL SAU O INOVAȚIE CONSTITUȚIONALĂ

Este indiscutabil că pe lângă alte cauze care fac să treneze procedurile judiciare ale falimentului, o cauză o constituie și dese ezitări, reveniri și modificări ale legiuitorului, în această materie.

Dintre aceste modificări, cea adusă prin Legea nr. 82/2003¹ de aprobare a Ordonanței Guvernului nr. 38/2002², ne reține atenția nu numai pentru că extinde în materia procedurilor de reorganizare judiciară și a falimentului, răspunderea penală a administratorului judiciar sau a lichidatorului pentru infracțiunile de gestiune frauduloasă și delapidare, ci și pentru soluția aleasă de legiuitor de a "hibrida" o lege ordinară cu o lege organică, în contradicție cu prevederile Constituției, după care legile pot fi constituționale, organice și ordinare.

Domeniul rezervat legilor organice este precis și limitativ determinat în cuprinsul art. 73 din Constituție, între aceste domenii neregăsindu-se procedura reorganizării judiciare și a falimentului. Pentru motivul amintit și Legea nr. 64/1995 este o lege ordinară.

Legea nr. 82/2003 de aprobare a Ordonanței Guvernului nr. 38/2002 este însă o lege organică deși ordonanța aprobată nu este o ordonanță de urgență care să reglementeze în domeniul legilor organice, însă pe lângă modificările aduse în cuprinsul Legii nr. 64/1995 la art. 17, 20 și 59 se introduce un capitol nou denumit "Infracțiuni și pedepse" (Cap IV¹) și legiferând în domeniul penal, legea nu putea fi decât organică potrivit art. 73 din Constituție.

În continuare modificarea Legii nr. 64/1995 se face tot printr-o lege organică, Legea nr. 149/2004³, care la rândul ei aduce modificări unor prevederi din cuprinsul Legii 64/1995 care nu avea caracter de lege organică (ex. Cap. II "Participanții la procedura reorganizării judiciare", Titlul II, Secțiunea 3; "Adunarea generală a membrilor sau asociaților/acționarilor. Reprezentantul membrilor sau asociaților/acționarilor" etc.) dar aduce modificări și Cap. IV¹ "Infracțiuni și pedepse prin incriminarea bancrutei simple, a refuzului debitorului de a pune la dispoziție lichidatorului documentele necesare și prin extinderea incriminărilor bancrutei frauduloase și la conducătorii organizațiilor cooperatiste, societățile agricole și grupurilor de interes economic, precum și la comercianții persoane fizice."

Legea nr. 64/1995 a devenit astfel nu numai o lege nepenală care conține dispoziții penale⁴, dar și o creație legislativă hibridă care în cadrul normelor nepenale privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului cuprinde dispoziții introduse sau modificate prin legi organice.

O asemenea combinație eterogenă de dispoziții cuprinse în legea ordinară cu dispoziții cuprinse în legea organică este generatoare de confuzii și creează riscul de neconstituționalitate a unor modificări ulterioare ale legii sau chiar în ce privește abrogarea ei pentru că toate acestea nu se pot dispune decât printr-o lege organică, or în cazul modificărilor aduse unor prevederi din cuprinsul legii trebuie văzut mai întâi dacă acestea au fost introduse prin legile organice amintite sau sunt prevederi ale legii ordinare originare.

Considerăm că și o asemenea creație hibridă a legiuitorului nu este indicată nu numai din punct de vedere al sistematizării normelor juridice, ci și din punctul de vedere al aplicării practice a legii.

2. GESTIUNEA FRAUDULOASĂ ȘI DELAPIDAREA BUNURILOR MASEI FALIMENTULUI

Prin Legea 82/2003 în cadrul Cap. IV¹ "Infracțiuni și pedepse" dispozițiile cuprinse în art. 127³ și 127⁴ prin care incriminările privitoare la "gestiunea frauduloasă și delapidarea" s-au extins și în materia administrării sau gestionării bunurilor masei falimentului.

Din capul locului ținem și subliniem că o asemenea reglementare nu era necesară deoarece oricum dispozițiile corelative cuprinse în Codul penal acopereau și acest domeniu.

Crearea unor variante normative ale aceluiași infracțiuni duce la un concurs inutil de texte contribuind la "poluarea juridică" prin supranormativism, fapt ce conferă sistemului juridic un caracter redundant, îngreunând aplicarea normelor juridice.

Dimpotrivă noua reglementare este generatoare de confuzii și creează un regim procedural diferit de variantele cuprinse în Codul penal, fapt care deasemenea nu se justifică.

Tehnica de legiferare folosită de legiuitor în cazul celor două infracțiuni este diferită.

Astfel dacă infracțiunea de gestiune frauduloasă este reglementată în cuprinsul art. 127² din Legea nr. 64/1995 printr-o normă de referire, infracțiunea de delapidare este reglementată în cuprinsul art. 127³ printr-o normă unitară, constituind o variantă normativă de sine stătătoare a infracțiunii de delapidare cuprinsă în Codul penal.

Norma de referire este o normă juridică incompletă, caracterizată de faptul că împrumută elementele normei juridice la care face referire de așa manieră încât abrogarea acesteia din urmă are ca efect și abrogarea noimei de referire⁵.

Astfel potrivit art. 127² din Legea nr. 64/1995 "Infracțiunea de gestiune frauduloasă prevăzută de art. 214 alin. 1 din Codul penal se pedepsește cu închisoare de la 3 la 8 ani atunci când este săvârșită de administratorul ori lichidatorul averii debitorului precum și de orice reprezentant sau prepus al acestuia.

Infracțiunea de gestiune frauduloasă prevăzută de art. 214 alin 2 din Codul penal se pedepsește cu închisoarea de la 5 la 12 ani atunci când este săvârșită de administratorul ori lichidatorul averii debitorului, precum și de orice reprezentant ori prepus al acestuia, dacă fapta nu constituie o infracțiune mai gravă".

După cum se observă în afara regimului sancționator agravat și a calității subiectului activ al infracțiunii, gestiunea frauduloasă incriminată prin prevederile art. 127 din Legea nr. 64/1995, modificată, are același conținut cu infracțiunea incriminată prin prevederile art. 214 C. pen. în cuprinsul căreia sunt descrise acțiunile sau inacțiunile care constituie latura obiectivă a infracțiunii și forma de vinovăție cu care se comite infracțiunea. Abrogarea prevederilor art. 214 C. pen. ar duce în mod automat la abrogarea art. 127² din Legea nr. 64/1995, modificată.

În cazul delapidării incriminate prin prevederile art. 127³ din Legea nr. 64/1995 legiuitorul folosește tehnica noimei unitare.

Astfel: "Însușirea, folosirea sau traficul de către administratorul ori lichidatorul averii debitorului, precum și de către orice reprezentant sau prepus al acestuia, de bani, valori ori alte bunuri pe care le gestionează constituie infracțiunea de delapidare și se pedepsește cu închisoare de la 1 an la 15 ani și interzicerea unor drepturi

În cazul în care delapidarea a avut consecințe deosebit de grave, pedeapsa este închisoare de la 10 ani la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Tentativa infracțiunilor prevăzute în alin. 1 și 2 se pedepsește".

Se observă că această normă de incriminare cuprinde toate elementele constitutive ale infracțiunii fără a mai face trimitere la prevederile codului penal referitoare la delapidare.

Vom prezenta doar elementele care particularizează aceste variante normative ale infracțiunilor de delapidare și gestiune frauduloasă de variantele tip incriminate în Codul penal.

Obiectul juridic generic al infracțiunilor de gestiune frauduloasă și delapidare îl constituie relațiile sociale privind protecția patrimoniului persoanei, iar obiectul juridic specific îl constituie relațiile sociale privind administrarea cu bună credință a patrimoniului unei persoane, la care se adaugă în cazul delapidării exercitarea de bună credință a relațiilor de serviciu privind gestionarea bunurilor. Specific variantelor normative ale infracțiunilor de gestiune frauduloasă prevăzută de Legea nr. 64/1995 este faptul că aceste relații

sociale patrimoniale se instituie în cadrul procedurilor de reorganizare judiciară sau faliment reglementate de această lege, situația premiază a acestor infracțiuni fiind deschiderea procedurii reorganizării judiciare sau a falimentului și numirea de către judecătorul sindic a administratorului sau a lichidatorului.

Ca obiect juridic adiacent al acestor infracțiuni apar relațiile sociale privind corecta desfășurare a procedurilor sociale de Legea nr. 64/1995.

Obiectul material al infracțiunilor de gestiune frauduloasă și delapidare prevăzută de Legea nr. 64/1995 este identic cu cel al variantelor normative prevăzute de Codul penal.

Astfel dacă în cazul infracțiunii de gestiune frauduloasă obiectul material îl constituie bunurile mobile și imobile, corporale sau incorporeale, fungibile sau nefungibile aflate în averea debitorului la momentul preluării în administrare de către administrator sau lichidator, în cazul delapidării obiectul material îl pot constitui doar banii, alte valori sau bunuri mobile pe care le gestionează administratorul, lichidatorul sau orice reprezentant sau prepus al acestora.

În ce privește subiectul pasiv al infracțiunii de gestiune frauduloasă și delapidare distincția este ușor de făcut între variantele normative prevăzute de Codul penal și variante normative prevăzute de legea nr. 64/1995.

În cazul variantelor normative prevăzute de Codul penal subiect pasiv poate fi orice persoană fizică sau juridică al cărei patrimoniu sau parte din acesta este administrat sau gestionat de făptuitor, pe când în cazul variantelor normative prevăzute de Legea nr. 64/1995 subiect pasiv nu poate fi decât comerciantul insolvent (astfel cum această noțiune este definită de art. 1 din Legea nr. 64/1995 modificată) a cărei avere este administrată de către administratorul judiciar sau lichidator. Drept urmare calitatea de parte vătămată și implicit dreptul de a se constitui parte civilă o are societatea comercială, societatea agricolă, organizația cooperatistă, grupul de interese economice sau persoana fizică aflate în stare de insolvență și a căror avere este administrată de administratorul sau lichidatorul numit de judecătorul-sindic.

Subiecți pasivi secundari sunt și creditorii comerciantului insolvent al căror drept de gaj general este diminuat prin fapta păgubitoare a administratorului, ori lichidatorului sau a reprezentanților ori prepușilor acestora, astfel că reprezentantul membrilor sau asociaților/acționarilor poate solicita tragerea acestora la răspundere penală în cazul săvârșirii unor asemenea fapte dăunătoare și înlocuirea lor.

Postul administrator sau lichidator ori reprezentanții sau prepușii lor nu vor fi obligați însă la plata către creditorii comerciantului insolvent ci la despăgubirea în natură sau prin echivalent a comerciantului păgubit. Situația este puțin diferită în măsura în care procedurile prevăzute de Legea nr. 64/1995 sunt declanșate față de comerciantul persoană fizică și acesta apelează pentru reorganizarea judiciară iar judecătorul sindic nu-i ridică dreptul de administrare.

Comerciantul persoană fizică răspunde cu întreaga sa avere mobilă sau imobilă. El nu are o gestiune și ca atare nu poate fi subiect al infracțiunii de delapidare. El are însă administrarea întregii sale averi și în această calitate poate fi subiect activ al infracțiunii de gestiune frauduloasă dacă acționează cu rea credință pentru a-și diminua averea în dauna creditorilor.

În acest caz părți vătămate nu pot fi decât creditorii comerciantului insolvent.

Ca și în cazul variantelor normative incriminate în Codul penal subiectul activ al acestor infracțiuni trebuie să aibă calitatea de administrator sau gestionar cu deosebirea că în cazul infracțiunilor prevăzute de Legea 64/1995 dreptul de administrare decurge din numirea de către judecătorul sindic a acestuia în calitate de administrator sau lichidator. În cazul delapidării incriminate în Codul penal administratorul sau gestionarul au și calitatea de funcționar. În înțelesul legii penale și reprezentantul sau prepusul administratorului sau lichidatorului persoană juridică au calitatea de funcționar potrivit art. 147 al.2 C. pen.

Administratorul este subiect activ al acestor infracțiuni dacă săvârșește faptele incriminate în cursul procedurii de reorganizare.

Administratorul poate fi o persoană fizică sau juridică desemnată de judecătorul sindic în condițiile art. 34 din Legea nr. 64/1995 sau de adunarea creditorilor în condițiile art. 17 din Legea nr. 64/1995.

Desigur, administratorul persoană juridică nu poate fi subiect activ al acestor infracțiuni, motiv pentru care legiuitorul în cuprinsul art. 127² și art. 127³ din Legea 64/1995 prevede că subiect activ al acestor infracțiuni poate fi și orice reprezentant sau prepus al acestuia.

Reprezentant al administratorului persoană juridică poate fi un membru al organelor de conducere (consiliu de administrație, comitet de direcție) însărcinat cu atribuții privind administrarea averii debitorului sau o altă persoană mandatată să reprezinte persoana juridică sau fizică ce a fost numită administrator sau lichidator în condițiile Legii nr. 64/1995.

Prepus al administratorului sau al lichidatorului este orice angajat al acesteia pe bază de contract de muncă sau de prestări servicii cărora i se încredințează atribuții de administrare sau gestionare a comerciantului insolvent.

Ar fi fost util ca în aceste cazuri legiuitorul să fi instituit și răspunderea penală a persoanei juridice numite administrator sau lichidator, pentru a răspunde alături de reprezentantul sau prepusul său, urmând ca instanța să interzică persoanei juridice desfășurarea unor activități de administrare sau lichidare judiciară conform Legii nr. 64/1995.

Deoarece atât în cazul gestiunii frauduloase prevăzute de art. 127² cât și în cazul delapidării prevăzute de art. 127³ din Legea nr. 64/1995 subiectul activ este același, ar putea exista confuzii în aplicarea acestor dispoziții mai ales atunci

când atribuțiile acestora se referă la administrarea unor bunuri, motiv pentru care se impun unele precizări.

Delapidarea comisă de gestionar nu poate fi confundată cu gestiune frauduloasă, activitatea de gestiune frauduloasă fiind specifică doar delapidării și se execută de reprezentantul sau împuternicitul administratorului sau lichidatorului care are atribuții de a gestiona anumite bunuri mobile ale creditorului insolvent. Prin gestionare se înțelege, conform Legii nr. 22/1996, activitatea de primire, păstrare, depozitare și eliberare a unor bani sau altele asemenea bunuri sau valori care au fost preluate și se eliberează pe bază de acte de gestiune (note de recepție, avize de expediție, chitanțe de încasare sau plăți în numerar etc.).

În cazul în care făptuitorul are atribuții de administrare a averii creditorului insolvent distincția dintre gestiune frauduloasă și delapidare se face pe lângă criteriul obiectului material (o masă de bunuri mobile și imobile în cazul gestiunii frauduloase; bani, alte valori sau bunuri mobile în cazul delapidării) prin activitățile care caracterizează latura obiectivă a celor două infracțiuni.

În cazul gestiunii frauduloase latura obiectivă a infracțiunii se poate realiza prin orice activitate, acțiune sau inacțiune, care săvârșită fiind cu rea credință cauzează o pagubă averii administrate. Infracțiunea se poate comite și prin neluarea cu rea credință a măsurilor de conservare a bunurilor administrate.

În cazul delapidării săvârșirea infracțiunii este condiționată de o conduită întotdeauna activă, executată prin însușirea, folosirea sau traficarea unor bunuri din averea administrată.

Însușirea bunului constă în scoaterea lui din averea creditorului insolvent, trecerea lui în proprietatea administratorului sau a altei persoane. Folosirea presupune întrebuințarea temporară a bunului în interes exclusiv și personal al administratorului sau a altei persoane diminuând valoarea economică a bunului prin folosirea lui. Folosirea bunului nu are legătură cu exercitarea atribuțiilor de administrare, fiind în folosul exclusiv al administratorului sau a altei persoane.

Traficarea se realizează prin folosirea temporară a unor bunuri în scopul speculativ pentru a obține pentru sine sau pentru altul un folos material. Poate asemenea activități depunerea unor sume de bani rezultate din lichidare într-un depozit bancar deschis pe numele administratorului și însușirea dobânzilor, investirea lor temporară în activități de cârmă, activități bursiere etc. urmată de reîntregirea masei falimentului cu valorile traficate, mai puțin folosul obținut de însușit de administrator.

Ambele infracțiuni sunt comise în formă agravată dacă au avut consecințe deosebit de grave așa cum acestea definite de art. 146 C. pen.: o pagubă mare de 2 miliarde sau o perturbare deosebit de gravă cauzată unei autorități publice ori altei persoane juridice sau fizice.

Regimul sancționator al gestiunii frauduloase prevăzută de art. 127² din Legea nr. 64/1995 este agravat față de regimul sancționator al variantelor normative prevăzute de Codul penal în timp ce în cazul delapidării regimul sancționator este identic, ceea ce ni se pare o inconsecvență a legiuitorului.

Dacă agravarea regimului sancționator al gestiunii frauduloase prevăzute de Legea nr. 64/1995 se justifică prin calitatea de administrator sau lichidator nu în cadrul unei proceduri jurisdicționale, aceleași rațiuni se impuneau a fi avute în vedere și în cazul delapidării prevăzute de art. 127³ din Legea nr. 64/1995.

În fine mai este de remarcat faptul că în cazul infracțiunilor de gestiune frauduloasă și delapidare prevăzute de art. 127² și 127³ din Legea nr. 64/1995 judecata în primă instanță se face de tribunal în procedură de urgență. Rațiuni care au justificat un asemenea regim procedural derogator țin de celeritatea cu care ar trebui desfășurată procedura falimentului (art. 5 alin. 2 din Legea nr. 64/1995) deziderat nerealizat din păcate până astăzi de instanțele noastre. În aceste condiții nu credem că se justifică un regim procedural dihotomic pentru variantele normative ale aceleiași infracțiuni putând fi pusă în discuție în egalitatea de tratament juridic prevăzută constituțional. Toți sunt egali în fața legii?

Considerăm că exercitarea unor acțiuni penale pentru infracțiunile amintite nu poate justifica suspendarea procedurilor prevăzute de Legea nr. 64/1995. Oricum administratorul sau lichidatorul ar trebui înlocuit încă din momentul în care s-a formulat plângerea penală sau denunțul împotriva lor în legătură cu săvârșirea acestor fapte.

Credem că prin explicațiile pe care am încercat să le aducem aplicarea acestor texte din Legea nr. 64/1995 și implicit scopul urmărit de legiuitor sunt ușurate iar pentru practicienii în reorganizare și lichidare judiciară sunt de un ajutor. E doar o speranță.

NOTE

¹ Publicată în M. Of. nr. 194/26.03.2003

² Publicată în M. Of. nr. 194/26.03.2003

³ Publicată în M. Of. nr. 424/12.05.2004

⁴ Asupra acestei clasificări: M. Basarab - Drept penal. Parte generală vol. I, Ediția a II-a, Ed. Lumina Lex 2001, p.27;

⁵ C. Mitrache; Cr. Mitrache - Drept penal român. Parte Generală; Ed. șansa 2002, pg.

Competența de soluționare a cererilor având ca obiect deschiderea procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995



Marcela Comșa
Judecător-sindic – Tribunalul Brașov

CONDIȚII GENERALE ȘI REGLEMENTARE

Competența este definită ca fiind aptitudinea recunoscută de lege unei instanțe sau unui alt organ de jurisdicție de a judeca o anumită pricină¹.

Norme de competență se clasifică în norme de competență generală și norme de competență jurisdicțională. Delimitarea se face prin raportare la organe din sisteme diferite sau la organe din același sistem. Competența jurisdicțională se clasifică, la rândul ei în competență materială și competență teritorială. Delimitarea se face în primul caz între instanțe judecătorești de grad diferit; iar în cel de-al doilea caz între instanțe de același grad.

Competența poate fi absolută sau relativă în funcție de caracterul normei care o reglementează, normă imperativă sau normă dispozitivă.

Reglementarea competenței de soluționare a cererilor privind deschiderea procedurii prevăzute de Legea 64/1995 republicată² se regăsește în capitolul I secțiunea 1 din lege: "Instanțele judecătorești".

Conform art. 6 "toate procedurile prevăzute de prezenta lege, cu excepția recursului prevăzut în art. 8, sunt de competența exclusivă a tribunalului în a cărui rază teritorială se află sediul debitorului astfel cum figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole, și sunt exercitate de un judecător-sindic desemnat de președintele tribunalului în condițiile art. 9".

Aceste dispoziții sunt în concordanță cu prevederile art. 2 pct. 1 lit. a și art. 16 din Codul de procedură civilă. Astfel se arată că tribunalul judecă în primă instanță procesele și cererile în materie comercială al căror obiect este neevaluabil în bani; iar cererile în materia reorganizării judiciare și a falimentului sunt de competența exclusivă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul principal al debitorului.

COMPETENȚA GENERALĂ A INSTANTELOR JUDECĂTOREȘTI

Art. 126 din Constituția României prevede că:

(1) "Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege.

(2) Competența instanțelor judecătorești și procedura de judecată sunt prevăzute numai prin lege."

Totuși aceasta nu înseamnă ca autoritatea judecătorească are monopolul funcției de a judeca, unele cauze fiind încredințate prin lege specială altor jurisdicții³.

Potrivit art. 2 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară "competența organelor judiciare și procedura judiciară sunt stabilite de lege." În speță, competența este stabilită prin Codul de procedură civilă și Legea 64/1995 care este lege specială.

În cazul cererilor de deschidere a procedurii de reorganizare judiciară și a falimentului, competența aparține doar instanțelor judecătorești.

Problema competenței exclusive a instanțelor judecătorești s-a ivit într-un litigiu înregistrat pe rolul Tribunalului Brașov când debitorul SC D SRL a solicitat ca judecătorul-sindic să se declare incompetent să soluționeze cererea de deschidere a procedurii prevăzute de Legea 64/1995 motivat de faptul că în contractul părților era inserată o clauză (convenție) arbitrală⁴. La dosar s-a depus și un contract. La art.30 din acesta se arată că "toate litigiile ivite între părți vor fi soluționate de Tribunalul Arbitral organizat pe lângă Camera de Comerț și Industrie Brașov". Deci prin clauza compromisorie părțile au convenit ca litigiile ce se vor naște din contractul în care această clauză este inserată să fie soluționate pe calea arbitrajului. Deoarece creanța creditorului reclamant decurgea din acest contract (preț neplătit la termen), părțile debitoare D, societate comercială a invocat excepția de incompetență a instanțelor judecătorești în soluționarea cererii deduse judecătii.

Deliberând cu privire la această excepție, judecătorul-sindic a reținut următoarele:

Este adevărat că încheierea unei convenții arbitrale exclude competența instanțelor judecătorești pentru litigiul care face obiectul ei, dar trebuie să fie analizată situația prin prisma tuturor normelor legale incidente în speță.

În art.340 din Codul de procedură civilă se arată că "persoanele care au capacitatea deplină de exercițiu al drepturilor pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile patrimoniale dintre ele, în afara de acelea care privesc drepturi asupra cărora legea nu permite a se face tranzație". Deci pe calea arbitrajului se pot soluționa doar litigiile patrimoniale între părți – acțiuni în pretenții cu privire la care legea permite să se facă tranzație. Obiectul litigiilor ce pot fi supuse arbitrajului este limitat de lege la litigiile patrimoniale dintre părți. Dar și categoria litigiilor patrimoniale este restrânsă prin excluderea acelor litigii care poartă asupra unor "drepturi asupra

cărora legea nu permite a se face tranzație". Tranzația nu este admisibilă în materia drepturilor de care părțile, deci rațiuni de protecție a unor categorii de persoane sau de ordine publică, nu pot dispune. O dispoziție expresă în acest sens este cuprinsă în art. 1706 Cod civil. Potrivit acestui text, tranzație pot face numai aceia care pot dispune de obiectul cuprins în ea.

Obiectul cererii din dosar este deschiderea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului debitorului D.

Procedura prevăzută de Legea 64/1995 este o procedură colectivă, unică și consensuală pentru toți creditorii. Această procedură specială este prioritară față de procedura de drept comun reglementată de Codul de procedură civilă.

Scopul procedurii este conform art.2 din Legea 64/1995 republicată acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment.

Art.36 din Legea 64/1995 republicată stabilește condițiile introducerii cererii de declanșare a procedurii de către creditor: o creanță certă, lichidă și exigibilă și starea de insolvență a debitorului.

Din cele arătate rezultă că litigiul dintre părți nu poartă asupra unor drepturi tranzaționabile.

Nu s-a formulat o acțiune în pretenții având ca temei contractul părților, ci în speță s-a solicitat declanșarea procedurii prevăzute de Legea 64/1995 împotriva debitorului.

Pentru aceste considerente instanța a respins excepția invocată de debitoare și a reținut cauza spre competența soluționare.

După deschiderea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului în baza art.38 alin. (7) din Legea 64/1995 republicată (debitorul nu a contestat că ar fi în stare de insolvență) s-a constatat că debitorul SC D SRL mai avea șapte creditori chirografari și datorii către bugetul de stat. S-a dedus că invocarea excepției nu era decât un mod de tergiversare a judecării cauzei.

În concluzie, rolul preponderent în această procedură revine autorității judiciare. El se realizează de către instanțele judecătorești prin judecătorul-sindic (un judecător anume desemnat dintre judecătorii tribunalului) și Curtea de Apel. În complete specializate acestea intervin pentru ocrotirea intereselor generale, respectarea legalității, dar și pentru soluționarea conflictelor de interese ale debitorilor și creditorilor.

Specificul acestei proceduri, dar și importanța ei determină stabilirea unor reguli stricte de competență care derogă de la cele de drept comun.

Am redat dispozițiile art.6 din Legea 64/1995 republicată. Din acest text rezultă competența materială (ratione materiae) și competența teritorială (ratione personae vel loci) a instanței judecătorești chemate să aplice această procedură.

COMPETENȚA MATERIALĂ

Competența materială presupune o delimitare între instanțele de grad diferit⁵. Atât sub aspect funcțional, cât și sub aspect procesual normele de competență materială sunt stabilite prin Codul de procedură civilă, Legea de organizare judecătorească și legi speciale. Competența materială este reglementată de norme imperative, deci are un caracter absolut.

Potrivit art.6 din Legea 64/1995 republicată competența materială de primă instanță privind aplicarea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului aparține tribunalului.

Prin derogare de la prevederile de drept comun din Codul de procedură civilă, tribunalul este competent să aplice procedura reorganizării judiciare și a falimentului indiferent de valoarea creanțelor creditorilor (respectând plafonul minim prevăzut de art.36)

Competența de primă instanță aparține de fapt judecătorului-sindic desemnat de președintele tribunalului în condițiile art.9 din lege. Desemnarea și înlocuirea judecătorului-sindic sunt prerogative exclusive ale președintelui tribunalului (art.9 și 13 din Legea 64/1995).

Dacă în prima variantă a Legii 64/1995 judecătorul-sindic⁶ avea în special atribuții de gestionare a averii debitorului și atribuții jurisdicționale de importanță scăzută, iar rolul principal în judecarea conflictelor de interese dintre creditori și debitori reveneau tribunalului, în prezent judecătorului-sindic îi revine competența exclusivă de soluționare a tuturor procedurilor prevăzute de lege în dosarul în care a fost desemnat.

Curtea de Apel este instanța de recurs pentru hotărârile date de judecătorul-sindic în baza art.11 din lege (vezi art.8 alin.1 din Legea 64/1995 republicată).

Prin cererea înregistrată sub dosar nr.732/2004, la Judecătoria R. reclamanta SC B SA a solicitat în contradictoriu cu SC F SRL ca prin hotărâre judecătorească să fie obligată părțile la plata sumei de 153.000.000 lei reprezentând contravaloare marfă livrată și penalități de întârziere și să se dispună deschiderea procedurii falimentului împotriva acesteia deoarece refuza să-și

achite datoriile. În drept se invoca dispozițiile art.969 Cod civil și Legea 64/1995. Prin întâmpinare pârâta a invocat excepția de necompetență materială a Judecătoriei R.

Instanța a arătat că obiectul principal al cererii este obligarea la plata unei sume de bani în cuantum de până la 1 miliard lei și a respins excepția reținând cauza spre soluționare în baza art.158 alin. (2) raportat la art. 1 și 2 pct.1 lit.a din Codul de procedură civilă. Prin sentința civilă nr.273/2004 s-a admis în parte cererea reclamantei SC B SA, a fost obligată pârâta SC F SRL să-i plătească reclamantei suma de 102.000.000 lei reprezentând contravaloare marfă și s-au respins restul pretențiilor reclamantei și cererea de deschidere a procedurii reorganizării judiciare și a falimentului.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs reclamanta criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie. Recursul a fost admis în baza art.304 pct.3 din Codul de procedură civilă. S-a admis excepția de necompetență materială a Judecătoriei, s-a casat sentința recurată și s-a trimis cauza spre competență soluționare Tribunalului Brașov (în județul Brașov era sediul pârâtei debitoare).

S-a reținut că nu se pot încălca normele de competență imperative. Într-adevăr cererea principală era o acțiune în pretenții sub 1 miliard lei de competență de primă instanță a Judecătoriei, iar potrivit art.17 Cod de procedură civilă "cererile accesorii și incidentale sunt în căderea instanței să judece cererea principală", dar conform legii speciale Legea 64/1995 republicată (art.6) "toate procedurile prevăzute de această lege, cu excepția recursului sunt de competență exclusivă a tribunalului în a cărei rază teritorială se află sediul debitorului, competență cu caracter absolut.

Judecarea împreună a celor două cereri principală și accesorie este posibilă doar dacă nu se încălcă norme imperative în materie de competență⁷. Nu se permite nesocotirea competenței materiale. În speță chiar dacă cererea de deschidere a procedurii era considerată o cerere accesorie celei în pretenții, ea nu putea fi soluționată de o instanță de alt grad de jurisdicție.

COMPETENȚA TERITORIALĂ

Între instanțe de același grad există o nouă delimitare⁸. Competența teritorială (ratione personae vel loci) poate fi de drept comun, alternativă (facultativă) și exclusivă (excepțională) după cum cererea se introduce la instanța de drept comun din punct de vedere teritorial, sau reclamantul are alegerea între două sau mai multe instanțe deopotrivă competente sau cererea trebuie introdusă la o anumită instanță. Codul de procedură civilă reglementează competența teritorială prin norme cu caracter dispozitiv în pricina privitoare la bunuri, cu excepția cazurilor prevăzute de art.13-16 Cod de procedură civilă când au caracter imperativ.

Potrivit art.19 din Codul de procedură civilă "părțile pot conveni, prin înscris sau prin declarație verbală în fața instanței ca pricinile privitoare la bunuri să fie judecate de alte instanțe decât acelea care, potrivit legii au competența teritorială, afară de cazurile prevăzute de art.13,14,15 și 16". Rezultă că în cazurile prevăzute de art.13-16 Codul de procedură civilă competența teritorială are un caracter absolut, părțile nu au posibilitatea să stabilească o altă instanță decât cea prevăzută expres de lege.

Art.16 Cod de procedură civilă, stabilește în concordanță cu prevederile art.6 din Legea 64/1995 republicată că cererile în materia reorganizării judiciare și a falimentului sunt de competență exclusivă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul principal al debitorului.

Conform art.6 din Legea 64/1995 republicată "Toate procedurile prevăzute de prezenta lege, cu excepția recursului prevăzut la art. 8, sunt de competență exclusivă a tribunalului în a cărei rază teritorială se află sediul debitorului, astfel cum figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole, și sunt exercitate de un judecător-sindic desemnat de președintele tribunalului în condițiile art. 9."

Pentru stabilirea tribunalului competent teritorial se va avea în vedere sediul debitorului comerciant înscris în registrul comerțului, iar pentru societățile agricole sediul înscris în registrul societăților agricole. Raportarea se face la momentul înregistrării cererii de chemare în judecată cu obiect deschiderea procedurii. Schimbarea ulterioară a sediului nu modifică competența instanței (judecătorului-sindic) deja investită cu soluționarea cererii de deschidere a procedurii.

Creditoarea SC MI SA a solicitat deschiderea procedurii prevăzute de Legea 64/1995 împotriva debitoare SC CY SRL. Cererea a fost înregistrată la Tribunalul București. Prin sentința civilă 1704/31.10.2003 Tribunalul București a admis excepția de necompetență teritorială invocată din oficiu și a declinat competența de soluționare a cererii în favoarea Tribunalului Brașov. În motivarea hotărârii se arată că debitoarea și-a schimbat sediul social în Brașov, conform încheierii judecătorului delegat la Registrul Comerțului București.

Tribunalul Brașov prin sentința civilă 152/22.03.2004 a declinat competența de soluționare în favoarea Tribunalului București și constatând existența conflictului negativ de competență a dispus înaintarea dosarului Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru soluționare. În motivarea soluției s-au arătat următoarele: "La termenul din data de 22.03.2004 Tribunalul Brașov a invocat din oficiu și a pus în discuția părților excepția necompetenței sale teritoriale."

Judecând cu prioritate această excepție absolută și dintr-o parte ce face de prisos judecarea în tot a pricinii conform art.137 alin.1 Cod procedură civilă raportat la prevederile art.128 din Legea 64/1995, judecătorul-sindic a constatat următoarele:

Debitorul SC CY SRL nu figurează ca înregistrat în Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul Brașov, ea figurează în continuare în Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul București.

Se menționează că "starea firmei este de schimbare a sediului social în alt județ".

Sediul societății este un atribut al acesteia menit să situeze societatea în spațiu, în cadrul raporturilor juridice la care participă. Potrivit art.7 și 8 din Legea 31/1990 asociații sunt obligați să arate sediul societății în contractul de societate. SC CY SRL s-a înființat în 1991 cu sediul în București, unde a fost înregistrată la Registrul Comerțului. Prin încheierea judecătorului delegat din data de 03.12.2002 s-a admis cererea de înscriere mențiuni nr.297953 având ca obiect schimbarea sediului social al SC CY SRL în județul Brașov. Pe relațiile de la ORC București se face mențiunea că de la Brașov nu era comunicată reînmatricularea societății SC CY SRL în Registrul Comerțului conform art.60 din Normele Metodologice nr.608-773/1998 privind modul de ținere a registrelor comerțului și de efectuare a înregistrărilor.

În scopul protejării terților, actul modificator al actului constitutiv trebuie înregistrat și publicat în condițiile legii. Deși a depus la Oficiul Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul București cerere de efectuare a mențiunii privind schimbarea sediului, administratorul SC CY

SRL nu s-a prezentat la ORC Brașov pentru înregistrarea societății și pentru a prezenta dovada de sediu.

Debitorul figurează în continuare în Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul București.

Conform art. 6 din Legea 64/1995 republicată și modificată "toate procedurile prevăzute în prezenta lege, cu excepția recursului prevăzut la art.7 sunt de competență exclusivă a tribunalului în jurisdicția căruia se afla sediul debitorului, care figurează în registrul comerțului".

Aceeași prevedere se regăsește și în art. 16 din Codul de procedură civilă: Cererile în materia reorganizării judiciare și a falimentului sunt de competență exclusivă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul principal al debitorului.

Sediul debitoare SC CY SRL nu figurează în Registrul Comerțului Brașov, societatea continuă să fie înregistrată la ORC de pe lângă Tribunalul București.

Pentru motivele arătate instanța în temeiul art.137 alin.1 Cod de procedură civilă raportat la dispozițiile art.158 alin.1 și la cele ale art.159 pct.3, art.16 Cod de procedură civilă (văzând și dispozițiile art.128 din Legea 64/1995 republicată) și la prevederile imperative ale art.6 din Legea 64/1995 republicată și modificată a admis excepția de necompetență teritorială a Tribunalului Brașov și a declinat competența de soluționare a cererii prezente în favoarea Tribunalului București.

Având în vedere că Tribunalul București și Tribunalul Brașov s-au declarat necompetente să judece prezenta pricină, instanța în temeiul art.20 și 21 din Codul de procedură civilă (raportat la dispozițiile art.128 din Legea 64/1995) a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție în vederea soluționării conflictului negativ de competență ivit între cele două instanțe."

Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că, competența de soluționare a cauzei revine Tribunalului București.

S-au reținut dispozițiile art.6 din Legea 64/1995 și art.60 alin.2 din Normele Metodologice nr.733/1998 și faptul că debitorul nu avea sediul înregistrat la Registrul Comerțului Brașov cum rezulta din relațiile depuse la dosar.

Conform art. 60 alin.2 din Normele Metodologice P/608-773- norme metodologice privind modul de ținere a registrelor comerțului și de efectuare a înregistrărilor emise de Camera de Comerț și Industrie a României și de Ministerul Justiției "schimbarea sediului firmei în alt județ se face după cum urmează:

a) la oficiul registrului comerțului de la sediul inițial se înscrie mențiunea și se eliberează copii, certificate de acest oficiu, de pe toate actele și autorizațiile aflate la dosar, reținându-se certificatul de înmatriculare în original;

b) la oficiul registrului comerțului de la noul sediu inițial se efectuează reînmatricularea pe baza cererii de înscriere de mențiuni și a copiilor certificate. Comerciantului i se eliberează un nou certificat de înmatriculare pe care se face mențiunea "eliberat prin schimbare de sediu", indicându-se numărul înmatriculării anterioare;

c) în registrul comerțului de la sediul inițial, operarea radierii se face din oficiu, la data la care s-a efectuat reînmatricularea la oficiul registrului comerțului de la sediul nou, în baza confirmării transmise de acest ultim oficiu;

d) dovada privind deținerea, cu titlu legal, a spațiului aferent sediului social se face numai la oficiul registrului comerțului de la sediul nou."

Registrul Comerțului București trebuia să opereze radierea doar la data la care s-a efectuat reînmatricularea la ORC Brașov în urma confirmării trimise de acest oficiu.

SC CY SRL nu a depus la ORC Brașov o cerere de înscriere de mențiuni împreună cu copiile certificate la București, deci nu a fost înmatriculată la Brașov, schimbarea sediului firmei nu s-a operat.

Frecvent se întocmesc acte adiționale la contractul de societate cu mutarea sediului chiar și după deschiderea procedurii în scopul tergiversării acesteia. De asemenea numeroase sunt și contractele de cesiune părți sociale, urmate de schimbarea sediului social. Judecătorul-sindic a constatat nulitatea absolută a contractelor de cesiune încheiate după deschiderea procedurii.

Astfel prin sentința civilă 331/sind/31.05.2005 s-a admis cererea administratorului judiciar și s-a constatat nulitatea contractului de cesiune încheiat de părți în data de 10.06.2003 și autentificat la BNP; s-a dispus menționarea hotărârii la ORC cu consecința revenirii la situația anterioară.

Pentru pronunțarea acestei hotărâri judecătorul-sindic a reținut următoarele:

Prin sentința civilă nr.26/sind/03.02.2003 pronunțată în dosar nr.3406/2002 de Tribunalul Brașov s-a respins contestația formulată de debitoare și s-a dispus deschiderea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului debitoare SC RK SRL Brașov. S-a numit administrator judiciar și s-a dispus notificarea deschiderii procedurii. Debitorul a formulat recurs împotriva acestei sentințe care însă a fost anulată ca insuficient timbrată (Decizia 433/20.05.2003 a Curții de Apel Brașov).

În data de 10.06.2003 se încheie contractul de cesiune de părți sociale deținute de H. I. la debitorul SC RK SRL Brașov către M.F.C. și B.B. Contractul s-a încheiat în București și a fost autentificat sub nr.1767/10.06.2003 la BNP Dr. MM.

În data de 23.06.2003 părțile au solicitat eliberarea unor duplicate de pe contract.

În data de 03.11.2003 s-a ridicat dreptul de administrare al debitoare și în momentul comunicării acestei hotărâri spre menționare la ORC Brașov s-a aflat de încheierea contractului de cesiune.

Conform art.38 din Legea 64/1995 republicată și modificată prin OG38/2002 (lege aplicabilă la momentul deschiderii procedurii SC RK SRL): "după ce s-a dispus deschiderea procedurii potrivit art. 31, este interzis administratorilor societății comerciale sub sancțiunea nulității, să înstrăineze, fără acordul judecătorului-sindic, acțiunile sau părțile sociale, deținute la debitorul care face obiectul acestei proceduri".

Părțile H.I. a cesionat părțile lui sociale deținute la SC RK SRL părților M.F.C. și B.B. după deschiderea procedurii (03.02.2003) și anularea recursului declarat (20.05.2003) fără acordul judecătorului-sindic. Contractul s-a încheiat la București imediat după anularea recursului cu intenția clară de a "ascunde" acest act. Părțile, deși legal citați nu s-au prezentat în instanță."

O altă problemă care s-a pus în practică este cea în care contractul părților invocă ca temei al obligațiilor s-a încheiat în altă localitate în care debitorul are o sucursală, agenție, punct de lucru etc., iar sediul principal este în altă parte, în alt județ. Creditorii au depus cereri de deschidere a



proceduri reorganizării judiciare și a falimentului la aceste tribunale invocând dispozițiile art. 10 pct. 1.4 din Codul de procedură civilă. În mod constant s-a invocat excepția de neкомпетенță teritorială care a fost admisă cu motivarea că în această situație nu sunt incidente prevederile art. 10 pct. 1.4 din Codul de procedură civilă, privind competența alternativă. Nu este obligatoriu ca sediul să coincidă cu locul desfășurării activității. Sediul desemnează locul unde se află administrația societății.

Competența teritorială în cererile privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului este exclusivă – tribunalul în a cărui rază teritorială se află sediul principal al debitorului.

Deși la Registrul Comerțului sau în registrul societăților agricole se înscrie un singur sediu, restul locurilor de desfășurare a activității fiind trecute ca puncte de lucru, asociații pot hotărî și înființarea de "sedii secundare" – sucursale, agenții, reprezentanțe sau alte asemenea unități fără personalitate juridică.

Sediul societății⁹ este un atribut de identificare a acesteia menit să situeze societatea în spațiu, în cadrul raporturilor juridice la care participă. Pentru a-l distinge mai bine de domiciliul asociaților, sediul societății mai este numit și sediu social.

În cazul societăților comerciale Legea 31/1990¹⁰ obligă asociații să arate sediul societății în contractul de societate. (art. 7-8).

În general se consideră că sediul societății trebuie să fie acolo unde este centrul de conducere al societății, unde activează organele de deliberare și administrare ale societății. Acest loc are avantajul stabilității față de locul desfășurării activității care poate fi multiplicat ori schimbat în funcție de conjunctură.

Sediul societății poate fi schimbat numai prin modificarea actelor constitutive în condițiile legii. (art. 204 din Legea 31/1990 republicată în cazul societăților comerciale și Legea 36/1991 privind societățile agricole).

Am arătat care este importanța acestui sediu pentru stabilirea competenței teritoriale. Putem specifica că de fapt competența teritorială de primă instanță aparține judecătorului-sindic desemnat de președintele tribunalului în jurisdicția căruia se află sediul debitorului.

Curtea de Apel în complete specializate este instanța de recurs pentru hotărârile judecătorului-sindic conform art. 8 din Legea 64/1995 republicată.

JUDECĂTORUL-SINDIC

Conform art. 9 din Legea 64/1995 republicată, "Judecătorul-sindic este nominalizat, în fiecare caz, de președintele tribunalului, dintre judecătorii desemnați ca judecători-sindici, în temeiul art. 12 alin. 3 din Legea nr. 92/1992 pentru organizarea judecătorească, republicată, cu modificările ulterioare."

Art. 12 alin. 3 din Legea 92/1992 pentru organizarea judecătorească a fost abrogat prin Legea 304/2004 privind organizarea judiciară, publicată în Monitorul Oficial al României partea I nr. 576 din 29 iunie 2004. Nominalizarea judecătorilor cu alte atribuții decât cele privind activitatea de judecată, deci inclusiv a judecătorilor-sindici este reglementată în prezent de art. 50 din Legea 304/2004. În orice stadiu al procedurii prin încheiere motivată, tribunalul poate înlocui un judecător-sindic cu altul (art. 13 din lege). Prin "tribunalul" se înțelege tot președintele instanței care va dispune înlocuirea cu un alt judecător din cei desemnați la începutul anului prin încheiere motivată, dată în Camera de Consiliu. Aceasta încheiere nu poate fi atacată cu recurs.

Art. 6 din Legea 64/1995 atribuie "plenitudinea și exclusivitatea competenței judecătorului-sindic".¹¹

Principalele atribuții ale judecătorului-sindic sunt reglementate de art. 11 din Legea 64/1995 republicată: "(1) Principalele atribuții ale judecătorului-sindic, în cadrul prezentei legi, sunt:

- a) darea hotărârii de deschidere a procedurii;
- b) judecarea contestației debitorului împotriva cererii introductive a creditorilor pentru începerea procedurii;
- c) desemnarea, prin hotărâre, a administratorului sau a lichidatorului, stabilirea atribuțiilor acestora, controlul asupra activității lor și, dacă este cazul, înlocuirea lor;
- d) judecarea cererilor de a se ridica debitorului dreptul de a-și mai conduce activitatea;
- e) judecarea acțiunilor introduse de administrator sau de lichidator pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, anterioare deschiderii procedurii;
- f) judecarea contestațiilor debitorului ori ale creditorilor împotriva măsurilor luate de administrator sau de lichidator;
- g) confirmarea planului de reorganizare sau, după caz, de lichidare, după votarea lui de către creditorii;
- h) hotărârea de a se continua activitatea debitorului, în caz de reorganizare;
- i) soluționarea obiecțiilor la rapoartele trimestriale și la cel final al administratorului sau ale lichidatorului;
- j) autentificarea actelor juridice încheiate de lichidator, pentru a căror validitate este necesară forma autentică;
- k) darea hotărârii de închidere a procedurii.

(2) Dacă examinarea chestiunilor supuse deliberării în ședințele de judecată prezidate de judecătorul-sindic nu se poate finaliza într-o singură zi, deliberarea va continua de drept în prima zi lucrătoare următoare, fără o nouă înștiințare, procedându-se astfel în continuare până la rezolvarea tuturor chestiunilor.

Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești (Hotărârea 159/24 septembrie 2004 a Consiliului Superior al Magistraturii, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 881 din 27 sept. 2004) prevede în art. 33 care sunt atribuțiile judecătorului-sindic:

- Art. 33 Judecătorii-sindici au în principal următoarele atribuții:
- a) pronunță hotărârile de deschidere ale procedurii;
- b) judecă contestația debitorului împotriva cererii introductive a creditorilor pentru începerea procedurii;
- c) desemnează prin hotărâre administratorul judiciar și lichidatorul judiciar și stabilește atribuțiile acestora;
- d) controlează activitatea administratorului judiciar și lichidatorului judiciar, iar dacă este cazul, dispun înlocuirea lor;
- e) judecă cererile prin care se solicită debitorului ridicarea dreptului de a-și mai conduce activitatea;

f) judecă acțiunile introduse de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, anterioare deschiderii procedurii;

g) judecă contestațiile debitorului ori ale creditorilor împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar;

h) confirmă planul de reorganizare sau, după caz, de lichidare, după votarea lui de către creditorii;

i) hotărâse asupra continuării activității debitorului, în caz de reorganizare;

j) soluționează obiecțiile la rapoartele trimestriale și la cel final al administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar;

k) autentifică actele juridice încheiate de lichidatorul judiciar, pentru a căror validitate este necesară forma autentică;

l) dau hotărâri de închidere a procedurii;

m) desemnează prin încheiere persoane de specialitate și stabilește retribuirea acestora;

n) organizează întâlniri periodice cu lichidatorii judiciari și administratorii judiciari desemnați în cauzele repartizate.

Se preiau dispozițiile art. 11 ale legii speciale și se completează.

Atribuția privind organizarea întâlnirilor periodice cu lichidatorii și administratorii judiciari desemnați în cauzele repartizate este cel mai greu de adus la îndeplinire datorită suspiciunilor care planează asupra judecătorului-sindic atât din partea conducerii instanțelor, cât și din partea părților și mass-media.

În prezent se repartizează cauzele aleatorii și judecătorilor-sindici desemnați în temeiul art. 50 din Legea nr. 304/2004 la începutul anului, nominalizarea în fiecare caz de către președintele tribunalului fiind mai mult o formalitate.

Hotărârile judecătorului-sindic sunt definitive și executorii.

Curtea de apel "în completuri specializate" este instanța de recurs pentru hotărârile date de judecătorul-sindic în baza art. 11 din lege (art. 8 din Legea nr. 64/1995 republicată).

Hotărârile care pot fi suspendate în instanța de recurs sunt limitativ prevăzute de art. 8 alin. (5): "Prevederile alin. (4) nu se aplică în cazul judecării recursului împotriva următoarelor hotărâri ale judecătorului-sindic:

- a) hotărârea de respingere a contestației debitorului, făcută în temeiul art. 38 alin. (5);
- b) hotărârea prin care se decide intrarea în faliment, pronunțată în condițiile art. 106;
- c) hotărârea de soluționare a contestației la planul de distribuire a fondurilor obținute din lichidare și din încasarea de creanțe, făcută în temeiul art. 121."

Regula este că acestea nu pot fi suspendate.

CONCLUZII

Competența, în materia deschiderii procedurii reorganizării judiciare și a falimentului prevăzută de Legea nr. 64/1995 republicată, aparține instanțelor judecătorești.

Judecătorul-sindic și curtea de apel sunt competente material să aplice procedura.

Competența teritorială de primă instanță aparține judecătorului-sindic din cadrul tribunalului în jurisdicția căruia se află sediul debitorului, desemnat de președintele acestei instituții.

Normele de competență în această materie sunt imperative, nu se poate deroga prin voința părților de la acestea.

În prezentul material am analizat doar competența de soluționare a cererilor de deschidere a procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995 dar, prin enumerarea atribuțiilor judecătorului-sindic din legea specială și Regulament am anticipat partea a doua a lucrării referitoare la competența de soluționare a cererilor formulate în cadrul procedurii de reorganizare judiciară și de faliment. Cu siguranță aceasta va fi mult mai interesantă și va comporta mai multe discuții date fiind și problemele controversate în această materie.

NOTE

¹ Gabriel Boroi - Codul de procedură civilă - Comentat și adnotat vol I, Ed. All Beck, 2001, fila 3
VM Ciobanu - Tratat teoretic și practic de procedura civilă, vol I, Ed. National București, 1996, fila 371
Ioan Les - Tratat de drept procesual civil, ed. All Beck, București 2001, fila 165

² Legea nr. 64/1995 a fost republicată în temeiul dispozițiilor art. VIII, alin 1 din Legea 149/2004 pentru modific. și completarea Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului precum și a altor acte normative cu incidență asupra acestei proceduri dându-se textelor o nouă numerotare în Monitorul Oficial al României nr. 1066/17.11.2004

³ Gabriel Boroi - op cit. filele 7-8

Ioan Les - op cit fila 166

⁴ VM Ciobanu - op cit vol II, filele 595-601

Ioan Les - op cit. filele 675-704

⁵ Gabriel Boroi - op cit fila 28

VM Ciobanu - op cit, fila 401

Ioan Les - op cit, fila 179-190

⁶ Ion Turcu - Falimentul - Noua Procedura, Tratat, Editura Lumina Lex, București 2003. filele 213-217

⁷ Gabriel Boroi - op cit fila 37

⁸ Gabriel Boroi - op cit fila 46-54

VM Ciobanu - op cit, fila 422-431

Ioan Les - op cit, fila 196-206

⁹ Stanciu D Cărpănu - Drept comercial român, Ed. All Beck, București 1998, filele 191-192

¹⁰ Legea 31/1990 republicată în temeiul art. XII din titlul II al cărții a II-a din legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției dându-se textelor o nouă numerotare în Monitorul Oficial al României nr. 1066/17.11.2004

¹¹ Ion Turcu - op cit, fila 215

AUTORITATEA JUDECĂTORULUI-SINDIC ASUPRA PRACTICIANULUI ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI



Prof. univ. dr. Ion Turcu

(1) Considerații introductive

Este necontestat principiul de bază al relației judecătorului-sindic cu practicianul : permanentă colaborare, bazată pe încredere[1].

Acceptăm premisa conform căreia Corpul, deși numără doar cinci ani, este deja suficient de matur pentru a impune măsurile necesare consolidării încrederii în această profesie. Cu secole în urmă, Corneille enunța adevărul confirmat și astăzi "Aux âmes bien-nées, la valeur n'attend point le nombre des années." De altfel, nici profesia de judecător-sindic nu este cu mult mai avansată ca vârstă.

Capacitatea de autoreglare a Corpului experților în insolvență se verifică și prin exigența propriilor consilii de disciplină.

Credem că ar fi inacceptabilă examinarea raporturilor între judecătorul-sindic și practicianul în insolvență numai prin prisma autorității de responsabilizare. Acest aspect este accidental și nu uzual.

Practica demonstrează că, în majoritatea covârșitoare a cazurilor, relația judecătorului-sindic cu practicianul este de corectă colaborare, bazată nu numai pe încredere, ci și pe ambele forme de respect: respectul reciproc și respectul deplin față de lege al fiecăruia.

La baza întregii colaborări nu poate sta decât principialitatea fără compromisuri și legalitatea fără excepții.

Misiunea lor comună este departe de a fi ușoară, nu numai pentru că profesiile se conturează cu fiecare zi ce trece, nu numai pentru că ambii se confruntă cu instabilitatea legislativă, una dintre dominantele tranziției, ci și pentru că, după numeroase și ample reforme, textul legii este tot deficitar și contradictoriu. Această realitate autohtonă conferă noi sensuri avertismentului autorilor americani White și Nimmer: "Prea adesea, novicele crede că legea este totul; veteranul știe că legea nu reprezintă nimic, starea de fapt este totul." Transpusă în realitatea noastră, concluzia poate fi descifrată și astfel: **o lege imperfectă poate fi corect interpretată și aplicată, dacă triumfă spiritul ei.**

În linia întâia a frontului contra insolvenței stau alături judecătorul-sindic și practicianul, iar legea este singura lor călăuză. Ei înfruntă, în egală măsură, ostilitatea celor care au contribuit la producerea insolvenței, de cele mai multe ori prin mijloace ilicite și în scopul îmbogățirii personale, pe seama prejudiciilor intereselor creditorilor. Această colaborare și egală expunere la risc, nu presupune și nu justifică renunțarea la ierarhia legală, tot așa cum camaraderia de arme nu înseamnă că soldatul execută servirea mesei la popota generalului.

(2) Solitudinea judecătorului-sindic

Obligat să aplice o lege lacunară și contradictorie, judecătorul-sindic formează completul de judecată cu propria-i solitudine, și dacă vrea să se consulte, constată că nu are cu cine. Consecința este o inadmisibilă diversitate de practică.

Informatizarea instanțelor și mai ales a celor nou-înființate, se realizează cu viteză balcanică tradițională, și amână, nu se știe până când, momentul în care Justiția va fi transparentă și previzibilă, pentru a nu mai oferi pretextul celorlalte puteri în stat, de a atribui Justiției rolul de oaie neagră, mereu vinovată de eșecurile pentru care, în realitate, vinovăția aparține unor politicieni incapabili să se detașeze de propriile interese și să-și asume eșecurile.

În solitudinea sa, judecătorul-sindic este, deseori, gelos pe independența sa. Este neinspirată ideea de a încerca sugestionarea lui într-un caz concret, dar, de cele mai multe ori, el acceptă o confruntare colegială la nivel de principii.

Oricât de mult ar deranja orgoliul altora, ne menținem convingerea că fișa postului de judecător-sindic este cea mai complexă din toată profesia, dar aceasta exclude rutina, și face munca mai interesantă, chiar dacă nu este just recompensată.

(3) Autoritatea judecătorului-sindic în desemnarea și în stabilirea remunerației practicianului. Dilemele desemnării

Aparența pe care o generează prima lectură a legii este aceea că desemnarea practicianului aparține adunării creditorilor sau este, în ultimă instanță, de competența acesteia. La o analiză aprofundată, concluzia finală este că tot judecătorul-sindic poate avea ultimul cuvânt și îl are cu certitudine, atunci când colaborează la acest rezultat cu practicianul.

Scenariul este următorul.

Prin hotărârea de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic este obligat să desemneze un administrator (art. 41) și presupunem că va opta pentru cea mai adecvată desemnare. În acest moment, încă nu există adunarea creditorilor, singurul creditor cunoscut, în cele mai frecvente cazuri, fiind cel care a investit instanța. Totodată, în acest moment, nu pot fi luate în considerare preferințele individuale ale creditorilor pentru că nici un text din Legea nr. 64/1995 nu atribuie unuia sau altuia dintre creditorii competența de a propune judecătorului-sindic desemnarea unui anumit practician, nici la deschiderea procedurii, nici ulterior. Fără îndoială că desemnarea practicianului nu trebuie să fie aleatorie, dar trebuie să fie competitivă și transparentă. În acest scop, publicitatea cu privire la dosarele nou-înregistrate și cele în care s-a deschis procedura și s-a desemnat practicianul, trebuie să-și găsească o reglementare legală.

Acela care va convoca adunarea creditorilor în prima sesiune va fi practicianul desemnat, dar el nu va putea efectua această procedură înainte de a se fi definitivat tabelul creanțelor (art. 88). Înainte de acest moment nu este posibilă nici convocarea adunării creditorilor în condițiile art. 14 alin. (2) pentru că nu se cunoaște cu precizie valoarea totală a creanțelor.

Presupunând că, în condițiile reglementate de art. 23, adunarea creditorilor desemnează un alt

practician decât cel nominalizat de judecătorul-sindic, există posibilitatea ca creditorii minoritari nemulțumiți să conteste hotărârea adunării și în această situație judecătorul-sindic va desemna administratorul propus de creditorii majoritari, sau va desemna administratorul propus de minoritari, sau va menține administratorul desemnat prin hotărârea de deschidere a procedurii (art. 23 alin. (2)). Rezultatul este revenirea la practicianul pentru care a optat inițial judecătorul-sindic.

Rămân în afara reglementării legale **criteriile pentru selecția practicianului în vederea desemnării inițiale**. Această lacună oferă pretext multor contestații și incriminări.

Mai întâi de toate, astăzi este de neconceput o desemnare inițială fără **competiție** și fără **selecție**.

Totodată, o caracteristică esențială a selecției este **transparența**.

Cu privire la acest aspect, s-au formulat următoarele propuneri[2], la care aderăm, cu unele amendamente:

1) Lista cererilor pentru deschiderea procedurii în format electronic și pe suport de hârtie, conținând identificarea semnatarului cererii și coordonatele debitorului, termenul la care se va judeca cererea și termenul pentru depunerea ofertelor practicienilor care doresc să fie desemnați, se va afișa la ușa tribunalului și va putea fi consultată la arhivă.

Nu considerăm nici necesară, nici utilă mențiunea existenței unor propuneri de desemnare în cuprinsul cererii introductive, pentru că ar putea avea efect inhibitor, restrictiv de competiție.

De asemenea, actualizarea listei săptămânală nu credem că ar satisface exigențele celerității (alin. (2) al art. 5), ci optăm pentru actualizarea zilnică, acolo unde este cazul.

2) Tabelul dosarelor în care s-a deschis procedura, conținând identificarea debitorului și practicianului desemnat inițial, precum și a celui desemnat final (dacă este cazul) va fi afișat disponibil în aceleași condiții. Acest tabel va conține și informații privind faza în care se află procedura.

O problemă interesantă este aceea a soluționării propunerii unuia dintre creditorii, sau a propunerii debitorului cu privire la desemnarea practicianului.

În studiul menționat *supra* se remarcă lipsa reacției a judecătorului-sindic la cererea debitorului sau la cererea creditorilor de a fi desemnat un anumit practician.

Autorul reproșează judecătorului-sindic că nu pronunță motivat asupra propunerilor de acest fel, apreciază că nepronunțarea constituie motiv nulitate a hotărârii, motiv care poate fi invocat recurs de orice parte interesată.

Avem două rezerve față de acest raționament: prima de natură procedurală și cea de-a doua de drept substanțial.

Astfel, omisiunea judecătorului-sindic de a pronunța asupra acestei cereri se rezolvă conformitate cu dispozițiile art. 281² din Codul de procedură civilă și numai hotărârile separate



pronunțate în aceste condiții se pot ataca pe căile prevăzute la art. 28¹³ din același cod.

Mai importantă este, însă, în opinia noastră, absența legitimării legale a unei astfel de propuneri, formulată de debitor sau de unul dintre creditori.

Din textul art. 23, 38 și 41 rezultă, fără posibilitate de interpretare diferită, că desemnarea practicianului poate fi efectuată:

1) de judecătorul-sindic, prin sentința de deschidere a procedurii, fără să fie reglementată propunerea debitorului sau a creditorului cu privire la desemnare (art. 41);

2) de adunarea creditorilor, cu votul creditorilor care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor (alin.(1) și alin.(3) ale art. 23);

3) de judecătorul-sindic, prin încheierea care soluționează contestațiile creditorilor minoritari (alin.(2) al art. 23).

Nici un text al Legii nr. 64/1995 nu atribuie nici debitorului, nici unuia dintre creditori, considerat individual, dreptul de a propune desemnarea unui practician, și cu atât mai puțin obligația judecătorului-sindic de a se pronunța motivat asupra admiterii sau a respingerii unei astfel de propuneri.

Este, fără îndoială, corectă observația că perioada de timp după care administratorul convoacă prima ședință a adunării creditorilor, în care se poate lua **decizia** privind desemnarea unui administrator/lichidator, este uneori prea îndelungată pentru a satisface exigența celerității (alin.(2) al art. 5), dar această durată este justificată și inevitabilă. Procedura notificării (art. 75) este obligatorie și de cele mai multe ori este întârziată de absența listei creditorilor pe care ar trebui să o depună debitorul sau, după caz, experții menționați la art. 40. Nu este rar întâlnită situația în care experții nu își găsesc obiectul muncii, și se impun investigații de domeniul detectivilor privați pentru a da de urma persoanelor și a documentelor. Abia după identificarea creditorilor începe procedura de depunere și de verificare a creanțelor, de contestare a tabelului preliminar, de soluționare a contestațiilor și de definitivare a tabelului creanțelor. Numai la finalul acestei proceduri se poate concepe convocarea primei ședințe a adunării creditorilor.

Numirea practicianului desemnat de adunarea creditorilor se impune judecătorului-sindic numai dacă nu este contestată de creditorii minoritari (alin.(3) al art. 23). În situația contestării **deciziei** creditorilor, judecătorul-sindic are totală libertate de opțiune între desemnarea decisă de creditori (respingând contestațiile) sau acceptarea propunerii minoritarilor (admițând contestația) pe de o parte, și totodată, are aceeași liberă opțiune între unul dintre cei propuși de creditori și propria sa desemnare inițială (alin.(2) al art. 23).

Libertatea opțiunii judecătorului-sindic nu este cu nimic îngrădită de actualul text al Legii nr. 64/1995. Totodată, legea nu prevede obligația de a motiva opțiunea.

Cu toate acestea, considerăm că toate hotărârile judecătorului-sindic, inclusiv aceea pe care o discutăm, trebuie să fie motivate. Numai în acest mod poate fi evitată impresia de arbitrar, și pot fi prevenite suspensiunile pe care le-ar putea genera o hotărâre controversată.

În ce privește **stabilirea remunerației practicianului**, nu există o simetrie a reglementării cu aceea privind desemnarea, astfel că rămâne decisivă tot hotărârea adunării creditorilor (alineatul (1) al art. 23). Absența criteriilor pentru stabilirea remunerației face vulnerabilă hotărârea judecătorului-sindic ca și hotărârea adunării creditorilor cu acest obiect. În cazul contestării hotărârii adunării creditorilor, judecătorul-sindic poate modifica remunerația (art. 6), după cum poate să aprobe sau să modifice și decontul (alineatul (1) al art. 25). În absența criteriilor care vor fi aprobate prin hotărârea guvernului, dimensionarea remunerației practicianului aparține aprecierii suverane a adunării creditorilor, sau, după caz, a judecătorului-sindic.

Totodată rămâne de văzut dacă principiile elaborate de Guvern vor oferi soluții corecte și complete pentru toate aspectele practice pe care le presupune stabilirea remunerației. Pentru moment, sarcina corectei stabiliri a remunerației se complica și datorită deplasării atribuției de la judecătorul-sindic la adunarea creditorilor și iarăși la judecătorul-sindic, pentru ca, în final, ultimul cuvânt să-l aibă curtea de apel. În opinia noastră, fiind o problemă de fapt, care implică asumarea răspunderii judecătorului-sindic, sau după caz a adunării creditorilor, aprecierii suverane a acestora nu i se poate substitui propria apreciere a curții de apel.

În perspectiva viitoarei reglementări a criteriilor, s-a opinat pentru o distincție între faza de observație și faza definitivă (Gh. Piperea, op. cit.). În prima fază, remunerația stabilită de judecătorul-sindic va fi determinată cu ajutorul criteriului indicativ propus de UNPRL, cu posibilitatea modificării prin hotărârea adunării creditorilor, iar hotărârea acestei adunări va putea fi atacată cu contestație la judecătorul-sindic. În perioada de reorganizare, remunerația va fi stabilită prin plan sau prin hotărârea adunării creditorilor, sub forma unei sume fixe, la care se poate adăuga un onorariu de succes, determinat în funcție de sumele distribuite către creditori. Totodată s-a propus ca, în situația în care planul de reorganizare nu se realizează, remunerația să poată fi diminuată, iar administratorul să nu mai fie investit și ca lichidator. În etapa de faliment, s-a propus o remunerație de succes, stabilită prin hotărârea adunării creditorilor, la propunerea motivată a lichidatorului. Dimensionarea acestei remunerații ar putea fi realizată, în opinia autorului citat, pe următoarele coordonate: numărul salariilor debitorului, cifra de afaceri, proporția pasivului față de activ, quantumul datoriilor sau creanțelor, numărul creditorilor, numărul litigiilor în care este implicat debitorul (în afara dosarului de faliment), implicațiile ecologice și tehnologice ale activității și ale încetării activității debitorului.

(4) Controlul actelor și măsurilor practicianului, anularea acestor acte și măsuri și stabilirea răspunderii patrimoniale a practicianului

Art. 11 enumeră, în primul său alineat, prerogativele principale ale judecătorului-sindic, printre acestea fiind și stabilirea atribuțiilor administratorului/lichidatorului, controlul asupra activității practicianului și, dacă este cazul, înlocuirea acestuia.

În completarea acestui text, art. 24 și art. 29 enumeră principalele atribuții ale practicienilor, iar art. 25 reglementează soluționarea de către judecătorul-sindic a contestațiilor la măsurile practicianului. Prerogativele judecătorului-sindic în raporturile sale cu practicianul desemnat sunt situate pe trei coordonate principale: a) stabilirea atribuțiilor; b) controlul modului în care își îndeplinește atribuțiile; c) înlocuirea acestuia.

a) Autoritatea judecătorului-sindic privind stabilirea atribuțiilor practicianului

Am constatat *supra* că, referitor la desemnarea practicianului, legea creează un conflict de competență între judecătorul-sindic și adunarea creditorilor și totodată atribuie ultimul cuvânt judecătorului-sindic. În ce privește însă, stabilirea atribuțiilor practicianului, judecătorul-sindic are exclusivitate, în ambele ipoteze de desemnare.

Principalele atribuții ale practicianului sunt cele prevăzute la art. 24, 25 alin.(1) și art. 29.

În raport de specificul fiecărui dosar, și de personalitatea practicianului, judecătorul-sindic poate stabili și alte atribuții, neprevăzute de textele legale menționate, dar conforme cu celelalte prevederi ale Legii nr. 64/1995, ale Codului de procedură civilă sau ale altor acte normative aplicabile.

b) Autoritatea judecătorului-sindic privind controlul activității practicianului și stabilirea răspunderii patrimoniale a acestuia

Desemnarea practicianului presupune cel puțin un dublu control: controlul calității de practician activ și controlul asigurării de răspundere.

Refuzul nejustificat cu motive temeinice, de a accepta desemnarea, poate fi sancționat conform art. 26 alin.(1) cu amendă. Credem că tonul imperativ ("va sancționa") nu trebuie să conducă la concluzia că aplicarea amenzi ar fi obligatorie, deoarece temeinicia motivelor este o problemă de apreciere subiectivă.

O problemă nereglementată este aceea dacă situația creată prin refuzul nejustificat de a da curs desemnării ca practician poate fi soluționată numai printr-o singură amendă sau pot fi aplicate amenzi repetate, cu caracter mobilizator, până la acceptarea desemnării.

În opinia noastră, prima soluție este singura legală și oportună.

Desemnarea ca administrator/lichidator a unei persoane juridice ridică o problemă specifică. O persoană juridică (persoane morale) își poate afirma voința și poate acționa în sensul acestei manifestări de voință numai printr-o persoană fizică. De aceea, calitatea de practician activ și de asigurat trebuie să fie dovedită atât în ce privește persoana juridică desemnată cât și în ce privește persoana fizică prin care va acționa în procedură (art. 23 alin. (4) din Legea nr. 64/1995).

Deși legea este lacunară și sub acest aspect, credem că după desemnarea persoanei juridice ca administrator/lichidator, înlocuirea reprezentantului din inițiativa persoanei juridice ar putea fi efectuată numai cu prealabila aprobare a judecătorului-sindic, care va verifica dacă înlocuitorul îndeplinește cel puțin cele două condiții menționate.

După ce a efectuat acest prim control în faza de desemnare, credem că judecătorul-sindic va trebui să-l repete și pe întreaga durată a procedurii, pentru a verifica dacă cel desemnat ca persoană juridică și reprezentantul său, persoană fizică și-au menținut calitatea de practician activ și calitatea de asigurat, fără să-și fi diminuat valoarea sumei asigurate (alin.(8) al art. 23).

În Regatul Unit al Marii Britanii practicienii obișnuiesc să subscrie o poliță de asigurare flotantă care le permite să beneficieze de o protecție instantanee, automată și exhaustivă. Quantumul primelor de asigurare este aliniat la prețurile pieței și este plătit trimestrial. În Franța practicianul păstrează polița preexistentă sau subscrie o altă poliță temporară, al cărei preț este de obicei superior prețurilor pieței. În Belgia, de regulă se mențin polițele preexistente. Polițele flotante îl acoperă pe practician contra majorității riscurilor, fără ca acesta să fie obligat să cunoască în amănunt activitatea întreprinderii debitorului. Asigurarea prin polița flotantă acoperă automat ansamblul activelor precum și pierderile financiare și răspunderea civilă. Practicienii care nu recurg la noua poliță flotantă și păstrează polița preexistentă se pot confrunta cu obiecțiuni ale asigurătorilor care urmăresc să evite plățile, cum ar fi, de exemplu: modificarea riscurilor după data subscrierii poliței fără ca practicianul să le declare sau să le cunoască; circumstanțe de fapt importante nesemnificate de precedentii conducători ai întreprinderii debitoare; încălcarea declarațiilor făcute la semnarea poliței; nevărsarea primelor, etc. Avantajele unei polițe flotante cu aplicare imediată sunt astfel evidente atât pentru practician cât și pentru creditori.

Pe parcursul desfășurării activității practicianului, judecătorul-sindic va avea autoritatea să urmărească executarea sarcinilor atribuite, inclusiv depunerea raportului lunar cuprinzând descrierea modului în care și-a îndeplinit obligațiile și justificarea cheltuielilor efectuate.

Tot judecătorului-sindic îi este rezervată autoritatea de a judeca orice contestație contra **măsurilor** luate de administrator.

Au dreptul de a contesta nu numai debitorul, reprezentantul asociațiilor/acționarilor precum și oricare dintre creditori ci și orice altă persoană interesată. Credem că acest drept îl are și comitetul creditorilor.

Pot fi contestate nu numai actele juridice ale administratorului/lichidatorului ci și măsurile de fapt, cu caracter tehnico-material.

În ce privește termenul pentru contestarea măsurilor, textul art. 25 alin.

(3) prevede că acesta este de 5 zile și se calculează de la depunerea raportului. Această dispoziție legală este nesatisfăcătoare și neconstituțională deoarece nu asigură dreptul celui vătămat de a se adresa justiției.

În varianta pe care Legea nr. 64/1995 o avea după republicarea în M. Of. nr. 608 din 13 decembrie 1999, termenul (prevăzut de art. 19) era de 10 zile și se calcula de la data la care măsura a fost luată. Am considerat atunci că textul, greșit redactat, trebuie să fie aplicat, așa cum sugerează cei doi autori americani citați (supra), în concordanță cu necesitatea de a se asigura respectarea minime a garanției a dreptului la contestație, în ultima analiză un drept garantat de Constituție. În consecință **am sugerat** ca termenul de contestație să fie calculat nu de la data depunerii raportului, cunoscută doar de autorul acestui raport și de judecătorul-sindic ci să curgă de la data la care măsura a fost comunicată, în orice mod, celui îndreptățit să o conteste (**n.s.-1 Ion Turcu, "Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul", Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 192**). În acord cu această propunere a fost adoptat prin O.G. nr. 38/2002 noul text l alin.(2) al art. 19 care a prevăzut că termenul pentru înregistrarea contestațiilor se calculează de la data la care măsura a fost comunicată persoanelor de la alin.(1).

Actualul text al art. 25 alin.(3) reprezintă o revenire la eroarea anterioară, un regres în reglementarea legală a dreptului de petiționare.

De aceea, propunem ca termenul să fie calculat de la data la care cel îndreptățit să conteste, a luat cunoștință, pe orice cale, despre măsura luată de administrator/lichidator.

Pentru soluționarea contestației, judecătorului-sindic îi este recomandat un termen de 10 zile de la înregistrare. Judecarea contestației se va realiza în sala de consiliu cu citarea contestatorului și a administratorului/lichidatorului. Credem că va fi utilă și citarea comitetului creditorilor. Până la soluționarea contestației, judecătorul-sindic poate suspenda executarea măsurii contestate, la cererea contestatorului și chiar din oficiu.

Conform dispozițiilor art. 26 alin.(2), autoritatea judecătorului-sindic se exprimă și prin dreptul de a desființa măsurile nelegale luate de administrator/lichidator, chiar dacă nu au fost contestate. Actualul text prevede că este facultativă citarea, în camera de consiliu, a administratorului/lichidatorului și a persoanelor interesate. Credem că citarea este necesară, pentru a satisface exigența contradictorialității procedurii și această citare nu trebuie să fie limitată la administrator/lichidator și debitor, ci ar trebui să fie citat, pe lângă persoanele interesate și comitetul creditorilor.

În unele situații, legea prevede ca măsurile luate de către administrator/lichidator să fie precedate de aprobarea judecătorului-sindic, iar în alte situații este prevăzută confirmarea ulterioară a măsurilor de către judecătorul-sindic.

Astfel, conform art. 27, judecătorul-sindic va avea autoritatea să aprobe numirea și retribuirea persoanelor de specialitate desemnate de administrator/lichidator în vederea îndeplinirii atribuțiilor sale. Prin "persoane de specialitate" se înțeleg persoane cu o calificare specială, pe care practicianul nu o posedă. Nu poate fi utilizat acest

text drept subterfugiu pentru eludarea dispozițiilor art. 23 alin.(4) care au fost comentate *supra*.

În același sens sunt și dispozițiile art. 24 lit. n): "sesizarea judecătorului-sindic cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta."

Alte măsuri luate de administrator/lichidator sunt supuse confirmării ulterioare de către judecătorul-sindic: încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fidejursorilor, renunțarea la garanții reale (art. 24 lit.m). Toate aceste ipoteze presupun sacrificarea, într-o măsură mai mică sau mai mare, la drepturile debitorului față de proprii săi datornici, ceea ce ar putea leza drepturile creditorilor și de aceea se cere asumarea răspunderii de către judecătorul-sindic.

Autoritatea judecătorului-sindic față de administrator/lichidator se exprimă și prin aplicarea amenzilor judiciare prevăzute la art. 26 alin.(5) dacă acesta, din culpă sau cu rea-credință, nu își îndeplinește sau își îndeplinește cu întârziere atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul-sindic. Totodată, conform dispozițiilor alin. (6) al aceluiași articol, pe lângă amenda judiciară, judecătorul-sindic poate să îl oblige pe administrator/lichidator să plătească despăgubirile cuvenite persoanelor vătămate prin pasivitatea practicianului. Credem că aceste fapte pot constitui totodată și motive temeinice pentru înlocuirea practicianului.

Considerăm că textul alin. (6) este aplicabil și în situația în care prejudiciul a fost cauzat prin fapta comisivă a practicianului, deodată cu admiterea contestației împotriva măsurii luate sau prin acțiune separată.

(5) Înlocuirea practicianului

Conform dispozițiilor art. 26 alin. (3) și (4), în orice stadiu al procedurii, pentru motive temeinice, judecătorul-sindic poate dispune, prin încheiere, înlocuirea administratorului. În vederea adoptării măsurii, judecătorul-sindic, îi va cita la Camera de consiliu pe administrator și comitetul creditorilor.

Corecta aplicare a dispozițiilor legale citate ridică cel puțin două probleme: a) rolul comitetului creditorilor și b) înțelesul sintagmei "motive temeinice".

a) Rolul comitetului creditorilor.

Participarea comitetului creditorilor la ședința consacrată înlocuirii expertului în insolvență nu are drept consecință supunerea la vot în comitet a măsurii preconizate.

Legea nr. 64/1995 nu reglementează modul în care se va exprima opinia comitetului creditorilor.

Membrii comitetului își pot exprima opinia numai individual, nefiind reglementată o procedură de vot similară celei din adunarea creditorilor.

Opinia exprimată de fiecare dintre membrii comitetului reprezintă un aviz consultativ individual și nu un aviz conform.

Atât acceptarea fiecărui aviz cât și respingerea fiecărui aviz trebuie să fie motivate de judecătorul-sindic, pentru asigurarea transparenței actului de justiție.

b) Motivele temeinice.

Pe lângă motivele invocate de însuși practicianul în cauză, subiective sau obiective, în propria cerere de înlocuire, cele mai evidente motive de înlocuire în absența cererii practicianului sunt cele prevăzute în art. 26:

- refuzul, fără motive temeinice, de a accepta desemnarea;
- neîndeplinirea sau îndeplinirea cu întârziere a atribuțiilor prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul-sindic;

Acestor fapte omisive, li se pot adăuga alte fapte, comise, care contravin normelor legale sau dispozițiilor date de judecătorul-sindic în conformitate cu legea:

- majorarea ilegală a remunerației;

Un exemplu concret îl oferă o încheiere (Tr. Bistrița-Năsăud, încheierea judecătorului-sindic nr.1219/12.10.2004) prin care s-a constatat că lichidatorul și-a majorat drepturile bănești utilizând un procedeu ilegal și contrar dispozițiilor date de judecătorul-sindic. Astfel, odată cu desemnarea lichidator, remunerația i-a fost stabilită sub formă cotei procentuale (9%) din "valoarea recuperată". Judecătorul-sindic a apreciat, în mod corect, această valoare nu poate cuprinde decât vânzările active și recuperările de creanțe.

În consecință, ea nu poate include încasările rezultate din continuarea activității productive curente a debitorului, într-o perioadă determinată anterioră începerii lichidării averii debitorului totodată anterioară a începerii activității lichidatorului. Pretenția lichidatorului de a se include remunerație și sume necuvenite încalcă flagrant dispoziția precedentei încheieri a judecătorului-sindic prin care s-a stabilit criteriul de calcul remunerației. Încheierea precedentă are caracter executoriu, conform art. 12 al Legii nr. 64/1995 trebuie să fie respectată de lichidator;

- nerespectarea dispozițiilor art. 113 privind inventarul;

Conform dispozițiilor art.113 al Legii nr. 64/1995, "inventarul va trebui să descrie toate bunurile debitorului, chiar și pe cele nepuse sub sigilii și să indice valoarea lor aproximativă la data inventarului." Încheierea judecătorului-sindic menționată *supra* reține că lichidatorul nu a respectat această normă legală, pentru că a înscris valoarea pentru unele bunuri, cu singura motivare că ele nu au fost regăsite în evidențele scriptice ale debitorului deși faptic lichidatorul a luat în primire aceste bunuri și nu a uzat de posibilitatea evaluării lor prin expertiză;

- desemnarea și utilizarea unor așa-zeci "colaboratori personali";

Conform dispozițiilor art. 27 al Legii nr. 64/1995, "În vederea îndeplinirii atribuțiilor sale administratorul va putea desemna persoane de specialitate. Numirea și nivelul retribuițiilor acestor persoane vor fi supuse aprobării judecătorului-sindic". Din încheierea judecătorului-sindic rezultă că lichidatorul a desemnat și a utilizat în procedeu de lichidare "colaboratori personali" fără statut legal de practicieni în insolvență, și i-a menținut în această calitate, utilizându-i în continuare, contrar interdicției prevăzute în art. 27 alin.(2) din Legea nr. 64/1995, expresie a judecătorului-sindic care, printr-o încheiere precedentă a respins cererea de aprobare angajării și retribuirii acestor persoane. Acești "colaboratori personali" le-au fost încredințate către lichidator, în vederea exercitării, unele din atribuțiile prevăzute de lege ca aparținând exclusiv lichidatorului.

(6) Concluzii

Colaborarea judecătorului-sindic cu practicianul în insolvență se bazează pe respectul reciproc față de lege, pe principialitatea și imparțialitatea, pe compromisuri și legalitatea fără excepții.

Solitudinea judecătorului-sindic în fața unui sistem legal imperfect generează o inadmisibilă divergență de jurisprudență. Fișa postului de judecător-sindic este cea mai complexă din toată profesia.

Autoritatea judecătorului-sindic asupra administratorului sau, după caz, a lichidatorului este exercitată sub toate aspectele: desemnarea și controlul actelor și al măsurilor, anularea acestora, stabilirea răspunderii patrimoniale și înlocuirea acestora.

NOTE

[1] Gh. Piperea, *Reconstrucția relațiilor judecător-sindic și practicianul în insolvență*, Phoenix, nr. 11/ianuarie-martie 2005, p.17.

[2] Gheorghe Piperea, *op.cit.*

Concordatul preventiv, ca soluție de redresare a întreprinderii în dificultate

Gheorghe Piperea
Conf. univ. dr. – Facultatea de Drept
București
Vicepreședinte al CNC - UNPRL



1. În România se impune o soluție nouă și radicală de tratament al dificultăților întreprinderii, mai puțin ipocrită decât cele experimentate de legiuitorul român până în prezent: debitorul a cărei întreprindere traversează o criză remediabilă trebuie să ceară creditorilor săi șansa de a se redresa, printr-un mecanism și o procedură exterioare falimentului, ba chiar exterioare tribunalului; debitorul aflat în situație iremediabil compromisă trebuie să fie eliminat din mediul său de afaceri (pe care l-a contaminat deja cu neîncredere), activele întreprinderii sale, dacă mai există, urmând a fi redat circuitului economic. Cele două alternative exclud reorganizarea judiciară, care ar urma să fie suprimată.

2. Fără a intra în detalii, se va observa că reorganizarea judiciară, prin modul în care a fost reglementată și aplicată în România, este inutilă.

Legea română a insolvenței reglementează ca proceduri de acoperire a pasivului unui debitor aflat în insolvență o procedură de reorganizare judiciară (cu varianta lichidării pe bază de plan) și o procedură de faliment.

Statistica Uniunii Naționale a Practicienilor în Reorganizare și Lichidare din România (UNPRL) pe anul 2004 releva faptul că în 10 % din cazurile de insolvență declarate de tribunale a fost confirmat un plan de reorganizare judiciară. Cazurile în care reorganizarea judiciară a dat rezultatul scontat (redresarea debitorului) au fost și mai restrânse ca număr: doar în 1,5% din cazuri debitorul și-a reluat activitatea în noile condiții oferite de redresare. Celelalte cazuri de reorganizare judiciară au eșuat în faliment.

Explicația facilă a acestor slabe rezultate practice poate fi găsită în caracterul greoi și îndelungat al procedurii de confirmare a planului și în folosirea reorganizării judiciare ca instrument de tergiversare din partea debitorului neonest, interesat să-și ascundă cât mai mult din active și să-și acopere responsabilitatea.

În realitate, reorganizarea judiciară este atât de puțin eficientă în practică tocmai datorită caracterului său judiciar. Spațiul judiciar este un spațiu al litigiului, al neîncrederii între parteneri, în timp ce planul de reorganizare judiciară propune un compromis. Acest compromis este dinamitat per-

manent de contradicțiile între debitor și creditorii înșiși. Compromisul este complicat prin procedurile judiciare de citare și comunicare a actelor de procedură.

Procedura reorganizării judiciare este o procedură de faliment *lato sensu*, implică insolvența debitorului, adică elementul negativ care afectează la modul cel mai drastic credibilitatea și imaginea întreprinderii debitorului.

Pentru a se putea vorbi de o reorganizare judiciară, trebuie ca tribunalul să decidă că debitorul este în insolvență. În prealabil acestei decizii, o serie de elemente de natură financiară sau procedurală sunt date publicității sau ajung subiect de comentarii de presă. În anumite cazuri, autoritatea de supraveghere și control (Banca centrală, Comisia de supraveghere a asigurărilor, Comisia de valori mobiliare), chiar înainte ca tribunalul să declare entitatea în cauză insolventă, este obligată să numească un administrator special care să înlocuiască managementul în funcție al acesteia până la decizia de insolvență. Autoritatea de supraveghere retrage, de obicei, autorizația de funcționare a unei entități supravegheate aflată în insolvență. Deschiderea procedurii colective (insolvență) trebuie adusă la cunoștința terților, motiv pentru care se publică anunțuri referitoare la insolvență.

În condițiile în care chiar și cel mai mic zvon negativ are potențialul de a afecta într-o măsură destul de importantă credibilitatea unei întreprinderi, un anunț privind deschiderea procedurii de reorganizare judiciară asupra acesteia echivalează cu începutul sfârșitului. Este evident faptul că o consecință directă a acestui anunț se reflectă în reducerea drastică a credibilității. Prin urmare, în condițiile în care încrederea în entitatea respectivă este diminuată ca urmare a înștiințării partenerilor săi contractuali despre intrarea în reorganizare judiciară, practic șansele ca o procedură de reorganizare judiciară să fie eficientă sunt foarte reduse.

O afacere derulată în condițiile actuale ale globalizării și ale liberei circulații a persoanelor, serviciilor și capitalurilor, este o afacere cu un grad ridicat de risc. Spre exemplu, sistemul bancar, societățile de asigurări, entitățile reglementate care acționează pe piețele de capital (inclusiv

societățile cotate) pot fi afectate ușor de «panicile distructive» generate de o pierdere subită a încrederii¹. Rezultatele financiare și solvabilitatea sau lichiditatea unei astfel de entități sunt direct proporționale cu imaginea pe care acea entitate o deține pe piață. Cu cât credibilitatea este mai solidă pe piață, cu atât deponenții, asigurații, investitorii etc. vor avea mai mare încredere în acea entitate și vor fi mai atrași de produsele pe care le promovează pe piață.

3. Directiva 2001/24/EC a Parlamentului European și a Consiliului din 4 aprilie 2001 (în vigoare din 2002), are în vedere procedurile de reorganizare și de faliment sau lichidare (winding up) referitoare la bănci. Directiva impune statelor membre și, implicit, celor care se află în curs de aderare (inclusiv România) să-și adapteze legislația internă la principiile expuse², de unde o posibilă concluzie că reorganizarea judiciară a băncilor este obligatorie în dreptul intern român. Se va observa, însă, că termenul de reorganizare nu se confundă cu cel de reorganizare judiciară (care presupune o decizie judiciară de declarare în insolvență a debitorului), ci are în vedere orice procedură, judiciară sau extrajudiciară, de redresare a băncilor. Directiva 24/EC/2001 definește în art. 2 măsurile de reorganizare drept acele măsuri care au drept scop redresarea situației financiare a unei instituții de credit care ar putea afecta drepturile preexistente ale terților, inclusiv măsuri care implică suspendarea plăților, suspendarea executărilor silite sau reducerea creanțelor asupra băncii respective. În consecință, observăm că Directiva menționată nu obligă statele membre să introducă o procedură de reorganizare care să implice în mod imperativ intervenția puterii judecătorești.

În acest spirit se înscriu și dese referiri din legislația română la procedurile extrajudiciare de evitare a insolvenței.

Procedurile de insolvență, mai ales în cazul unor afaceri cu un mare grad de risc și notorietate (bănci, asigurări, piața de capital) sunt menite să protejeze creditul și nu să salveze orice debitor aflat în insolvență³. Sistemul legal și judiciar trebuie să permită debitorilor să falimenteze, pentru a-i avertiza, în acest fel, și pe ceilalți debitori că acesta

este rezultatul practicilor de afaceri nesigure și iraționale.

Reorganizarea instituțiilor de credit, astfel cum este concepută de Directiva 24/EC/2001, precum și de Principiile emise de Banca mondială, nu se confundă cu reorganizarea judiciară (care presupune o decizie judiciară de declarare a insolvenței), ci presupune tot procesul de redresare a unei bănci aflate în dificultate financiară, până la intrarea în faliment. Este vorba de aplicarea normelor prudențiale, de supravegherea prudențială exercitată de Banca centrală, de măsurile de supraveghere sau administrare specială sau alte măsuri preventive.

Procedura reorganizării judiciare, dacă nu este interzisă sau imposibilă practic, ea este cel puțin de evitat. Reorganizarea judiciară, în special pentru cazul băncilor, societăților de asigurări și al societăților ce acționează pe piața de capital, ar putea fi înlocuită cu măsuri echivalente precum concordatul preventiv, care nu presupune o decizie a tribunalului de declarare a insolvenței, ci un contract între debitori și majoritatea creditorilor săi, încheiat și executat sub medierea unui specialist în insolvență, contract al cărui eșec ar trebui să ducă la faliment.

4. Legea concordatului preventiv ar trebui să instituie un mecanism contractual și legal menit a da posibilitatea unui debitor onest, aflat în dificultate financiară, de a evita insolvența. Este vorba de un debitor victimă a unor conjuncturi nefavorabile, dar care merită protecție, întrucât afacerea sa are șanse de redresare, în beneficiul salariaților săi, al creditorilor săi (inclusiv statul, pentru creanțele bugetare), al comunității locale și al său personal.

Legea nu va avea ca țintă decât întreprinderile medii și mari, din cel puțin două motive:

- obiectul de activitate al acestora este greu de reorientat, datorită specializării presupuse de dimensiunile întreprinderii;
- dispariția acestora prin faliment poate avea consecințe nefavorabile pentru întregul mediu social și economic în care activează, începând cu salariații (care riscă să își piardă locul de muncă), comunitatea locală (care pierde venituri din taxe și impozite și urmează să suporte amplificarea șomajului pe plan local), statul român (care pierde un contribuabil și urmează să suporte cheltuielile de șomaj și reconversie profesională a celor disponibilizați), pentru furnizori etc.

Creditorii acestor întreprinderi, pentru a evita consecințele nefavorabile ale insolvenței, vor trebui să privească cu seriozitate propunerea de concordat preventiv din partea debitorului în cauză.

Legea trebuie să ofere o șansă debitorului onest pentru a depăși situația financiară dificilă în care se află, datorită unor conjuncturi economice nefavorabile, dar concordatul preventiv va fi încheiat în folosul comun al debitorului și creditorilor. Creditorii, ca și în cazul reorganizării judiciare reglementate de Legea nr.64/1995 privind reorganizarea judiciară și falimentul, vor putea fi convinși să accepte planul de redresare dacă debitorul va demonstra ca aceștia pot fi plătiți în

condiții mai avantajoase acceptând concordatul decât în cazul falimentului. Ar fi, însă, o greșală conceptuală a legiuitorului dacă noua lege ar institui o a doua modalitate de redresare a debitorului, pe lângă cea de reorganizare judiciară. Eșecul concordatului va trebui să ducă direct, automat la faliment. Altfel, ar exista pericolul ca un debitor de rea-credință să abuzeze de șansele legale de redresare, prelungind la nesfârșit procedura.

Debitorul va putea să ajungă la o înțelegere cu toți creditorii săi sau cu o majoritate calificată a acestora. Creditorii disidenți nu vor putea fi obligați să accepte concordatul, însă publicarea acestuia le va opri dreptul la urmărirea silite individuale, pe perioada de executare a concordatului.

Legea trebuie concepută pentru a limita abuzurile și pentru a bloca intențiile de tergiversare ori de aventură. Debitorul va ști că, dacă are realmente șanse de redresare, va cere concordatul, iar dacă nu are aceste șanse, mai cinstit este să ceară falimentul. Procedura de votare a concordatului presupune oricum o anumită publicitate asupra dificultăților financiare pe care le traversează debitorul, astfel că, dacă creditorii vor fi neîncrezători în șansele debitorului de redresare, ei vor lipsi de la convocare sau, chiar dacă vor fi prezenți, vor vota contra aprobării concordatului, arătând astfel că nu mai au încredere în debitor, care și-a diminuat sau chiar și-a pierdut credibilitatea prin afișarea stării sale de dificultate financiară. De aceea, dacă la mijloc este, în realitate, o intenție de înșelare a creditorilor sau de tergiversare, șansa acordată de lege debitorului se poate întoarce în contra sa, pentru că neexecutarea concordatului de către debitor provoacă direct (automat) falimentul acestuia, fără posibilitatea de a mai cere reorganizarea judiciară.

Pe de altă parte, creditorii care se dezinteresează de propunerea de concordat din partea debitorului, pot și ei să fie sancționați prin faptul că, nereușind să-i aducă la masa negocierilor, debitorul va fi obligat să ceară deschiderea procedurii falimentului.

Tribunalul (judecătorul-sindic) ar trebui să aibă, în economia legii, un rol foarte restrâns, nefiind deloc implicat în procedura de votare a concordatului, pentru a se evita avalanșa tergiversărilor și amănărilor din motive procedurale. Judecătorul-sindic va interveni numai atunci când va fi absolut necesar, când părțile nu s-ar înțelege asupra unor detalii ale procedurii sau când anumite efecte ale legii nu s-ar putea obține decât prin decizie a judecătorului, nefiind la îndemână particularilor (rezilierea sau anularea concordatului, contestațiile creditorilor nevotați la concordat, suspendarea provizorie a urmărilor silite individuale).

Una dintre cele mai mari probleme actuale ale procedurilor de insolvență în România este lipsa de celeritate. Aceasta ar putea fi, practic, rezolvată prin reducerea drastică a intervenției judecătorului.

Cel care va superviza procedura de votare a concordatului, care va încerca să aducă părțile la un compromis acceptabil și care va superviza executarea de către debitor a con-

cordatului va fi conciliatorul, un particular care va fi remunerat pentru această activitate. Este vorba de un profesionist, practician în procedurile de insolvență, membru al unui corp profesional ce își ghidează activitatea după un cod deontologic strict.

Conciliatorul constituie o garanție contra eventualelor intenții sau acte frauduloase ale debitorului. El mediază încheierea concordatului și controlează executarea sa de către debitor, informează creditorii și ia măsuri de sancționare pentru încălcarea contractului.

În perioada de executare a concordatului debitorul își va păstra dreptul de administrare a afacerii proprii, pentru actele de gestiune curentă. Pentru acte de valoare mare sau neobișnuite, debitorul va trebui să informeze sau să obțină acordul conciliatorului.

5. Vechea reglementare a falimentului din Codul comercial cuprindea două măsuri speciale de prevenție, suspendare sau întrerupere, menite a evita efectele falimentului moratoriu (art.834-844 C.com.) și concordatul falimentar (art.845-865 C.com.).

Moratoriul putea fi pre-falimentar (măsura de prevenție) sau post-falimentar (suspendarea efectelor unui faliment declarat). În practică, moratoriul a avut rezultate nemulțumitoare, fiind foarte ușor transformat într-un mijloc de tergiversare din partea debitorului (instituția a fost, de altfel, desființată în 1929, prin Legea concordatului preventiv).

Concordatul reglementat de Codul comercial era un concordat post-falimentar. Prin omologarea concordatului, starea de faliment înceta.

Dreptul interbelic a cunoscut și instituția concordatului preventiv. Legea concordatului preventiv a fost abrogată în 1938 (moratoriul fiind repus în vigoare) tot datorită slabele rezultate în practică.

Rezultatele slabe ale acestor măsuri de evitare a efectelor falimentului – ceea ce a dus, de altfel, la abrogarea lor – se explică prin implicarea excesivă a judecătorului-sindic și a tribunalului, prin procedurile judecată complicate, prin lipsa sancțiunilor concrete pentru tergiversare și prin faptul că atât moratoriul, cât și concordatul falimentar presupuneau că debitorul este deja falit (încetare de plăți), deci în situație iremediabilă compromisă. Noua lege a concordatului preventiv presupune că debitorul este doar în pericol de insolvență, și nu în stare de insolvență sau în situația de iminență a insolvenței (ceea ce ar presupune aplicabilitatea dispozițiilor Legii nr.64/1995) și elimină astfel inconvenient.

NOTE

¹ Principiile Băncii Mondiale privind insolvența și restructurarea băncilor, cit. de I. Turcu, *Faliment noua procedură*, Lumina Lex, 2003, p.435.

² În art. 34 din această Directivă se impune statelor membre ca până la 5 mai 2004 să-și alinieze legislațiile interne la prevederile Directivei.

³ Principiile Băncii Mondiale privind insolvența și restructurarea băncilor.

The President's Message

Arin Octav Stanescu
UNPRL President

The summer of 2005 could be characterized as exceptional from the viewpoint of lawmaking. Many important normative acts have been published and come into force of late.

As far as we are concerned, a major normative act has been issued that operates not many but very important changes in Law no. 64/1995, which has recently been republished. The act in point is Law no. 249 of July 22, 2005 amending Law no. 64/1995 on judicial reorganization and bankruptcy proceedings (published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 678/July 28, 2005).

The legislative ebullience related to our activity also includes other aspects. At present, work is in progress at the Ministry of Justice on a comprehensive bill designed to adjust the legal framework of insolvency.

As the project is coordinated by our colleagues from PricewaterhouseCoopers Management Consultants Romania, in the fine tradition of the Ministry of Justice, we were invited, as representatives of the National Union of Insolvency Practitioners (UNPRL) to state our point of view.

The position set forth on behalf of the Union was that a new adjustment of Law no. 64/1995 was neither sufficient nor advisable.

As representatives of UNPRL, we believe that in order to have a more efficient and balanced legislation, it is necessary not only to step up the procedure in the context of the framework normative act, Law no. 64/1994, but also to draft a new normative act to regulate composition.

Meanwhile the UNPRL leadership has decided to publish a volume of use to its members, containing the whole legislation on insolvency and voluntary liquidation.

New Perspective on Insolvency

Emilian Radu,
Speranta Munteanu,
Nicoleta Mihai

The need for an improvement in the legal framework regarding judicial reorganization and bankruptcy proceedings, as well as the exigencies entailed when harmonising the Romanian statutes and the European Directives on insolvency proceedings have determined the Ministry of Justice to draft several new amendments to Law no. 64/1995 on judicial reorganization and bankruptcy proceedings, as republished (hereinafter called "Law 64").

The main reasons for amending Law 64 are to simplify and to clarify both the development of the proceedings and the activity carried out by the Romanian bankruptcy courts and by insolvency practitioners. Before being forwarded to Parliament, the amendments were published on the MoJ's website to be considered by anyone interested. It is noteworthy that the new approach on insolvency proceedings put forward by the amendments will entail a new republication of Law 64 as well as a review of all the secondary legislation applicable to the insolvency proceedings.

A detailed analysis of the amendments is not what our study pursues to do. Instead, we will point out both some principles which are set forth by the proposed amendments and some issues which brought about delays in the proceedings due to poor interpretation.

Basically, the present article submits to participants in insolvency proceedings, to the business environment, as well as to public

opinion, the main guidelines considered when amending Law 64.

The article also sets forth the reasons for the reorganisation of Romanian Bankruptcy courts to 15 courts, as well as some examples of statutes which should be subject to further amendments.

A brief introduction to the appraisal of assets

Mihail Bojinca

The article briefly surveys the problem area related to appraisal and analyses the text of Law no. 64/1995 republished, from the angle of the appraisal procedure.

The first part of the article, which deals with evaluation and its goals, includes a review of the main definitions used in the process of appraisal (appraisal, type of value, prerequisites, concepts) and presents the respective process with its stages.

It should be noted that "appraisal is an estimation and not an accurate calculation of a value through a mathematical formula or an accurate quantification."

In the second part of the article, which refers to the appraisal of assets in the procedure of judicial reorganization and bankruptcy, the author analyses the provisions of Law no. 64/1995 republished, from the angle of appraisal and the appraiser. A presentation is made of the decisions to be taken in the context of the procedure so that the appraiser should use the best approach.

In conclusion, selecting an appraiser whose competence is adequate for the type of property to be evaluated and choosing the appraisal prerequisites according to the procedural stages are basic steps in obtaining an adequate evaluation report.

Controversial aspects under article 137 of Law 64/1995 republished

Lavinia-Olivia Aspru
Miriana Mircov

Considering the ingeniousness of bad-faith traders and the continuous diversification of economic activities, the state of insolvency of a company can also be caused by other illegal actions not provided in article 137 paragraph (1).

The list in article 137 (1) of Law no. 64/1995 is a limitative one but it is inconceivable that the lawmaker should grant exemption from liability to persons committing various deeds that push the company into insolvency, while carefully shunting the aspects expressly provided in the text of the law.

In practice, there are rather many cases when the administrator/liquidator, through the activity report, or the judge through the ruling on assuming liability, convinced of the contribution made by certain persons to the company's insolvency, forcibly assign certain specific facts to the category of cases expressly and limitatively stipulated by the law under article 137 (1). We consider that this solution is moral but not legal.

The competence to solve applications related to opening the procedure provided under Law 64/1995

Syndic Judge Marcela Comsa

In the present study I have analyzed only the competence of solving applications related to opening the procedure stipulated by Law 64/1995 but, listing the duties of the syndic judge as provided in the special law and in the Regulation, I have anticipated the second part of the work, which deals with the competence to solve requests

formulated in the context of the judicial reorganization and bankruptcy procedure. This part will certainly be much more interesting and will entail broader debate, considering that many aspects are controversial.

The syndic judge authority over the trustee

by Ion Turcu, professor of law

The each other respect and the respect for the law without exceptions, the principality without compromises are the bases of the collaboration between the syndic judge and the trustee.

The solitude of the syndic judge in front of an imperfect legal text generates an unacceptable diversity of jurisprudence.

The profession of syndic judge is the most complex part of the legal profession.

The authority of the syndic judge over the trustee is exercised under all the aspects: designation in the proceedings, establishment of attributions and salary, control and cancellation of his acts, establishment of his patrimonial liability and even his replacement.

The preventive concordat as a recovery solution for enterprises undergoing difficulties

Gheorghe Piperea

In Romania, a new and radical solution is necessary for managing the difficulties of an enterprise, one that is less hypocritical than those experimented so far by the Romanian legislator: a debtor whose enterprise undergoes a recoverable crisis must ask its creditors for a chance to recover, by a mechanism and a procedure outside bankruptcy, even out of court; a debtor whose situation is irrecoverably compromised must be eliminated from the business environment (which it already contaminated with mistrust), the assets of its company, if any left, to be returned to the economic circuit. The two alternatives exclude the judicial reorganization that would be suppressed.

Without getting into further detail, we will note that judicial reorganization, the way it has been regulated and applied in Romania, is useless.

The Romanian insolvency law regulates, as procedures for covering liabilities of a debtor undergoing insolvency, a judicial reorganization procedure (with an option to winding-up based on a plan) and a bankruptcy procedure.

In fact, judicial reorganization has so little effectiveness in practice, precisely due to its judicial nature. The judicial space is a space of litigation, of mistrust between partners, while the judicial reorganization plan proposes a compromise. This compromise is permanently broken by the contradictions between debtor and creditors, as well as by contradictions between the creditors themselves. It is further complicated due to the judicial procedures of serving and communicating the procedural documents.

The judicial reorganization procedure is a bankruptcy procedure *lato sensu*, involving the insolvency of the debtor, namely the negative element affecting most drastically the credibility and the image of the debtor's enterprise.

The law composition or scheme of arrangement should establish a contractual and legal mechanism meant to allow an honest debtor undergoing financial difficulties to avoid insolvency. A debtor may be victim of unfavorable circumstances and deserve protection, as its business has chances for recovery to the benefit of its employees, of its creditors (including the state, for budgetary debts), of the local community or of its own.