

	pag.
INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
RUBRICA PRACTICIANULUI	
INSTITUȚIA ADMINISTRATORULUI SPECIAL	5
DUBLA CALITATE A MINISTERULUI ECONOMIEI ȘI FINANTELOR	10
UN CAZ PARTICULAR AL INCAPACITĂȚII INSTITUITE DE ART. 94	12
PROBLEME SPECIALE PRIVIND PROCEDURA INSOLVENȚEI	15
INCIDENȚE ALE PROCESULUI PENAL ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI	17
REFLECTAREA ÎN CONTABILITATE A OPERAȚIUNILOR DE FUZIUNE	20
INTEGRARE EUROPEANĂ	
ELEMENTE DEFINITORII ALE INSOLVENȚEI TRANSFRONTALIERE	23

Editor
Mihai Dimonie
Redactor șef
Nicolae Șarambei
Consultanți științifici
prof. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)
av. Simona Maria Miloș (București)
av. drd. Ana-Irina Șarcane (București)

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță
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 UNPIR ● Articolele publicate anterior pot fi citite și pe site-ul www.unpir.ro

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

Cuvântul președintelui



Dragi colegi,

În ziua de 6 septembrie 2008 va avea loc cel de al X-a Congres al UNPIR în cadrul căruia va fi prezentat raportul de activitate al actualului Consiliu național de conducere al Uniunii și va fi ales noul consiliu, pentru un alt mandat de 4 ani.

Dacă în cadrul „primei legislaturi” (mandatul noiembrie 1999-mai 2004) au fost parcurse câteva etape importante din existența Uniunii – constituirea structurilor organizatorice la nivelul filialelor, consolidarea activității Uniunii și a filialelor sale, recunoșterea rolului nostru în aplicarea legislației în domeniul insolvenței, intensificarea contactelor cu instanțele de judecată, cu instituțiile statului și creditorii semnificativi - cea de a “doua legislatură” ce se va încheia în acest an poate fi caracterizată prin manifestarea Uniunii ca partener al instituțiilor statului în adaptarea legislației în domeniul insolvenței la cerințele actuale ale economiei românești, în contextul general al alinierii legislației la directivele și normele Uniunii Europene.

În intervalul 2004-2008 membrii Uniunii și conducerea acesteia și-au adus contribuția la înnoirea legislației atât în materia insolvenței comercianților, cât și în domeniul organizării activității practicienilor în insolvență.

Astfel, putem considera Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței ca o nouă etapă în

reforma legislativă, prin elementele de noutate pe care le-a adus, dintre care menționăm :

- introducerea unei proceduri simplificate, ca alternativă la procedura generală;
- redefinirea rolului judecătorului-sindic în sensul degrevării acestuia de unele atribuții ce ieșeau din zona contenciosului;
- lărgirea responsabilităților administratorului judiciar și a lichidatorului și definirea rolului practicianului în insolvență de “ organ care aplică procedura ” cu atribuții manageriale bine precizate;
- amplificarea rolului adunării creditorilor și al comitetului creditorilor în luarea deciziilor comerciale;
- asigurarea celerității procedurii, simplificarea modalităților de citare, notificare și comunicare prin utilizarea Buletinului procedurilor de insolvență;
- îmbunătățirea condițiilor de constituire și utilizare a fondului de lichidare instituit în condițiile legii;
- editarea Manualului privind bunele practici în aplicarea procedurii insolvenței, ca suport pentru îmbunătățirea legislației și jurisprudenței în materie de faliment.

După doi ani de aplicare a legii suntem în măsură să putem susține o serie de amendamente menite să aducă îmbunătățiri actului normativ, eventual chiar prin inițierea unei Ordonanțe de urgență a Guvernului.

Avem în vedere modificarea art.7 în legătură cu unele aspecte de neconstituționalitate , cât și alte câteva modificări.

În numărul anterior al revistei am lansat un apel către membrii Uniunii pentru a prezenta propuneri de îmbunătățire a actului normative.

Intrarea în vigoare a Legii privind procedura insolvenței a impus adaptarea unei noi reglementări privind profesia de practician în insolvență, precum și crearea cadrului legislativ de preluare și gestionare în mod transparent a fondului de lichidare și asigurarea accesului în profesie în conformitate cu legislația comunitară în materia liberei circulații a serviciilor .

Aceste reglementări au fost adoptate prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr.86/2006, privind organizarea activității practicienilor în insolvență, aprobată prin Legea nr.254/2007, care a adus o serie de elemente de noutate, precum :

- dobândirea de către UNPIR a competenței de autoreglementare, cu dreptul de a „emite, în condițiile legii, Statutul privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență , regulamente, codul de etică al profesiei și procedura disciplinară”;
- exercitarea profesiei în una dintre următoarele forme: cabinet individual, inclusiv asocierea de cabinete individuale, societate civilă profesională cu răspundere limitată (SPRL) și în mod excepțional interpretarea profesională unipersonală cu răspundere limitată (IPURL), înregistrate în Registrul societăților profesionale ținut de către Secretariatul general al UNPIR;
- clarificarea (în baza legii și a Ordinului ministrului economiei și finanțelor) a ” regimului transparenței fiscale” ca impozitare a venitului persoanelor fizice – asociate ale SPRL sau IPURL;
- precizarea atribuțiilor legale ale practicianului în insolvență, precum și cele cu caracter exclusiv ce nu pot fi exercitate prin reprezentare;
- actualizarea condițiilor de dobândire a calității de practician în insolvență și precizarea compatibilităților, precum și a cazurilor de incompatibilitate în exercitarea profesiei;
- completarea celor trei organe de conducere ale Uniunii – Congresul, președintele și Consiliul național de conducere, cu un nou organ denumit

adunarea reprezentanților permanenți, către care Congresul poate delega o parte din atribuțiile sale.

Adaptarea la noile reglementări s-a făcut prin efortul depus atât de către membrii Uniunii cât și de structurile organizatorice ale acesteia.

Astfel, în prezent UNPIR are 2.165 membri din care: 814 organizați în cabinete individuale, 625 asociați și/sau salariați în cele 322 de societăți civile profesionale, 47 practicieni stagiați și 679 persoane incompatibile.

La începutul actualului mandat UNPIR avea 1.542 membrii, din care 891 practicieni compatibili, 273 societăți comerciale și 378 persoane incompatibile.

Prin activitatea desfășurată de către organele de conducere ale Uniunii și implicit ale filialelor sale, precum și de către structurile executive s-a putut realiza cu succes alinierea la noul cadru legislativ.

Totodată, au devenit funcționale: Procedura de administrare a fondului de lichidare, Monografia contabilă, Buletinul procedurilor de insolvență, Registrul societăților civile profesionale de practicieni în insolvență și Tabloul UNPIR, cu actualizare periodică în varianta electronică.

Nu voi dezvolta mai mult trecerea în revistă a activității desfășurate de conducerea Uniunii în ultimii 4 ani, întrucât o voi face la congres, dar nu pot să nu evidențiez modul de desfășurare al programelor de pregătire profesională care s-au remarcat prin interesul manifestat de către participanți, dar și prin atenția acordată de formatori.

La congres vom avea posibilitatea să discutăm mai multe aspecte legate de îmbunătățirea organizării activității practicienilor în insolvență, adoptând unele completări ale Statutului și implicit unele propuneri de modificare a legislației.

Adunările generale ale filialelor care au avut loc în primăvara acestui an au desemnat delegații la cel de al X-lea Congres al UNPIR, pe care îi așteptăm în ziua de 6 septembrie la Poiana Brașov.

Cu bine,

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Instituția administratorului special în procedurile de insolvență



Av. Gheorghe Piperea
Conf. univ. dr. – Facultatea de Drept a
Universității București
Vicepreședinte al CNC – UNPIR

1. Debitorul este, din momentul deschiderii procedurii, desesizat de afacerea sa. Libertatea sa de decizie asupra propriei afaceri este drastic limitată. Debitorul persoană fizică, întrucât este în faliment odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fiindu-i aplicabilă procedura simplificată, nu mai poate încheia acte juridice de sine-stătător, ci numai prin reprezentantul său legal, lichidatorul. Persoana juridică este reprezentată de administratorul judiciar sau de lichidator, cu excepția cazului în care și-a declarat intenția de reorganizare, iar dreptul de a-și administra afacerea nu i s-a ridicat. În acest din urmă caz, debitorul este reprezentat de administratorul special, care își desfășoară activitatea sub controlul și supravegherea administratorului judiciar aflat, la rândul său, sub controlul judiciar al judecătorului-sindic și sub controlul "de oportunitate" al creditorilor, exercitat prin adunarea creditorilor sau prin comitetul creditorilor.

Conducerea activității debitorului trece la administratorul judiciar sau la lichidator încă de la deschiderea procedurii. Mandatul organelor debitorului persoană juridică încetează pe data deschiderii procedurii, dacă debitorul nu și-a declarat în termen intenția de reorganizare. Chiar și în acest din urmă caz, organele debitoarei persoană juridică își pierde funcția, în favoarea administratorului special, pe data desemnării acestuia.

Din punct de vedere judiciar, debitorul nu mai poate sta singur în proces, ci numai prin reprezentantul sau legal, administratorul judiciar, lichidatorul sau administratorul special, după caz. Chiar și în cazul în care debitorul persoană juridică își păstrează dreptul de administrare, fiind reprezentat de administratorul special, debitorul este citat tot prin administratorul judiciar ori prin lichidator, așa cum rezultă din art. 87 pct.5 și art. 243 pct.3 C.proc.civ. Dacă debitorul a deschis un proces înainte de deschiderea procedurii insolvenței, după deschiderea acesteia, administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul, trebuie introdus în proces, atât în țară, cât și în procedurile ce se derulează în străinătate, până la introducerea acestora în proces cauza fiind suspendată de drept¹.

Legea insolvenței instituie, totuși, în beneficiul debitorului, unele drepturi procesuale cu caracter exorbitant, care se exercită fără reprezentarea judiciară a administratorului judiciar/lichidatorului și, uneori, în contradictoriu cu acesta. Spre exemplu, debitorul poate formula contestații, atât contra măsurilor administratorului judiciar/lichidatorului, cât și contra tabelor creanțelor. Pe de altă parte, debitorul este un participant la

procedura care beneficiază de unele drepturi și căruia îi incumbă unele obligații excepționale, rezultate din însăși faptul deschiderii procedurii insolvenței, drepturi și obligații care, în condiții normale, nu există. Prin exercițiul acestor drepturi și, respectiv, prin respectarea sau încălcarea acestor obligații, debitorul poate influența în mod decisiv soarta procedurii și, ca o consecință, și soarta drepturilor și obligațiilor celorlalți participanți la procedură, în special, ale creditorilor. Astfel, debitorul poate contesta că ar fi în stare de insolvență, caz în care, dacă i se respinge contestația, el nu mai are dreptul la reorganizare judiciară, sau poate cere să i se aplice direct procedura falimentului, odată cu deschiderea procedurii, ori poate formula recurs la hotărârea de deschidere a procedurii. Debitorul poate, de asemenea, să formuleze un plan de reorganizare, să conteste măsurile administratorului judiciar/lichidatorului sau tabelele creanțelor și să atace cu recurs oricare dintre hotărârile judecătorului sindic. Debitorul este ținut să depună în termen la dosar actele prevăzute de lege, sub sancțiunea trecerii la faliment și, după caz, a răspunderii sale civile sau chiar penale. Debitorul participă ca invitat la adunarea creditorilor, primește raportul final al lichidatorului și bilanțul de lichidare și participă la ședința convocată de judecătorul-sindic pentru soluționarea obiecțiunilor și aprobarea raportului, primește notificarea închiderii procedurii, putând formula obiecțiuni sau recurs etc.

Având în vedere că debitorul este, de regulă, desesizat dar, în același timp, el este un participant practic omniprezent la procedură, chestiunea cea mai preocupantă este aceea de a identifica persoana prin care debitorul persoană juridică își exercită aceste drepturi și își execută aceste obligații.

Legea insolvenței a introdus în acest scop, al instituirii unui organ al debitorului persoană juridică imputernicit să exercite drepturile și să execute obligațiile debitorului, un participant atipic la procedura insolvenței, respectiv, **administratorul special**.

Din analiza art. 3 pct.26 (care definește administratorul special) și a art. 18 (care stabilește atribuțiile administratorului special) din Legea insolvenței rezultă că administratorul special are *trei tipuri de atribuții* :

a) în cazul în care debitorul își păstrează dreptul de a-și administra averea, administratorul special are calitatea de reprezentant legal al debitorului; administratorul special înlocuiește, practic, administratorii în funcție la data deschiderii

procedurii (denumiți și administratori “statutari”), ceea ce contravine în mod evident ideii că debitorul își păstrează dreptul de a-și administra averea;

b) după ce “debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare”, adică, în cazul trecerii la faliment sau în cazul în care dreptul de administrare s-a ridicat la cerere (în condițiile art. 47 alin.3), administratorul special reprezintă interesele asociațiilor sau ale acționarilor; într-adevar, conform art. 18 alin.1, teza finală, “după ridicarea dreptului de administrare, debitorul este reprezentat de administratorul judiciar sau de lichidator, care îi conduce și activitatea comercială, iar *mandatul administratorului special va fi redus* [subl.n.] la a reprezenta interesele asociațiilor sau ale acționarilor”; un administrator special numit de adunarea generală în perioada când debitorul nu i se ridicase dreptul de administrare poate deveni după ridicarea acestui drept reprezentantul intereselor acționarilor;

c) indiferent de momentul în care se poziționează în timp numirea administratorului special, acesta exercită unele drepturi ale debitorului (ex. : formulează contestații) sau participă, în numele debitorului, la unele acte de procedură (ex. : la judecarea acțiunilor în anularea actelor încheiate în perioada suspectă, la facerea inventarului după intrarea în faliment) ori primește în numele debitorului anumite acte ale procedurii (raportul final, “bilanțul de închidere”, notificarea închiererii procedurii etc.); aceste atribuții rezultă din art. 18 alin.2 din Legea insolvenței și sunt în contradicție evidentă cu dispoziția mai sus citată a art. 18 alin.1 teza finală, după care mandatul administratorului special se restrânge la a reprezenta interesele acționarilor sau ale asociațiilor.

O serie de chestiuni relative la instituția administratorului special au rămas, însă, neclarificate în Legea insolvenței.

În primul rând, se observă ca, dintr-o regretabilă eroare, legea se referă numai la societățile comerciale debitoare care ar urma să fie reprezentate prin administratorul special. O astfel de limitare a incidenței instituției administratorului speciale lasă nereglementată situația societăților agricole, a grupurilor de interese economice și a celorlalte persoane juridice care desfășoară și activitate economică și care pot fi și ele supuse procedurii insolvenței, fiind în exact situația societăților comerciale debitoare, de a avea drepturi care supraviețuiesc sau survin deschiderii procedurii insolvenței sau de a-și păstra dreptul de a-și administra averea.

În al doilea rând, se pune problema de a ști dacă administratorul special ar trebui să fie selectat, ca și administratorul judiciar sau lichidatorul, dintre practicienii în insolvență. Având în vedere că, așa cum rezultă din art. 1 din OUG nr.86/2006 privind profesia de practician în insolvență (aprobată și modificată prin Legea nr.259/2007), procedurile de insolvență sunt conduse de practicieni în insolvență, precum și specificul deosebit al mandatului administratorului special, care este un manager de criză, consider că și **administratorul special trebuie să fie desemnat dintre practicienii în insolvență**. Este adevărat, însă, că în practică acest administrator special nu este aproape deloc desemnat dintre practicienii în insolvență, ceea ce este nu numai nelegal, dar și nepractic, întrucât procedurile de insolvență sunt foarte rar cunoscute și aplicate de alte persoane decât practicienii în insolvență, cu consecința unor complicații procedurale și manageriale majore. În practică, mai ales în cazul societăților aflate în portofoliul AVAS, administratorii speciali sunt numiți dintre funcționarii instituțiilor publice, ceea ce ridică două genuri de probleme : (i) gradul redus de cunoaștere de către acești funcționari a procedurilor de insolvență, de unde și permanenta tendință de rejectare a acestor proceduri de către instituțiile publice românești; (ii) remunerația administratorului special. Așa cum rezultă din art. 18 alin.1 teza întâi, acționarii debitorului numesc, pe cheltuiala lor, un administrator special, cu atribuțiile mai sus precizate. Așadar, în cazul societăților din

portofoliul AVAS, spre exemplu, remunerația administratorului special trebuie asigurată de AVAS și nu din averea debitorului, ceea ce poate reprezenta o cheltuială importantă din fondurile publice. Pe de altă parte, deși din Legea insolvenței rezultă indirect, dar indubitabil, că administratorul este un mandatar fie al debitorului, fie al acționarilor și că, deci, remunerația sa nu este un salariu, în practică aproape în mod unanim administratorul special este plătit ca un salariat al societății, deci nu ca un mandatar și nu de către acționari. Astfel, salariul administratorului special, care este și purtător de impozite și contribuții la asigurările sociale sau la asigurările de sănătate, grevează în mod inutil și ilegal fondurile debitorului care ar trebui, în mod normal, să fie orientate către cheltuielile de procedură, redresare și, în caz de eșec, distribuție. Niciuna dintre aceste probleme sau consecințe nefericite nu s-ar putea ridica în cazul în care administratorul special ar fi desemnat dintre practicienii în insolvență.

În al treilea rând, nu rezultă din lege dacă este vorba exclusiv de un administrator special unic sau dacă ar fi posibilă numirea unui organ colegial de conducere în calitate de administrator special. Din modul în care este denumită instituția administratorului special ar rezulta că acesta este un organ individual, și nu colegial. Dar nicăieri în lege nu este interzisă numirea a mai mult de un administrator special, ceea ce înseamnă că, cel puțin pe baza argumentului că unde legea nu interzice, înseamnă că permite, este admisibilă numirea a doi sau mai mulți administratori speciali, în funcție de anvergura și complexitatea afacerii debitorului. De observat că Legea insolvenței permite numirea în calitate de administrator special și a unei persoane juridice, care poate, în orice caz, să își numească unul sau mai mulți reprezentanți permanenți care să exercite funcția de administrator special.

În al patrulea rând, pentru cazul în care debitorului nu i se va fi ridicat dreptul de administrare, nu se știe exact ce se întâmplă cu mandatul administratorilor aflați în funcție la momentul numirii administratorului special (moment care este, oricum, ulterior deschiderii procedurii). Încetează funcția acestora sau, dimpotrivă, supraviețuiește? Din moment ce funcția de administrator se exercită în baza unui mandat, înseamnă că, cel puțin prin aplicabilitatea art. 1552 C.civ., funcția administratorilor încetează, întrucât mandantul (societatea) este în procedură de insolvență. De altfel, acesta este și sensul textelor din Legea insolvenței, respectiv, art. 3 pct.26 și art. 18, care intenționează schimbarea managementului debitorului din perioada în care era în situație normală, cu un manager de criză, adaptat situației debitorului aflat în insolvență. Dar în practică nu se întâmplă deloc așa. Din comoditatea practicianului în insolvență, a creditorilor sau a judecătorului-sindic ori pur și simplu din necunoașterea legii, administratorii “statutari” ai debitorului continuă să fie administratori și după numirea administratorului special. Având în vedere că administratorul judiciar exercită și el atribuții de supraveghere și control asupra managementului societății, este ușor de imaginat ce complicații pot apărea în practica din astfel de suprapuneri de competențe, și mai complicată este situația în care administratorii “statutari” exercitau funcția respectivă în baza unui contract de muncă sau, după caz, a unui contract de performanță (utilizat în cazul societăților “de stat”, în baza OG nr.79/2001, el fiind o anexă la contractul de muncă al administratorului). În practică, astfel de contracte supraviețuiesc multă vreme deschiderii procedurii, ba mai mult, supraviețuiesc chiar trecerii la faliment, ceea ce reprezintă o evidentă ilegalitate și o cheltuială inutilă care grevează fondurile destinate distribuției către creditori.

În al cincilea rând, deși Legea insolvenței instituie obligația desemnării unui administrator special, nu se stabilește nici un termen și nici o sancțiune pentru omisiunea desemnării unui astfel de organ al debitorului. În practică, în cele mai multe

cazuri, nu se numește deloc un administrator special, iar acolo unde, totuși, numirea are loc, aceasta se întâmplă târziu, când procedura insolvenței a avansat, uneori ireversibil. Legea insolvenței nu acoperă situația debitorului persoană juridică fără administrator special și nici situația debitorului persoană juridică până la numirea administratorului special.

În fine, așa cum s-a arătat mai sus, Legea insolvenței instituie în beneficiul debitorului o serie de drepturi procesuale cu caracter exorbitant, drepturi pe care debitorul le poate exercita chiar și în contra administratorului judiciar sau a lichidatorului, care este reprezentantul sau legal sau judiciar. Cine îl reprezintă pe debitor în acțiunile sale formulate în contradictoriu cu administratorul judiciar/lichidatorul? Desigur că, în cazul în care debitorul și-a păstrat dreptul de administrare și a fost desemnat un administrator special, acesta din urmă este cel îndrituit să-l reprezinte pe debitor în asemenea acțiuni. Dar dacă nu s-a numit (încă) un administrator special? Dacă debitorul și-a pierdut dreptul de administrare, cu consecința că administratorul special își vede limitat mandatul la reprezentarea intereselor acționarilor, cine îl reprezintă pe debitor în asemenea litigii, în care debitorul are drepturi proprii, care exced mandatului administratorului judiciar/lichidatorului? Răspunsul la aceste întrebări poate rezulta din principii referitoare la calitatea procesuală: din moment ce administratorul special nu a fost (încă) numit sau nu mai reprezintă debitorul după ridicarea dreptului debitorului de a-și administra averea, întrucât mandatul său se restrânge la a reprezenta interesele acționarilor, înseamnă că reprezentantul debitorului va putea fi administratorul “statutar” sau o altă persoană numită *ad hoc* de judecătorul sindic în acest scop. Această construcție logică pornește de la prevederile art. 41 și 42 C. proc. civ. Dar construcția presupune soluții jurisprudențiale, care nu au cum să fie unitare, ceea ce înseamnă că scopul instituirii administratorului judiciar nu a fost atins decât în parte.

De altfel, dincolo de ipotezele de mai sus, care se pot multiplica în practică la infinit, există o contradicție inexplicabilă între ideea “păstrării dreptului de administrare”² al debitorului și instituția administratorului special care îi “administrează activitatea”, îi exercită drepturile și îi execută obligațiile, pe perioada cât debitorul își păstrează dreptul de administrare. Ori debitorul își păstrează dreptul de administrare și nu mai este nevoie de un mandatar obligatoriu care să îi exercite drepturile, ori debitorul este desesizat, și atunci este necesar un mandatar, fie el și *ad-hoc*, care să îi exercite drepturile pe care nu le poate exercita personal. Legea insolvenței prevede, însă, pentru situația în care debitorul este desesizat, că mandatul administratorului special este *reduc* la reprezentarea intereselor acționarilor/asociaților, adică administratorul special îi reprezintă, de la momentul desesizării, *exclusiv* pe acționari (?!), pentru debitor el având doar menirea de a participa la judecarea acțiunilor în anulare, la facerea inventarului și de a primi raportul final, bilanțul de închidere și notificarea închiderii procedurii. Dar debitorul rămâne fără reprezentare în situațiile arătate mai sus, altele decât participarea la judecarea acțiunilor în anulare, facerea inventarului etc. Aș putea spune că Legea insolvenței a reglementat instituția administratorului special tocmai invers decât trebuie, adică, nu pentru cazul în care debitorul ar fi fost desesizat și ar fi avut nevoie de un mandatar care să îi exercite drepturile, ci pentru situația în care nu este desesizat și nu ar fi avut, în mod normal, nevoie să fie reprezentat de un alt mandatar decât administratorii săi inițiali.

Cele două texte referitoare la administratorul special, mai sus citate sunt în contradicție și cu dispozițiile art. 11 alin.2, teza a doua din Legea insolvenței, conform cărora atribuțiile manageriale aparțin administratorului judiciar sau lichidatorului ori, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat

dreptul de a-și administra averea. După câte se pot observa, legea nu face, în cuprinsul acestui text, nici o referire la administratorul special, acesta având, în concepția inițială a proiectului Legii insolvenței un rol complet diferit de cel care i-a fost acordat prin Legea propriu-zisă a insolvenței. Administratorul special era conceput inițial ca un mandatar al debitorului pentru perioada în care acesta ar fi fost desesizat, adică i s-ar fi ridicat, la cererea creditorilor sau automat, pentru trecerea la faliment, dreptul de a-și administra averea. O anumită contradicție există și față de art. 11 alin.2 teza a treia, conform căreia deciziile manageriale pot fi controlate sub aspectul oportunității de către creditorii, prin organele acestora. Se observă că nu se face distincție între deciziile manageriale ale administratorului judiciar/lichidatorului și cele ale debitorului. Și aceste din urmă decizii manageriale sunt sub controlul de oportunitate al creditorilor, care se substituie sau se adaugă, în acest fel, acționarilor sau organelor de control și supraveghere ale societății comerciale debitoare, din moment ce, prin definiție, debitorul își păstrează dreptul de a-și administra averea.

2. Consecința pierderii de către debitor a dreptului de administrare a propriei afaceri (desesizarea) este aceea că reprezentantul legal al debitorului devine administratorul judiciar/lichidatorul. Drepturile patrimoniale ale acestuia, inclusiv cele procesuale, se vor exercita prin acest reprezentant legal. Mai mult, chiar și în cazul în care debitorul își păstrează dreptul de administrare a propriei averi, el va fi citat tot prin administratorul judiciar/lichidator (a se vedea art. 87 pct. 5 C.proc.civ.). Până la introducerea în cauză a administratorului judiciar/lichidatorului, orice proces în care debitorul este pârât sau reclamant este suspendat de drept (a se vedea art. 243 pct. 3 C.proc.civ. și art. 36 din Legea insolvenței), iar adunările generale ale membrilor/asociaților/acționarilor debitorului persoanei juridice vor fi convocate și prezidate de administratorul judiciar/lichidator. Așadar, la prima vedere am putea spune că reprezentarea judiciară a debitorului aflat în insolvență aparține în mod exclusiv administratorului judiciar/lichidatorului.

Conducerea activității debitorului trece, de regulă, în sarcina administratorului judiciar/lichidatorului încă de la deschiderea procedurii. Mandatul administratorilor societății ce intră în procedura insolvenței încetează pe data deschiderii procedurii, dacă debitorul nu și-a declarat în termen intenția de reorganizare. Chiar și în acest din urmă caz, administratorii societății debitoare își pierd funcția, în favoarea administratorului special, pe data desemnării acestuia.

Debitorul beneficiază, totuși, conform Legii nr.85/2006, de unele drepturi procesuale, care se exercită fără reprezentarea judiciară a administratorului judiciar/lichidatorului și, uneori, în contradictoriu cu acesta. Spre exemplu, debitorul poate formula recurs împotriva sentinței de deschidere a procedurii sau a încheierii de trecere la faliment și poate formula contestații, atât contra măsurilor administratorului judiciar/lichidatorului, cât și contra tabelor creanțelor. Aceste drepturi sunt conferite debitorului direct de lege și nu țin de capacitatea normală de folosință a debitorului, motiv pentru care ele pot fi calificate ca **drepturi procesuale cu caracter exorbitant**.

Problema care se ridică în aceste situații este aceea a persoanei prin care se exercită aceste drepturi, în cazul debitorului – persoană juridică.

Sub imperiul fostei Legi nr.64/1995, confuzia era cvasitotală³. Unele instanțe acceptau ca acest reprezentant să fie așa-numitul « administrator statutar », deși acesta era considerat demis de drept, odată cu ridicarea dreptului debitorului de a-și administra averea; alte instanțe admiteau că acest reprezentant este reprezentantul asociaților/acționarilor.

Prin Legea insolvenței, dreptul de reprezentare a debitorului, pe perioada cât acesta își păstrează administrarea afacerii proprii, este atribuit administratorului special. O anumită confuzie se menține însă și sub imperiul Legii insolvenței, întrucât, după ce debitorului i s-a ridicat dreptul de a-și administra averea, administratorul special este reprezentantul asociațiilor/acționarilor, distincți ca subiectivitate de debitor. Ar fi forțat să se argumenteze că acest mandatar al asociațiilor/acționarilor va exercita și drepturile cu caracter exorbitant ale debitorului, mai ales că articolul 47 alin. (3) din Legea insolvenței prevede că judecătorul sindic poate ridica dreptul de administrare al debitorului, drept care trece, din acest moment, de la organul debitorului la administratorul judiciar și nu la administratorul special.

Și, cu toate acestea, Legea insolvenței continuă să reglementeze o serie de situații în care debitorul apare ca fiind titular de drepturi procesuale, unele dintre acestea putând fi exercitate chiar în contradictoriu cu administratorul judiciar.

Consider că acest drept de reprezentare, necesar exercitării acelor drepturi procesuale cu caracter exorbitant pe care le păstrează debitorul și după ridicarea dreptului de a-și administra averea aparține, în cazul societăților de persoane și al grupului de interese economice, oricăruia dintre asociați sau membri (întrucât administratorul statutar nu mai există, fiind demis de drept) și, în cazul societăților pe acțiuni și al societăților cu răspundere limitată, persoanei desemnate de adunarea generală a acționarilor/asociaților. În lipsă, judecătorul-sindic va avea obligația să desemneze, până la alegerea unui reprezentant de drept de către adunarea generală, un reprezentant ad-hoc. Soluția rezultă din aplicarea dispozițiilor art. 41, 42 și 44 C. proc. civ. Într-adevăr, conform art. 41 alin.1 C.proc.civ., orice persoană care are folosința drepturilor civile poate sta în judecată ca parte. Or, persoană juridică nu își pierde capacitatea de folosință prin deschiderea procedurii insolvenței ci doar își vede limitată această capacitate. Așadar, devin aplicabile dispozițiile art. 44 alin.1 teza a doua C.proc.civ. conform cărora instanța va putea numi un curator special în caz de conflict de interese între reprezentant și cel reprezentat sau când o persoană juridică, chemată să stea în judecată, nu are reprezentant legal. Debitorul persoană juridică ce își exercită drepturile procesuale cu caracter exorbitant la care ma refer mai sus este exact în situația vizată de cele două ipoteze ale textului, respectiv, este în contradictoriu cu administratorul judiciar/lichidatorul, reprezentantul său legal și nu are alt reprezentant legal.

3. Deschiderea procedurii antrenează desesizarea debitorului, administrarea averii sale trecând fie la administratorul judiciar sau la lichidator, fie la administratorul special, după cum debitorul și-a exprimat sau nu intenția de reorganizare.

Într-adevăr, dacă debitorului nu îi este permisă reorganizarea sau, deși îi este permisă reorganizarea, nu a formulat în termen legal declarație de intenție de reorganizare, administrarea averii sale trece la administratorul judiciar sau la lichidator, care vor avea și calitatea de reprezentanți legali ai debitorului. În această situație, administratorul special nu este reprezentantul debitorului, ci reprezentantul acționarilor sau ai asociațiilor debitorului persoană juridică.

Dacă debitorul persoană juridică și-a exprimat intenția de reorganizare, administrarea averii sale este încredințată administratorului special, care îi înlocuiește de drept, pe data numirii sale, pe administratorii statutari ai debitorului. Așadar, și în acest caz debitorul persoană juridică este, practic, desesizat, din moment ce managementul sau, în funcție la data deschiderii procedurii, își vede mandatul întrerupt, în favoarea administratorului special. Numai în cazurile excepționale în care, din rațiuni obiective sau subiective și culpabile, nu a fost numit un administrator special, debitorul își păstrează dreptul de

a-și administra averea, întrucât organele sale își exercită în continuare mandatul. Dar această situație este precară, neputând dura în timp și are, de altfel, un caracter evident ilegal.

Dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de a-și administra averea, deși acest drept i-a fost conferit prin lege de faptul că și-a declarat în termen intenția de reorganizare, însăși mandatul administratorului special este suspendat, așa cum rezultă din art. 3 pct.30 din Legea insolvenței. În acest caz, desesizarea debitorului nu rezultă din omisiunea declarării intenției de reorganizare sau din inexistența dreptului debitorului la reorganizare, ci din hotărârea judecătorului-sindic, pronunțată în condițiile art. 47 alin.5 din Legea insolvenței, la cererea administratorului judiciar, a comitetului creditorilor sau a oricăruia dintre creditorii care probează că debitorul provoacă pierderi continue averii sale sau lipsa probabilității de realizare a unui plan de reorganizare.

Desesizarea pentru inexistența dreptului la reorganizare sau a declarației de intenție de reorganizare sancționează situațiile prevăzute la art. 1 alin.2 (procedura simplificată), reintrarea în stare de insolvență după ce debitorul a mai fost în reorganizare judiciară în ultimii 5 ani (art.30) sau eșecul planului de reorganizare și este *automată*. În schimb, desesizarea ulterioară a debitorului este exclusiv *judiciară* și sancționează pierderile continue aduse averii debitorului în perioada de observație sau în procedura reorganizării ori lipsa șanselor de reorganizare. Debitorul este, și în acest caz, desesizat, administratorul special fiind și el suspendat din funcție, dar întreținerea debitorului mai poate fi, totuși, reorganizată, în baza unui plan de reorganizare propus de administratorul judiciar sau de creditor. Cu siguranță, însă, că practic, ridicarea dreptului de administrare pentru pierderi și pentru lipsa șanselor de reorganizare este în anticamera falimentului. *Desesizarea judiciară este, de fapt, o fază prealabilă falimentului.*

În toate situațiile, administratorul judiciar sau lichidatorul este reprezentantul judiciar al debitorului, întrucât trebuie introdus în toate cauzele debitorului în care acesta este reclamant, precum și în cauzele în care acesta este pârât, altele decât acțiunile în pretenții.

În orice caz, nu se poate spune că reglementarea referitoare la desesizare este foarte coerentă. Administratorul special este oprit de la a-l reprezenta pe debitor tocmai în cazurile în care o astfel de reprezentare ar fi imperativă. S-a văzut, spre exemplu, că, în cazurile în care debitorul este desesizat, administratorul special devine un reprezentant exclusiv al acționarilor sau al asociațiilor debitorului (în cazul desesizării judiciare, și această calitate îi este suspendată). Dar chiar și în aceste cazuri, în care debitorul este desesizat, el păstrează de la lege anumite drepturi procesuale cu caracter exorbitant, pe care nu și le mai poate exercita prin administratorul special, fiind, în același timp, desesizat. Soluții practice există (așa cum am arătat mai sus, acest reprezentant va putea fi administratorul statutar, unul dintre asociați/acționari, un mandatar *ad-hoc* numit de judecătorul-sindic etc.), dar ar fi fost preferabil ca soluția să fie prevăzută în lege, și nu să fie dedusă pe cale de interpretare a dreptului comun. De altfel, reafirm că administratorul special, menit în proiectul Legii insolvenței a acoperi tocmai această lacună de reglementare, s-a transformat în Legea propriu-zisă a insolvenței în inversul său, adică într-o instituție care încurca mai mult decât să ajute.

4. Dacă debitorul nu este desesizat, adică, utilizând formula din Legea insolvenței, "își păstrează dreptul de a-și administra averea", el va avea dreptul de a-și conduce afacerea, prin administratorul special, adică dreptul de a încheia afaceri sau efectua activități comerciale conform regulii *business as usual*. Dacă, din contră, debitorul este desesizat, fie automat, fie pe cale judiciară, afacerea sa va putea fi continuată de administratorul

judiciar, până când se va trece la faliment, fie pentru că nu este posibilă o reorganizare, fie pentru că reorganizarea a eșuat.

Pe de altă parte, chiar dacă debitorul este desesizat, dreptul de proprietate asupra bunurilor aflate în patrimoniul său nu este alterat în nici un fel.

Se obișnuiește să se compare această desesizare a debitorului cu o incapacitate de exercițiu, când drepturile incapabilului sunt exercitate prin intermediul unei alte persoane (tutore, curator), actele de dispoziție ale incapabilului fiind semnate, pentru valabilitate, doar de reprezentantul legal.

Dar în realitate nu este vorba decât cel mult în cazul debitorului persoană fizică de o limitare a capacității juridice⁴, în sensul că lichidatorul va face toate actele de dispoziție, de administrare și de conservare necesare lichidării averii falitului, acesta din urmă păstrând, totuși, dreptul de a încheia acte juridice de natură strict personală (căsătorie, divorț, acceptarea sau renunțarea la o succesiune etc.).

În cazul debitorului persoană fizică, patrimoniul său se separă în două fracțiuni distincte, de îndată ce s-a deschis procedura falimentului. Masa bunurilor debitorului (masa activă) supusă lichidării devine, din acest moment, un *patrimoniu de afectațiune*. Afectațiunea este, în mod evident, lichidarea spre îndeșularea creditorilor. Cel care administrează în acest scop special masa activă este lichidatorul, echivalent, din acest punct de vedere, cu *trustee*-ul din dreptul anglo-saxon. Din interpretarea fostului art. 717 C.com., doctrina interbelică⁵ a conchis că din ziua falimentului i se ridică falitului administrația bunurilor sale, nu și proprietatea bunurilor sale. Debitorul, până la lichidare, rămâne proprietarul bunurilor sale, numai că exercițiul dreptului de proprietate nu îi mai aparține, acesta fiind trecut la judecătorul-sindic. Dar aceste bunuri, chiar dacă aparțin falitului, sunt aservite scopului falimentului, adică lichidarea acestora în vederea acoperirii creanțelor contra debitorului. Așadar, odată deschisă procedura falimentului, aceste bunuri alcătuiesc un *patrimoniu de afectațiune*, administrat de judecătorul-sindic în vederea lichidării⁶. Aceasta este, de altfel, concepția anglo-saxonă asupra desesizării debitorului aflat sub incidența procedurii de *bankruptcy*, procedură administrată de un *trustee*.

În ce-l privește, debitorul persoană juridică nu suferă decât în cazul falimentului o limitare a capacității de folosință. În perioada de observație sau, după caz, în procedura reorganizării judiciare (posibilă, de altfel, numai în cazul debitorului persoană juridică, nu și în cazul debitorului persoană fizică), debitorul își pastrează dreptul de administrare, pe care și-l exercită, de regulă, prin administratorul special. Dar chiar și în cazul în care debitorul ar fi desesizat, capacitatea sa juridică rămâne aceeași, numai că drepturile sale sunt exercitate de administratorul judiciar, în calitate de reprezentant legal, care îi înlocuiește în funcție pe reprezentanții legali ai debitorului din perioada când acesta se afla în *bonis*. Persoana juridică își exercită drepturile și își asumă obligațiile prin organele sale, iar actele juridice făcute de organele sale, în limitele puterilor ce le-au fost încredințate, sunt actele persoanei juridice însăși (art. 34-35 alin.1 din Decr. nr.31/1954 privind persoanele fizice și persoanele juridice). Or, administratorul judiciar sau lichidatorul sunt organele debitorului, ceea ce înseamnă că actele acestora sunt actele debitorului, întocmai cum actele organelor debitorului din perioada în care se afla în *bonis* erau actele debitorului însuși. Așadar, nu avem de a face cu o incapacitate, ci cu o înlocuire a reprezentantului legal. Desesizarea, în cazul persoanei juridice,

se traduce prin încetarea funcției reprezentanților legali în favoarea administratorului judiciar sau a lichidatorului, nefiind vorba de o limitare a capacității de exercițiu. De altfel, așa cum am spus și cu alt prilej⁷, în cazul unei persoane juridice nu se poate opera o reală separare între categoriile tradiționale de capacitate de folosință și capacitate de exercițiu, separare specifică persoanei fizice și justificată prin rațiuni de ocrotire sau protecție a persoanelor nevîrstnice sau lipsite de discernământ față de riscul încheierii unor acte juridice lezionare. Numai persoanele fizice pot fi lipsite de capacitate de exercițiu, cu capacitate de exercițiu restrânsă și cu capacitate de exercițiu deplină. Persoana juridică are prin definiție capacitate de exercițiu deplină : persoana juridică este o realitate juridică, și nu fizică, nu are voință organică proprie și nu se manifestă decât prin organele sale, obligatoriu persoane deplin capabile⁸.

Totuși, debitorul persoană fizică, precum și conducătorii debitorului persoană juridică pot suferi, în anumite condiții, unele incapacități speciale de folosință sau decăderi profesionale. Spre exemplu, falitul fraudulos, chiar reabilitat, este nedemn de a exercita profesia de avocat. Cel care a fost găsit vinovat de săvârșirea unor infracțiuni prevăzute în Legea insolvenței sau în Legea societăților comerciale ori a unor infracțiuni economice prevăzute în Codul penal nu mai pot fi fondatori și nici administratori de societăți comerciale timp de 5 ani de la reabilitare.

NOTE

¹ Chestiuni delicate se ridică în privința mandatului avocatului angajat de debitor înainte de deschiderea procedurii insolvenței. Fără a intra în detalii, se poate considera că mandatul avocatului încetează, în baza art. 1552 pct. 3 C. civ. care prevede că mandatul se stinge, printre altele, prin insolabilitatea și falimentul mandantului sau a mandatarului. Mandatul poate, totuși, să supraviețuiască, în cazul în care el este ratificat de administratorul judiciar/lichidator.

² În realitate, este vorba de situația normală în care debitorul face ceea ce face în mod normal titularul unui patrimoniu - acte de dispoziție, administrare și conservare asupra acestuia – adică de situația inversă desesizării.

³ A se vedea Ion Turcu, *Tratat de insolvență*, CH Beck 2006, p.223-224.

⁴ Majoritatea doctrinei interbelice nici nu era de acord că am fi în prezența unei incapacități. Astfel, se considera că prin desesizare, debitorul nu devine incapabil. Actele sale sunt numai inopozabile masei credale. Dacă judecătorul sindic nu cere anularea acestor acte, ele rămân bine făcute (C.com.adn., p.461). Jurisprudența Curții de Casație era și ea în acest sens. Astfel, s-a decis ca « falitul nefiind lovit de incapacitate, ci numai de o indisponibilitate față de masa credală, căreia nu poate să-i aducă nici un prejudiciu, actele sale sunt valabile în ele însele, fără ca falitul sau persoana cu care a contractat să poată cere anularea acestor acte (Cas. I, dec. nr.61/1916, cit. în C.com.adn., p.462).

⁵ A se vedea C.com.adn., p.460.

⁶ C.com.adn., p.461; Fintescu, *Drept falimentar român*, București, 1927, p.177, *apud* C.com.adn.

⁷ St. D. Carpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea nr.31/1990 privind societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, 2006, p.24.

⁸ Persoana juridică își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale. Fiind o realitate juridică, și nu faptică, un mijloc de organizare a unei colectivități în vederea producerii de efecte juridice, persoana juridică nu are o voință organică proprie (G.Goubeaux, *Personalite morale, droit de personnes et droit de biens*, în "Etudes dedies a R. Roblot", L.G.D.J., 1984, p.199) și, de aceea, nu poate avea o capacitate de folosință nelimitată. Actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost încredințate, sunt considerate actele persoanei juridice însăși. Faptele licite sau ilicite săvârșite de organele sale obliga însăși persoana juridică, dacă au fost săvârșite cu prilejul exercitării funcțiilor lor (C.Stătescu, C.Bîrsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed.All, 1992, p.195-198), astfel cum dispune art.35 din Decr.nr.34/1954.

Dubla calitate a Ministerului Economiei și Finanțelor



Av. asist. univ. drd. Diana Deleanu

Membră UNPIR, filiala București

În susținerea punctelor de vedere ale practicienilor cu experiență din domeniul insolvenței, am considerat oportună prezentarea succintă a unor aspecte teoretice legate de rolul și locul Ministerului Economiei și Finanțelor în procedura insolvenței.

Deși doar practica dă măsura valorii unui specialist, această prezentare se dorește a fi un set de argumente doctrinare care ar putea veni în sprijinul practicienilor în relația – mai mult sau mai puțin tensionată – cu Ministerul Economiei și Finanțelor.

Ministerul Economiei și Finanțelor, ca entitate, intră într-un raport juridic :

-**de drept public** cu contribuabilii, în calitatea sa de autoritate publică centrală însărcinată cu administrarea veniturilor statului, și

-**de drept privat**, în calitatea sa de simplu participant la procedura insolvenței.

Într-adevăr, raportul de drept administrativ este un raport de putere, fiind caracterizat de o inegalitate între subiectele sale, statul fiind purtătorul autorității publice, calitate care îl poziționează într-o postură dominantă.

Ministerul Economiei și Finanțelor este una dintre autoritățile publice centrale care realizează administrația publică, beneficiind de putere discreționară.

Puterea discreționară sau dreptul de apreciere reprezintă acea marjă de libertate lăsată la libera apreciere a unei autorități, astfel că, în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor, să poată recurge la orice mijloc de acțiune, în limitele competenței sale.

Activitatea desfășurată de această entitate este una cu caracter continuu și regulat, organizată/autorizată de o autoritate a administrației publice, în vederea satisfacerii unor necesități de interes public, deci reprezintă un serviciu public.

Serviciul public, însă, presupune prestarea unei activități în folosul comunității în slujba căreia este înființată, și fără exces de putere.

Din păcate, însă, granița dintre exercitarea puterii discreționare și excesul de putere este una extrem de fină și frecvent depășită de autoritățile administrației publice.

Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF) este un organ de specialitate al administrației publice centrale, înființată în subordinea Ministerului Economiei și Finanțelor.

Printre obiectivele sale principale se numără colectarea veniturilor bugetului de stat; urmărirea, supravegherea și controlul fiscal în domeniul taxelor, impozitelor și a celorlalte venituri bugetare și elaborarea și aplicarea unor proceduri privind executarea silită.

Agenția Națională de Administrare Fiscală este autorizată să exercite neîngrădit inspectia fiscală și controlul financiar, însă competența sa pentru asemenea măsuri se întinde doar în timpul vieții debitorului.

Aceasta ar fi o succintă caracterizare a Ministerului Economiei și Finanțelor și a ANAF, în calitatea lor de autorități ale administrației publice investite cu atribuții de putere publică care acționează dintr-o poziție dominantă.

Aceasta nu este, însă, singura postură în care cele două entități se regăsesc în viața publică.

Apărând ca participanți în procedura insolvenței, ele ajung să fie lipsite de prerogativele excepționale cu care s-au obișnuit în prima postură, deci le înțelegem că s-ar putea să le fie destul de dificil să se adapteze la un dialog între egali într-o procedură concursuală.

Dar Legea nr. 85 din 2006 le stabilește foarte clar locul în ierarhia participanților, prin lipsa oricărei referiri la aceste autorități în articolul 5 al legii. Nu se face vorbire despre organismele mai-sus menționate nici măcar în calitatea lor de simpli participanți, aliniatul 1 enumerând limitativ organele

care aplică procedura: “instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul”.

Nicăieri în procedura insolvenței nu se mai regăsesc prerogativele exorbitante de care Ministerul Economiei și Finanțelor și ANAF beneficiază în calitate de subiecte în raportul de drept public.

Singurul participant investit cu atribuții decizionale este, în final, judecătorul-sindic. Nici măcar administratorul judiciar - un simplu înfăptuitor al justiției - nu i se poate substitui în drepturi - cu atât mai puțin autoritățile financiar-fiscale.

Inspekțiile fiscale și controlul financiar pot fi exercitate doar în cadrul raportului de drept public, competența celor două instituții în acest sens încetând în procedura insolvenței, în raportul de drept privat.

Singura autoritate competentă să decidă asupra unor măsuri de executare silită este - în procedura insolvenței - judecătorul-sindic, astfel încât Agenția Națională de Administrare Fiscală se vede nevoită să renunțe la această atribuție.

Data fiind această încetare a competenței, inspekțiile fiscale, controlul financiar și solicitarea de informații de la practicianul în insolvență se dovedesc a fi abuzive.

Este de menționat că legea insolvenței statuează foarte clar în art. 147 entitățile cărora li se vor prezenta informații, sub sancțiunea aplicării legii penale, iar printre acestea NU se regăsesc autoritățile financiar-fiscale: « Refuzul debitorului-persoană fizică sau al administratorului, directorului, directorului executiv, ori al reprezentantului legal al debitorului-persoană juridică, de a pune la dispoziție judecătorului-sindic, administratorului judiciar sau lichidatorului, în condițiile prevăzute la art. 35, documentele și informațiile prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a)-f) ori împiedicarea acestora, cu rea-credință, de a întocmi documentația respectivă se pedepsește cu închisoare de la un an la 3 ani sau cu amendă.”

Ca parte în procedura insolvenței, Ministerul Economiei și Finanțelor și Agenția Națională de Administrare Fiscală au aceeași libertate ca și ceilalți participanți de a consulta dosarul cauzei pentru procurarea oricăror date le-ar fi necesare. Nici o prevedere legală nu le îngreșează acestora dreptul constituțional la liberul acces la informație, consacrat de articolul 31.

În cadrul acestei proceduri concursuale, autoritățile financiar-fiscale reprezintă un creditor care beneficiază deja de suficiente privilegii, dată fiind prioritatea de care se bucură în conformitate cu articolul 123 din Legea nr. 85/2006 la plata creanțelor bugetare în procedura falimentului.

Coroborând prevederile articolului 123 cu cele ale art. 125 - (1) : “Titularilor de creanțe dintr-o categorie li se vor putea

distribui sume numai după deplina îndestulare a titularilor de creanțe din categoria ierarhic superioară, potrivit ordinii prevăzute la art. 123”, putem concluziona că titularul creanțelor bugetare s-ar putea mulțumi cu avantajele pe care legea insolvenței i le oferă.

O prevedere constituțională care trebuie pusă în vedere titularului de creanțe bugetare din procedura insolvenței este articolul 16: “Egalitatea în drepturi” care statuează extrem de clar în primele două aliniate: “(1) Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări. (2) Nimeni nu este mai presus de lege.”

Invocarea acestui articol s-ar putea dovedi extrem de utilă, reechilibrând balanța între autoritatea fiscală și ceilalți participanți la procedură, în situațiile în care autoritatea este tentată să uzeze de drepturile pe care era obișnuită să le exercite în timpul vieții debitorului.

Articolul nr.17 din O.U.G. nr.19/2008 introduce două noi prevederi în materia rolului M.E.F. în procedura insolvenței, potrivit cărora:

a. dacă organul fiscal deține peste 50% din valoarea creanțelor, poate decide numirea și remunerarea unui lichidator cu confirmarea judecătorului-sindic, excluzând astfel rolul adunării creditorilor;

b. dacă organul fiscal deține peste 50% din valoarea creanțelor, poate să verifice activitatea lichidatorului și să îi solicite prezentarea documentelor referitoare la activitatea desfășurată și la onorariile încasate.

Prima modificare este utilă pentru rapidizarea desfășurării procedurii, cu singura mențiune că elementul discriminatoriu ar trebui să lipsească (e.g. : « titularul a peste 50% din valoarea creanțelor, oricare ar fi acela »), în conformitate cu principiul constituțional al egalității în drepturi.

Cea de-a doua modificare, însă, acordă autorității fiscale drepturi exorbitante, care contravin caracterului concursal al procedurii insolvenței (transformând un simplu participant într-un conducător al procedurii) și - mult mai grav - încălcând principiul constituțional al separației puterilor în stat, prin conferirea unor atribuții aparținând puterii judecătorești unui reprezentant al puterii executive.

Concluzionând, înțelegem dificultatea autorităților financiar-fiscale în a se adapta unei proceduri concursuale care le îngreșează drepturile cu care sunt obișnuite, dar considerăm că există suficiente argumente pentru un dialog de pe poziții de egalitate.



Un caz particular al incapacității instituite de art 94 din legea privind procedura insolvenței



Av. Andrei Cionca
Membru UNPIR, filiala Cluj



Jurist Georgeta Varian

1. Considerații generale

Reorganizarea activității unei societăți comerciale reprezintă o posibilitate de demarare a unui nou început pe care Legea nr. 85/2006¹ o acordă debitorilor prevăzuți de art. 1 alin.1 din legea menționată, în cazul în care există șanse reale de redresare. Pentru a beneficia de acest avantaj trebuie în primul rând propus un plan de reorganizare (de către persoanele care au acest drept) viabil, bazat pe o bună cunoaștere a pieței de desfacere a produselor/serviciilor pe care le oferă agentul economic, precum și a concurenței din domeniu.

Doctrina² consideră că o dată cu apariția noii legi privind procedura insolvenței s-a realizat o relaxare a reglementărilor în materia reorganizării judiciare, o încurajare prin mijloace juridice specifice a reorganizării activității debitorului, cu respectarea condițiilor impuse în acest sens. Una dintre condițiile speciale impuse în materia reorganizării va fi analizată în continuare.

2. Incapacitatea instituită de art. 94 alin. 4 din Legea nr. 85/2006

În art. 94 din Legea nr. 85/2006 sunt enumerate categoriile de persoane care pot propune un plan de reorganizare în măsura în care se consideră că activitatea societății debitoare poate fi redresată prin această metodă și anume: debitorul, administratorul judiciar și, respectiv, unul sau mai mulți creditori care și-au anunțat această intenție până la votarea raportului prevăzut la art. 59 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, deținând împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe.

Dintre aceste categorii de persoane cei mai interesați de redresarea activității persoanei în insolvență sunt societatea debitoare și reprezentanții acesteia care, în cele mai multe cazuri vor propune un plan de reorganizare.

În privința admisibilității unei asemenea propuneri, legea instituie în alin. 4 al art. 94 din Legea nr. 85/2006 o condiție suplimentară în cazul acestui participant, și anume aceea că « *Nu vor putea propune un plan de reorganizare debitorul care, într-un interval de 5 ani anteriori formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi și nici debitorul care a fost condamnat definitiv pentru falsificare sau pentru infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996 sau ai cărui administratori, directori și/sau asociați au fost condamnați*

definitiv pentru: bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, infracțiuni de fals ori infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii. »

Aceste ultime teze a articolului sunt de multe ori ignorate de participanții la procedură care verifică doar prima parte a condițiilor de admisibilitate de principiu a planului de reorganizare propus de debitor, respectiv faptul dacă debitorul a mai fost supus unei proceduri de reorganizare anterior deschiderii procedurii.

Legea privind procedura insolvenței este o normă extrapenală, al cărui articol 94 instituie o excepție de la regulile ce stabilesc condițiile în care un debitor poate propune un plan de reorganizare. Așa cum este prevăzut în codul penal român, limitările impuse unor anumite persoane prin legi extrapenale, limitări care decurg dintr-o condamnare penală definitivă, sunt denumite „incapacități”.

Prevederea legală citată impune ca de fiecare dată când este propus un plan de reorganizare în numele debitorului, instanța chemată să se pronunțe asupra admisibilității de principiu a planului să verifice faptul dacă societatea debitoare – persoană juridică a fost condamnată la una dintre infracțiunile prevăzute expres de lege și, totodată, să se solicite Direcției Cazier Judiciar din cadrul Inspectoratului Român de Poliție cazierul judiciar al administratorilor, directorilor și asociaților debitorului.

În practică³ s-au întâlnit cazuri în care s-a constatat faptul că planul propus de administratorul special al debitorului nu a putut fi aprobat de principiu deoarece asociatul unic al societății SC X SRL fusese condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de abuz de încredere în perioada aferentă interdicției prevăzută de articolul menționat anterior, respectiv în cei 5 ani anteriori deschiderii procedurii de insolvență.

3. Condamnarea penală a persoanelor juridice

Deși multă vreme s-a considerat că persoanele juridice nu pot fi subiect activ al unor fapte prevăzute de legea penală, prin modificările aduse Codului Penal s-a introdus prevederea din art. 19 unde se menționează în mod expres faptul că aceste entități morale pot fi subiecte active ale infracțiunilor prevăzute de legea penală⁴. Reglementări similare se întâlnesc și în alte legislații europene cum ar fi cea spaniolă, cea franceză, în dreptul belgian, în cel canadian etc.⁵

Articolul 19 c. pen. stabilește în mod expres condițiile în care o persoană juridică poate fi condamnată din punct de vedere penal și totodată stabilește și excepțiile de la această prevedere (nu pot fi subiect activ al acestei forme de răspundere statul, autoritățile publice și instituțiile publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat).

Răspunderea penală a persoanei juridice nu trebuie confundată cu răspunderea comitentului pentru prepusul său. Prima formă de răspundere constituie o răspundere penală și care intervine, în general, pentru infracțiuni care sunt în legătură strânsă cu încălcarea principiului specialității capacității de folosință. Cea de-a doua formă de răspundere este una civilă, care are ca domeniu de aplicare faptele săvârșite de prepus în cadrul funcțiilor încredințate acestuia de către comitent.

De exemplu, Codul penal stabilește în art. 285¹ faptul că anumitor infracțiuni de fals (prevăzute de art. 282-285 c. pen.) în cazul în care sunt săvârșite de o persoană juridică, alături de pedeapsa amenzii, li se aplică și pedeapsa complementară a dizolvării sau a suspendării activității acesteia.

Ca o concluzie asupra modului în care legiuitorul a consacrat această răspundere a persoanei juridice, considerăm că s-a dat posibilitatea jurisprudenței și doctrinei de a stabili în fiecare caz concret dacă o anumită infracțiune poate fi săvârșită de către o astfel de entitate sau nu.

4. Înlăturarea consecințelor condamnării prin reabilitare

Reabilitarea reprezintă mijlocul legal prin care fostul condamnat este deplin integrat, pe plan juridic, în societate.

În literatura de specialitate⁶ reabilitarea este definită ca fiind instituția juridică prin care efectele unei condamnări ce constau în interdicții, incapacități și decăderi încetează pentru viitor, pentru fostul condamnat care o perioadă de timp a dovedit prin întreaga sa comportare că s-a îndreptat și că este posibilă reintegrarea socială deplină a acestuia.

Interdicțiile și decăderile pot decurge din hotărârea de condamnare, în situația în care, pe lângă pedeapsa principală a închisorii, s-a aplicat și pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi, iar incapacitățile pot decurge din legi extra-penale de reglementare a diferitelor activități.

Conform dispozițiilor art. 133 c. pen., reabilitarea privește viitorul fostului condamnat, care nu va mai avea de suportat interdicții, incapacități ori decăderi ce decurgeau din condamnare, iar nu trecutul acestuia. Astfel, de exemplu, condamnarea pentru care s-a obținut reabilitarea nu mai este luată în seamă la stabilirea stării de recidivă, conform art. 38 alin. ultim c. pen. Drept urmare, condamnările care au format obiectul reabilitării se radiază din fișa de antecedente penale⁷.

Reabilitarea poate fi clasificată în două categorii, în funcție de modul de operare, și anume: reabilitarea de drept și reabilitarea judecătorească. Reabilitarea de drept operează în cazurile în care condamnarea constă în pedeapsa amenzii sau a închisorii care nu depășește un an, iar condamnatul nu a săvârșit o nouă infracțiune în decurs de 3 ani de la executarea pedepsei.

Reabilitarea judecătorească cere o verificare din partea organelor de judecată, fiind vorba de condamnări pe o perioadă mai mare de un an, iar termenul de verificare în cadrul căruia condamnatul nu trebuie să săvârșască alte infracțiuni diferă în funcție de cuantumul pedepsei inițiale.

În ceea ce privește reabilitarea persoanei juridice, condițiile acesteia sunt menționate în art. 134 c. pen.⁸ însă doar în ceea ce privește reabilitarea de drept. Precizăm faptul că în cazul condamnării persoanelor juridice nu este posibilă reabilitarea judecătorească.

5. Efectele reabilitării în procedura de insolvență

Legea nr. 85/2006 este o lege civilă specială, care instituie o **incapacitate pentru societatea debitoare, aceasta neputându-și exercita** dreptul de a depune un plan de reorganizare în cazul în care această societate a fost condamnată penal definitiv pentru una dintre infracțiunile enumerate expres de lege sau în cazul în care administratorii, asociații sau directorii săi au fost condamnați penal pentru faptele enumerate de lege.

Nu se cere ca această condamnare să fie executată total sau parțial, ci doar ca una dintre persoanele menționate de Legea privind procedura insolvenței să aibă menționată în fișa de antecedente penale o condamnare pentru una dintre faptele enumerate.

Există cazuri în care legea civilă prevede în mod expres faptul că nu pot desfășura o anumită activitate persoanele condamnate, chiar dacă în privința acelor infracțiuni a intervenit reabilitarea (de exemplu Legea privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, Legea privind exercitarea profesiei de medic etc).

Întrebarea care se pune este dacă reabilitarea – instituție prevăzută de legea penală – produce efecte și asupra incapacității instituite de această lege și care sunt acestea. Având în vedere faptul că legea nu prevede în mod expres efectele reabilitării în procedura insolvenței, considerăm că aceasta produce efecte depline și în cazul incapacității.

Prin urmare, persoanele enumerate în mod limitativ de lege trebuie să nu figureze în evidențele Direcției Cazier Judiciar a Inspectoratului Român de Poliție ca fiind condamnate pentru faptele enumerate. Dacă au fost condamnate, însă între timp a intervenit reabilitarea, aceste condamnări nu mai pot fi reținute în vederea aplicării incapacității deoarece instituția analizată ridică de drept toate interdicțiile, incapacitățile sau decăderile care ar putea fi reținute.

Momentul în care se verifică dacă sunt îndeplinite condițiile cu privire la condamnare este cel în care au fost formulate cererile introductive, în cazul debitorului care a fost condamnat pentru falsificare sau pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 21/1996, și data deschiderii procedurii în ceea ce privesc condamnările administratorilor, directorilor și/sau asociaților. Din această precizare, concluzionăm faptul că la aceste momente (data depunerii cererilor introductive și/sau data deschiderii procedurii) vor trebui verificate cazierul judiciar ale persoanelor indicate, în cazul în care este declarată intenția de reorganizare a activității debitoare, chiar dacă ulterior acestor date sunt întrunite condițiile reabilitării și, prin urmare, infracțiunile menționate nu mai apar în cazier.

6. Infracțiuni care atrag incapacitatea instituită de Legea privind procedura insolvenței

În articolul supus prezentei analize, se face o distincție între infracțiunile care atrag incapacitatea de a propune un plan în privința debitorului și infracțiunile care au acest efect în privința organelor de conducere ale societății debitoare.

Astfel, infracțiunile enumerate în ceea ce privește condamnarea debitorului sunt reduse la cea de falsificare și la infracțiunile prevăzute de Legea nr. 21/1996 – Legea concurenței, iar în ceea ce privește infracțiunile care atrag această incapacitate în privința condamnării persoanelor din conducerea unei societăți comerciale acestea sunt mai numeroase, respectiv bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare, măturie mincinoasă, infracțiuni de fals ori infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996.

În stabilirea exactă a domeniului de aplicare a acestei interdicții, trebuie clarificate următoarele aspecte:

- Ce înțeles trebuie dat termenului de „falsificare”, termen prevăzut pentru infracțiunea săvârșită de debitor? Neîntâlnind o

infracțiune care să cuprindă doar acest termen în codul penal, putem înțelege că aceasta se referă la întreaga categorie a faptelor cuprinse în Titlul VII al Codului Penal denumit „Infracțiunile de fals”? Întâlnim în schimb infracțiuni cu denumirea de „Falsificarea de monede sau de alte valori” sau „Falsificarea de valori străine” ori „Falsificarea instrumentelor oficiale”.

● De ce domeniul de aplicare al interdicției în ceea ce privește membrii organelor de conducere a unei societăți comerciale, cu referire expresă la administratori, directori și asociați, este mai larg, cuprinzând, ca enumerare, mai multe infracțiuni decât cele aferente debitorului?

Ne permitem să începem cu cea de-a doua întrebare în încercarea de a găsi un răspuns acestor aspecte. Ca subiect activ al unor infracțiuni, persoana juridică poate săvârși doar anumite fapte, nu orice infracțiune prevăzută în codul penal sau în legi speciale. Din faptele considerate infracțiuni și pedepsite ca atare enumerate în finalul Legii privind procedura insolvenței, respectiv începând cu art. 143, putem concluziona că infracțiunile de bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare și măturie mincinoasă nu pot fi săvârșite, de regulă, decât de persoane fizice, nu și de cele juridice. În ceea ce privește rațiunea alegerii acestor infracțiuni în categoria celor care determină interdicția de a propune un plan de reorganizare, suntem de părere că ea se regăsește în faptul că acestea au o legătură strânsă cu activitatea economică, cu viața comercială.

În ceea ce privește prima problemă supusă analizei, cea a terminologiei infracțiunii de „falsificare”, părerea noastră este că suntem în prezența unei erori legislative de coordonare a legislației civile și penale, care va trebui remediată printr-o modificare ulterioară.

7. Caracterul personal al răspunderii penale

Unul dintre principiile fundamentale ale dreptului penal este cel al caracterului personal al răspunderii penale prin care se înțelege faptul că nici o persoană nu poate fi trasă la răspundere penală pentru o infracțiune comisă de o altă persoană și nici nu poate fi obligată la executarea unei sancțiuni penale aplicate altuia⁹. Altfel spus, cel ce a săvârșit infracțiunea trebuie să suporte toate consecințele penale și extrapenale ale faptei săvârșite.

Prin urmare, este interesant de observat faptul că Legea privind procedura insolvenței instituie - considerăm noi - o excepție de la acest principiu. Avem în vedere, în special, situația în care o societate cu răspundere limitată are mai mulți asociați (de exemplu, 4 asociați), iar unul dintre aceștia a fost condamnat pentru una dintre infracțiunile enumerate de lege. Condamnarea unuia constituie o „pedepsă tacită” acordată și celorlalți asociați sau membri ai organelor de conducere?

Poate fi considerată această prevedere legală ca încălcând principiile constituționale privind garantarea drepturilor și libertăților fundamentale, cu referire la dreptul la libertatea individuală și siguranța persoanei¹⁰? (Dreptul la siguranța persoanei include și dreptul la siguranța juridică a acesteia în raporturile cu puterea, iar în doctrină¹¹ se consideră că una dintre garanțiile acestei securități este tocmai caracterul personal al răspunderii penale). Nu face obiectul prezentului studiu oferirea unui răspuns la această întrebare, însă am considerat necesar să semnalăm această situație de excepție introdusă de Legea insolvenței.

Din formularea Legii nr. 85/2006 și din expunerea de motive, nu se desprinde motivația legiuitorului în instituirea acestei interdicții. Avem în vedere în principal situația în care condamnarea a fost pronunțată împotriva unui organ de conducere al debitoarei. Prima interdicție prevăzută de articolul supus analizei poate fi considerată întemeiată dacă interpretăm acest aspect prin prisma faptului că societatea debitoare a fost

subiect activ al unei infracțiuni, și deci va trebui să suporte și această incapacitate extrapenală.

De lege ferenda, considerăm că s-ar impune a fi clarificate și astfel de situații, care afectează în mod direct posibilitatea unei societăți de a propune un plan de reorganizare, de a-și reorganiza activitatea economică, fiindu-i limitat acest drept procesual, fără o justificare temeinică așa cum prevede art.53 din Constituția României¹².

8. Concluzii

Infracțiunile pentru care legea privind procedura insolvenței prevede această incapacitate sunt infracțiuni cu un grad de pericol mediu, care au legătură în principal cu activitatea comercială (infracțiuni contra patrimoniului sau infracțiuni de fals) în care încrederea între participanții la activitatea de comerț trebuie să fie deplină.

Reabilitarea prevăzută de art.133 c. pen. constituie o excepție de la incapacitatea prevăzută de Legea insolvenței în ceea ce privește reorganizarea, cu efecte doar pentru viitor, de la data când aceasta intervine. Ea reprezintă mijlocul legal prin care fostul condamnat este deplin integrat, pe plan juridic, în societate.

Instituția penală a reabilitării poate fi considerată în acest caz ca o a doua șansă acordată de societate ca persoana care a fost condamnată penal să poată fi integrată cu drepturi depline atât în viața civilă, cât și în cea comercială, inclusiv în ceea ce privește prezentul material, în cadrul procedurii insolvenței.

NOTE

¹ Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 359 din 21.04.2006, modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2006 publicată în M. Of. nr.944 din 22.11.2006, aprobată cu modificări prin Legea nr. 254/2007 publicată în M. Of. nr. 507 din 30.07.2007, cu modificările ulterioare, și prin Decizia Curții Constituționale nr. 1137/2007 publicată în M. Of. nr. 204 din 17.03.2008.

² I.Adam, C. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Editura C.H.Beck, București, 2006

³ Sentința nr. 331/F/2007 pronunțată de Tribunalul Alba, Secția Comercială, de contencios administrativ și fiscal, nepublicată

⁴ Art. 19 c.pen. prevede că „Persoanele juridice, cu excepția statului, a autorităților publice și a instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat, răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, dacă fapta a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de legea penală. Răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit, în orice mod, la săvârșirea aceleiași infracțiuni.”

⁵ Pentru detalii privind această răspundere: Florin Streteanu, Radu Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ediția a II-a, Ed. Rosetti, București, 2007

⁶ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea Generală*, Casa de Editură și presă „șansa”, 2002

⁷ Art. 13 lit.b din Legea nr. 290/2004 privind cazierul judiciar

⁸ Art. 134 c.pen. prevede „Reabilitarea persoanei juridice are loc de drept dacă în decurs de 3 ani, de la data la care pedeapsa amenzii sau, după caz, pedeapsa complementară, a fost executată sau considerată ca executată și persoana juridică nu a mai săvârșit nicio altă infracțiune”.

⁹ Florin Streteanu, *Drept Penal. Partea Generală*, Editura Rosetti, București, 2003, pg. 75

¹⁰ Art. 23 din Constituția României

¹¹ Florin Streteanu, op. cit., pg. 76

¹² Art. 53 din Constituție prevede faptul că „Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice; a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.

(2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”

Probleme speciale privind procedura insolvenței.

Conflict între două legi speciale: Legea nr. 85/1992¹ și Legea nr. 85/2006



Av. Marius GRECU
Membru UNPIR, filiala Cluj

Rezumat

Prin sentința civilă nr. 4316/2007, pronunțată în ședința publică din data de 18 mai 2007, de către Judecătoria Cluj-Napoca, în dosarul nr. 231/211/2004 a fost admisă acțiunea civilă a unui număr de 23 de chiriași și SC C SA, Cluj-Napoca (în faliment) a fost obligată să vândă camerele în care aceștia luciau cu titlu de chirie la un preț preferențiar, calculat în conformitate cu prevederile Decretului - Lege nr. 61/1990.²

Problemele pe care ne propunem să le abordăm în cuprinsul prezentului material sunt următoarele :

1. Aplicabilitatea generală a Legii nr. 85/1992 și a Decretului - Lege nr. 61/1990
2. Aplicabilitatea Legii nr. 85/1992 în cazul lichidării voluntare
3. Aplicabilitatea Legii nr. 85/1992 în cazul lichidării judiciare

1. Aplicabilitatea generală a Legii nr. 85/1992 și a Decretului - Lege nr. 61/1990

Art. 7 din Legea nr. 85/1992 prevede că: „*locuințele construite din fondurile unităților economice sau bugetare de stat, până la data intrării în vigoare a prezentei legi, altele decât locuințele de intervenție, vor fi vândute titularilor contractelor de închiriere, la cererea acestora, cu plata integrală sau în rate a prețului, în condițiile Decretului-lege nr. 61/1990 și ale prezentei legi*”.

După cum se poate observa avem de a face cu o normă imperativă, în caz de nesocotire sancțiunea ce intervine fiind nulitatea absolută, prevăzută de altfel expres în cadrul art. 19 din aceeași lege.

Prețul preferențial la care chiriașii pot cumpăra locuințele, calculat conform dispozițiilor Decretului-lege nr. 61/1990, a făcut obiectul mai multor excepții de neconstituționalitate, Curtea Constituțională reținând că normele legale care reglementează stabilirea prețului sunt constituționale.

De asemenea, dispozițiile art. 7 din Legea 85/1992 au dat naștere unei controverse juridice pasionante, concretizată în numeroase soluții ale instanțelor și decizii ale Curții Constituționale.

Totuși, apreciem că dispozițiile art 7 alin. 1 din Legea nr.85/1992, deși în opinia Curții respectă Constituția României, încalcă în mod evident prevederile art. 1 din primul protocol adițional al Convenției Europene a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, care prevede că “*orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale. Nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa*

decât pentru cauză de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional”.

Convenția Europeană amintită face parte din dreptul intern în urma ratificării ei de către Parlamentul României în anul 1994. Potrivit art. 20 alin. 2 din Constituția României, “*dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privind drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte și legile interne, au prioritate reglementările internaționale....*”.

O normă juridică care obligă pârâta să vândă aceste apartamente chiriașilor angajați cărora le-a asigurat o locuință din surse proprii cu o chirie modică, reprezintă o sfidare a dreptului de proprietate garantat de C.E.D.O, și un tratament legal profund discriminatoriu și inechitabil, în condițiile în care spiritul dreptului privat nu poate fi decât unul de deplină echitate.

Printr-o astfel de normă de “justiție socială”, concept desuet în ansamblul transformărilor societății românești, statul și-a ascuns în fapt incapacitatea de a asigura o protecție socială reală. Obligația constituțională de creștere a calității vieții, de a asigura măsuri de dezvoltare economică și de protecție socială nu poate fi îndeplinită prin încălcarea dreptului de proprietate al unei persoane fizice sau juridice, indiferent de natura capitalului social al acesteia.

Cu privire la “utilitatea publică”, care ar putea justifica încălcarea proprietății, nu există nici un argument, pentru a putea considera această condiție îndeplinită în cauza dedusă judecării.

Dincolo de aceste considerente, atâta timp cât aceste legi nu intră în coliziune cu alte legi speciale, ele sunt pe deplin aplicabile. În cazul în care avem norme speciale cu care se intră în conflict trebuie să procedăm la interpretarea acestora pe baza mai multor criterii.

Având drept premisă ultima frază putem pune în discuție aplicabilitatea concretă a Legii nr. 85/1992 în cazul celor două tipuri de lichidare.

2. Aplicabilitatea Legii nr. 85/1992 în ipoteza lichidării voluntare

În cuprinsul sentinței menționate mai sus se arată că “*instanța reține că prevederile art. 7 din Legea nr. 85/1992 se aplică în privința societății pârâte, chiar dacă aceasta se află în procedură judiciară, întrucât potrivit art. 112 din H.G nr. 577/2002, - vânzarea activelor cu caracter social urmează regimul juridic de drept comun existent în legislația privind privatizarea, cu excepția celor a căror înstrăinare este reglementată de norme speciale*”.

Fraza este confuză și inexactă. Mai mult, se tratează cu prea multă lejeritate un aspect care în opinia noastră reprezintă miezul problemei, respectiv care dintre legile speciale are preeminență.

Fraza este confuză și inexactă deoarece instanța pare a nu face distincție între lichidarea voluntară și cea judiciară. Astfel, se ajunge la concluzia eronată că Legea nr. 85/1992 se aplică în privința SC C SA, Cluj-Napoca, chiar dacă aceasta se află în procedură de lichidare judiciară, și se fundamentează această concluzie pe un act normativ aplicabil doar lichidării voluntare, respectiv H.G. nr. 577/2002.

Concluzia desprinsă din art. 112 al H.G. nr. 577/2002 este corectă și aplicabilă în cazul lichidării voluntare. Practic, în cadrul H.G. nr. 577/2002 avem o normă expresă care prevede că dacă înstrăinarea activelor cu caracter social are o reglementare specială se aplică acea normă. Soluția nu este, însă, aceeași și în cazul lichidării judiciare unde nu avem o normă similară cu cea cuprinsă în H.G. nr. 577/2002.

3. Aplicabilitatea Legii nr. 85/1992 în ipoteza lichidării judiciare

Din ultimul paragraf al Legii nr. 85/1992 care prevede că *“această lege a fost adoptată de Senat în ședința din 24 iunie 1992, cu respectarea prevederilor art. 74, alin. 2 din Constituția României”* (art. 74, alin. (2): Legile ordinare și hotărârile se adoptă cu votul majorității membrilor prezenți din fiecare Cameră), se poate desprinde concluzia că Legea nr. 85/1992 este o **lege ordinară**.

De asemenea, în mod corespunzător, din ultimul paragraf al Legii nr. 85/2006 care prevede că *“această lege a fost adoptată de Parlamentul României, cu respectarea prevederilor art. 75 și ale art. 76, alin. 1 din Constituția României republicată”* se observă că Legea privind procedura insolvenței este o **lege organică**.

Ambele legi reglementează modalitatea de valorificare a bunurilor din patrimoniul unor societăți comerciale.

- Legea nr. 85/1992 prevede în cadrul articolului 7 că: *„locuințele construite din fondurile unităților economice sau bugetare de stat, până la data intrării în vigoare a prezentei legi, altele decât locuințele de intervenție, vor fi vândute titularilor contractelor de închiriere, la cererea acestora, cu plata integrală sau în rate a prețului, în condițiile Decretului-lege nr. 61/1990 și ale prezentei legi”*.

- Legea privind procedura insolvenței nr. 85/2006 prevede în articolul 116 următoarele: *«(1) Lichidarea bunurilor din averea debitorului va fi efectuată de lichidator sub controlul judecatorului-sindic. Pentru maximizarea valorii averii debitorului, lichidatorul va face toate demersurile de expunere pe piață, într-o formă adecvată, a acestora, cheltuielile de publicitate fiind suportate din averea debitorului.*

(2) Lichidarea va începe 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. Metoda de vânzare a bunurilor, respectiv licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două, va fi aprobată de adunarea generală a creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului și a recomandării comitetului creditorilor. Lichidatorul va prezenta și regulamentul de vânzare corespunzător ».

După cum se poate observa modalitățile de valorificare reglementate de cele două legi sunt diferite. Avem, pe de o parte, obligativitatea valorificării către titularii contractelor de închiriere, conform Legii nr. 85/1992 și, pe de altă parte, reglementarea imperativă cuprinsă în articolul 116 din Legea privind procedura insolvenței (lege organică și pe cale de consecință prevalentă față de Legea nr. 85/1992) care prevede că bunurile din averea debitorului (SC C SA, Cluj-Napoca) fără absolut nici o diferențiere, deci inclusiv cele arătate la art. 7 din Legea nr. 85/1992, vor fi vândute prin licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două modalități.

Mai mult, în tot cuprinsul Legii privind procedura insolvenței nu se regăsește o normă similară cu cea din HG nr. 577/2002 care să facă anumite distincții în ceea ce privește natura anumitor bunuri.

Lecturând atent cuprinsul articolului 116, alin. 1 din Legea privind procedura insolvenței, se poate observa că unul dintre motivele

opțiunii legiuitorului pentru metodele de valorificare arătate, este acela al maximizării averii debitoare.

Maximizarea averii debitoare este, de altfel, un principiu al lichidării judiciare unanim recunoscut de practică și doctrină, care în eventualitatea vânzării locuințelor către chiriași la prețuri preferențiale ar fi în mod flagrant nesocotit.

Cu alte cuvinte, dacă în condiții normale vânzarea către chiriași a locuințelor la prețuri preferențiale ar avea o justificare ce ar rezida în caracterul de norme de justiție socială al dispozițiilor Legii nr. 85/1992, în cazul în care societatea proprietară a acestor locuințe se află în procedură de faliment (cum este cazul de față) lucrurile stau cu totul altfel, nefiind firesc să valorifici bunuri la prețuri extrem de mici în raport cu valoarea de piață a acestora în timp ce creditorii societății își diminuează în acest fel în mod considerabil posibilitatea de recuperare a creanțelor. Pe scurt, ceea ce se vrea a fi o protecție pentru unii aduce prejudicii altora.

De asemenea, valorificarea bunurilor direct către chiriași, la prețuri preferențiale, ar atenta în mod nemijlocit asupra însuși scopului edictat de Legea privind procedura insolvenței în cadrul articolului 2, respectiv acela al *acoperirii pasivului aflat în insolvență*.

În realitate, nu poate fi ignorată starea specială, de faliment, în care se află S.C. C SA, Cluj-Napoca în momentul în care se analizează înstrăinarea unor active din patrimoniul acesteia.

Lecturând jurisprudența Curții Constituționale în această materie, nu am identificat nici o decizie care să consfințească o aplicabilitate absolută a Legii nr. 85/1992, în raport cu orice altă lege specială.

Un ultim argument, **decisiv** în opinia noastră, îl regăsim în *art. 156 din Legea privind procedura insolvenței nr. 85/2006*, care arată că: *«la data intrării în vigoare a prezentei legi, (este vorba despre Legea nr. 85/2006) Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului... precum și orice altă dispoziție contrară SE ABROGĂ».*

Concluzii

Textele legale criticate prevăd privarea de libertate ca măsură silită, prin instituirea obligației de vânzare a locuințelor către chiriași, deci către subiecte de drept privat, care nu sunt decât titulare ale dreptului de proprietate privată, iar nu de proprietate publică.

Prin urmare, este vorba despre o depozitare silită, dar care nu poate fi calificată drept expropriere.

În al doilea rând, restrângerea exercițiului dreptului de proprietate nu este proporțională cu situația care a determinat-o. Astfel, obligația de a vinde forțat bunurile din patrimoniu nu se însoțește de obligația corelativă, pentru partea care dobândește aceste bunuri, de a plăti prețul bunului la valoarea reală de circulație a acestuia, ci un preț mult inferior, stabilit imperativ prin texte legale.

De asemenea, apreciem că respectarea unei proporționalități este cu atât mai necesară în momentul în care vorbim despre o procedură concursuală în cadrul căreia maximizarea averii debitoare este un principiu de bază.

Nu în ultimul rând, după cum am arătat deja, conform jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, în aplicarea art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție, asigurarea unui just echilibru între respectarea dreptului individual de proprietate și respectarea intereselor generale ale societății presupune, cu excepția unor cazuri absolut excepționale, necesitatea ca proprietarul depozat silit să primească o indemnizație la valoarea reală de circulație a bunului. În caz contrar, principiul proporționalității este rupt, iar proprietarul suportă o sarcină specială și exorbitantă, care constituie violarea dreptului său.

Note:

1. Legea privind vânzarea de locuințe și spații cu altă destinație, construite din fondurile statului și din fondurile unităților economice sau bugetare de stat. (M.O. nr. 180/21 iulie 1992)

2. Legea privind vânzarea de locuințe construite din fondurile statului către populație (M.O. nr. 22/08 februarie 1990)

Incidențe ale procesului penal în procedura insolvenței



Jurist Andreea Anghelof
Membră UNPIR, filiala Cluj



Ec. Andrian Lotrean
Membru UNPIR, filiala Cluj

Aspecte introductive

Prezentul studiu își propune să trateze o temă inedită care până în prezent nu a făcut obiectul studiilor doctrinare și care la o primă analiză s-ar părea că nu are nicio legătură cu desfășurarea procedurii insolvenței și anume, incidentele asupra procedurii insolvenței a măsurii sechestrului asiguratoriu dispusă în cursul desfășurării procesului penal.

Aparent s-ar putea susține că nu există nici o legătură între desfășurarea procesului penal și procedura insolvenței. Însă la o privire mai atentă se poate observa că în cadrul procesual penal își găsește locul și soluționarea laturii civile a procesului penal. Soluționarea laturii civile a procesului penal poate ca să aibă ca și participant și o persoană juridică față de care s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței.

De asemenea, actualul demers vine să trateze o problemă de actualitate care va putea fi întâlnită din ce în ce mai des în practică, având în vedere noile modificări ale prevederilor Codului penal care introduc o instituție inovatoare pentru dreptul penal român și anume aceea a instituirii răspunderii penale a persoanei juridice. Astfel, s-a creat cadrul procesual pentru ca persoana juridică să poată dobândi calitatea de inculpat în procesul penal.

Persoana juridică va putea participa la procesul penal atât în calitate de inculpat, caz în care pedeapsa principală aplicabilă acesteia este amenda cuprinsă între 2.500 – 2.000.000 lei, cât și în calitate de parte responsabilă civilmente, răspunzând în solidar pentru repararea prejudiciului cauzat prin săvârșirea infracțiunii. În vederea asigurării plății amenzii precum și a reparării prejudiciului față de aceasta pot fi dispuse măsuri asiguratorii a caror incidență față de procedura insolvenței o vom analiza în cele ce urmează.

Prezentarea măsurii asiguratorii a sechestrului judiciar

Sechestrul judiciar, constituie o măsură procesuală asiguratorie¹ cu caracter real, ce este dispusă în cursul unui proces penal, asupra bunurilor învinutului/inculpatului sau ale părții responsabile civilmente, având ca scop principal indisponibilizarea bunurilor în patrimoniul celui asupra căruia este dispusă măsura pentru a asigura prevenirea insolvabilității patrimoniului acestuia,

în vederea asigurării despăgubirilor civile sau a executării pedepsei amenzii.

Motivul instituirii acestor măsuri asiguratorii îl constituie garantarea executării obligațiilor patrimoniale ce decurg din rezolvarea acțiunii civile în cadrul procesului penal².

Cel mai important efect al aplicării măsurilor asiguratorii este **indisponibilizarea bunurilor respective în patrimoniul celui ce le deține în proprietate**, ceea ce semnifică faptul că cel ce le deține în proprietate pierde dreptul de a le înstrăina sau de a le greva de sarcini reale³, pierzând practic unul dintre atributele dreptului de proprietate și anume dreptul de dispoziție.

Este însă important de menționat faptul că aceste măsuri nu au o funcționalitate reparatorie, ci reprezintă doar o măsură asiguratorie, prin aplicarea acestor măsuri neasigurându-se implicit repararea prejudiciului cauzat prin săvârșirea infracțiunii.

Din cele prezentate anterior, se poate deduce că măsurile asiguratorii aplicate în procesul penal **nu sunt decât modalități de garantare a îndeplinirii unor obligații** și nu se confundă cu îndeplinirea obligației însăși. Ceea ce este specific acestor măsuri este faptul că obligația pentru garantarea căreia se constituie măsurile asiguratorii, se naște ca urmare a săvârșirii unei fapte prevăzute de legea penală. Prin instituirea acestor măsuri legiuitorul nu face altceva decât să acorde o protecție specială celui ce a fost vătămat prin săvârșirea unei infracțiuni, față de ceilalți creditori chirografari, asigurându-se astfel șanse mai mari în vederea recuperării prejudiciului cauzat prin săvârșirea infracțiunii, prin indisponibilizarea bunurilor sechestrate în patrimoniul învinutului/inculpatului/părții responsabile civilmente.

Acesta este și motivul pentru care legiuitorul reglementează distinct luarea măsurilor asiguratorii în vederea reparării pagubei și luarea măsurii asiguratorii pentru garantarea executării pedepsei amenzii.

În ceea ce privește bunurile asupra cărora pot fi aplicate măsurile asiguratorii, dispozițiile Codului de procedură penală prevăd doar faptul că nu pot fi sechestrate bunurile aparținând unei unități din cele prevăzute la art. 145 C. pen., precum și cele exceptate de lege. În categoria bunurilor exceptate de lege se includ cele prevăzute la art. 406-409 și 488-493 C. pr. civ..

Aplicarea măsurii asiguratorii a sechestrului judiciar poate fi dispusă din oficiu sau la cererea părții civile, și poate avea ca obiect, în cazul în care aceasta este instituită pentru asigurarea

reparării prejudiciului cauzat, atât bunurile învinuitului/inculpatului cât și ale părții responsabile civilmente, fără însă ca valoarea bunurilor sechestrate să poată depăși valoarea probabilă a prejudiciului cauzat.

În mod obișnuit bunurile sechestrate rămân în posesia celui căruia îi aparțin cu mențiunea că sunt indisponibilizate în patrimoniul acestuia. În literatura de specialitate s-a arătat că cel căruia îi aparțin bunurile sechestrate are obligația de a nu le greva de sarcini reale și a nu le înstrăina, iar în cazul în care există acest pericol bunurile mobile sechestrate vor fi puse sub sigiliu sau ridicate putându-se numii un custode. Efectul indisponibilizării bunurilor în patrimoniul inculpatului sau al părții responsabile civilmente este întărit prin incriminarea prin art. 244 C. pen. a infracțiunii de sustragere de sub sechestr.

Cu privire la bunurile imobile, Codul de procedură penală instituie o formă specială a sechestrului judiciar și anume aceea a inscripției ipotecare⁴.

Din cele enunțate anterior rezultă că, în cazul în care, în patrimoniul inculpatului sau a părții responsabile civilmente se găsesc și bunuri imobile, organul care aplică sechestrul judiciar va dispune instituirea inscripției ipotecare organului competent.

În literatura de specialitate⁵, s-a arătat că aplicarea măsurii asigurătorii a sechestrului sub forma inscripției ipotecare **are ca efect indisponibilizarea bunurilor imobile cu privire la care au fost dispuse aceste măsuri**. De *lege lata*, aceasta pare să fie soluția, deoarece, în alin. 1 al art. 163 C. pr. pen. se prevede că, măsurile asigurătorii au ca efect „*indisponibilizarea prin instituirea unui sechestr, a bunurilor mobile și imobile, în vederea confiscării speciale, a reparării pagubei produse prin infracțiune și pentru garantarea executării pedepsei amenzii*”. **Prin instituirea măsurii asigurătorii a sechestrului judiciar, practic se realizează scoaterea temporară din circuitul civil a bunurilor sechestrate. În cazul în care bunurile sechestrate sunt înstrăinate, o astfel de operațiune juridică este lovită de nulitate absolută⁶** datorită faptului că, obiectul juridic nu este în circuitul civil.

De *lege ferenda*, s-ar putea argumenta unele modificări ale acestui text de lege, în special când măsura asigurătorie este dispusă pentru repararea prejudiciului cauzat prin infracțiune. Astfel, faptul că inscripția ipotecară este dispusă printr-o procedură specială și într-o conjunctură specială, nu poate să confere ipotecii legale alte efecte juridice decât cele recunoscute ipotecii convenționale⁷.

Instituirea ipotecii legale, nu răpește proprietarului atributele dreptului de proprietate, acesta păstrând toate atributele dreptului de proprietate, inclusiv cel de dispoziție. Ceea ce conferă ipoteca creditorului ipotecar, nu este altceva decât dreptul de a urmări imobilul în mâinile oricui s-ar afla și de a fi plătit cu preferință din prețul la care bunul imobil a fost adjudecat. ***Prin urmare, nici ipoteca legală înscrisă în temeiul prev. 166 alin. (3) C. pr. pen., nu poate conferi părții civile din procesul penal alte atribute decât cele recunoscute creditorului ipotecar, și anume de a urmări bunul imobil asupra căruia s-a aplicat măsura în mâinile oricui s-ar afla și de a fi plătit cu preferință din prețul obținut ca urmare a adjudecării acestuia.***

Așa cum am arătat anterior, nimic nu s-ar opune însă înstrăinării bunului cu privire la care s-a dispus sechestrul asigurător și inscripția ipotecară atât timp cât suma obținută în urma adjudecării este pusă la dispoziția celui prejudiciat prin săvârșirea infracțiunii. Chiar mai mult alin 8 al art. 165 C. pr. pen., prevede ipoteza înstrăinării bunurilor perisabile și a consemnării sumelor de bani ridicate pe numele învinuitului, inculpatului sau al părții responsabile civilmente, la dispoziția organului care a dispus sechestrul, căruia i se predă recipisa de consemnare a sumei.

O astfel de reglementare și-ar putea dovedi eficiența în special în cazul incidenței procedurii insolvenței reglementate de Legea

nr. 85/2006, cu privire la inculpat sau la partea responsabilă civilmente. Această procedură este guvernată de principiul celerității, or în cazul în care s-a aplicat măsura asigurătorie a sechestrului asupra bunurilor mobile și imobile ale învinuitului/inculpatului/părții responsabile civilmente, până la finalizarea procesului penal și rămânerea definitivă a soluției, bunurile din patrimoniul acestor debitori vor rămâne indisponibilizate, neputând fi înstrăinate. Or, în aceste condiții este foarte dificil de considerat că o astfel de procedură asigură recuperarea cu celeritate a creanțelor creditorilor, în condițiile în care patrimoniul debitoarei este înghețat practic, până la soluționarea procesului penal, niciunul din bunurile sechestrate neputând fi înstrăinate.

La o analiză mai atentă, se poate observa că, procedura măsurii asigurătorii a sechestrului instituită de Codul de procedură penală, în modul în care este reglementată în prezent, deși are ca finalitate instituirea unei garanții în vederea îndeplinirii obligațiilor patrimoniale ce rezultă din soluționarea acțiunii civile în procesul penal, nu face altceva decât să paralizaze aplicarea prevederilor legii insolvenței și să îngreuneze situația recuperării creanțelor celui menit a fi ocrotit prin instituirea ei, în cazul în care învinuitul/inculpatul/parte responsabilă civilmente ajunge în insolvență în cursul procesului penal. Astfel, în condițiile în care cu privire la bunurile debitorului inculpat/parte responsabilă civilmente, s-au aplicat măsurii asigurătorii, bunurile vor fi indisponibilizate în patrimoniul acestuia, până la finalizarea procesului penal. În măsura în care, pe parcursul procesului penal, inculpatul/parte responsabilă civilmente ajunge să se afle în stare de insolvență, acesta va putea întâmpina reale dificultăți, fie în situația în care se încearcă reorganizarea judiciară, fie în cazul falimentului și aceasta deoarece bunurile sale vor fi indisponibilizate în patrimoniul său, fără a putea fi înstrăinate. Ne putem pune întrebarea, dacă acest lucru este sau nu în interesul creditorilor debitoarei ? De asemenea, ne putem întreba dacă această indisponibilizare are efect benefic pentru partea civilă din procesul penal. Suntem de părere că răspunsul nu poate fi decât unul negativ.

Aceasta deoarece în cazul condamnării inculpatului/părții responsabile civilmente, partea civilă din procesul penal nu va avea o situație mai favorabilă decât ceilalți creditorii, măsura asigurătorie neconferindu-i vreun drept de preferință față de alți creditorii, ea participând la recuperarea creanțelor sale, în concurs cu ceilalți creditorii. Or, în situația în care patrimoniul debitoarei a fost înghețat pe toată durata procesului penal șansele de reorganizare pot fi substanțial diminuate în cazul în care între momentul apariției stării de insolvență și cel al condamnării inculpatului se scurge o perioadă substanțială de timp. S-ar putea argumenta că, reorganizarea judiciară ar fi posibilă chiar și în cazul în care patrimoniul debitoarei este indisponibilizat, însă conform prevederilor art. 3 din Legea nr. 85/2006, reorganizarea poate să prevadă restrângerea activității prin lichidarea unor bunuri din averea debitorului, în multe cazuri această lichidare a unora dintre bunurile debitoare fiind determinantă pentru succesul planului de reorganizare.

De asemenea, în cazul procedurii falimentului indisponibilizarea acestor bunuri în patrimoniul debitoarei nu face altceva decât să scadă șansele de recuperare a creanțelor creditorilor prin creșterea volumului cheltuielilor de procedură și de conservare și administrare a bunurilor debitoare, în condițiile în care activitatea acesteia a încetat și aceasta nu mai are posibilitatea de a realiza venituri.

Procedura măsurii asigurătorii a sechestrului, poate presupune pe lângă privarea debitoare de dreptul de a dispune de bunurile sale și pe aceea de a priva debitoarea de dreptul de folosință a acestora, prin predarea custodiei unei alte persoane decât proprietarul. Într-o atare situație, devine greu de imaginat cum un plan de reorganizare al debitoare poate fi încununat de succes, în condițiile în care aceasta nu are nici atributul de folosință și nici

pe cel de dispoziție cu privire la bunurile existente în patrimoniul său. Desigur, lucrurile trebuie să fie mai nuanțate, având în vedere că instituirea măsurii asigurătorii a sechestrului nu poate avea ca obiect decât, bunuri a căror valoare nu poate depăși valoarea prejudiciului cauzat prin săvârșirea infracțiunii. Însă, nu în puține situații prejudiciul creat prin săvârșirea infracțiunii poate să aibă o întindere mai mare decât bunurile existente în patrimoniul debitoarei față de care s-a aplicat această măsură, astfel încât întregul patrimoniu al debitoarei să facă obiectul sechestrului asigurător.

Valorificarea bunurilor debitoarei asupra cărora s-a aplicat măsura sechestrului asigurător prevăzută de dispozițiile procesuale penale în condițiile art. 53 din legea 85/2006 se va efectua în condițiile în care asupra acestei vânzări va plana riscul unei acțiuni în constatarea nulității ceea ce nu poate să nu aibă consecințe asupra prețului obținut care și fără existența acestui risc este stabilit ținând cont de situația specială în care se află debitoarea.

Toate acestea ne duc la concluzia că, luarea măsurii asigurătorii a sechestrului asupra bunurilor mobile sau imobile ale debitoarei persoană juridică, care deține calitatea de învinuit/inculpat/parte responsabilă civilmente într-un proces penal și care se află în stare de insolvență, va avea ca efect diminuarea șanselor acesteia de a depăși cu succes situația în care se află, prin reorganizare judiciară și finalmente, îngreunarea procedurilor de lichidare judiciară a debitoarei, ducând practic la paralizarea acestora, pe perioada soluționării procesului penal, prin indisponibilizarea bunurilor debitoarei în patrimoniul său. Or, în atare condiții, finalitatea procedurii insolvenței și anume recuperarea cu celeritate și într-o măsură cât mai mare a creanțelor existente împotriva debitoarei, este pusă în pericol. Se impune deci o reconsiderare a reglementării instituției măsurii asigurătorii instituite în cursul procesului penal astfel încât această instituție să țină cont de finalitatea pentru care a fost instituită și anume recuperarea prejudiciului suferit de partea civilă sau pentru aplicarea pedepsei amenzii.

O altă problemă juridică ridicată de deschiderea procedurii insolvenței o constituie conflictul dintre prevederile art. 36 ale Legii 85/2006 și cele ale art. 19 C.p.p.. Potrivit art. 36 din legea 85/2006 „*de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale.*” Acest text normativ instituie regula suspendării tuturor acțiunilor individuale, formulate în vederea valorificării creanțelor existente asupra debitoarei, urmând ca acestea să fie valorificate în cadrul procedurii colective instituite prin acest act normativ. Aplicarea *stricto sensu* a acestui articol ar însemna ca deschiderea procedurii insolvenței față de debitoare să suspende și soluționarea laturii civile a procesului penal, acesta nefiind altceva decât o modalitate de valorificare individuală a creanțelor împotriva debitoarei. Cu toate acestea însă, desfășurarea laturii civile a procesului penal nu va fi suspendată, deoarece principiul aplicabil în acesată materie este acela conform căruia penalul ține în loc civilul. Astfel, instanța penală va fi competentă să soluționeze latura civilă a procesului penal hotărârea astfel pronunțată urmând să aibă autoritate de lucru judecat în fața instanței civile, fără însă ca acest lucru să însemne că desfășurarea procedurii insolvenței va fi suspendată. La judecarea laturii civile

a procesului penal în temeiul art. 21 C.p.p. va fi introdus în cauză și administratorul/lichidatorul judiciar. Pentru a se putea asigura posibilitatea valorificării drepturilor stabilite ca urmare a soluționării laturii civile în cadrul procesului penal, urmează ca, creanța pentru care partea vătămată s-a constituit parte civilă în procesul penal să fie admisă cu titlu provizoriu în temeiul prevederilor art. 73 alin. 3 din Legea 85/2006.

Concluzii

Toate cele menționate anterior ne conduc la concluzia că modalitatea în care este reglementată în prezent instituția sechestrului asigurător instituit în procesul penal este de natură de a crea o stare de incertitudine asupra desfășurării procedurii insolvenței, prin dificultățile pe care administratorul sau lichidatorul judiciar le va avea de înfruntat în îndeplinirea atribuțiilor sale.

Prin soluția pe care legiuitorul a ales-o, adică aceea a indisponibilizării bunurilor asupra cărora măsura este aplicată în patrimoniul debitoarei, această instituție contravine profund finalității pentru care a fost reglementată și anume aceea de a asigura repararea prejudiciului produs sau asigurarea executarea pedepsei amenzii aplicată debitoarei. Acest lucru se datorează faptului că legiuitorul nu a avut în vedere în momentul reglementării instituției în cauză ipoteza specială în care se poate afla inculpatul/parte responsabilă civilmente de debitor în procedura insolvenței și de principiile ce guvernează această materie. Desigur că reglementarea actuală își găsește deplină eficiență în cazul în care partea civilă urmărește să-și realizeze drepturile în mod individual, dar se dovedește extrem de deficitară în cazul în care realizarea drepturilor părții civile are loc în cadrul unei proceduri colective precum cea instituită de Legea nr. 85/2006.

Toate aceste elemente ne conduc la concluzia că se impune o reconsiderare a acestei instituții pentru a o pune de acord cu principiile ce guvernează materia insolvenței și aceasta cu atât mai mult cu cât întâlnirea în practică a unor astfel de ipoteze este de actualitate având în vedere cadrul legislativ existent.

NOTE

¹ Ion Neagu „*Drept procesual penal. Tratat*” Ed. Global Lex, București, 2007, pag. 505. Măsurile asigurătorii sunt definite ca fiind măsuri de constrângere reală care constau în „*indisponibilizarea, până la soluționarea definitivă a cauzei, a bunurilor și veniturilor aparținând învinuitului, inculpatului sau apărării responsabile civilmente, în vederea asigurării reparării pagubelor cauzate prin infracțiune, precum și pentru garantarea executării pedepselor pecuniare*”

² Ion Neagu „*Drept procesual penal. Tratat*”, Ed. Global Lex, București 2007, pag. 505;

³ Ion Neagu „*Drept procesual penal. Tratat*” Ed. Global Lex, București 2002, pag. 505; autorul arată faptul că măsurile asigurătorii pot să priveze pe inculpat și partea responsabilă civilmente și de atributul de folosință în cazul în care bunurile sechestrate trebuie ridicate în mod obligatoriu;

⁴ Ion Neagu „*Drept procesual penal. Tratat*”, Ed. Global Lex, București 2007, pag. 511;

⁵ Ion Neagu „*Drept procesual penal. Tratat*” Ed. Global Lex, București 2007, pag. 511

⁶ G. Teodoru „*Tratat de drept procesual penal*”, Ed. Hamangiu, București, 2007, pag. 469 ;

⁷ L. Pop, „*Teoria generală a obligațiilor*” Ed. Lumina Lex, București, 2000, pag.441; autorul precizează că efectele juridice ale ipotecii sunt aceleași indiferente de izvorul acesteia, convențional sau legal.



Opinii privind reflectarea în contabilitate a operațiunilor de fuziune a societăților bancare



Ec. Sebe Liviu
Membru UNPIR, filiala București

În revista de insolvență “Phoenix”, în numerele 16-17 / aprilie- septembrie 2006, am prezentat modul de reflectare în contabilitatea societăților comerciale a operațiunilor ce se efectuează cu ocazia fuziunii prin absorbție, când o societate debsorbită deține titluri de participare de la societatea comercială absorbantă, iar prima de fuziune este pozitivă.

În Normele metodologice aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor nr.1376/2004 sunt prezentate articolele contabile care se utilizează pentru înregistrarea în contabilitatea societății comerciale absorbante, a aportului rezultat din fuziune, când prima de fuziune este pozitivă, adică activul net al societății comerciale absorbite este mai mare decât capitalul social care se preia de societatea comercială absorbantă:

456	=	%
“Decontări cu asociații privind capitalul”		1012
		1042
		“Prime de fuziune”

La societățile bancare, căci despre acestea vom discuta în continuare, potrivit Normelor de utilizare a planului de conturi, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor nr.1418/01.08.1997 și al Băncii Naționale a României nr.344/01.08.1997 se efectuează articolul contabil, pentru prima de fuziune negativă care se preia de societatea bancară absorbantă:

%	5012
508	“Capital subscris vărsat”
“Acționari sau asociați”	
5112	
“Prime de fuziune, de conversie”	

În cazul fuziunii prin absorbție, când societatea comercială absorbită care deține titlul de participare la societatea absorbantă, rezultă o primă de fuziune negativă care reiese ca diferență între valoarea capitalului social al societății absorbite care se preia de societatea comercială absorbantă (care este mai mare) și activul net al societății comerciale absorbite.

În acest caz vom prezenta situația când prima de fuziune este negativă, și se preia de societatea bancară absorbantă de la societatea bancară absorbită.

Astfel, pentru exemplificare, considerăm următoarele date:

- societatea bancară absorbită X avea înainte de fuziune un capital social de 363.440.000.000 lei, reprezentând 154.000 acțiuni cu 2.360.000 lei valoare nominală a unei acțiuni;
- societatea bancară absorbantă Y avea înainte de fuziune un capital social de 10.438.480.000.000 lei, reprezentând 10.438.480 acțiuni cu valoarea nominală a unei acțiuni de 1.000.000 lei.

I. Societatea bancară absorbită “X”

mii lei

1. Capitalul subscris vărsat (cont 5012)	363.440.000
2. Rezerve legale (cont 512)	36.791.840
3. Rezerva generală pentru riscul de credit (cont 514)	59.907.732
4. Diferența din reevaluare (cont 516)	29.164.000
5. Alte rezerve (cont 519)	291.194.456
6. Rezultatul reportat – profit (cont 581)	6.122.360
7. Rezultatul exercițiului- profit (cont 591)	83.325.214
8. Repartizarea profitului (cont 592)	83.325.214
ACTIV NET CONTABIL 786.620.388	

La stabilirea activului nu s-a luat în calcul profitul obținut de societatea bancară în exercițiile financiare anterioare în care rezultatele au fost repartizate în conformitate cu prevederile legale.

În activul net s-a cuprins și suma de 29.164.000.000 lei reprezentând diferența din reevaluarea imobilizărilor corporale efectuate de un evaluator autorizat.

II. Societatea bancară absorbantă “Y”

mii lei

1. Capitalul subscris vărsat (cont 5012)	10.438.480.978
2. Rezerve legale (cont 512)	0
3. Rezerva generală pentru riscul de credit (cont 514)	23.132.600
4. Rezerve din reevaluare (cont 516)	2.056.520.000
5. Alte fonduri (cont 528)	488.206.452
6. Subvenții pentru investiții (cont 5411)	6.122.360
7. Provizioane pentru riscuri și cheltuieli (cont 559)	83.325.214
8. Rezultatul reportat- pierdere (cont 581)	- 6.959.444.186
9. Repartizarea exercițiului- pierdere (cont 591)	- 764.142.420
ACTIV NET CONTABIL 5.494.553.640	



Pierderea reportată din exercițiile financiare precedente în sumă de 6.959.444.186.000 lei, precum și pierderea realizată în exercițiul financiar curent în sumă de 764.142.420.000 lei au diminuat activul net al societății bancare absorbante “Y”.

III. Determinarea valorii contabile a unei acțiuni

- a) Pentru societatea bancară absorbită “X”
786.620.388.000 lei: 154.000 acțiuni= 5.107.924,60 lei/acțiune
(rotunjit 5.107.924 lei/acțiune)
- b) Pentru societatea bancară absorbantă “Y”
5.494.553.640.000 lei: 10.438.480/acțiune= 526.374,88 lei/acțiune
(rotunjit 526.375 lei/acțiune)

IV. Determinarea ratei de schimb a acțiunilor

5.107.924 : 526.375 = 9,704

Raportul de schimb este de 9,704, adică acționarii societăți bancare “X” absorbită vor primi pentru o acțiune deținută la această societate, după fuziune, de la societatea bancară “Y” absorbantă, un număr de 9,704 acțiuni.

Acționarii de la societatea bancară “X” absorbită vor primi în total un număr de 1.494.416 acțiuni, adică: 154.000 acțiuni x 9,704.

V. Capitalul social care se preia de la societatea bancară absorbită “X” de către societatea bancară absorbantă “Y” este în sumă de 1.494.416.000.000. lei, adică: 1.494.416 acțiuni x 1.000.000 lei/acțiune.

VI. Prima de fuziune reportată ce se va contabiliza la societatea bancară “Y” absorbantă este în sumă de 707.795.612.000 lei, rezultând din diferența:
1.494.416.000.000 – 786.620.388.000.

Acționarii de la societatea bancară “X” absorbită urmează să primească de la societatea bancară “Y” absorbantă cele 1.494.416 acțiuni, înainte de declanșarea procedurii de fuziune, proporțional cu aportul la capitalul social la societatea bancară “X” absorbită, astfel:

Acționarul	Număr acțiuni primit	%
1	1.488.436	99,6
2	1.495	0,1
3	1.495	0,1
4	1.495	0,1
5	1.495	0,1
TOTAL	1.494.416	

În conformitate cu Normele de utilizare a planului de conturi, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor nr.1918/01.08.1997 și al Băncii Naționale a României nr.344/01.08.1997, în contabilitatea celor două societăți bancare participante la procesul de fuziune, se efectuează articolele contabile:

A. În contabilitatea societății bancare “X” absorbite:

1. Înregistrarea diferențelor din reevaluarea imobilizărilor corporale
- 4442 = 516 29.164.000.000

2. Înregistrarea închiderii conturilor de capitaluri proprii care prezintă solduri creditoare

%	=	508	786.620.388.000
5012			363.440.000.000
512			36.791.840.000
514			59.907.732.000
516			29.164.000.000
519			291.194.456.000
581			6.122.360.000

3. Înregistrarea închiderii conturilor 591 si 592
- 591 = 592 83.325.214

4. Înregistrarea închiderii conturilor care prezintă solduri debitoare în balanța de verificare a conturilor contabile, întocmită la data fuziunii

649 = %
conturile care prezintă solduri debitoare (cu excepția contului 592)

5. Înregistrarea închiderii conturilor care prezintă solduri creditoare la balanța de verificare a conturilor contabile, întocmită la data fuziunii

% = 749
conturile care prezintă solduri creditoare (cu excepția conturilor 5012, 512, 514, 516, 519 si 581)

6. Închiderea conturilor 649 si 749

581 = 649
49 = 581

B. În contabilitatea societății bancare “Y” absorbante:

1. Înregistrarea capitalului social și a primei de fuziune negativă

%	=	5012	1.494.416.000.000
508			786.620.388.000
5112			707.795.612.000

2. Înregistrarea soldurilor debitoare ale conturilor din balanța de verificare a conturilor încheiată la data fuziunii de societatea bancară “X” absorbită

% = 999
conturile care prezintă solduri debitoare (cu excepția contului 592)

3. Înregistrarea soldurilor creditoare ale conturilor din balanța de verificare a conturilor contabile încheiată la data fuziunii de societatea bancară “X” absorbită

999 = %
conturi care prezintă solduri creditoare (cu excepția conturilor 5012, 512, 514, 516, 519 si 581) - cont 508



Elemente definitorii ale insolvenței transfrontaliere



Jurist drd. Lavinia Olivia Iancu
Membru UNPIR, filiala Timiș

Diversificarea și amploarea relațiilor comerciale internaționale au condus inevitabil la multiplicarea sediilor în străinătate ale societăților, impunându-se stringent crearea unui cadru legal în scopul de a soluționa problemele create de falimentul partenerilor economici străini.

Termenul de faliment are semnificații diverse în diferitele legislații naționale. În SUA prin faliment se înțelege o procedură care vizează fie reorganizarea, fie lichidarea averii debitorului, în vreme ce în România definește doar procedura de lichidare, nu și pe cea de reorganizare judiciară. În Ungaria, noțiunea de faliment desemnează numai procedura de reorganizare a afacerii și nu și pe cea de lichidare, iar în Australia termenul se referă la lichidarea averilor persoanelor fizice insolvente, dar nu și pe cele ale persoanelor juridice¹.

„Falimentul” este un termen cu caracter general care se folosește în dreptul comerțului internațional, fără a se ține cont de evoluției vocabularului juridic, pentru a desemna procedurile de insolvență colective.

Documentele internaționale recente utilizează noțiunea de „proceduri de insolvabilitate” sau „proceduri de insolvență” cu precizarea că termenul de „insolvabilitate” nu are aici înțelesul restrictiv pe care îl are în legislațiile naționale în opoziție cu cel de „insolvență”

În dreptul internațional privat, falimentul este definit *lato sensu* ca ansamblul procedurilor colective prevăzute de sistemele naționale. Curtea de Justiție a Comunităților Europene a definit procedurile colective ca fiind acelea „fondate pe starea de încetare de plăți, de insolvabilitate sau pierderea credibilității debitorului, implicând o intervenție a autorității judiciare și conducând la o lichidare obligatorie și colectivă a bunurilor sau cel puțin la un control al acestei autorități”.

Falimentul internațional, este în general văzut ca o procedură cu un element de extraneitate. Raporturile de drept internațional privat în domeniul insolvenței reprezintă acele raporturi de drept privat cu element de extraneitate, care sunt supuse soluționării ca urmare a deschiderii unei proceduri de insolvență și în condițiile stabilite de aceasta. Probleme de drept internațional privat pot apărea când debitorul are bunuri în diferite state, când are sedii secundare în străinătate, creditorii, debitorii sau salariații stabiliți în străinătate.

Elementul de extraneitate poate consta chiar și în fraudarea intereselor creditorilor prin ascunderea unor bunuri sau valori în străinătate ori realizarea unor transferuri patrimoniale către persoane fizice sau juridice străine nerezidente.

Când o companie care posedă bunuri sau sedii secundare într-un număr de state este declarată în faliment într-unul din aceste state, statele implicate pot acționa în mod contradictoriu. Dacă mai multe state sunt implicate, aceasta înseamnă că mai multe tribunale își pot disputa competența, se vor iniția mai multe proceduri pentru aceeași persoană juridică.

Fiecare tribunal va aplica propria sa normă conflictuală pentru a determina legea aplicabilă falimentului. Principiul universal este în această privință aplicarea legii forului, adică legea instanței sesizate. Dacă toate legile ar avea caracter unitar, n-ar exista dificultăți, dar legile naționale prevăd soluții diferite de unde poate apărea riscul unui tratament discriminatoriu. Diversele legi naționale în materie s-au dovedit cel mai adesea inadecvate pentru a răspunde prompt caracterului complex al unei proceduri de insolvență transfrontalieră

Lipsa firească de armonie între legislațiile naționale a creat obstacole în îndeplinirea procedurilor colective transfrontaliere : protejarea intereselor creditorilor, angajaților și debitorului, restructurarea afacerii, evitarea dispersării averii debitorului, celeritatea procedurii și în eventualitatea lichidării maximizarea valorii bunurilor destinate să satisfacă masa creditorilor.

Falimentul internațional ridică cel puțin 3 probleme esențiale:

1. care va fi instanța competentă?
2. care va fi legea aplicabilă?
3. o hotărâre declarativă de faliment va avea efecte în alt stat?

În dreptul comerțului internațional, competența legislativă este adeseori influențată de cea judiciară. Determinarea legii falimentului aplicabilă depinde de soluția adoptată în conflictul de competență jurisdicțională. Instanța competentă sesizată va aplica propria lege de drept internațional privat care îi va arăta legea aplicabilă fondului care poate să difere

pentru aceeași cauză de la o instanță a unei țări la o altă instanță, a altei țări.

Conflictul de legi nu are influență asupra conflictului de jurisdicții, deoarece instanța poate aplica fondului litigiului și legea străină, nu numai legea proprie. Conflictul de legi poate să existe independent de vreun litigiu între părțile raportului juridic cu un element internațional, iar dacă se ivește un litigiu, soluționarea conflictului de jurisdicție este prealabilă și influențează conflictul de legi.

În soluționarea conflictului de jurisdicție se confruntă 2 concepții:

- unitatea și universalitatea falimentului
- pluralitatea și teritorialitatea falimentului

Sistemul universalității ignoră restricțiile teritoriale și presupune largă aplicabilitate a legii locului unde se deschide procedura insolvenței. Această abordare nu ignoră suveranitatea altor state, dimpotrivă, o respectă, lăsând la latitudinea statelor străine să accepte sau nu participarea la această procedură.

Consecința firească a aplicării principiului universalității, este aceea că ar trebui cu privire la un debitor să existe o singură procedură de insolvență, indiferent de locul în care se află bunurile – un caz, o singură lege, o singură procedură.

Din punct de vedere al costurilor ce le implică desfășurarea unei proceduri de insolvență transfrontalieră, această abordare este optimă pentru că se evită costurile cu privire la pluralitatea de practicieni în insolvență și schimburi de informații.

Dacă se adoptă sistemul unității și universalității falimentului, acesta poate fi pronunțat de o singură instanță, de regulă instanța de la domiciliul social al debitorului. Hotărârea astfel pronunțată își va produce efectele în toate statele unde se găsesc creditorii sau bunurile debitorului. Falimentul odată declarat, acoperă ansamblul patrimoniului debitorului, indiferent de țara în care se află el, fiind dotat deci cu caracter extrateritorial. Ca urmare legea competentă la domiciliul sau sediul social al debitorului va cămui declararea, organizarea și efectele falimentului.

Conceptul de teritorialitate completează conceptul de suveranitate. În trecut, suveranitatea a influențat profund legislația în domeniul dreptului internațional, și încă exercită o puternică influență și astăzi.

În contradicție cu sistemul universalității, sistemul teritorialității este o abordare ce determină stricta aplicabilitate la spațiul fizic care este guvernat de acea jurisdicție. Acest sistem nu pretinde înglobarea în procedura insolvenței și a bunurilor localizate în afara acelei jurisdicții.

Acest sistem blochează procedura insolvenței la statul în care ea este deschisă, pe de o parte nepermițând accesul practicianului în insolvență la bunurile scoase de pe teritoriul aceluia stat iar pe de altă parte pune în imposibilitate creditorii străini a declara creanțele pe care le dețin împotriva debitorului.

Potrivit sistemului teritorialității falimentului, un faliment local poate fi pronunțat în orice stat în care se găsesc sediile secundare ale debitorilor și bunurile acestora, dar efectele acestuia vor fi cantonate în limitele granițelor statelor în care se pronunță hotărârea. Competența va aparține tribunalelor din mai multe țări, iar falimentele vor fi cămuite de legi diferite.

Insolvența, având ca obiect totalitatea unui patrimoniu și reunind toți creditorii, apreciem că trebuie centralizată la

maxim, dar cu toate acestea, fiecare stat face loc tot mai mult competenței propriilor tribunale, aplicării propriei legi, ceea ce înclină balanța în favoarea pluralității, teritorialității.

Scopul procedurii de insolvență, care reclamă universalitatea sa pe plan internațional, și mijlocul tehnic de realizare al acestuia, care este esențialmente teritorial, se află în contradicție. De aceea, deși universalitatea falimentului este cea mai bună soluție, dificultățile de aplicare a acestei teorii au determinat jurisprudența și doctrina să încerce concilierea celor 2 sisteme, creând soluții intermediare.

Tendențele actuale au impus nevoia unui mozaic între aceste teorii care să servească nevoilor practice și să ducă la convergențe în domeniul insolvenței.

În plan internațional se desfășoară o susținută activitate de armonizare a reglementărilor naționale ale insolvenței comerciale, atât la nivelul organizațiilor interguvernamentale și neguvernamentale internaționale. Legislația falimentului a fost dintotdeauna considerată ca un domeniu prea complicat, prea complex și prea impregnat de valorile și politicile locale pentru a fi deschis concesiilor reciproce, iar o armonizare a legislației părea imposibilă.

Astăzi pretutindeni în lume există preocupare pentru armonizarea legislației falimentului, fie la nivel mondial, fie la nivel regional. Dreptul uniform corespunde oricărui instrument juridic normativ, cu vocație de a se aplica identic în mai multe state, sau de a se substitui legilor naționale. Dreptul uniform se caracterizează prin elaborarea și înscrierea sa într-un instrument internațional.

În materia falimentului internațional, cele mai recente instrumente de armonizare au abandonat ideea tradițională de convenție internațională în favoarea unor soluții mai rapide și mai eficiente.

Astfel Uniunea Europeană a abandonat ideea unei convenții privind procedurile de insolvență, în favoarea unui act comunitar obligatoriu și direct aplicabil în toate statele membre, iar UNCITRAL a optat pentru soluția legii model.

Dintre Convențiile și celelalte documente internaționale care reprezintă rezultatul încercărilor de armonizare în materia falimentului internațional amintim:

- Proiectul întocmit de cea de a 5-a Conferință de drept internațional privat de la Haga din anul 1894
- Tratatul de la Montevideo din 1889 și 1940
- Convenția de la Havana din 1928
- Convenția statelor nordice din 1933
- Legea Model elaborată de Asociația internațională a Baroului privind cooperarea în materia insolvenței transfrontaliere din 1989
- Convenția de la Istanbul din 1990
- Actul uniform OHADA din 1998 asupra organizării procedurilor colective de stingere a pasivului
- Regulamentul Consiliului Uniunii Europene nr. 1346/2000
- Legea Model UNCITRAL privind insolvența transfrontalieră

Cele mai semnificative rezultate în plan internațional în domeniul insolvenței transfrontaliere le reprezintă Legea Model UNCITRAL din anul 1997 și Regulamentul Consiliului Uniunii Europene nr. 1346/2000 cu privire la procedurile de insolvență.

Aceste dispoziții au fost fidel preluate de Legea nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței.

Legea nr. 637/2002 este structurată pe trei titluri:

- *titlul I* - „Raporturile cu statele străine, în general” ce preia dispozițiile Legii Model UNCITRAL

- *titlul II* - „Raporturile cu statele membre ale Uniunii Europene” ce încorporează dispozițiile Regulamentului Consiliului Uniunii Europene nr. 1346/2000

- *titlul III* - ce stabilește data de intrare în vigoare a legii

LEGEA MODEL PRIVIND INSOLVENȚA TRANSFRONTALIERĂ UNCITRAL

Organism subsidiar al Adunării Generale a Națiunilor Unite, *Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional (UNCITRAL)*, elaborează texte cu caracter legislativ în scopul de a ajuta statele membre să-și modernizeze dreptul comercial și texte cu caracter nelegislativ destinate să faciliteze negocierile între părțile unei tranzacții comerciale.

O Lege Model este un text care este recomandat statelor pentru a-l încorpora în sistemul lor național. Acest sistem de a promova norme de drept material sau procedural uniforme reprezintă un procedeu modern de armonizare a legislațiilor naționale, tot mai des utilizat pe plan internațional.

Între o Lege Model și o convenție internațională există deosebiri esențiale:

- convențiile internaționale odată adoptate și/sau ratificate dobândesc forță obligatorie și devin o componentă a sistemului legislativ național, în vreme ce legile model au valoare de recomandare;

- în cazul convențiilor internaționale, după adoptare, este necesară notificarea secretariatului O.N.U. și a celorlalte state care au adoptat convenția

- în cazul convențiilor internaționale, posibilitățile de modificare de către statele parte a textului uniform sunt foarte restrânse.

Dacă o convenție internațională trebuie aplicată așa cum a fost adoptată, cu excepția „rezervelor” pe care un stat contractant le poate face, în cazul legii model, statele pot oricând modifica sau ignora anumite prevederi ale sale, adaptând-o specificului național. Mai mult, convențiile în materie de drept comercial interzic, de regulă, orice rezervă sau nu autorizează decât unele expres precizate.

- în timp ce pentru intrarea în vigoare a unei convenții internaționale este necesar, de regulă, ca un număr de state contractante să o ratifice și să notifice ratificarea, adoptarea unei legi model de către un stat nu trebuie notificată altor state, ea intrând imediat în vigoare, potrivit condițiilor legislației naționale.

Legea Model dă dovadă de o mare flexibilitate întrucât statele au posibilitatea de a aduce modificări textului uniform înainte de a accepta încorporarea în dreptul său național, modificări cu atât mai probabile cu cât textul uniform este strâns legat de sistemul procedural și judiciar național.

Legea Model oferă un grad și o garanție a armonizării mai mici decât o convenție, ea constând într-o sursă mai restrânsă

de unificare și armonizare a dreptului pe plan internațional. Aplicarea Legii Model, componentă a sistemului legislativ național, va fi înlăturată în situația în care prevederile acesteia vor intra în conflict cu obligații asumate de statul respectiv prin tratate sau convenții internaționale, în speță fiind aplicabile normele respectivelor tratate sau convenții internaționale.

La 30 mai 1997, la cea de-a 30-a sesiune a UNCITRAL, desfășurată la Viena, a fost adoptată Legea Model privind insolvența transfrontalieră - reglementare modernă a aspectelor internaționale ale falimentului, care respectă diferențele între sistemele naționale de reglementare a acestei instituții.

Obiectul Legii Model privind insolvența transfrontalieră constă în oferirea de mijloace eficace pentru abordarea cazurilor de insolvență transfrontalieră în scopul promovării următoarelor obiective:

- asigurarea cooperării între tribunale și alte autorități competente ale diferitelor state implicate în insolvența transfrontalieră;

- garantarea unei mai mari siguranțe a comerțului și a investițiilor;

- administrarea corectă și eficientă a cazurilor de insolvență transfrontalieră, prin protejarea intereselor creditorilor și a celorlalte persoane implicate, inclusiv ale debitorului;

- protejarea bunurilor debitorului și optimizarea valorii lor;

- facilitarea redresării întreprinderilor aflate în dificultate financiară, astfel încât să fie conservată forța de muncă și protejate investițiile.

Soluțiile propuse de Legea Model se referă în special la următoarele situații:

- accesul reprezentanților și al creditorilor străini la instanțele competente din statul care a adoptat Legea Model;

- recunoașterea unei proceduri străine în statul care a adoptat Legea Model;

- cooperarea cu instanțe și reprezentanți străini;

- coordonarea procedurilor concomitente.

1. Accesul reprezentanților și al creditorilor străini la instanțele competente din statul care a adoptat Legea Model

Legea Model conferă reprezentantului străin dreptul la acces direct la instanțele competente din statul care a adoptat Legea Model. Acest drept procesual presupune dobândirea de către reprezentantul străin a calității procesuale pentru:

● a introduce o cerere de deschidere a procedurii, în conformitate cu dispozițiile legii statului care a adoptat Legea Model,

● a participa în cadrul unei proceduri deja deschise împotriva debitorului, potrivit legii statului care a adoptat Legea Model, dar numai din momentul recunoașterii procedurii străine în care acesta a fost desemnat,

● a formula în fața instanței competente din statul care a adoptat Legea Model o cerere de recunoaștere a procedurii străine în care acesta a fost desemnat,

● a solicita instanței luarea de măsuri pentru protejarea bunurilor debitorului sau a intereselor creditorilor,

● a formula acțiuni în anulare a actelor juridice încheiate de debitor în dauna creditorilor săi, și numai pentru bunuri care sunt susceptibile a fi administrate în procedura străină secundară.

Accesul direct al reprezentanților străini la instanțele competente facilitează celeritatea procedurii și cooperarea între entitățile și persoanele implicate, evitându-se mecanisme procedurale complicate.

În ceea ce privește participarea creditorilor străini, principiul este cel al aplicării regimului național, ceea ce înseamnă că aceștia se bucură de aceleași drepturi referitoare la deschiderea și participarea în cadrul procedurii ca și creditorii statului care au adoptat Legea Model. Prin urmare creanțele lor vor fi înscrise în tabelul de creanțe în aceleași condiții și vor fi plătite în aceeași ordine cu creanțele de aceeași natură ale creditorilor locali, cu excepția situațiilor în care legea statului care a adoptat Legea Model reglementează altfel, în mod expres, tratamentul străinilor și al creanțelor acestora.

2. Recunoașterea procedurii străine în statul care a adoptat Legea Model

„A recunoaște” înseamnă a admite într-un stat autoritatea unei hotărâri străine și efectele pe care aceasta le are conform legii statului în care a fost luată. Legea Model reglementează numai situațiile în care reprezentantul străin urmărește recunoașterea procedurii străine pe teritoriul statului care a adoptat Legea Model.

Procedura străină va fi recunoscută dacă îndeplinește cumulativ următoarele condiții :

- procedura străină este acea procedură colectivă care se desfășoară în conformitate cu legislația în materie de insolvență a unui stat străin;
- reprezentantul străin care solicită recunoașterea este acea persoană sau autoritate autorizată în cadrul unei proceduri străine, să administreze reorganizarea sau lichidarea bunurilor și a activității debitorului sau să acționeze ca reprezentant al unei proceduri străine;
- cererea de recunoaștere îndeplinește condițiile de formă necesare și e însoțită de hotărârea de deschidere a procedurii străine și desemnarea reprezentantului străin.

Dacă aceste condiții sunt îndeplinite, procedura străină va fi recunoscută fie ca procedură străină principală, dacă aceasta se desfășoară într-un stat străin în care debitorul își are stabilit centrul principalelor interese, fie ca procedură străină secundară, acolo unde debitorul deține un sediu.

Scopul recunoașterii este acela de a conferi eficiență cooperării instanțelor competente în administrarea insolvenței transfrontaliere, prin producerea unor efecte proprii legilor statului care a adoptat Legea Model, efecte care completează și potențază efectele procedurii străine.

3. Cooperarea cu instanțele și reprezentanții străini

Cooperarea internațională este unul din elementele cheie ale Legii Model. Ea are ca obiectiv să permită cooperarea tribunalelor și administratorilor din statul străin și cel care a adoptat Legea Model, precum accesul diverselor persoane implicate în procedură pentru a da procedurilor în cadrul cărora acționează maximum de eficiență.

În prezent, cooperarea internațională este reglementată în sistemele de drept naționale într-o măsură inefficientă și în modalități anacronice, ceea ce constituia un impediment legal în solicitarea și acordarea asistenței juridice internaționale.

Prevederile Legii Model vin să suplinească tocmai această lipsă a fundamentului juridic pentru cooperarea internațională în materie de insolvență transfrontaliară, în special în acele state în care puterea judecătorilor de a ieși din cadrul autorizațiilor statutare exprese este limitată.

4. Coordonarea procedurilor concomitente

Instanța competentă în statul care a adoptat Legea Model va coopera, cu instanțele și reprezentanții străini „în orice măsură posibilă”. Legea Model nu impune nici o limită acestei cooperări, ci pledează pentru o cooperare într-o măsură cât mai extinsă. În exercitarea atribuțiilor sale instanța competentă din statul care a adoptat Legea Model este abilitată să comunice în mod direct cu instanțele și reprezentanții străini sau să le ceară în mod direct informații sau asistență, evitându-se astfel procedurile tradiționale lungi. Tot astfel administratorii judiciari și lichidatorii sunt îndreptățiți să comunice direct sau să ceară informații direct de la instanțele și reprezentanții străini.

REGULAMENTUL CONSILIULUI UNIUNII EUROPENE NR. 1346 DIN 29 MAI 2000 PRIVIND PROCEDURILE DE FALIMENT

Pentru realizarea obiectivului privind ameliorarea și accelerarea procedurilor de faliment cu efecte transfrontaliere, este necesar ca aceste norme să fie cuprinse într-un act obligatoriu și direct aplicabil în toate statele membre ale Uniunii Europene.

Activitățile întreprinderilor au tot mai frecvent efecte transfrontaliere și de aceea sunt supuse tot mai des reglementărilor dreptului comunitar. Falimentul acestor întreprinderi afectează deopotrivă buna funcționare a pieței interne și de aceea este necesar un act normativ care să reglementeze coordonarea măsurilor care se iau cu privire la patrimoniul unui debitor aflat în faliment.

Întrucât aceste obiective nu pot fi realizate la nivel național, a fost justificată o acțiune la nivel comunitar.

Intrat în vigoare în 31 mai 2002, *Regulamentul European de Insolvență (REI)* cuprinde 47 de articole grupate în 5 capitole.

Regulamentul:

- optează pentru sistemul universalității atenuate, în care procedurile de insolvență coexistă sub coordonarea unei proceduri principale
- stabilește reguli care să determine competența jurisdicțională internațională
- stabilește reguli conflictuale uniforme în materie de insolvență
- prevede recunoașterea mutuală a procedurilor de insolvență
- garantează accesul tuturor creditorilor rezidenți ai statelor UE la procedurile de insolvență
- respectă principiul egalității creditorilor
- asigură egalitatea și uniformitatea drepturilor și obligațiilor

1. Câmpul de aplicare

A. Regulamentul se aplică procedurilor colective bazate pe insolvabilitatea debitorului care antrenează desesizarea parțială sau totală a acestuia și desemnarea unui pratician în insolvență - art. 1 alin.1. Termenul „desesizare” se referă la ridicarea parțială sau totală a dreptului de administrare a debitorului.

Criteriile esențiale reținute de această definiție sunt:

- procedură colectivă;
- insolvabilitatea debitorului – termen pe care Regulamentul nu-l definește, având sensul pe care fiecare lege națională i-l dă;
- desesizarea debitorului – în modalitățile definite de legea fiecărui stat;
- desemnarea unei persoane însărcinate cu administrarea sau lichidarea bunurilor debitorului.

Procedurile vor trebui nu numai să se conformeze dispozițiilor Regulamentului, dar să fie și oficial recunoscute și executorii în statul membru în care sunt deschise.

B. Regulamentul este aplicabil procedurilor de faliment indiferent dacă debitorul este persoană fizică sau juridică, comerciant sau necomerciant.

Sunt excluse din sfera de aplicare a Regulamentului procedurile de faliment privind societățile de asigurări, instituțiile de credit, societățile de valori mobiliare și organismele de plasament colectiv și grupurile de interes economic.

C. Regulamentul reglementează procedurile de faliment intracomunitare, proceduri care privesc un debitor care are centrul principalelor interese într-un stat membru. Centrul intereselor principale ale debitorului este denumit, în mod comun, COMI (Centre of the main interests).

Naționalitatea debitorului și a celorlalte persoane implicate în procedură nu interesează pentru procedură. Dacă debitorul își are centrul principalelor interese într-un stat care nu este membru al Uniunii Europene, Regulamentul nu se va aplica, chiar dacă acesta are unul sau mai multe sedii într-un stat membru. În acest caz, va fi aplicabilă legea de drept internațional privat al fiecărui stat. Mai mult chiar dacă debitorul își are centrul principalelor interese într-un stat membru, Regulamentul nu va produce efecte într-un stat care nu este membru al Uniunii Europene.

2. Competența internațională

Regulamentul optează pentru un sistem al „universalității atenuate”, realizând un compromis între universalitatea procedurii (o singură procedură pentru un singur patrimoniu) și teritorialitatea procedurii (atâtea reguli procedurale distincte câte sedii are debitorul).

Regulamentul ține seama de legătura naturală între competența jurisdicțională și cea legislativă, adoptând două norme conflictuale determinate: competența pentru deschiderea procedurii de faliment aparține statului pe al cărui teritoriu este situat centrul principalelor interese ale debitorului iar legea aplicabilă este legea statului membru în care s-a deschis procedura.

În cazul persoanelor juridice centrul principalelor interese se prezumă a fi sediul social, pe care creditorii în mod obișnuit

au posibilitatea să-l cunoască întrucât este înscris într-un registru public. Centrul principalelor interese trebuie înțeles ca locul din care debitorul își conduce administrarea efectivă a afacerilor sale pe baze statutare.

Dacă centrul principalelor interese ale debitorului este situat pe teritoriul unui dintre statele contractante, jurisdicția unui alt stat contractant este competentă a deschide procedura în situația în care debitorul posedă un stabiliment pe teritoriul celui alt stat contractant. Efectele acestei proceduri, denumită procedură secundară, este limitată la bunurile debitorului aflate pe teritoriul celui stat.

Regulamentul nu conține însă nici o regulă cu privire la soluționarea conflictelor de competență. Rezolvarea conflictelor pozitive de competență privind deschiderea procedurii principale trebuie să se bazeze pe principiul încrederi reciproce, principiu care conduce la o regulă a primei instanțe investite. Decizia jurisdicției care deschide prima procedură în temeiul criteriului principalelor interese ale debitorului va trebui să fie recunoscută în toate celelalte state membre, fără ca aceste state să o poată supune unui control. Aceasta întrucât Regulamentul prevede recunoașterea imediată a deciziilor privind deschiderea, desfășurarea și închiderea unei proceduri de faliment și a celor în directă legătură cu această procedură, fără altă formalitate de parcurs.

3. Legea aplicabilă

În dreptul comerțului internațional competența legislativă este influențată de cea judiciară. Determinarea legii falimentului aplicabilă depinde de soluția pe care o adoptăm în conflictul de competență jurisdicțională, deoarece instanța competent sesizată, va aplica propria lege de drept internațional privat care îi va arăta legea aplicabilă fondului.

Deci legea falimentului va fi legea forului („*lex fori*” - expresie ce desemnează legea forului, adică legea instanței sesizate cu soluționarea unui litigiu), ea având vocație generală pentru soluționarea problemelor juridice ale unui faliment. Potrivit art. 4 din Regulament, în absența unei dispoziții contrare, se va aplica legea statului membru în care s-a deschis procedura. Legea statului în care s-a deschis procedura principală va determina toate efectele procedurii. Cu toate acestea, existența legii falimentului, cu vocație generală, nu trebuie să ne ducă la concluzia unei competențe exclusive. Falimentul este o instituție complexă și trebuie distins între materiile care țin de esența instituției cum ar fi cele care asigură protecția creditorului, egalitatea între creditori și alte domenii pentru care se impune aplicarea legii societății, a legii situării bunurilor, a legii contractelor, etc.

Excepții de la aplicarea legii statului de deschidere a procedurii

Aplicarea unei legi unice care să conducă mai multe proceduri de insolvență din diverse state poate produce consecințe diferite. Regulamentul, în soluționarea acestei probleme, stabilește reguli speciale de drept internațional privat care exclud sau limitează aplicarea legii statului de deschidere a procedurii, pentru importante rațiuni juridice:

1. exclude cu totul anumite drepturi străine de la aplicarea efectelor procedurii principale de insolvență, astfel încât

procedura locală va fi cea care li se va aplica în mod obligatoriu - de exemplu drepturile *in rem*;

2. dă legii aplicabile potrivit regulilor generale de drept internațional privat un „drept de veto” contra efectelor procedurii prevăzute de *lex concursus*;

3. statuează că acele efecte vor trebui stabilite numai de legea statului implicat și nu de legea statului de deschidere a procedurii.

● *art.5 REI „deschiderea procedurii nu afectează drepturile reale constituite în favoarea terților sau creditorilor, anterior deschiderii procedurii, asupra bunurilor corporale sau necorporale, mobile sau imobile, individual determinate sau constituite în universalități aparținând debitorului și care se regăsesc pe teritoriul unui alt stat la momentul deschiderii procedurii”*

● *art.7.1 REI „deschiderea procedurii împotriva cumpărătorului unui bun nu afectează drepturile vânzătorului acelui bun, întemeiate pe rezerva dreptului de proprietate, dacă bunul se găsește la momentul deschiderii procedurii pe teritoriul unui alt stat decât statul de deschidere”*

● *art.4 lit.d REI „deschiderea procedurii nu afectează dreptul unui creditor de a invoca compensarea creanței sale cu cea a debitorului asupra sa, atunci când această operațiune este permisă de legea aplicabilă creanței debitorului insolvent”*

● *art.8 REI „efectele procedurii asupra unui contract prin care se dobândește un drept de proprietate sau de folosință asupra unui bun imobil sunt determinate exclusiv de legea statului pe teritoriul căruia se găsește acel imobil”*

● *art.9 REI „efectele procedurii de insolvență în ceea ce privește drepturile și obligațiile participanților la un sistem de plată sau decontare ori la o piață financiară sunt guvernate exclusiv de legea statului în care există acel sistem sau cea piață financiară.*

● *art.10 REI „efectele procedurii de insolvență asupra unui contract de muncă sau a altor raporturi de muncă sunt guvernate exclusiv de legea aplicabilă contractului sau raportului de muncă respectiv”*

● *art.11 REI „efectele procedurii de insolvență în ceea ce privește drepturile debitorului asupra unui imobil, navă sau aeronavă, supuse înscrierii într-un registru public, sunt determinate de legea statului sub autoritatea căruia este păstrat acel registru”*

● *art.15 REI „efectele procedurii de insolvență asupra unui proces în curs de soluționare, al cărui obiect îl reprezintă un bun sau un drept de care debitorul este desesizat, sunt guvernate exclusiv de legea statului în care aceste procese se află în curs de soluționare”.*

4. Procedura principală

Caracteristica esențială a deschiderii unei proceduri principale este că va produce aceleași efecte în orice stat al Uniunii Europene. Acest efect automat se va produce și asupra bunurilor. Lichidatorul poate exercita toate prerogativele conferite de către legea statului în care s-a deschis procedura principală, în orice stat membru. Din acest motiv putem afirma că procedura principală de insolvență are efecte extrateritoriale. Legea statului în care s-a deschis procedura principală se

va aplica și în celelalte state membre, bineînțeles cu respectarea excepțiilor mai sus menționate.

Odată pronunțată o hotărâre de deschidere a procedurii principale a insolvenței într-un stat membru, pentru a produce efecte în celelalte state membre nu este necesară o recunoaștere a acesteia sau efectuarea unor măsuri pentru publicitatea ei. De exemplu, deschiderea unei proceduri de insolvență în România, va avea efecte imediate în Austria și toate bunurile localizate în aceasta din urmă vor fi afectate procedurii de insolvență deschise în România.

În statele membre unde debitorul are un sediu este necesară publicarea hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței, în baza art. 21(2) REI. Dacă lichidatorul nu îndeplinește această obligație, acesta poate fi ținut responsabil, dar procedura insolvenței va produce totuși efecte în statul membru unde debitorul are un sediu. Publicarea hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței poate fi făcută în orice stat membru dacă lichidatorul apreciază util acest lucru pentru celeritatea procedurii, chiar și în condițiile în care debitorul nu are un sediu pe teritoriul acelui stat membru.

Nu pentru toate procedurile de insolvență ce se deschid în statele membre sunt aplicabile prevederile Regulamentului.

Articolul 1(1) din REI prevede că regulamentul se aplică procedurilor colective care antrenează desesizarea parțială sau totală a acestuia și desemnarea unui practician în insolvență.

Articolul 2(a) din REI definește procedurile de insolvență ca fiind acelea prevăzute la art.1(1) din REI dar mai precizează că „aceste proceduri sunt enumerate în Anexa A a Regulamentului”.

Dacă coroborăm cele două articole rezultă că vor fi supuse Regulamentului doar acele proceduri expres enumerate în Anexa A, care presupun o procedură colectivă ce antrenează desesizarea debitorului și desemnarea unui practician în insolvență. Procedurile existente, de exemplu în Olanda, falimentul, suspendarea plăților, procedura reorganizării pentru persoane fizice sunt menționate în Anexa A din Regulament, dar administrarea din oficiu, ca și procedură de insolvență existentă în Marea Britanie, nu este trecută în Anexa A.

Mai mult de atât există legislații din materia insolvenței cum este cea germană, franceză sau română în care este posibil ca debitorul să rămână în posesia bunurilor sale, dreptul debitorului de administrare a averii nefiind ridicat. În acest context am putea considera că aceste proceduri nu îndeplinesc cerințele regulamentului, care se aplică doar atunci când există o desesizare parțială sau totală a debitorului.

5. Procedurile secundare de insolvență

Procedurile secundare îndeplinesc în principal două funcții: aceea de a proteja interesele locale și pe cea de a servi ca procedură auxiliară pentru procedura principală. Necesitatea existenței unei proceduri secundare derivă din complexitatea administrării, diferențele mari între legislații ca de exemplu existența unor garanții recunoscute doar de procedura secundară și nerecunoscute în procedura principală sau existența unui practician în insolvență la nivel local, cu care comunicarea este mult mai rapidă și eficientă pentru creditorii ce au sediul social în țara în care se deschide procedura secundară de insolvență.

Chiar lichidatorul procedurii principale poate cere deschiderea unei proceduri secundare ori de câte ori

administrarea eficientă a averii debitorului o cere - este cazul în care patrimoniul debitorului este prea complex pentru a fi administrat în bloc sau atunci când deosebirile dintre sistemele de drept sunt atât de importante încât pot rezulta dificultăți din extinderea legii statului de deschidere asupra teritoriului celorlalte state în care se află activele.

Deschiderea unei proceduri secundare este subordonată existenței unui sediu, regulamentul exclude oricare alt criteriu, cum ar fi existența pe teritoriul aceluia stat a unor bunuri ale debitorului, desfășurarea unei activități economice, locul încheierii unui contract, etc.

Prin sediu se înțelege un loc în care debitorul desfășoară activități economice, în mod stabil, și unde sunt folosite resurse umane și materiale, pentru care este necesar un anumit grad de stabilitate.

Procedura secundară nu poate fi decât o procedură de lichidare. În sensul art. 2 din REI, procedura de lichidare este aceea prin care se realizează lichidarea bunurilor debitorului. O listă a procedurilor de lichidare o găsim în Regulament la Anexa B.

O procedură principală poate coexista cu mai multe proceduri secundare de lichidare întrucât acestea se focalizează pe valorificarea bunurilor.

Procedura secundară de insolvență este una teritorială, efectele sale sunt limitate la bunurile care se găsesc pe teritoriul statului unde aceasta este deschisă.

Cu excepția unei dispoziții contrare, legea aplicabilă procedurii secundare este cea a statului membru pe teritoriul căruia se deschide procedura secundară.

Odată deschisă o procedură secundară de insolvență, efectul teritorialității acesteia afectează și practicianul în insolvență desemnat în cauză în procedura principală, pentru că acesta nu își mai poate exercita prerogativele în acest stat, în sensul că nu va mai dispune de bunurile debitorului. Cu toate acestea lichidatorul din procedura principală rămâne cu atribuția de a coordona administrarea procedurii secundare în raport cu procedura principală.

Deschiderea unei proceduri secundare este recunoscută fără îndeplinirea vreunei formalități în celelalte state membre deși efectele acestei proceduri sunt doar teritoriale.

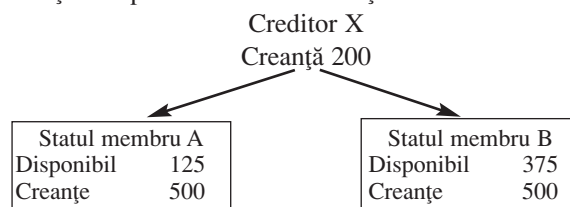
6. Distribuția

În conformitate cu art.20.2 din R.E.I. distribuția sumelor de bani din averea debitoarei se face ținându-se cont de procentele încasate de un creditor într-o altă procedură fie ea principală sau secundară. Dacă un creditor a încasat o sumă de bani din procedura din statul A, el nu va mai putea încasa și din procedura din statul B până când creditorii de același rang din procedura B nu s-au îndestulat în aceleași procente, precum s-a îndestulat el în procedura A.

EXEMPLUL 1

Să presupunem că două proceduri de insolvență s-au deschis cu privire la același debitor, una în statul membru A și cealaltă în statul membru B. Creditorul X a formulat cerere de admitere a declarației de creanță în ambele state, și creanța a fost admisă ca creanță chirografară. Să considerăm că X este singurul creditor căruia i-au fost distribuiți bani în procedura

din statul membru A, pentru că, de exemplu a fost singurul creditor care și-a depus cererea de admitere a creanței în acest stat. Dacă are loc o distribuție în procedura insolvenței din statul membru B, ceilalți creditori din același rang vor beneficia de sume de bani în mod prioritar față de creditorul X până la îndestularea procentuală de care a beneficiat creditorul îndestulat în procedura insolvenței deschisă în statul membru A. După îndestularea creditorilor chirografari din procedura B în aceleași procente în care s-a îndestulat creditorul X în procedura A, creditorul X va avea dreptul să participe la distribuția din procedura de insolvență deschisă în statul B.



În exemplul luat am considerat creanța creditorului X în cuantum de 200. În distribuția din statul membru A creditorul X se îndestulează 25% ($125/500$); de aceea el va încasa din această distribuție 50. Urmează distribuția din statul B, în considerare faptul că creditorul X s-a îndestulat în măsură de 25%.

Mecanismul distribuției în statul membru B este următorul:

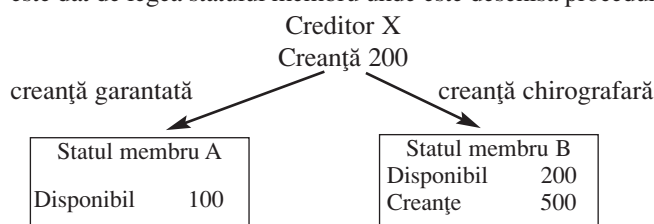
- în prima faza creditorul X nu va participa la distribuție, ceilalți creditori de același rang vor trebui îndestulați cu 25%. Din total creanțelor se va scădea creanța creditorului X. $500-200=300$. Creditorii chirografari din statul membru B vor primi $75(25\% \cdot 300)$
- sume de bani de distribuit vor mai fi $375-75=300$
- în a doua fază a distribuției vor participa toți creditorii, inclusiv creditorul X. Distribuția se va face în cuantum de 60% din creanța fiecărui creditor față de debitor ($300/500$)

Creditorul X va primi din distribuția din statul B 120 ($60\% \cdot 200$).

În total din statul membru A și din statul membru B creditorul X va primi 170, adică ($120+50$)

EXEMPLUL 2

Să presupunem că două proceduri de insolvență s-au deschis cu privire la același debitor, una în statul membru A și cealaltă în statul membru B. Creditorul X a făcut cerere de admitere a creanței în ambele state membre. Acesta va avea o creanță garantată în statul membru A iar în statul membru B are o creanță chirografară. Acest lucru este posibil întrucât, conform Regulamentului European de Insolvență, rangul unei creanțe este dat de legea statului membru unde este deschisă procedura.



Cazul 1. În acest caz, creditorul X va primi 100 din distribuția din statul membru A. În statul B creditorul X este

tratat ca un creditor chirografar. Creditorul X deja a primit 50% din creanța sa în urma distribuției din statul membru A, deci prima fază în distribuția din statul B va fi îndeșularea celorlalți creditori chirografari în cuantum de 50 %. Fără creanța creditorului X, creanțele vor fi în statul B în cuantum de 300, iar o distribuție de 50% înseamnă plata a 150 către acești creditori. Restul de distribuit pentru toți creditorii va fi de 50.

Întrucât total creanțe sunt 500 iar suma de distribuit 50, fiecare creditor, inclusiv creditorul X au dreptul la o îndeșulare de 10 % din creanță. Creditorul X va dobândi din distribuția din statul membru B 20 ($10\% \cdot 200$).

În total creditorul X va primi din statul membru A și statul membru B 120, adică ($100+20$).

Cazul 2. În această situație vom analiza ce se întâmplă dacă prima dată va avea loc distribuția în statul B. În statul B fiecare creditor va primi $40\%(200/500)$. Aceasta înseamnă o îndeșulare pentru creditorul X în cuantum de 80 ($40\% \cdot 200$) în statul B. Din statul A, creditorul X, cu creanță garantată, va încasa 100.

În total creditorul X va primi din statul membru A și statul membru B 180, adică ($80+100$).

Comparând sumele de distribuit în cele 2 cazuri observăm că distribuția făcută în al doilea caz profită creditorului X, deci interesul acestuia va fi să amâne plata în statul în care acesta deține o creanță garantată, și să prefere ca prima distribuție să aibă loc în statul în care acesta deține o creanță chirografară. Bineînțeles că un interes contrar vor avea creditorii chirografari din ambele proceduri de insolvență deschise asupra debitorului.

Principala problemă - determinarea COMI (Centre of the main interests)

Conform R.E.I., „centrul intereselor principale a debitorului” (COMI) trebuie să corespundă cu locul de unde debitorul își administrează interesele pe o bază regulată și poate fi verificat de către terți.

Regulamentul nu se aplică dacă COMI este situat în afara Uniunii Europene.

Determinarea COMI reprezintă principalul conflict în cadrul procedurilor de insolvență transfrontalieră, cu cazuri extrem de disputate precum Daisytek (implicând 60 de filiale în UK, Germania și Franța) și Parmalat (implicând Italia, Irlanda, Olanda și Luxemburg). Răspunsul la întrebarea „unde este centrul principalelor interese” a primit soluții diferite, din partea instanțelor, bazate pe diverse fapte și circumstanțe cum ar fi:

- Societatea principală a grupului (a unei companii austriece cu sediul în Innsbruck) este situată în statul forumului (Germania),

- Debitorul (persoana fizică) a ținut, cu privire la interesele substanțiale într-un număr mare de companii stabilite în statul forumului, să administreze aceste interese comerciale în statul forumului (Olanda),

- Compania (Delaware incorporated) se prezentase la cel mai substanțial creditor al său ca având birourile executive în statul forumului (Anglia),

- Directorii au avut naționalitatea statului forumului (Italia),

- Directorul (unei companii irlandeze complet afiliată la o companie din Marea Britanie) era stabilit în Marea Britanie și era unicul răspunzător pentru afacerile companiilor,

- Câteva activități contractuale (conduse de o companie constituită în Finlanda) erau încă în curs în statul forumului (Suedia),

- Codurile de la programele de computer ale companiei debitorului (înregistrată în Marea Britanie, adresă poștală în Marea Britanie, clădiri în Suedia) sunt stocate în statul forumului (Suedia).

- Compania (înregistrată în Marea Britanie cu adresă poștală în Spania) este un partener într-o societate suedeză în comandită pe acțiuni (Suedia)

- Administrarea zilnică este realizată din statul forumului (Irlanda).

Din enumerarea mai sus menționată observăm că instanța determina COMI făcând o interpretare a numeroase aspecte. Cu toate acestea putem observa 2 linii directoare.

Prima este o abordare din perspectiva ”Contactului cu Creditorii” ce se bazează pe definiția dată COMI în sensul că acesta ar trebui să corespundă cu locul unde debitorul își administrează interesele și poate fi determinat de terți.

Un exemplu îl constituie cazul decis de Curtea Districtuală din Dordrecht (Olanda) în 23 noiembrie 2005. Un creditor a formulat cererea de deschidere a procedurii insolvenței la data de 13 septembrie 2005. Debitorul, deși a fost citat, nu s-a prezentat în fața instanței. Din registrele publice reiese că debitorul, anterior datei de deschidere a procedurii, respectiv 4 mai 2005, și-a transferat activitatea în Belgia. Prin urmare, instanța în lipsa unei dovezi că COMI este în Olanda, a stabilit că Belgia reprezintă COMI al debitorului. În speța prezentată nu s-a dovedit că debitorul mai desfășoară activitate comercială, iar faptul că acesta are datorii către creditor este insuficient pentru a deduce că COMI este în Olanda. Așadar, instanța olandeză a decis că nu are jurisdicție pentru a deschide procedura principală de insolvență.

A doua linie directoare abordează ”Gândirea de management”(numita abordare din perspectiva „sediilor centrale” sau „a funcțiilor de conducere”). Un exemplu îl constituie cazul Collins & Aikman Europe.

Conducerea efectivă a 24 de companii din cadrul Collins & Aikman Corporation Group se realiza în Marea Britanie, dar una este situată în Luxembourg, șase în Anglia, una în Spania, una în Austria, patru în Germania, două în Suedia, trei în Italia, una în Belgia, patru în Olanda și una în Republica Cehă. Collins & Aikman Group își are sediul în Michigan, S.U.A. și este un furnizor de top la nivel global de sisteme componente ale automobilelor pentru cei mai importanți producători de vehicule din lume, incluzând Daimler, Ford, General Motors, Honda, Nissan, Porsche, Renault, Toyota și Volkswagen. În Europa deține 24 uzine în 10 țări cu 4.500 de angajați. Clienții săi sunt Daimler, Daimler Chrysler, General Motors, dar Ford reprezintă 60% din afaceri, din activitățile europene. Grupul s-a dezvoltat considerabil în ultimii ani, în primul rând din achiziții, dar s-a izbit de dificultăți financiare datorită lipsei de lichidități și, drept urmare în mai 2005 era aplicabil Capitolul 11 al Procedurilor de insolvență în Statele Unite. Curtea Supremă de Justiție din Marea Britanie acordă atenție părții

introdutive 13 a R.E.I. sens în care pentru a anula prezumția potrivit căreia locul relevant ar fi cel în care s-a formulat cererea de deschidere a procedurii, ar fi necesar să se dovedească că “funcțiile de conducere” sunt îndeplinite într-un stat membru altul decât statul în care este situat. Instanța evaluând dovezile apreciază că funcțiile principale administrative au fost, începând cu 17 mai 2005, efectuate din Marea Britanie: coordonarea numerarului, comasarea conturilor bancare, coordonarea resurselor umane, operarea sistemului informatic, și faptul că majoritatea funcțiilor de vânzări legate de operațiunile europene sunt realizate din Anglia, în particular, clientul principal, Ford, generând aproximativ 60% din venituri. Toate vânzările către Ford sunt dirijate de Ford Business Unit din Marea Britanie. Instanța în aceste condiții obține dovada că centrul principalelor interese ale fiecărei companii non-engleze nu avea legătură cu locul în care se găseau sediile sociale respective.

BIBLIOGRAFIE

- G. Duranton, Redressement judiciaire, Dalloz, 1996
S.L. Bufford, Romanian bankruptcy Law, New York Law School Journal of International and Comparative Law, vol.17, 1997
D.Ungureanu, Falimentul internațional, Ed.Lumina lex, București, 2004

M.M.Ferber, European Insolvency Regulation, Ed. Ditmar Weis, Germania, 2004

R. van Galen, How to use the European Insolvency Regulation, Ed. Nauta Dutilh, Olanda, 2005

Moss/ Wessels , EU Banking and Insurance Insolvency, Oxford University Press, 2006

Virgós/Garcimartin, The EC Regulation on Insolvency Proceedings: Law and Practice, Kluwer Law International, 2004

C.G.Paulus, Third Accessing Countries Committee Conference, Cross-Border Consideration, Belgrad, 2007

B.Wessels, InsolEurope Annual Congress-The European Cross-border Insolvency Law Framework, Bucuresti, 2006

M.Virgós, The 1995 European Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View, Forum Internationale, Nr.25, martie 1998.

B Wessels, BGN Eastern Conference, The EU Insolvency Regulation and Coordination between insolvency proceedings, Riga, 2007

M.Virgos, E Schmitt, Interpretative guide to the Insolvency Convention 1995. Raportul Virgos-Schmitt(VSR) deși nu a fost niciodată aprobat de Ministerul de Justiție al Comunității Europene, este utilizat atât în doctrină cât și în jurisprudență ca un ghid neoficial de interpretare a Regulamentului European de Insolvență (REI).

Aproximativ 150 de cazuri de insolvență transfrontalieră pot fi analizate la adresa «www.eir-database.com».





Recent, Editura Wolters Kluwer a publicat lucrarea dlui. conf. univ. dr. Gheorghe Piperea de la Facultatea de Drept a Universității București, intitulată *Insolvența: legea, regulile, realitatea*.

Acest adevărat tratat de insolvență nu reprezintă o surpriză în sine, având în vedere studiile și articolele publicate de dl. Gheorghe Piperea de-a lungul anilor. Așa cum acele studii s-au remarcat prin profunzime și originalitate, constituind repere obligatorii pentru orice monografie asupra insolvenței și prezentul tratat are multe puncte forte, care-i conferă valoare.

Autorul reușește să abordeze materia insolvenței într-o manieră proprie, care-i conferă originalitate, venind cu analize și opinii personale care nu sunt doar inedite ci și corecte din punct de vedere științific.

Maniera personală de abordare a diferitelor subiecte este îmbogățită prin concluziile desprinse din practica unor cazuri importante judecate în România în ultimii ani.

Cu toate originalitățile, sinteza materialului este reușită „aliniindu-se” pe modalitatea deja clasică (și obligatorie) de tratare pe fazele consecutive ale procedurii.

Materialul este foarte dens (peste 800 de pagini), ilustrat cu rezumate în limbile franceză și engleză ale fiecărui capitol, cu note de subsol bine plasate în dezvoltarea anumitor idei din text.

Mai puțin „tributară” dezvoltării istorice a materiei, dar mai puternic ancorată în realitățile procedurii insolvenței ca și în dreptul comparat, tratatul dlui. Gheorghe Piperea nu trebuie să lipsească din biblioteca niciunui profesionist al insolvenței.

Dr. Radu BUFAN



Editura Wolters Kluwer a publicat și lucrarea intitulată *Codul fiscal comentat*, prima lucrare de amploare care analizează dispozițiile fiscale actuale din perspectiva practicienilor fiscalității, care au nevoie de soluții pentru cazurile complexe cu care se confruntă zi de zi.

Codul fiscal comentat este o lucrare coordonată de dl. prof. univ dr. Radu Bufan de la Universitatea de Vest din Timișoara și de dl. prof. univ. dr. Mircea Ștefan Minea de la Universitatea Babeș Bolyai din Cluj, cu susținerea unui corp de 25 de autori - cadre universitare, specialiști din Ministerul Economiei și Finanțelor, consultanți și avocați specializați ai fiscalității.

Prin conținutul său, lucrarea își propune să ofere soluții problemelor cu care se confruntă cei implicați în domeniul fiscalității, atât prin explicațiile doctrinare pe care le oferă cât și prin soluțiile jurisprudențiale ale instanțelor naționale, dar și pe cele din jurisprudența comunitară, pe care le invocă în susținerea comentariilor.

Lucrarea este utilă tuturor categoriilor de specialiști în economie și drept, deci și practicienilor în insolvență, cărora le oferă într'interpretări, analize, soluții la cele mai multe probleme pe care le ridică aplicarea Codului fiscal românesc.

Redacția

