



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ **Analiza
performanțelor**
pag. 4

■ **Regimul
general
al bunurilor**
pag. 8

■ **Reglementarea
obligațiilor**
pag. 15

■ **Înscrierea
directă a
creanțelor**
pag. 22

■ **Legea sau
interesul?**
pag. 25

Nr. 44, aprilie - iunie 2013

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 44, aprilie - iunie 2013

sumar

	pag.
□ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
ASPECTE PRIVIND ANALIZA PERFORMANTELOR UNEI SOCIETĂȚI	4
REGIMUL GENERAL AL BUNURILOR POTRIVIT NOULUI COD CIVIL	8
LEGEA INSOLVENȚEI - INSTRUCȚIUNI DE FOLOSIRE	13
□ RUBRICA ANALISTULUI	
REGLEMENTAREA OBLIGAȚIILOR ÎN NOUL COD CIVIL	15
□ RUBRICA MAGISTRATULUI	
ÎNSCRIEREA DIRECTĂ A CREAMTELOR	22
□ OPINIA SPECIALISTULUI	
LEGEA SAU INTERESUL ?	25

Editor
Mihai Dimonie

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

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță

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

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

Cuvântul președintelui



Stimați colegi,

În numărul anterior al revistei noastre m-am referit la câteva dintre modificările și completările aduse prin Legea nr.222/2012 Ordonanței de urgență a Guvernului României nr.86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență. Pe această bază, Congresul extraordinar din 14 decembrie 2012 a adoptat Hotărârea pentru modificarea și completarea Statutului privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență și a Codului de etică profesională și disciplină ale UNPIR.

Această hotărâre a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.134 din 14.03.2013 și am convingerea că membrii Uniunii o vor citi cu atenție.

În numărul precedent al revistei am făcut câteva mențiuni privind principalele modificări și completări ale Statutului așa că acum voi insista asupra măsurii privind constituirea Fondului de solidaritate. Acesta este definit pe larg la pct. 70 din hotărârea menționată, care în Statut a primit numărul de articol 91¹ (la republicare articolele urmând a fi renumerotate).

Fondul de solidaritate este destinat sprijinirii filialelor care înregistrează restanțe mari în achitarea sumelor cuvenite membrilor din fondul de lichidare și se va alimenta prin aplicarea unei cote de 10% la sumele lunare colectate de registrul comerțului, precum și asupra celor 2% din sumele recuperate în cadrul procedurilor de insolvență. Primele dintre acestea se vor reține direct de către Secretariatul general al Uniunii din sumele colectate de registrul comerțului, iar celelalte se vor reține de către filialele Uniunii, cu prioritate,

ambele constituindu-se în ceea ce numim Fondul de solidaritate.

Criteriile de distribuire al acestui fond către filiale vor fi aprobate de către Adunarea reprezentanților permanenți în 19 aprilie 2013, după care acesta va deveni funcțional.

Sper că în felul acesta vom reuși să echilibrăm, cât de cât, bugetul de plăți al onorariilor din unele filiale. Împreună cu măsura cesionării facturilor către Libra Internet Bank, în urma înțelegerii realizate cu aceasta, sper că situația plăților onorariilor către membrii noștri se va îmbunătăți substanțial.

În final țin să menționez câteva dintre cele mai importante evenimente programate la nivelul Uniunii în trimestrul al II-lea 2013 și anume: Congresul anual care va avea loc pe 14 iunie 2013; prima sesiune din acest an a examenului de acces în profesie din 11 mai 2013, precum și examenul de definitivat pentru practicienii stagiați, de la sfârșitul lunii mai, organizat sub egida proaspătului Institut Național de Pregătire a Practicienilor în Insolvență (INPPI).

Tot în trimestrul II 2013 va deveni funcțional portalul de vânzări al Uniunii. Subliniez însă că succesul portalului depinde în primul rând de noi, utilizatorii lui, și de înțelegerea că acesta constituie un instrument de lucru în prezentarea activelor disponibile spre valorificare în cadrul procedurii insolvenței.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Aspecte privind analiza performanțelor unei societăți



Ec. Viorica MUNTEANU
Vicepreședinte al Consiliului național de conducere
Președinte, filiala Brașov a UNPIR

Diagnosticul financiar al unei societăți reprezintă “**starea de sănătate financiară**” a afacerii și se realizează cu ajutorul analizelor economice și a indicatorilor financiari. Analizele economice studiază relația dintre rezultatele obținute și resursele consumate și evidențiază legăturile dintre cauze și efecte.

Indicatorii financiari reflectă situația sintetică a performanțelor realizate de firmă într-o anumită perioadă și într-un anumit context al afacerii.

Evaluarea deciziilor manageriale asupra rentabilității unei societăți în cele mai întâlnite cazuri este măsurată prin compararea profiturilor obținute în decursul a doua perioade; în cazul unei creșteri a profitabilității se concluzionează că deciziile luate de către management au fost cele adecvate

Este corect să afirmăm că analiza rentabilității unei societăți trebuie să fie axată în mod necesar pe măsurarea unui set de indicatori, dintre care profitul are un rol subsidiar. Prezentăm în continuare câteva argumente în sprijinul acestei afirmații.

Profitul obținut, determinat ca diferență dintre veniturile și cheltuielile înregistrate de către o societate are rolul de a măsura performanța obținută de către aceasta în decursul unei perioade, existând în acest sens mai multe posibilități de comensurare, astfel:

- **Marja brută (Gross margin)**, care se calculează ca diferență dintre veniturile provenite din vânzarea bunurilor și a serviciilor și costul acestora. În costul bunurilor și a serviciilor se includ doar o parte a cheltuielilor înregistrate de către societate și anume cheltuielile directe și o parte din cheltuielile indirecte,

adică cele care pot fi alocate în mod direct bunurilor sau serviciilor vândute;

- **Profitul operațional**, care se calculează ca diferență dintre marja brută și toate cheltuielile operaționale: cunoscut sub denumirea de profit înainte de dobânzi și taxe acesta definește surplusul generat de activitatea operațională (de exploatare);
- **Profitul brut**, care reprezintă profitul realizat înainte de impozitare (taxe) și după scăderea cheltuielilor cu dobânzile (aferente capitalului pus la dispoziție de instituțiile financiare);
- **Profitul net**, care reprezintă profitul după deducerea impozitului pe profit.

Extrem de important de reținut este că indicatorii cu privire la profit prezentați au dezavantajul lipsei de comparabilitate dintre diverse societăți concurente, ca urmare a faptului că rezultatele contabile obținute sunt influențate de politica financiară a firmei cu privire la :

- amortizarea imobilizărilor
- recunoașterea și capitalizarea activelor necorporale,
- metoda de gestiune a stocurilor
- recunoașterea cheltuielilor aferente activelor deprecia-te etc.

Instrumentele de comensurare contabile ale profitului au relevanță însemnată pentru bănci și alte instituții finanțatoare ca urmare a faptului că profitul nu include și

capitalurile puse la dispoziție de către acționari, respectiv costul acestora.

Modul de abordare al performanțelor bazat strict pe analiza profitabilității înregistrate s-a dovedit limitat, ceea ce a impus un sistem de tratare a informației apt să ofere managerului datele necesare și relevante adoptării deciziilor financiare.

În concluzie, analiza performanțelor unei societăți nu trebuie să se limiteze numai la date financiare, ci trebuie să înglobeze atât informații economice cât și informații cu privire la mediul concurențial, informații absolut necesare elaborării previziunilor.

Spre exemplu, două societăți cu același obiect de activitate, cu cifre de afaceri apropiate, cu structură similară a cheltuielilor și credite contractate de egală valoare pot avea "măsuri" ale profiturilor obținute foarte diferite, ca urmare a unor diferențe existente la nivelul politicilor contabile sau a nivelului dobânzilor și taxelor plătite.

Exemplificăm câteva diferențe privind politica contabilă între societatea "A" și societatea "B"

Descărcarea din gestiune a mărfurilor vândute :

Societatea "A" folosește metoda costului mediu ponderat (CMP)

Societatea "B" folosește metoda "FIFO" (primul intrat primul ieșit)

Politica de amortizare a activelor:

Societatea "A" folosește metoda liniară

Societatea "B" folosește metoda accelerată

Costul finanțării

Societatea "A" costul finanțării : 12%

Societatea "B" costul finanțării: 8%

Efectele politicii financiare constau în rezultatul diferit și profitul diferit.

Efectele politicii financiare a firmei, demonstrează că evaluarea performanțelor exclusiv pe baza indicatorilor din contul de rezultate este inselatoare; analiza trebuie să aibă în vedere atât informațiile obținute din contul de profit și pierdere, cât și informațiile cu privire la situația activelor și datorităilor și la evoluția acestora în timp.

Analiza rentabilității unei societăți trebuie să fie axată, așa cum am precizat mai sus, în mod necesar pe măsurarea unui set de indicatori de performanță, indicatori care surprind dimensiunea performanțelor raportată la volumul de business generat (fluxul de activitate); exemplificăm în acest sens ratele de rentabilitate, respectiv:

- Rata rentabilității vânzărilor ;

- Rentabilitatea cifrei de afaceri (care exprimă profitul obținut pe fiecare unitate de vânzări);

- Rata rentabilității activelor (care exprimă profitul obținut pe fiecare resursă consumată) etc.

Rata de rentabilitate reprezintă un raport între un indicator de rezultate (o măsură a profitului) și un indicator care reflectă un flux de activitate (cifra de afaceri netă, resurse consumate etc.) sau un "stoc" (capital propriu, active totale etc).

Pentru aprecierea profitabilității, se calculează diverși indicatori de rentabilitate cum ar fi:

– Rata rentabilității comerciale = profit net / cifra de afaceri * 100%

– Rata rentabilității activelor = profit net / total active * 100%

– Rata rentabilității financiare. = profit net / capital propriu * 100%

Acești indicatori de rentabilitate exprimă eficiența consumului de resurse (capitaluri, active) sau eficiența vânzărilor. Valorile înregistrate de firmă pentru acești indicatori, calculați pentru o anumită perioadă, se compară cu performanțele anterioare ale firmei dar și cu valorile medii ale domeniului de afaceri din care firma este parte componentă.

Există mai multe tipuri de indicatori economico-financiar sub formă de rate și anume:

I.) Indicatori de lichiditate: Lichiditatea generală și lichiditatea imediată

II.) Indicatori de risc: Gradul de îndatorare și acoperirea dobânzilor;

III) Indicatori de activitate:

- Viteza de rotație a stocurilor
- Numărul de zile de stocare
- Viteza de rotație a debitelor - clienți
- Viteza de rotație a creditelor - furnizori
- Viteza de rotație a activelor totale

IV) Indicatori de profitabilitate:

- Rentabilitatea capitalului angajat
- Marja brută din vânzări

Marjele, prin ele însele, caracterizează insuficient gradul de rentabilitate al întreprinderii, deoarece pot exista companii foarte rentabile cu marje mici și invers, rentabilități slabe cu marje mari. Numai ratele caracterizează real gradul de rentabilitate, exprimând în modul cel mai sintetic eficiența cheltuielilor sau a utilizării capitalurilor.

Numai raportând beneficiul la costuri se poate stabili gradul de rentabilitate al fiecărei întreprinderi și eficiența activității desfășurate.

Astfel, dacă marja comercială obținută (exprimată ca raport între marja comercială și cifra de afaceri) cunoaște

o tendință descrescătoare, trebuie luate măsuri de corecție a acestei evoluții, prin modificarea prețurilor de vânzare prin diminuarea reducerilor comerciale acordate partenerilor.

În concluzie, pentru **analiza profitabilității afacerii** se elaborează multiple analize economice care vizează, în mod special, analiza vânzărilor și a cheltuielilor. Pe parcursul acestor analize, se identifică și se evaluează influența tuturor factorilor interni și externi ai firmei care-și manifestă acțiunea asupra “obiectului analizei” și se evidențiază relația dintre eforturi și efecte.

Astfel, pentru **analiza evoluției și structurii vânzărilor** se vor avea în vedere următoarele elemente cantitative și calitative:

- cantitatea de produse livrate și servicii prestate
- numărul clienților, clasificarea și ponderea acestora în totalul vânzărilor;
- numărul punctelor de vânzare, capacitatea spațiilor de prezentare și desfacere;
- numărul mediu de personal care deservește activitatea comercială;
- politica de prețuri și de discounturi;
- politica de oferte speciale, promoții;
- politica de acordare a creditelor – client.

Pe lângă aceste elemente, se va analiza contextul general al mediului de afaceri și contextul local al pieței în care firma își desfășoară activitatea: nivelul cererii de produse și servicii, concurența și avantajele concurențiale.

Un alt aspect important ce trebuie analizat îl reprezintă **“Costul capitalurilor atrase”**

Spre exemplu, costul capitalurilor atrase de către o societate de la furnizorii externi de capitaluri este prezentat transparent în cadrul contului de profit și pierdere al societății, prin intermediul cheltuielilor cu dobânzile. În schimb, costul capitalurilor furnizate de către acționari nu este prezentat în mod explicit în cadrul situațiilor financiare și a contului de profit și pierdere, chiar dacă este evident faptul că și aceste fonduri puse la dispoziție de către acționari au un cost.

Pentru a efectua o analiză relevantă asupra performanțelor realizate de către o companie, este necesar să luăm în considerare și costul capitalurilor furnizate de către acționari. Pentru a determina acest cost avem nevoie de informații suplimentare pe care nu le regăsim de regulă în situațiile financiare ale unei companii.

Acționarii sunt direct interesați în creșterea valorii întreprinderii, deoarece ei investesc capitaluri supuse la riscuri. Remunerarea acționarilor constă în dividende și în plus-valoarea creată de întreprindere.

La fel de importantă este și analiza **“Fluxurile de numerar”** pentru motivele expuse în continuare.

În ipoteza în care societatea înregistrează dificultăți în ceea ce privește lichiditățile și întârzieri la plata datoriilor,

vor fi analizați cu prioritate indicatorii de lichiditate, iar accentul va fi pus cu precădere asupra situației fluxurilor de trezorerie, mai degrabă decât pe analiza contului de profit și pierderi.

Cea mai relevantă bază pentru evaluare o constituie fluxurile de numerar viitoare și nu profitul, deoarece profitul nu surprinde necesarul de capital de lucru.

Diferența dintre profit și fluxurile de numerar poate fi rezumată cel mai simplu prin faptul că fluxurile de numerar (cash-ul) pot “cumpăra” bunuri și servicii; în schimb “profitul” care nu este concretizat în disponibilitățile bănești nu poate asigura cumpărarea de bunuri și servicii.

Ce doresc investitorii?

Investitorii doresc în primul rând cash, nu profit, iar evaluarea proiectelor de investiții și a deciziilor strategice cu privire la viitorul unei afaceri se fundamentează în cele mai multe cazuri pe analize cu privire la evoluția și structura fluxurilor de numerar.

Ce doresc creditorii?

Pe termen scurt, creditorii sunt interesați de lichiditatea întreprinderii, adică de capacitatea acesteia de a face față scadențelor pe termen scurt, fiind interesați în principal de necesarul de fond de rulment sau capital de lucru pentru a face față nevoilor de lichidități generate de procesul de exploatare.

Pe termen lung, creditorii trebuie să se asigure de solvabilitatea și rentabilitatea întreprinderii, de care depinde plata dobânzilor și rambursarea datoriilor. Ei sunt interesați de mărimea datoriilor, de posibilitatea de rambursare, de capacitatea de autofinanțare a întreprinderii, precum și de rentabilitatea și utilitatea împrumutului acordat.

Creditorii sunt interesați și de structura financiară a întreprinderii, de mixul capitalurilor folosite în derularea activităților curente, care prezintă gradul de risc prin levierul financiar (adică raportul dintre datorii și capitalurile proprii). Structura capitalurilor atrase de către o companie influențează în mod direct și costul acestora.

Alte aspecte importante de reținut se refera la **“Bugetul de cheltuieli și venituri”** la întocmirea căruia trebuie avut în vedere următoarele:

■ În realizarea oricărui buget trebuie estimate proiecțiile cu privire la diverse provizioane pentru activitatea viitoare, clienți incerti, garanții etc., determinate în mod realist, pe baza experienței anterioare.

■ Toate cheltuielile probabile trebuie incluse și estimate în mod corespunzător, pe baza realizărilor din perioadele trecute și a așteptărilor viitoare, ținând seama printre altele și de:

- provizioane pentru riscuri și cheltuieli aferente garanțiilor acordate clienților, litigii comerciale etc;
- modificarea cursului de schimb valutar;
- evoluția factorilor macroeconomici și a regimului fiscal aplicabil domeniului de activitate în care o firmă își desfășoară activitatea;
- evoluția mediului concurențial și apariția unor firme/produse concurente;
- alte riscuri care se pot concretiza în cheltuieli pentru firmă.

Dimensionarea resurselor necesare pentru realizarea acestora, fie că vorbim de necesarul de capital de lucru sau de fondurile pentru investiții.

Trebuie să luăm în considerare că în elaborarea bugetelor pot interveni și unele riscuri majore. Primul și cel mai frecvent dintre acestea îl constituie subdimensionarea, ceea ce generează absența lichidităților și un grad prea ridicat de îndatorare la bănci. Al doilea pericol este reprezentat de supradimensionarea fondurilor circulante și are ca efect o blocare inutilă a unor disponibilități, care pot fi utilizate cu o eficacitate sporită, schimbându-le destinația.

În concluzie, bugetul nu trebuie privit sau folosit doar ca un instrument de control ci mai ales ca un instrument care ne ajută să găsim drumul spre un obiectiv, să ne semnalizeze când am greșit și în măsura în care ne îndepărtăm de realitățile cu care se confruntă compania și putem face ajustările necesare.

Este important să avem în vedere și care sunt deciziile eronate ale managementului unei companii în elaborarea bugetelor, astfel :

■ Urmărirea performanțelor pe termen scurt în scopul creșterii imaginii firmei, ceea ce se realizează prin măsuri precum:

- capitalizarea unor cheltuieli în situația în care acestea nu au caracterul unor active și trebuie înregistrate drept cheltuieli,
- subevaluarea costurilor (înregistrarea drept cheltuieli în avans a unor cheltuieli care aparțin perioadei),
- schimbarea politicii de evaluare a stocurilor în scopul influențării cheltuielilor cu produsele vândute,
- manipularea politicii de amortizare în scopul influențării cheltuielilor cu amortizarea,
- nerespectarea politicii de provizioane cu privire la stocuri sau clienți,
- neînregistrarea provizioanelor pentru riscuri și cheltuieli aferente produselor vândute,
- capitalizarea cheltuielilor cu dobândă în situația în care standardele de contabilitate nu permit acest lucru

Deci, concentrarea exclusivă asupra rezultatelor financiare pe termen scurt poate fi o practică păguboasă cu rezultate nedorite pentru companie.

- Alte greșeli de management pot apărea în cazul în care, pentru a diminua costurile perioadei curente se procedează la reduceri drastice ale cheltuielilor de training, reduceri de personal, reduceri ale investițiilor în cercetare etc.

Aceste reduceri vor avea un efect nefast asupra rezultatelor pe termen mediu sau lung, chiar dacă pe termen scurt vor conduce la creșterea profitului obținut.

Considerăm că soluția de evitare a acestor erori o reprezintă realizarea de sub-bugete: bugetul de vânzări, bugetul de marketing, bugetul de producție, bugetul cheltuielilor administrative; toate aceste sub-bugete se integrează mai apoi într-un buget consolidat al firmei.

În acest sens este important de subliniat că :

- Sub-bugetele trebuie să fie gândite în strânsă legătură unele cu celelalte (ex: bugetul de producție este direct influențat de bugetul de vânzări, bugetul de vânzări este influențat de investițiile prevăzute în cadrul bugetului de marketing);

- Sub-bugetele trebuiesc pregătite de departamentele care au informația cheie, colaborarea între departamente să fie foarte bună astfel încât informația cheie să ajungă la cel care pregătește bugetul (ex. dacă bugetul de marketing este pregătit de departamentul financiar, în caz contrar acesta nu va dispune de toate informațiile necesare pentru a face un buget corect; departamentul de marketing/vânzări va fi mult mai în măsură să pregătească acest buget);

- Trebuie să existe o coordonare la nivel de organizație a tuturor sub-bugetelor (în responsabilitatea departamentului financiar/controllers) și ele trebuiesc pregătite în concordanță cu obiectivele generale ale firmei și strategia acesteia pe termen lung și nu neapărat cu obiectivele imediate;

- Trebuie să existe o procedură clară, la nivel de companie cu privire la bugetare care să includă etape, persoane responsabile cu pregătirea și aprobarea, perioadele de bugetare și termene de realizare. Procesul de bugetare nu trebuie lasat pe ultima sută de metri și trebuie să i se aloce timpul necesar.

Considerăm că putem concluziona subliniind că în analiza performanțelor unei societăți nu există o rețetă universală de succes care poate fi utilizată în toate cazurile, și aceasta deoarece fiecare societate este unică și se confruntă cu anumite probleme care, pentru a fi remediate, necesită soluții și metode diferite.

Regimul general al bunurilor potrivit noului Cod civil

- interferențe cu privire la modalitățile de vânzare potrivit art. 116-118 din Legea nr.85/2006 -



Av. Carmen POPA

Membră a Consiliului național de conducere
Președinta filialei Dolj a UNPIR

I. Despre interesul prezentei analize

Punctul de plecare al acestei analize îl reprezintă, pe de o parte, dispozițiile art. 149 din Legea privind procedura insolvenței în conformitate cu care *“dispozițiile acestei legi se completează, în măsura compatibilității, cu dispozițiile Codului de procedură civilă, Codului civil ...”* și pe de altă parte, intrarea în vigoare de la 1 octombrie 2011 a unui nou Cod civil.

Aplicarea în timp a legii civile noi

Art.6 alin. (5) și (6) din noul Cod civil prevede că *“Dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare.”*

Dispozițiile legii noi sunt de asemenea aplicabile și efectelor viitoare ale situațiilor juridice născute anterior intrării în vigoare a acesteia, derivate din ... raporturile de proprietate, inclusiv regimul general al bunurilor, și din raporturile de vecinătate, dacă aceste situații juridice subzistă după intrarea în vigoare a legii noi.”

Dispozițiile de mai sus constituie un caz de aplicare generală și imediată a legii civile noi cu privire la

actele juridice săvârșite după intrarea sa în vigoare dar și cu privire la efectele viitoare ale situațiilor juridice născute sub imperiul legii vechi, atunci când acele efecte viitoare privesc regimul bunurilor (definiții, clasificări) și regimul proprietății (drepturi reale, raporturi de vecinătate, regimul de carte funciară, condițiile de fond și de formă ale transferului dreptului de proprietate, transferul riscurilor).

Dispozițiile noului Cod civil referitoare la regimul bunurilor, dreptul de proprietate, condițiile de fond și de formă ale înstrăinării se aplică modalităților de vânzare la care se referă art. 116 – 120 din Legea nr.85/2006 începând cu 1 octombrie 2011.

II. Necesitatea coroborării dispozițiilor referitoare la modalitățile de vânzare în procedura de insolvență cu dispozițiile noului Cod civil referitoare la clasificarea bunurilor – Cartea a III-a *Despre bunuri*, art. 535 – 550.

Dispozițiile cuprinse în articolele 116 - 120 din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței nu sunt foarte bine structurate, însă din cuprinsul lor înțelegem că legiuitorul a fost mai degrabă preocupat de aspecte de ordin procedural referitoare la procedura de

evaluare, la procedura de aprobare a modalității de vânzare și la diferitele modalități de vânzare.

Pentru aplicarea dispozițiilor de drept material, art.149 a trimis la legea civilă, la dreptul comun general aplicabil.

Într-o încercare de sistematizare a ceea ce este esențial reținem că:

i) lichidatorul prezintă raportul de evaluare și propune metoda de vânzare care este supusă analizei comitetului creditorilor și ulterior aprobării adunării creditorilor;

ii) regulamentul de vânzare poate prevedea vânzarea bunurilor în bloc, vânzarea pe ansambluri funcționale sau vânzarea de bunuri individuale;

iii) metodele de vânzare pot fi : vânzarea prin negociere directă, vânzarea la licitație sau o combinație a celor două metode;

iv) bunurile trebuie expuse pe piață într-o manieră adecvată în scopul maximizării prețului ce se poate obține din vânzare.

Aceste reglementări au un caracter procedural general însă dincolo de acestea, pentru întocmirea regulamentului de vânzare, pentru propunerea celei mai adecvate metode de vânzare și pentru realizarea ei efectivă este necesar ca administratorul judiciar / lichidatorul să cunoască foarte bine componența patrimoniului, modalitatea în care se clasifică bunurile, situația lor juridică, astfel încât să aleagă cele mai adecvate metode de evaluare și de vânzare, iar vânzarea să se poată realiza fără nici un risc din punct de vedere juridic.

Prin urmare, cunoașterea definițiilor și a clasificării bunurilor potrivit noului Cod civil este importantă pentru stabilirea regimului juridic și a condițiilor de fond și de formă ale vânzării.

La fel de important este și faptul că *“expunerea pe piață într-o manieră adecvată”* ne trimite la noile reglementări referitoare la *oferta de a contracta (1188 - 1189 NCC)* și de asemenea că regulamentul de vânzare trebuie să fie suficient de clar, de precis și de complet pentru a se forma acordul de voință al participanților la procedura de vânzare.

În scopul prezentei expunerii vom realiza o parcurgere rapidă a definițiilor doar pentru a atrage atenția asupra necesității de a fi avute în vedere la momentul întocmirii regulamentelor de vânzare.

Potrivit art. 535 din noul Cod civil *“Sunt bunuri lucrurile, corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial.”*

Această distincție clasică - între bunurile care au o existență materială, un corpus care poate fi perceput cu ajutorul simțurilor – lucrurile corporale și bunurile necorporale care nu au o existență tangibilă, au o existență abstractă și o valoare economică astfel încât pot face obiectul unui drept patrimonial (acțiuni, părți sociale, drepturi de proprietate intelectuală, clientela, vadul, efectele de comerț) - este consacrată și în noul Cod civil.

Potrivit art. 537 din noul Cod civil *“Sunt imobile terenurile, izvoarele și cursurile de apă, plantațiile prinse în rădăcini, construcțiile și orice alte lucrări fixate în pământ cu caracter permanent, platformele și alte instalații de exploatare a resurselor submarine situate pe platoul continental, precum și tot ceea ce, în mod natural sau artificial, este încorporat în acestea cu caracter permanent.”*

În scopul definirii imobilelor, legiuitorul a apelat în primul rând la criteriul clasic al așezării în spațiu, al fixității și în al doilea rând la criteriul destinației, astfel cum rezultă din dispozițiile art.538 :

“(1) Rămân bunuri imobile materialele separate în mod provizoriu de un imobil, pentru a fi din nou întrebuințate, atât timp cât sunt păstrate în aceeași formă, precum și părțile integrante ale unui imobil care sunt temporar detașate de acesta, dacă sunt destinate spre a fi reintegrate.

(2) Materialele aduse pentru a fi întrebuințate în locul celor vechi devin bunuri imobile din momentul în care au dobândit această destinație.”

Astfel, chiar dacă anumite părți din imobil sunt detașate temporar ele nu devin bunuri mobile, întrucât destinația lor ulterioară este aceea de a fi reîncorporate în imobil. De asemenea materialele achiziționate în vederea încorporării într-un imobil devin imobile prin destinație.

Aceste dispoziții își găsesc aplicarea în procedurile de insolvență ale societăților din domeniul construcțiilor în patrimoniul cărora se pot regăsi terenuri, construcții aflate în diferite faze de execuție (imobile conform art. 537) dar și stocuri de materii prime, materiale de construcții și instalații deja achiziționate care însă nu au fost încă încorporate în lucrare, considerate imobile prin destinație conform art. 538.

Desigur că investiții imobiliare în curs de execuție se pot regăsi și în patrimoniul altor categorii de debitori.

Potrivit art. 539 “(1) *Bunurile pe care legea nu le consideră imobile sunt bunuri mobile.*

Legiuitorul nu a dat o definiție a bunurilor mobile: prin excludere, sunt mobile toate bunurile care nu sunt imobile prin definiție, prin accesiune sau prin destinație.

Articolul 540 menține ca un criteriu de clasificare criteriul anticipației:

“(1) *Bogățiile de orice natură ale solului și subsolului, fructele neculese încă, plantațiile și construcțiile încorporate în sol devin mobile prin anticipație, atunci când, prin voința părților, sunt privite în natura lor individuală în vederea detașării lor.*

(2) *Pentru opozabilitate față de terți, este necesară notarea în cartea funciară.”*

Deși anumite categorii de bunuri sunt imobile, potrivit criteriului fixării de sol, legiuitorul a creat posibilitatea schimbării regimului lor juridic prin voința părților actului juridic.

Astfel, prin desprindere de sol și vânzare separată recoltele, arborii dintr-o pădure sau piatra dintr-o carieră devin bunuri mobile. În acest caz se modifică regimul juridic referitor la condițiile de fond și de formă ale vânzării.

Articolul 546 din noul Cod civil reglementează raportul de accesorialitate dintre bunurile principale și bunurile accesorii:

“(1) *Bunul care a fost destinat, în mod stabil și exclusiv, întrebuințării economice a altui bun este accesoriu atât timp cât satisface această utilizare.*

(2) *Destinația comună poate să fie stabilită numai de proprietarul ambelor bunuri.*

(3) *Dacă nu se prevede altfel, bunul accesoriu urmează situația juridică a bunului principal, inclusiv în caz de înstrăinare sau de grevare a bunului principal.*

(4) *Încetarea calității de bun accesoriu nu poate fi însă opusă unui terț care a dobândit anterior drepturi privitoare la bunul principal.*

(5) *Separarea temporară a unui bun accesoriu de bunul principal nu îi înlătură această calitate.*

(6) *Drepturile unui terț privitoare la un bun nu pot fi încălcate prin transformarea acestuia în bun accesoriu.”*

Importanța acestei clasificări apare atunci când în averea debitoare se regăsesc construcții de care sunt

atașate, sau care sunt deservite de instalații destinate funcționării clădirii cum ar fi de exemplu posturi de transformare a energiei electrice, centrale termice, precum și în cazul întreprinderilor de producție sau de prestări servicii în patrimoniul cărora se pot găsi utilaje principale deservite de utilaje accesorii, sau linii de fabricație și montaj compuse din mai multe utilaje concepute să funcționeze ca un ansamblu.

Stabilirea legăturii de accesorialitate între bunuri este importantă atât pentru păstrarea funcționalității acestora, pentru maximizarea prețului de vânzare, cât și pentru evitarea diferendelor ce pot apărea în cadrul vânzării sau cu ocazia predării bunurilor.

Criteriile utilizate pentru stabilirea raportului dintre bunul principal și bunul accesoriu sunt: criteriul legăturii materiale dintre bunuri, criteriul destinației stabile și de lungă durată, criteriul funcțional.

Condiția juridică este ca ambele bunuri să aparțină aceluiași proprietar.

Regimul juridic aplicabil în cazul vânzării este acela potrivit căruia bunul accesoriu urmează soarta bunului principal, chiar dacă natura lor este diferită. Astfel, dacă bunul accesoriu este mobil iar bunul principal este imobil, condițiile de fond și de formă ale înstrăinării vor fi cele prevăzute de lege pentru imobil.

Dispozițiile art.546 sunt de asemenea importante și pentru stabilirea întinderii ipotecii și a distribuirii prețului rezultat din vânzare. Nu ar fi corect, din punct de vedere legal, ca prețul obținut din vânzarea bunului principal să fie distribuit creditorului garantat în conformitate cu art. 121 din Legea nr.85/2006 iar prețul obținut din vânzarea bunurilor accesorii să fie repartizat celorlalți creditori pe temeiul art. 123 din lege.

Ca o primă concluzie în ceea ce privește clasificarea bunurilor în mobile și imobile, avem în vedere pe de o parte criteriul fixității, dar și criteriul anticipației, criteriu potrivit căruia prin voința proprietarului se dă unui bun o destinație legată de un imobil sau o destinație distinctă.

O a doua concluzie ar fi aceea că, la momentul evaluării și propunerii modalității de vânzare, trebuie determinate și eventualele raporturi de accesorialitate dintre bunuri astfel încât cele care sunt legate între ele din punct de vedere funcțional să fie vândute împreună.

Acest criterii au relevanță atunci când se face evaluarea și se anticipează modalitatea de vânzare,

respectiv atunci când lichidatorul decide dacă anumite bunuri se vor vinde împreună sau distinct.

O reglementare nouă este cea cuprinsă la **articolul 541** referitor la universalitatea de fapt:

“(1) Constituie o universalitate de fapt ansamblul bunurilor care aparțin aceleiași persoane și au o destinație comună stabilită prin voința acesteia sau prin lege.

“(2) Bunurile care alcătuiesc universalitatea de fapt pot, împreună sau separat, să facă obiectul unor acte sau raporturi juridice distincte.”

Aceste dispoziții sunt aplicabile, de exemplu, vânzărilor în bloc sau în cazul vânzărilor de subansamble funcționale la care se referă dispozițiile art.116 alin 4 din Legea privind procedura insolvenței:

“Bunurile din averea debitorului vor fi evaluate atât în bloc, cât și individual. Evaluarea în bloc are în vedere fie evaluarea totalității bunurilor din averea debitorului, fie evaluarea subansamblurilor funcționale. Prin subansamblu funcțional se înțelege acele bunuri ale debitorului care, împreună, asigură realizarea unui produs finit, de sine stătător, sau permit desfășurarea unei afaceri independente. Un subansamblu este considerat funcțional numai dacă are asigurat accesul la drumul public și la folosirea utilităților.”

Nici Legea privind procedura insolvenței, nici noul Codul civil și nici Codul de procedură civilă (aplicat de la 15 februarie 2013) nu reglementează, în detaliu, vânzarea unei universalități de fapt, deoarece aceasta nu reprezintă și o universalitate juridică și nu poate fi încheiat un act unic de transfer al dreptului de proprietate. În cazul instrăinării unei universalități de fapt (vânzare în bloc sau pe ansambluri funcționale) condițiile de fond și de formă ale actului juridic de instrăinare a bunurilor componente pot fi diferite, pentru imobile și drepturile reale urmând a fi respectat regimul de carte funciară.

Deasemenea în cazul vânzării unei universalități de fapt trebuie analizat regimul TVA care se aplică diferit în funcție de diferitele categorii de bunuri mobile, imobile sau în cazul în care are loc un transfer de afacere.

Articolul 542 reglementează regulile aplicabile drepturilor purtând asupra bunurilor după cum urmează:

(1) Dacă nu se prevede altfel, sunt supuse regulilor referitoare la bunurile imobile și drepturile reale asupra acestora.

(2) Celelalte drepturi patrimoniale sunt supuse, în limitele prevăzute de lege, regulilor referitoare la bunurile mobile.

Aceste dispoziții sunt aplicabile de exemplu, dreptului de suprafață asupra terenului care face obiectul vânzării odată cu construcția, precum și dreptul de servitute care se transmite ca sarcină odată cu vânzarea terenului, ca fond dominant. Evaluarea acestor drepturi se face separat însă vânzarea nu poate fi concepută decât împreună cu imobilul, ca bun principal.

Un alt exemplu de drept real ce poate face obiectul vânzării este dreptul de uzufruct. Am întâlnit în practică un caz în care dreptul de uzufruct asupra terenului și asupra construcțiilor situate pe acesta aparțineau unei persoane juridice, iar nuda proprietate aparținea altei persoane juridice. Când ambele societăți au intrat în faliment singura soluție posibilă pentru maximizarea prețului a fost vânzarea împreună, în cadrul aceleiași proceduri, a ambelor drepturi, iar prețul a fost împărțit proporțional cu valoarea economică a fiecărui drept în cadrul întregii proprietăți.

În legătură cu regimul juridic al bunurilor ce compun o masă patrimonială mai trebuie avut în vedere faptul că pot exista și bunuri cu regim juridic special, caz în care trebuie observată legislația cu caracter derogatoriu special, de exemplu:

- Legea nr.297/2004 privind piața de capital și Legea nr.31/1990 privind societățile comerciale în cazul vânzării unor participații de capital,
- Legea nr.357/2005 privind bursele de mărfuri,
- Legea nr.182/2000 privind protejarea patrimoniului cultural mobil,
- OUG nr.190/2000 privind regimul metalelor prețioase și pietrelor prețioase.

În principal această analiză s-a concentrat pe observarea definițiilor și a clasificării generale a bunurilor, pentru a înțelege regimul juridic al diferitelor categorii de bunuri și drepturi ce compun un patrimoniu supus procedurii de lichidare.

Fără a face o analiză a contractului de vânzare, el însuși un subiect atât de important încât merită să fie tratat distinct, supunem atenției doar câteva dispoziții din NCC necesar a fi subliniate în cuprinsul acestui studiu.

III. Condițiile generale de fond și de formă ale vânzării

Așa cum am arătat mai sus Legea nr.85/2006 este în principal o lege de procedură ale carei dispoziții se completează cu dispozițiile de drept civil material.

Articolul 120 din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței reglementează sumar și într-o exprimare neinspirată forma actului de vânzare.

Deducem că în cazul în care se aplică metoda de vânzare prin negociere directă forma contractul de vânzare-cumpărare este forma scrisă, forma autentică (ad-validitatem) fiind necesară în cazul vânzării imobilelor .

Potrivit alineatului (2) *“Dacă vânzarea activelor se va face prin licitație publică, procesul-verbal de adjudecare semnat de lichidator... constituie titlu de proprietate. Când legea impune pentru transferul dreptului de proprietate forma autentică, contractele vor fi perfectate de notarul public pe baza procesului-verbal de licitație.”*

Potrivit noului Cod civil condițiile esențiale de validitate de fond sunt prevăzute la art. 1179 alin.1 (consimțământul, capacitatea de a contracta, obiect determinat și licit, cauza licită și morală) iar în ceea ce privește forma actului juridic avem pe de o parte, principiul libertății formei (art.1178) și pe de alta parte excepțiile anume prevăzute de lege .

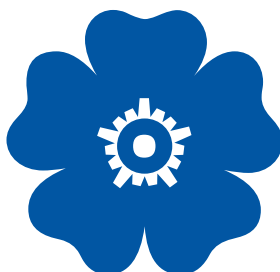
În cazul nostru prezintă interes dispozițiile art. 1244 NCC cu denumirea marginală «Forma cerută pentru înscrierea în cartea funciară» și următorul conținut:

“În afara altor cazuri prevăzute de lege, trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute, convențiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară.”

Din interpretarea dispozițiilor mai sus menționate rezultă că procesul verbal de licitație trebuie să aibă un conținut complet și amănunțit în ceea ce privește părțile raportului juridic, obiectul vânzării, prețul, modalitatea de plată și orice alte condiții ale vânzării astfel încât acest act procedural să poată constitui baza pentru încheierea contractului de vânzare de către notarul public.

Din aceasta decurge o altă concluzie și anume că, anterior vânzării la licitație, lichidatorul trebuie să clarifice cu foarte mare acuratețe situația juridică a bunurilor imobile supuse vânzării, astfel încât notarul public să poată încheia contractul de vânzare în formă autentică.

Dispozițiile noului Cod civil referitoare la vânzare, exigențele noului sistem de carte funciară dar și reglementarea răspunderii materiale a notarului (art.1258 NCC) fac ca, în prezent, să nu poată fi perfectate vânzarile decât în cazul în care situația juridică a bunurilor imobile este clară.



Legea insolvenței - instrucțiuni de folosire

Av. Florian Mateiță

Membru UNPIR, filiala București

Parcă aud:

Ce, legea insolvenței este robot de bucătărie? Sau o combină audio? Sau ... mai știu eu ce? Adică, vrei să spui că un întreg proces judiciar are caracteristicile unui obiect, iar noi nu știm să îl folosim? Insinuezi că nu ne pricepem? Prostii!

Cer îngăduință și vă rog să nu mă certați pentru titlul articolului meu. Citiți-l până la capăt, cugetați, apoi vă rog să-mi combateți ideile cu argumente.

... Este dimineață și te urci la volan. Introduci cheia în contact și încerci în zadar să pornești motorul. Timpul trece și nu mai ajungi să rezolvi și treburile tale. Iei o decizie grea dar nu ai încotro: chemi serviciul de tractări și duci mașina la un service.

În service, printre multele mașini ridicate pe rampă, găsești un singur om și, din vorbă în vorbă, afli că el este cel care repară toate mașinile care sunt aduse acolo. Repară orice, și mai noi, și mai vechi: Opel, Renault, Subaru, Lada, Lexus, Dacia, Tata, Audi, tot, absolut tot! Diesel, benzină sau chiar electrice! Repară cutii de viteză, motoare, face geometria roților, setează calculatorul de bord, face tinichigieria și tot ce înseamnă sistemul de rulare! Tot!

Într-o primă fază, ești perplex: cum e posibil? Apoi, îțiiei inima în dinți și-l întrebi cât de frecvent se întâmplă să nu repare mașinile ce-i sunt aduse.

- Ooohoho! De cele mai multe ori! vine răspunsul meseriașului. Dar nu vă faceți griji, dacă nu le pot repara, le dezmembrez și le vând pe bucăți!

Ai dreptate. E o ficțiune. Nu găsești un astfel de service în viața reală. Nu găsești un astfel de service pentru că oamenii în general țin la mașinile lor. Vor să le știe pe mâini bune, de profesioniști, în secții specializate.

Așa că acest model de business ar da faliment rapid, din lipsă de clienți. Dacă, bineînțeles, clienții ar fi liberi să aleagă.

Revenind la oile noastre, legea care ne guvernează activitatea ne așează sec la conducerea activității debitorului: suntem managerii procedurii. Scopul pentru care suntem numiți: maximizarea valorii totale distribuite creditorilor, acționarilor, angajaților și a celorlalte părți interesate, prin oricare din mijloace: reorganizare, vânzare sau lichidare a unor societăți comerciale din cele mai diverse domenii de activitate, cu bunuri din toate categoriile, de la stocuri de nasturi la flote de avioane.

Activitatea desfășurată de un practician într-un dosar de insolvență poate fi transpusă în termeni de eficiență prin prisma rezultatului obținut pentru creditor. Acest rezultat este influențat pe de o parte de dimensiunea și calitatea "averii debitorului" (creanțe recuperabile, active vandabile, activitate curentă profitabilă) dar și de profesionalismul practicianului în a transforma "sursele" în bani, la cel mai bun preț al pieței dar cu costuri rezonabile, chiar dacă acesta are dubla calitate (generatoare de conflicte de interese) de manager al procedurii unui terț debitor, dar și de manager al propriei afaceri în domeniul insolvenței.

Dacă considerăm că averea debitorului are o valoare fixată de piață, independentă de voința participanților la procedură, creditorii vor aprecia efectul muncii unui practician ca fiind gradul de atingere al acelei valori de piață.

Aceiași creditorii vor calcula costul (efortul) unei proceduri altfel decât îl percepe un practician în insolvență. De exemplu, creditorii chirografari (furnizorii de bunuri și/sau servicii) vor resimți costurile procedurii prin prisma pierderii unei afaceri (diminuarea cifrei de afaceri), a costului blocării de capital de lucru sau de investiții, costul avocaților etc. În situația (din ce în ce

mai frecventă) în care sumele recuperate nu sunt suficiente pentru achitarea întregii mase credale, prin alunecare, creditorii chirografari vor suporta și ei o parte din costurile procedurii.

Altfel spus, eficiența managementului unei proceduri este în mod diferit privită de către practicianul în insolvență, de către creditorii chirografari, bugetari sau garantați. Însă, cu certitudine, factorii de calitate ce caracterizează un demers profesional se referă la diminuarea timpului alocat soluționării dosarului apreciat prin prisma reducerii efortului suplimentar depus de fiecare participant la procedură:

- a) numărul de contestații la tabelul preliminar (preliminar suplimentar) raportat la numărul de creditori;
- b) numărul de contestații la măsurile administratorului/lichidatorului judiciar raportat la numărul de măsuri luate de acesta;
- c) durata unei proceduri pe fazele sale importante (insolvența, reorganizare/faliment).

Este evident că un număr mare de contestații la tabelul preliminar (față de numărul creditorilor) indică ori o analiză superficială a creanțelor din partea administratorului judiciar, ori incapacitatea acestuia de a comunica clar și argumentat motivele respingerii sau modificării creanțelor solicitate de creditori. Această abordare va genera iritare din partea tuturor părților implicate în dosarul respectiv atât pe motivul consumului suplimentar de resurse (timp și bani) cât și prin prisma incertitudinii față de capacitatea practicianului de a conduce eficient procedura.

Momentul de cotitură este data deschiderii procedurii. În cele mai multe cazuri, conflictul devine deschis și personal, iar taberele (care se vor învinui reciproc) sunt în general conturate în jurul conducerii debitorului, a angajaților, asociații/acționarii acestuia, furnizori, creditorii bugetari și bancari. Managementul procedurii (administratorul judiciar) trebuie să își asume misiunea de a soluționa conflictul sau măcar de a-l reduce în limite rezonabile și aici devenim brusc conștienți că cea mai mare parte din noi nu avem nici un fel de pregătire în gestionarea crizelor. De multe ori asistăm neputincioși, alături turnăm inocenți gaz pe foc și privim cum conflictul escaladează. Este momentul când managementul procedurii este predat avocaților și judecătorului sindic, când rămâne fără substanță orice discuție despre redresare și eficiență. Părțile, epuizate în lupte juridice, nu vor mai conlucra niciodată. Cât efort, câtă energie și câtă resursă consumată doar pentru a pune cruce unui potențial care, cu puțin timp înainte de deschiderea procedurii, era palpabil, producea!

Suntem managerii procedurii și știm că scopul nostru este să achităm cât mai mult creditorilor, acționarilor, angajaților și a celorlalte părți interesate. Pentru atingerea acestui obiectiv, într-o primă fază trebuie să culegem informații (din surse diverse). Apoi folosind informațiile obținute avem obligația să analizăm debitorul în mediul său, să tragem concluzii cu privire la activitatea sa și luăm decizii astfel încât prin măsurile luate să maximizăm averea debitorului. Rezultatul întregii noastre activități depinde de calitatea informațiilor obținute și de profesionalismul cu care sunt utilizate.

Astăzi însă, ne uităm fără reacție la trendul în scădere al procentului sumelor rambursate creditorilor și simțim pe pielea noastră durată în creștere a procedurilor în timp ce numărul mare de active neutilizate se degradează fizic și moral. Se pare că, luați unul câte unul, nu reușim să argumentăm credibil în fața creditorilor necesitatea scăderii prețului activelor de vânzare, aceștia preferând să-și cosmetizeze treptat bilanțurile fără să țină seama de interesul economic național.

Am sentimentul că rezultatele noastre, obținute într-o proporție covârșitoare în lipsa consultanței specialiștilor prevăzuți la art.23 (contabili, analiști financiari, avocați, specialiști în marketing și vânzări de bunuri, specialiști în comunicare etc.), nu sunt apreciate ca fiind rezonabile. Dacă este așa, care este motivul pentru care ne asumăm concluzii sau decizii fundamentate pe informații incerte, poate incomplete sau expirate, necorelate cu evoluțiile externe și eventual influențate de subiectivism? Care este explicația pentru care ne ferim să atragem specialiști în parteneriat, să le fixăm obiective precise, cuantificabile prin care să inversăm trendul nefavorabil al rezultatelor muncii noastre? Mediul economic vrea mai mult de la noi!

Pentru că noi toți, la un loc, avem de fapt rolul de decontaminare a economiei naționale de formațiunile parazite sau inerte, neadaptate la un anumit moment istoric, care blochează circulația capitalurilor și frânează dezvoltarea unei ramuri economice sau a unei regiuni. Pentru că avem sarcina de a restabili încrederea între partenerii de afaceri, de a-i determina să reia ciclul economic întrerupt! Pentru că trebuie să continuăm crearea de plusvaloare și să reintroducem mijloacele de producție în circuitul economic! Pentru că trebuie să educăm mediul economic, inclusiv prin modelul nostru de gestiune, management și comportament profesionist!

Așa consider că funcționează corect și eficient mecanismul guvernat de Legea nr. 85/2006. Cum credeți că ar putea fi folosit altfel?

Reglementarea obligațiilor în noul Cod civil.

Câteva inovații în materia contractelor



Dr. Mihaela-Roxana Fercală
Avocat, Baroul Ilfov

Noul Cod civil (denumit în continuare “NCC”) a consacrat o reglementare unitară a obligațiilor (Cartea V), aplicabilă raporturilor dintre particulari, raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre particulari și profesioniști (art. 3 NCC). Astfel dispare distincția clasică dintre obligațiile civile și obligațiile comerciale, la data intrării în vigoare a NCC sintagma „contract comercial” fiind înlocuită cu cea de „contract civil”, iar cea de “contracte sau acte de comerț”, cu termenul “contracte”¹.

Intenția noii reglementări este de a reuni dreptul comercial (împreună cu celelalte ramuri ale dreptului privat, cum ar fi dreptul familiei) sub reglementarea NCC într-o singură ramură de drept, raporturile juridice dintre profesioniști (comercianții și ceilalți participanți la raporturile juridice de afaceri) fiind guvernate în mod direct și originar de NCC. Abordarea unitară a tuturor raporturilor obligaționale, indiferent de sursa lor, duce la o restructurare a materiei, care a valorificat o bogată doctrină și jurisprudență, reformulând în mod inovator principiile directoare în domeniul reglementării obligațiilor².

Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil prevede că noțiunea de *profesioniist* include categoria de “comerciant”, iar expresiile “acte de comerț”, respectiv “fapte de comerț” se înlocuiesc cu expresia “*activități de producție, de comerț sau prestări de servicii*”.

Ca o noutate, NCC statuează în art. 3 alin. (1) faptul că prevederile sale se aplică „și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil”, iar potrivit art. 3 alin. (2) „sunt

considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere”. Prevederile acestui text de lege trebuie coroborate cu cele ale art. 8 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, unde se statuează că noțiunea de *profesioniist* menționată în art. 3 NCC include categoriile de „comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege la data intrării în vigoare a Codului civil”. Tot astfel, conform art. 8 alin. (2) din Legea nr. 71/2011, expresiile “*acte de comerț*”, respectiv “*fapte de comerț*” se înlocuiesc cu expresiile “*activități de producție, comerț sau prestări de servicii*” în toate actele normative. Așadar, termenii consacrați de „comerciant”, „întreprinzător”, „operator economic” se subsumează noțiunii generice de „profesioniist”. Aceasta din urmă este mai cuprinzătoare, făcând trimitere atât la raporturile dintre foștii „comercianți” – noțiune consacrată și reglementată de vechiul Cod comercial, cât și la raporturile dintre profesioniști și orice alte subiecte de drept civil.

Așadar, noua reglementare legală nu exclude existența activității comerciale realizată de acea categorie de profesioniști care sunt comercianții. Specificul acestei activități este recunoscut și reglementat în NCC prin anumite dispoziții derogatorii, aplicabile contractelor aferente acestor activități. Cu toate că, sub imperiul noii reglementări, nu mai putem vorbi despre “contracte comerciale”, trebuie admisă existența *contractelor privind activitatea comercială*, ca fiind contractele încheiate de profesioniștii care exploatează o întreprindere economică (comercianții),

¹ Conform art. VII al O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, aprobată de Legea nr. 60/2012.

² Turcu I., *noul Cod Civil. Legea nr. 287/2009 Cartea V. Despre obligații art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 9 și urm.

având ca obiect producerea și circulația mărfurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii, în scopul obținerii de profit³.

NCC cuprinde și reguli derogatorii de la principiul unității de reglementare, aplicabile numai raporturilor juridice dintre profesioniștii comercianți. Astfel, cu privire la reprezentare, conform reglementării de principiu, contractul încheiat de reprezentant în limita puterilor conferite, atunci când terțul contract nu cunoștea și nici nu ar fi trebuit să cunoască faptul că reprezentantul acționa în această calitate, îl obligă numai pe reprezentant și pe terț, dacă prin lege nu se prevede altfel. Art. 1297 NCC alin. (2), prevede, prin excepție de la acest principiu, faptul că, dacă reprezentantul, atunci când contractează cu terțul pe seama unei întreprinderi, în limita puterilor conferite, pretinde că este titularul acesteia, terțul care descoperă ulterior identitatea adevăratului titular poate exercita și împotriva acestuia din urmă drepturile pe care le are împotriva reprezentantului.

Referitor la solidaritate, art. 1446 NCC dispune că aceasta se prezumă între debitorii unei obligații contractate în exercițiul activității unei întreprinderi, dacă prin lege nu se prevede altfel⁴.

În privința întârzierii în executarea obligațiilor, art. 1523 alin. (2) lit. d) NCC prevede că debitorul se află de drept în întârziere atunci când nu a fost executată obligația de a plăti o sumă de bani asumată în exercițiul activității unei întreprinderi.

În sfârșit, potrivit legii, mandatul dintre două persoane fizice dat pentru acte de exercitare a unei activități profesionale se prezumă a fi cu titlu oneros (art. 2010 NCC).

Spre deosebire de vechiul Cod civil, care nu definea obligația, NCC – propunându-și redefinirea conceptelor tradiționale conform doctrinei juridice actuale, oferă în art. 1164 definiția legală a acesteia ca fiind acel raport juridic în conținutul căruia intră dreptul subiectului activ denumit *creditor*, de a cere subiectului pasiv denumit *debitor* – căruia îi revine îndatorirea corespunzătoare – a da, a face sau a nu face ceva, sub sancțiunea constrângerii de stat în caz de neexecutare de bunăvoie.

Cu privire la izvoarele obligațiilor, noutatea constă în faptul că, după ce enumeră sursele tradiționale ale obligațiilor civile, respectiv contractul, actul juridic unilateral (care nu era menționat de vechiul Cod civil), gestiunea de afaceri, îmbogățirea fără justă cauză, plata nedatorată și fapta ilicită, NCC adaugă în completare „*orice alt act sau fapt de care legea leagă nașterea unei obligații*” (art. 1165 NCC).

Spre deosebire de Codul civil anterior, NCC reglementează de principiu actul juridic unilateral (art. 1324-1329 NCC), regimul juridic al acestuia fiind cel al contractului, aplicabil prin adaptare (a se vedea art. 1293,

respectiv 1325 NCC). Reglementarea vizează doar actele unilaterale supuse comunicării, concretizate în două figuri juridice care pot reprezenta izvor de obligații – promisiunea unilaterală și promisiunea publică de recompensă.

NCC nu mai face referire la cvasi-contracte în contextul izvoarelor obligaționale, ci utilizează sintagma generică de **fapt juridic licit**, concretizat în figurile juridice distincte ale gestiunii de afaceri, plății nedatorate și îmbogățirii fără justă cauză – aceasta din urmă lipsind din vechiul Cod civil, deși era recunoscută din punct de vedere doctrinar și a aplicațiilor sale. Reglementarea acestora din NCC este considerabil mai substanțială, însă nu se modifică în mod esențial. Printre noutăți pot fi menționate următoarele: catalogarea drept „oportună” a gestiunii care merită să fie izvor de obligații; ipoteca legală conferită gerantului pentru a garanta cheltuielile necesare făcute de acesta; se reglementează gestiunea de afaceri cu „reprezentare”, precum și obligația gerantului de a-l înștiința pe gerat despre actele de gestiune asupra patrimoniului său; se asimilează diligența cu care trebuie să lucreze gerantul cu aceea unui bun proprietar care lucrează în folosul propriu⁵.

Art. 1166 NCC definește contractul ca fiind „*acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic*”. Definiția pune accent pe faptul că legătura juridică dintre părțile contractante are ca fundament consimțământul lor reciproc și enumeră efectele pe care le poate produce un contract. Față de vechiul Cod civil de la 1864, care utiliza în mod alternativ noțiunea de *contract* și pe cea de *convenție*, NCC utilizează doar termenul de *contract*.

Principalele reglementări legale care guvernează materia contractelor, fie ele numite sau nenumite, se află în dispozițiile NCC. Astfel, legiuitorul reglementează dispoziții generale ce se aplică oricărui contract – dreptul comun (art. 1178-1323 NCC) precum și textele care se referă la diferitele contracte speciale, cum sunt: contractul de vânzare (art. 1650-1762 NCC), contractul de societate (art. 1881-1954 NCC), contractul de mandat (art. 2009-2071 NCC) etc. Un element de noutate privește contractele care nu sunt reglementate în NCC ori în alte acte normative și care vor fi guvernate în primă instanță de regulile dreptului comun al contractelor și în completare de regulile speciale privitoare la acel contract cu care se aseamănă cel mai mult (art. 1168 NCC).

Dispozițiile NCC constituie dreptul comun al contractelor, fiind aplicabile tuturor contractelor, indiferent de felul acestora (civile, comerciale, administrative). NCC se completează însă cu alte reglementări, cum ar fi: O.G. nr. 130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță, O.G. nr. 106/1999 privind contractele încheiate în afara spațiilor comerciale, Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică etc. Cu toate acestea, NCC rămâne principalul

³ Cărpănu St., *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 400.

⁴ Conform art. 1443 NCC, „*Obligația este solidară între debitori atunci când toți sunt obligați la aceeași prestație, astfel încât fiecare poate să fie ținut separat pentru întreaga obligație, iar executarea acesteia de către unul dintre codebitori îi liberează pe ceilalți față de creditor*”.

⁵ Vasilescu P., *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 202-204 și urm.

act normativ ce cuprinde reguli generale privitoare la condițiile de validitate ale contractelor și la efectele acestora între părți și față de terți.

NCC face referire la „*diferite categorii de contracte*” (art. 1171-1177), menționând tipuri noi, preluate din practică – contractul de adeziune (art. 1175), contractul-cadru (art. 1176) și scoate expres din sfera sa de influență contractele de consumație (art. 1177), care rămân supuse legilor speciale de protecție a consumatorului. De altfel, noua reglementare civilă se află sub imperiul consacării legale a protecției subiectelor de drept aflate în inferioritate economică.

Voința juridică este guvernată de principiul autonomiei de voință, lucru consacrat *expressis verbis* și de dispozițiile NCC în art. 1169 (consacrare care lipsea din vechiul Cod civil), care prevede faptul că: „*Părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri*”. Spre deosebire de vechea reglementare, NCC nu impune nicio condiție de formă sau formalitate pentru încheierea contractului, simplul acord de voință al părților fiind suficient, cu o singură excepție – atunci când legea impune o anumită formalitate pentru încheierea valabilă a contractului (art. 1178 NCC).

Libertatea contractuală vizează atât fondul (posibilitatea de a introduce tot felul de clauze), cât și forma contractului. Principiul consensualismului este însă complet înlăturat în cazul operațiunilor juridice care se referă la drepturi tabulare, deoarece orice înscriere în Cartea Funciară se face doar pe baza actului autentic (art. 888 și art. 1244 NCC). În principiu, atunci când un contract este supus unei forme de publicitate, aceasta afectează aplicarea practică a principiului consensualismului, întrucât înscrierile în sistemele de publicitate se fac pe baza unui înscris - cel mai frecvent autentic, precum în situația înscrierilor în Cartea Funciară⁶. Potrivit NCC, sunt contracte solemne: convenția matrimonială, ipoteca imobiliară, donația, arendarea, contractul de întreținere. De asemenea, datorită efectelor constitutive de drepturi ale înscrierilor în Cartea Funciară, orice contract privitor la imobile cuprinse în Cartea Funciară trebuie să îmbrace forma autentică, sub sancțiunea neînscrierii în Cartea Funciară și al lipsei de fecte inclusiv între părți (art. 885 și art. 888 NCC).

În premieră, NCC reglementează maniera de formare a contractului (art. 1182 – art. 1203 NCC) – fie prin negociere, fie prin emiterea unei oferte și acceptarea acesteia. Spre deosebire de vechile reglementări – atât cele civile cât și cele comerciale, care lăsau etapa de negociere a contractului complet nereglementată în virtutea principiului libertății contractuale, conform căruia părțile erau libere să stipuleze drepturi și obligații cu singura cerință de a nu contraveni normelor imperative, NCC reglementează expres etapa precontractuală a negocierilor

în art. 1182 – 1185. Potrivit acestora, la negocierea și încheierea contractului, dar și în cursul executării acestuia, părțile trebuie să acționeze cu bună-credință, care este prezumată până la proba contrară. Această obligație nu poate fi înlăturată sau limitată.

Inițierea, continuarea sau ruperea negocierilor contrar bunei-credințe angajează răspunderea civilă delictuală a părții în culpă pentru prejudiciul cauzat celeilalte părți (întinderea despăgubirilor ținând cont de cheltuielile angajate în vederea negocierilor, renunțarea la alte oferte și orice alte împrejurări asemănătoare).

Noile reguli stipulează inclusiv obligația părților de a păstra confidențialitatea informațiilor având acest caracter, referitoare la partenerul de negocieri, informații despre care partea în cauză a aflat cu prilejul respectivelor negocieri. Încălcarea acestei obligații se sancționează pe tărâm delictual, în condițiile art. 1357 NCC⁷.

Când, în cursul negocierilor, o parte insistă să se ajungă la un acord asupra unui anumit element sau a unei anumite forme a contractului, contractul nu se încheie până la realizarea acordului, indiferent dacă elementul în cauză este esențial sau secundar ori dacă forma nu este impusă de lege pentru validitatea contractului.

NCC diferențiază între invitațiile publice - care conțin o intenție de negociere sau solicitări de oferte, pe de o parte și oferta de a contracta – pe de altă parte, atunci când propunerile de a contracta sunt adresate unor persoane nedeterminate (art. 1189 NCC). În principiu, dacă propunerea de a încheia un contract se adresează publicului, adică unor persoane nedeterminate, NCC nu consideră că ne aflăm în prezența unei oferte de a contracta, iar cel care susține contrariul va trebui să probeze că astfel de propuneri pot fi considerate oferte veritabile de a contracta, ceea ce ar putea rezulta și din „*din lege, din uzanțe ori, în mod neîndoielnic, din împrejurări*” [art. 1189 alin (2) NCC]. Nici simplele solicitări de oferte, chiar dacă sunt adresate unor persoane determinate, nu constituie oferte de a contracta, ci trebuie considerate simple modalități de testare a pieței într-un anumit domeniu (art. 1190 NCC). Importanța acestor nuanțări este dată de faptul că solicitarea de ofertă și manifestarea intenției de a negocia nu duc automat la încheierea unui contract în cazul în care își găsesc un răspuns pozitiv. În această fază, nu se poate vorbi despre un contract, ci de simple tatonări, fără valoare de consimțământ, care nu pot fi sancționate cu răspunderea contractuală, ci cel mult pot angrena una delictuală⁸.

Principiul bunei credințe primește o consacrare legală expresă în NCC, guvernând atât formarea, cât și interpretarea și executarea obligațiilor contractuale și constituind astfel un temei al răspunderii contractuale pentru culpă (art. 1170 NCC). Acest principiu este stipulat de o manieră imperativă, fără a comporta excepții și

⁶ Ibidem, p. 258.

⁷ “(1) *Cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, este obligat să îl repare.*

(2) *Autorul prejudiciului răspunde pentru cea mai ușoară culpă.*”

⁸ Vasilescu P., *op. cit.*, p. 278.

derogări, astfel că părțile nu pot înlătura sau limita această obligație.

În cuprinsul NCC se regăsesc mai multe tipuri de convenții care pot fi subsumate categoriei generice de ante-contracte. Unele dintre acestea sunt reglementate de principiu - pactul de opțiune (art. 1278 NCC) și promisiunea de a contracta (art. 1279 NCC), altele se concretizează doar prin aplicații în materia unor contracte speciale - pactul de preferință, dintre care cea mai amplă se regăsește în materia vânzării (art. 1730-1740 NCC). În aceste cazuri este vorba despre contracte, nu despre acte unilaterale, așadar nu pot fi confundate cu oferte de contracta.

NCC, spre deosebire de vechiul Cod civil, reglementează oferta și regimul ei juridic, art. 1193 NCC făcând trimitere la un „*termen rezonabil*” în care ar trebui menținută oferta adresată unei persoane absente, care nu este însoțită de la început de un termen expres de acceptare. De notat că acest termen zis rezonabil nu este fixat nici de ofertant, nici de acceptant, ci de instanță, deoarece punerea lui în discuție presupune un diferend între cei doi⁹. Regula instituită de NCC impune ca, atunci când se urmărește încheierea unui contract solemn (de obicei autentic), inclusiv oferta de încheiere a acestuia să îmbrace forma solemnă (autentică), aceeași cerință fiind valabilă și pentru acceptare. Spre deosebire de soluțiile juridice anterioare NCC, decesul și incapacitatea nu atrag automat caducitatea ofertei, ci „*numai atunci când natura afacerii sau împrejurările o impun*” [art. 1195 alin. (2) NCC].

Acceptarea ofertei poate fi expresă sau tacită. Tăcerea pură și simplă, neînsoțită de atitudini pozitive ale destinatarului ofertei, nu are valoarea unei acceptări decât când aceasta rezultă din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea, din uzanțe sau din alte împrejurări [art. 1196 alin. (2) NCC]. Acceptarea ofertei trebuie comunicată ofertantului prin mijloace cel puțin la fel de rapide ca cele utilizate pentru transmiterea ofertei, mai puțin atunci când din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea sau din alte asemenea împrejurări rezultă contrariul [art. 1200 alin. (2) NCC]. NCC se referă la ipotezele în care este permisă retractarea acceptării, care sunt identice cu cele din materia ofertei.

Pentru încheierea contractului este suficient ca părțile să realizeze acordul de voință asupra elementelor esențiale ale contractului, chiar dacă unele elemente secundare sunt lăsate spre a fi convenite ulterior, inclusiv prin intermediul unei terțe persoane (art. 1232 NCC). Dacă părțile nu ajung la un acord asupra elementelor secundare în cauză și persoana căreia i-a fost încredințată determinarea lor nu ia o decizie, completarea contractului se va realiza de către instanța judecătorească, la cererea oricărei părți, ținând seama de natura contractului și de intenția părților [art. 1182 alin. (2) și (3) NCC].

Între persoanele prezente, contractul se consideră încheiat în momentul acceptării ofertei (inclusiv în situația

ofertei transmise prin telefon sau alte asemenea mijloace de comunicare la distanță). Între absenți, oferta și acceptarea fiind comunicate prin corespondență, contractul va lua naștere în momentul în care acceptarea ofertei ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile (art. 1186 NCC). Atunci când, potrivit ofertei, practicilor stabilite între părți, uzanțelor sau naturii afacerii, acceptarea ofertei se poate face printr-un act sau fapt concludent al destinatarului, fără a-l mai informa pe ofertant despre acceptarea ofertei, contractul se consideră încheiat în momentul în care destinatarul săvârșeste actul sau faptul concludent (de exemplu, expedierea mărfii care face obiectul ofertei). Aceste norme instituite de NCC au caracter supletiv.

Cât privește interpretarea contractelor, NCC consacră principiul interpretării după voința concordantă a părților, ținându-se cont și de scopul contractului, de negocierile purtate de părți, de practicile stabilite între acestea și de comportamentul lor ulterior încheierii contractului (art. 1266 NCC). De asemenea, în cazul contractelor de adeziune, al căror conținut nu poate fi negociat, NCC stabilește în mod imperativ regula potrivit căreia stipulațiile se vor interpreta în favoarea celui care se obligă și în contra celui care le propune (art. 1269 NCC). Redactorii NCC consacră în mod expres uzanțele (obiceiul) ca procedeu supletiv de interpretare alături de împrejurări precum natura contractului, interpretarea convențională dată anterior de părți, sensul atribuit în general clauzelor și expresiilor în domeniu etc.¹⁰

În premieră, NCC reglementează regimul juridic al următoarelor clauze speciale, care vizează încheierea contractului:

Clauzele subînțelese

Contractul încheiat cu respectarea legii obligă nu numai la ceea ce este expres stipulat în conținutul său, ci și la toate urmările pe care practicile statornicite între părți, uzanțele, legea sau echitatea le dau contractului după natura lui. Astfel, clauzele obișnuite într-un contract se subînțeleg, chiar dacă nu au fost stipulate în mod expres (art. 1272 NCC).

Clauzele externe

Conform legii, părțile sunt ținute și de clauzele extrinseci la care contractul face trimitere, dacă prin lege nu se prevede altfel (art. 1201 NCC).

Clauzele standard

Sunt acele stipulații stabilite în prealabil de una dintre părți pentru a fi utilizate în mod general și repetat și care sunt incluse în contract fără a fi fost negociate în prealabil cu cealaltă parte – este cazul condițiilor generale atașate contractelor.

Clauzele negociate prevalează asupra clauzelor standard. Atunci când ambele părți folosesc clauze standard și nu ajung la o înțelegere cu privire la acestea, contractul se va încheia pe baza clauzelor convenite și a celor standard

⁹ Ibidem, p. 293.

¹⁰ Adam I., *Drept civil. Obligațiile. Contractul în reglementarea NCC*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 304.

care sunt comune în substanța lor. Contractul nu se va încheia dacă una dintre părți notifică celeilalte părți, fie anterior încheierii contractului, fie imediat ulterior momentului încheierii contractului, că nu intenționează să fie ținută de un astfel de contract (art. 1202 NCC).

Clauzele neuzuale

Sunt vizate clauzele care prevăd în folosul celui care le propune – limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor, respectiv prevăd în detrimentul celeilalte părți decăderea din drepturi sau din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepții, restrângerea libertății de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la competența instanțelor judecătorești. Asemenea clauze standard neuzuale produc efecte doar dacă sunt acceptate în mod expres, în scris, de către cealaltă parte (art. 1203 NCC).

Elementele care stau la baza formării unui contract sunt reiterate în mod explicit în art. 1179 alin. (1) NCC drept condiții esențiale pentru nașterea valabilă a acestuia, respectiv:

- *consimțământul părților* (acordul dintre două sau mai multe persoane);
- *capacitatea* respectivelor părți de a încheia acordul;
- *obiectul și cauza*.

NCC acordă o atenție sporită viciilor de consimțământ, reglementându-le unitar pe toate patru din perspectiva unor aspecte sesizate în practică. Pentru prima dată NCC reglementează expres leziunea ca viciu de consimțământ (art. 1206), nu drept cauză de anulare - cum era considerată în doctrină, stabilind regimul său juridic, mecanismul, condițiile și modul de sancționare în art. 1221 – 1224 NCC; atât majorii cât și minorii pot să o invoce pentru contracte comutative și oneroase, iar reducerea obligațiilor este remediu alternativ la anularea contractului pentru leziune. Tot ca o noutate, eroarea este ori esențială, ori indiferentă, cu consecința că doar eroarea esențială atrage anulabilitatea contractului (art. 1207 NCC), NCC introducând și posibilitatea adaptării contractului drept alternativă la anulare (art. 1213), inexistentă în vechea reglementare; eroarea de drept este reglementată expres (art. 1207, 1208 NCC), la fel ca și dolul prin reticență [art. 1214 alin. (1) NCC].

Consimțământul dat la încheierea unui contract, alterat de unul din cele patru vicii: eroare, dol, violență ori leziune, nu va fi valabil, contractul astfel încheiat fiind lovit de nulitate relativă¹¹.

Spre deosebire de vechiul Cod civil, sub imperiul căruia lipsa discernământului era asimilată unui viciu de

consimțământ, incapacitatea naturală la momentul încheierii contractului reprezintă, conform art. 1205 alin.

(1) NCC, doar un caz de nulitate relativă. Pentru a facilita proba consimțământului abolit, NCC introduce în premieră o prezumție relativă de incapacitate naturală [art. 1205 alin. (2) NCC], conform căreia contractul încheiat de o persoană care a fost ulterior pusă sub interdicție, va putea fi anulat, dacă, la momentul încheierii convenției, „cauzele punerii sub interdicție existau și erau îndeobște cunoscute”.

În lipsa capacității de exercițiu, actul săvârșit de un incapabil nu va fi lovit de nulitate absolută, ci doar de nulitate relativă (art. 1251 NCC).

NCC clarifică noțiunile și regimul juridic aplicabil obiectului contractului (art. 1225 - 1234). Dacă la momentul încheierii contractului există o aparență de imposibilitate a obiectului, consecința nu este întotdeauna nulitatea contractului (art. 1227 NCC).

Ultimul element al contractului – *forma*, este abordat în al doilea aliniat al art. 1179 NCC, conform căruia „în măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile”. Dispozițiile speciale consacrate formei contractului, respectiv art. 1240 – 1245 NCC enumeră în premieră forma electronică printre manifestările concrete pe care le poate îmbrăca voința de a contracta. Astfel, voința poate fi valabil exprimată nu doar „verbal, în scris ori printr-un comportament care [...] nu lasă nicio îndoială asupra intenției de a produce efecte juridice corespunzătoare” ci și „prin mijloace electronice”. Se remarcă astfel reglementarea expresă a formatului electronic în materie contractuală în NCC. O primă legitimare a acestuia se găsește la art. 334 NCC privind publicitatea convenției matrimoniale, care la alin. (1) stabilește că „înscrisura convențiilor matrimoniale se face în Registrul național al regimurilor matrimoniale, ținut [inclusiv în format electronic¹²] de către Uniunea Notarilor Publici din România”. De asemenea, art. 2200 alin. (3) NCC menționează că „documentele care atestă încheierea unei asigurări pot fi semnate și certificate și prin mijloace electronice”. În sfârșit, art. 1245 NCC face trimitere la legea specială ca fiind cea care reglementează condițiile de formă de care sunt ținute contractele electronice.

NCC cuprinde în premieră o secțiune dedicată regimului juridic al nulității (art. 1246-1265). Se face distincția între diferitele feluri de nulități (expresă/virtuală, totală/parțială, de fond/de formă, judiciară/amiabilă, relativă/absolută), enumerându-se de principiu cazurile de nulitate absolută, respectiv relativă (art. 1250-1252 NCC) într-o încercare de simplificare și raționalizare a acestora¹³. Cu toate că este o sancțiune ce desființează contractul în măsura în care instanța de judecată dispune acest lucru, NCC consacră și

¹¹ Ibidem, p. 214-215.

¹² Conform prevederilor Ordinului nr. 1786/C/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice privind organizarea și funcționarea Registrului național notarial al regimurilor matrimoniale și procedura de înscriere și consultare a acestuia, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 666 din 21.09.2011.

¹³ Vasilescu P., *op. cit.*, p. 421-427.

excepția potrivit căreia „nulitatea contractului poate fi constatată sau declarată prin acordul părților” [art. 1246 alin. (3) NCC], însă cauzele de nulitate sunt întotdeauna cele stabilite de lege [art. 1246 alin. (4) NCC]. NCC consacră expres imprescriptibilitatea extinctivă a unei acțiuni întemeiată pe nulitatea absolută [art. 1249 alin. (1)], spre deosebire de acțiunea în anulare. Cu toate acestea, excepția de anulabilitate poate fi invocată oricând de către partea căreia i se cere executarea contractului [art. 1249 alin. (2) NCC].

Sunt aduse inovații în privința validării prin confirmare a contractelor afectate de o cauză de nulitate (art. 1261 – 1265 NCC), precum și a conversiunii contractului nul într-un alt act juridic pentru care sunt îndeplinite condițiile de fond și de formă (art. 1260 NCC). Refacerea contractului nul este posibilă, cu efecte doar pentru viitor (art. 1259 NCC). Confirmarea contractului anulabil poate remedia doar nulitatea relativă, nefiind, de principiu, admisă în cazul contractelor lovite de nulitate absolută [art. 1247 alin. (4) NCC]; singurele excepții menționate de NCC fiind în cazul confirmării liberalităților (art. 1010), precum și cazul minorului devenit „major, care poate confirma actul făcut singur în timpul minorității, atunci când el trebuia să fie reprezentat sau asistat” (art. 48 NCC)¹⁴.

Codul civil anterior nu reglementa expres efectele nulității unui act civil, NCC condensând principiile desprinse de doctrină și de practică în art. 1254, care consacră regula desființării retroactive a contractului lovit de nulitate, urmată de desființarea subsecventă a oricărui act întemeiat pe baza respectivului contract și de restabilirea situației anterioare încheierii actului juridic nul.

Întrucât rezultă din voința concordantă și liber exprimată a părților, contractul are forță obligatorie pentru acestea, conform regulii „*pacta sunt servanda*”, reglementată de NCC în art. 1270 alin. (1). Spre deosebire de predecesorul său, NCC scoate în evidență importanța executării obligației conform stipulațiilor contractuale [art. 1516, art. 1490 alin. (1), art. 1492 alin. (1)]. O excepție de la acest principiu o constituie *impreviziunea*, atunci când executarea contractului a devenit *excesiv* de oneroasă datorită unei schimbări *excepționale* a împrejurărilor, care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației asumate, situație reglementată inovator de NCC. Calificarea corectă a împrejurărilor care justifică aplicarea reglementărilor incidente în cazul impreviziunii este importantă, întrucât potrivit art. 1271 alin. (1) NCC, „*părțile sunt ținute să își execute obligațiile chiar dacă executarea lor a devenit mai*

oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației”.

Revizuirea judiciară a contractelor – când dezechilibrul contractual este grav, iar părțile nu cad de acord asupra reechilibrării amiabile a prestațiilor, este admisă în practică mai ales în privința obligațiilor pecuniare succesive. În acest caz instanța are, conform art. 1271 alin. (2) NCC, posibilitatea să dispună fie adaptarea contractului pentru a se distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor, fie încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește¹⁵. Instanța trebuie să interpreteze contractul în conformitate cu voința internă, reală și comună a părților, indiferent care este sensul literal al termenilor.

În domeniul efectelor contractului, NCC consacră o soluție nouă în materia preluării riscului în contractele translativ de proprietate. Riscul pieririi fortuite a bunului vândut, ca regulă generală, este suportat de către proprietarul bunului de la momentul pieririi fortuite a acestuia (*res perit domini*). În noua reglementare se prevede o regulă specială la art. 1274 alin. (1) NCC, potrivit căreia „*în lipsă de stipulație contrară, cât timp bunul nu este predat, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului. În cazul pieririi fortuite a bunului, debitorul obligației de predare pierde dreptul la contraprestație, iar dacă a primit-o, este obligat să o restituie.*”

Așadar, în cazul unui contract de vânzare, dacă este vorba despre un bun individual determinat, chiar dacă o dată cu încheierea contractului, în principiu, se transmite și proprietatea asupra lucrului vândut, riscurile pieririi fortuite a bunului nu trec asupra cumpărătorului din acest moment, transmiterea acestor riscuri fiind condiționată de predarea efectivă a bunului de la vânzător la cumpărător.

Cu toate acestea, potrivit alin. (2) al art. 1274 NCC, cumpărătorul pus în întârziere cu privire la predarea bunului preia riscul pieririi fortuite a bunului și nu se poate libera chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp. În aceste situații, cumpărătorul datorează prețul stabilit de părți în contract, chiar dacă lucrul pierit nu-i va mai putea fi predate. Aceste reglementări au caracter supletiv, dispozitiv, nu imperativ, astfel că părțile contractante pot deroga de la ele, stabilind prin convenția lor alte reguli cu privire la suportarea riscurilor pieririi fortuite a bunurilor ce fac obiectul contractului.

NCC reglementează expres denunțarea unilaterală a contractului, distingând după cum contractul ce urmează a

¹⁴ Ibidem, p. 437.

¹⁵ Conform art. 1271 alin. (3) NCC, intervenția instanței în vederea adaptării contractului sau a încetării acestuia poate avea loc doar cu îndeplinirea în mod cumulative a următoarelor condiții:

“a) schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;

b) schimbarea împrejurărilor, precum și întinderea acesteia nu au fost și nici nu puteau fi avute în vedere de către debitor, în mod rezonabil, în momentul încheierii contractului;

c) debitorul nu și-a asumat riscul schimbării împrejurărilor și nici nu putea fi în mod rezonabil considerat că și-ar fi asumat acest risc;

d) debitorul a încercat, într-un termen rezonabil și cu bună-credință, negocierea adaptării rezonabile și echitabile a contractului.”

¹⁶ Bleoancă A., Călin D., Cigan D., Durac Gh., Frențiu C.G., Ninu I., Răducan G., Rădulescu V., Ricu C.S., Ungureanu C. T., Zeca D., *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență Vol. II Art. 953 – 1649 Moșteniri și liberalități. Obligații*, Ed. Hamangiu 2012, p. 620.

fi desființat este sau nu încheiat pe durată determinată (art. 1276 - art. 1277 NCC), în ambele cazuri cu respectarea unui „*termen rezonabil de preaviz*”. Principiul opozabilității efectelor contractului față de terți este de asemenea reglementat în premieră de către NCC în art. 1281, împreună cu promisiunea faptei altuia (art. 1283 NCC) și cu stipulația pentru altul (art. 1284 – art. 1288 NCC), instituții care anterior erau recunoscute doar doctrinar. Inovații au fost aduse și în materia simulației, care primește o reglementare mai amplă decât cea din vechiul Cod civil (art. 1289 – art. 1294 NCC), dobândind o aplicabilitate extinsă – și pentru acte unilaterale destinate unor persoane determinate (art. 1293 NCC). Legiuitorul pune capăt unei controverse cu privire la necesitatea îndeplinirii formei cerute de lege pentru validitatea actului secret. Prin menționarea expresă, în art. 1289 alin. (2) NCC, a obligativității îndeplinirii condițiilor de fond pentru valabilitatea actului secret, NCC consacră opinia majoritară, conform căreia contractul secret și deghizat este valabil și în cazul în care nu este încheiat în forma solemnă prevăzută de lege. Condiția formei va trebui respectată, dacă legea o cere, pentru valabilitatea actului ostensibil, alături de îndeplinirea celorlalte condiții de fond, necesare oricărui act juridic civil¹⁶.

Nereglementată sub imperiul vechiului Cod civil decât în materia mandatului, reprezentarea este tratată extensiv de către NCC (art. 1295 – art. 1314), ea putând să derive din raporturi juridice diferite - de familie, de succesiune, de societate, de mandat și având ca izvor fie legea (ca în cazul minorilor sub 14 ani și al celor puși sub interdicție judecătorească), fie convenția (prin încheierea unui contract de mandat), fie o hotărâre judecătorească (cum este cazul sechestrului judiciar). Dacă anterior intrării în vigoare a NCC se cerea ca mandantul să aibă capacitatea necesară încheierii actului pentru care l-a împuternicit pe mandatar, iar acesta din urmă era necesar să aibă capacitate deplină de exercițiu, prin noua reglementare, capacitatea ambelor părți ale contractului de mandat se raportează la actul pe care reprezentantul îl va încheia în numele și pe seama reprezentatului (care poate fi de conservare, de administrare sau de dispoziție)¹⁷.

Ignorată legislativ de Codul civil de la 1864, operațiunea juridică prin care se înlocuiește cu un terț cel

puțin una dintre părțile unui contract existent, este reglementată în NCC sub titulatura de cesiune a contractului (art. 1315) și se prezintă ca o substituie de persoane, nu ca o transmisiune de valori patrimoniale¹⁸. Dispozițiile legale în această materie au caracter dispozitiv și supletiv, consimțământul cedatului ca cealaltă parte să-și poată substitui un terț în raporturile rezultate din contractul cedat putând fi dat chiar în mod anticipat; inclusiv în acest caz, cesiunea va produce efecte față de cedat numai din momentul în care substituirea îi este notificată sau, după caz, din momentul în care acesta o acceptă [art. 1317 alin. (1) NCC]. Orice convenție poate face obiectul cesiunii, mai puțin contractele încheiate *intuitu personae* sau cele a căror natură ori regim juridic imperativ nu permite cesionarea (este cazul drepturilor și obligațiilor incesibile ori insesizabile – precum cele născute din contracte de donație sau de întreținere).

BIBLIOGRAFIE

1. Adam I., *Drept civil. Obligațiile. Contractul în reglementarea NCC*, Ed. C.H. Beck, București, 2011
2. Bleoancă A., Călin D., Cigan D., Durac Gh., Frențiu C.G., Ninu I., Răducan G., Rădulescu V., Ricu C.S., Ungureanu C. T., Zeca D., *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență Vol. II Art. 953 – 1649 Moșteniri și liberalități. Obligații*, Ed. Hamangiu 2012
3. Boroi G., Stănciulescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod Civil*, Ed. Hamangiu 2012
4. Cărpenaru St., *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012
5. Piperea Gh., *Introducere în Dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011
6. Pop L., *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. I, Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009
7. Terzea V., *Noul Cod Civil adnotat cu doctrină și jurisprudență, vol. II (art. 1164-2664)*, Ed. Universul Juridic 2012
8. Turcu I., *Noul Cod Civil. Legea nr. 287/2009 Cartea V. Despre obligații art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011
9. Vasilescu P., *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, 2012
10. Vasilescu P., „*Preluarea datoriei și cesiunea de contract: două figuri legale noi*” în *Culegere de studii în onoare Alexandru Bacaci Ovidiu Ungureanu*, coordonator Cornelia Munteanu, Ed. Universul Juridic București 2012

¹⁶ Bleoancă A., Călin D., Cigan D., Durac Gh., Frențiu C.G., Ninu I., Răducan G., Rădulescu V., Ricu C.S., Ungureanu C. T., Zeca D., *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență Vol. II Art. 953 – 1649 Moșteniri și liberalități. Obligații*, Ed. Hamangiu 2012, p. 620.

¹⁷ *Ibidem*, p. 632 și urm.

¹⁸ Vasilescu P., „*Preluarea datoriei și cesiunea de contract: două figuri legale noi*” în *Culegere de studii în onoare Alexandru Bacaci Ovidiu Ungureanu*, coordonator Cornelia Munteanu, Ed. Universul Juridic București 2012, p. 287 și urm.

Înscrierea directă a creanțelor

(Comentariu speță)



Judecător Anca Buta
Curtea de Apel Timișoara
Secția a II-a civilă

Înscrierea directă a creanțelor rezultate din preținse nerespectări ale dispozițiilor contractuale privind menținerea criteriului de eligibilitate a beneficiarilor finanțării prin Agenția de Plăți Pentru dezvoltare Rurală și Pescuit. Neregularități. Data nașterii creanței

Prin s.c. nr. 1545/ 05 iulie 2012, pronunțată de Tribunalul Timiș, în dos. nr. 8860/30/2011/a1 s-a respins contestația formulată de creditoarea Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit – Program SAPARD (creditoarea) împotriva tabelului preliminar al creanțelor întocmit de administratorul judiciar SCP AQC SPRL.

Contestatoarea a solicitat înscrierea creanței deținută față de debitoarea S.C. L S.R.L., în sumă de 497.741,97 lei în tabelul preliminar al creanțelor, în categoria creanțelor bugetare, motivând că suma ce reprezintă creanța pe care o deține s-a născut urmare pronunțării sentinței de deschidere a procedurii, întrucât starea de insolvență a debitoarei este un criteriu de neeligibilitate a beneficiarului, conform regulilor de finanțare comunitară nerambursabilă stabilite prin programul SAPARD.

În vederea obținerii finanțării nerambursabile comunitare alocate prin Programul SAPARD, respectiv în vederea semnării contractului de finanțare, Beneficiarul S.C. L S.R.L., prin reprezentantul său legal, prin “Declarații ale solicitantului” din Secțiunea specifică din Cererea de finanțare, a declarat pe proprie răspundere că organizația sa „nu este în curs de a fi supusă procedurilor de declarare a falimentului sau reorganizării juridice” și că se obligă pe întreaga

perioadă de valabilitate a proiectului să mențină acest criteriu de eligibilitate.

Art. 7 din Secțiunea C (Prevederi generale) a Legii nr. 316/2001 stipulează că: „în cazul în care se suspectează sau se dovedește eșecul unui Beneficiar în ceea ce privește respectarea obligațiilor legate de Program, precum și încercările de a obține de la Agenția SAPARD plăți pentru care nu are nici un drept, România va urmări orice asemenea eșecuri și încercări, conform procedurilor naționale legale, într-un mod nu mai puțin riguros decât în cazurile în care sunt implicate fonduri publice naționale. În interpretarea dată dispozițiilor legale, intrarea în stare de insolvență a debitoarei reprezintă o *neregulă*, fiind un *criteriu de declarare ca neeligibil a proiectului*, ca urmare fiind declanșate procedurile de constituire și recuperare de debit. “Neregularitate înseamnă orice încălcare a unei prevederi a acordului de finanțare, care rezultă din activitatea sau omisiunea unui operator economic (beneficiar), care a avut sau va avea un efect de prejudiciere asupra Comunității sau asupra unui punct nejustificat de cheltuială” conform prevederilor Legii nr. 316/2001 pentru ratificarea Acordului multianual de finanțare dintre Guvernul României și Comisia Comunităților Europene, semnat la Bruxelles la 2 februarie 2001, stabilind cadrul administrativ, legal și tehnic de implementare a Programului special de preaderare pentru agricultură și dezvoltare SAPARD, adoptat prin Reglementarea Comisiei (CE.) nr. 1.268/1999 din 21 iunie 1999 privind suportul Comunității pentru măsurile de preaderare în domeniul agriculturii și dezvoltării rurale în țările candidate din

centrul și estul Europei în perioada de preaderare, cu modificările și completările ulterioare.

Prin contestația înregistrată pe rolul Tribunalului Timiș, contestatoarea Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit – Program SAPARD a solicitat înscrierea creanței deținută față de debitoarea S.C. L S.R.L., în sumă de 497.741,97 lei în tabelul preliminar al creanțelor, în categoria creanțelor bugetare, motivat de aceea că, creanța pe care o deține s-a născut urmare pronunțării sentinței de deschidere a procedurii, întrucât starea de insolvență a debitoarei este un criteriu de neeligibilitate a beneficiarului, conform regulilor de finanțare comunitară nerambursabilă stabilite prin programul SAPARD.

Se arată în continuare că fondurile nerambursabile sunt: “fonduri acordate unei persoane fizice sau juridice în baza unor criterii de eligibilitate pentru realizarea unei investiții încadrate în aria de finanțare a Măsurii 3.1 și care nu trebuie returnate - singurele excepții sunt nerespectarea condițiilor contractuale și nerealizarea investiției conform proiectului aprobat de APDRP.”

Măsurile administrative și penalizările pot fi aplicate operaorilor economici persoane fizice sau juridice ori altor organisme recunoscute de legile naționale (persoane private, întreprinderi, instituții publice sau autorități locale ori regionale ale statului), acolo unde activitatea lor implică aplicarea incorectă a acestui acord prin atingerea sau lezarea contribuției Comunității, și, de asemenea, persoanelor fizice și juridice care au fost implicate în comiterea de neregularități sau care se așteaptă să evite comiterea unei neregularități.

Instanța de fond, a apreciat că faptul că L SRL se află în prezent în insolvență nu înseamnă în mod automat că toate cheltuielile pe care le-a făcut în ultimii ani din fonduri nerambursabile devin, în mod retroactiv, neeligibile. Contestatoarea APDRP nu face dovada încălcării contractului ori încălcării dispozițiilor legale de către L SRL și nu face nici dovada rezilierii contractului din culpa L SRL, cu consecința returnării sumelor nerambursabile primite.

În cuprinsul contestației sale, APDRP arată că nu înțelege să rezilieze contractul de finanțare încheiat, însă solicită recuperarea prestațiilor sale contractuale. În aceasta situație, în care contractul este în continuare în derulare, înseamnă că APDRP este, pe de-o parte, de acord să finanțeze pe viitor L SRL, însă pe de altă parte, L SRL nu mai îndeplinește condițiile de eligibilitate în mod retroactiv și datorează sumele încasate ca finanțare, până în prezent, apărând contradicții în susținerile contestatoarei.

În orice situație, contractul nefiind reziliat anterior deschiderii procedurii insolvenței, el nu mai poate fi denunțat acum de către APDRP, întrucât acest fapt ar contraveni dispozițiilor art. 86 din Legea nr. 85/2006,

respectiv: „(1) Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule. [...]”. Ori, contractul nefiind reziliat anterior deschiderii procedurii insolvenței, el nu mai poate fi denunțat acum de către APDRP, întrucât acest fapt ar contraveni dispozițiilor art. 86 din Legea nr. 85/2006, respectiv: „(1) Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule. [...]”.

În recursul declarat împotriva sentinței se reiau, în esență aceleași motive, dezvoltând susținerea privitoare la prevederile contractuale, în special la nerespectarea obligației asumate de debitoare privind menținerea criteriului de eligibilitate pe toată durata stipulată în prevederile asumate de părți.

Recursul a fost apreciat ca nefondat¹.

Cu titlu preliminar, s-a reținut că, potrivit prevederilor art. 64 alin.1 din Legea nr. 85/2006, „*Cu excepția salariațiilor ale căror creanțe vor fi înregistrate de administratorul judiciar conform evidențelor contabile, toți ceilalți creditori, ale căror creanțe sunt anterioare datei de deschidere a procedurii, vor depune cererea de admitere a creanțelor în termenul fixat în sentința de deschidere a procedurii [...]*”; totodată, că, potrivit prevederilor alin.6 al aceluiași articol, „*Creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare, vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală*”.

În speță, creanța pretinsă de recurenta APDRP nu este o creanță anterioară datei deschiderii procedurii, întrucât, prin ipoteză, aceasta s-a născut odată cu declanșarea procedurii insolvenței față de societatea debitoare – împrejurare apreciată de creditoare ca reprezentând o încălcare a condițiilor de eligibilitate, de natură să atragă restituirea sprijinului financiar acordat acesteia. Ori, așa cum s-a arătat, o atare creanță se plătește conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea sa la masa credală.

Pe de altă parte, Curtea constată că potrivit prevederilor OG nr. 79/2003 cu modificările și completările ulterioare (în vigoare la data încheierii contractului de finanțare R03.10502553700238/17.01.2007) și OUG nr. 66/2011 (aplicabilă la data deschiderii procedurii insolvenței debitoarei și în prezent), individualizarea creanțelor rezultate din neregularități în executarea contractelor de finanțare se face de către autoritățile competente, în baza unei proceduri speciale – supuse cenzurii instanțelor de contencios administrativ.

În sensul celor de mai sus, Curtea reține că, potrivit art. 2 lit. a), d), e), f) și g) din OG nr. 79/2003

¹ Dosar nr. 8860/30/2011/a1, d.c. nr. 75/R din data de 21 ianuarie 2013, Curtea de Apel Timișoara, Secția a II-a civilă.

(dispoziții preluate de art. 2 alin. 1 lit. a, e, h – k din OUG nr. 66/2011), „a) neregula reprezintă orice abatere de la legalitate, regularitate și conformitate în raport cu dispozițiile legale naționale și/sau comunitare, precum și cu prevederile contractelor ori ale altor angajamente legale încheiate în baza acestor dispoziții, care prejudiciază bugetul general al Comunității Europene și/sau bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și bugetele din care provine cofinanțarea aferentă printr-o cheltuială necuvenită;

d) creanțele bugetare rezultate din nereguli reprezintă sume de recuperat la bugetul general al Comunității Europene și/sau la bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, precum și/sau la bugetele de cofinanțare aferente, ca urmare a utilizării necorespunzătoare a fondurilor comunitare și a sumelor de cofinanțare aferente și/sau ca urmare a obținerii necuvenite de sume în cadrul măsurilor care fac parte din sistemul de finanțare integrală ori parțială a acestor fonduri;

f) activitatea de constatare a creanțelor bugetare rezultate din nereguli este activitatea prin care se verifică, se stabilește și se individualizează obligația de plată sub forma unui titlu de creanță;

În ce privește titlul de creanță și procedura de verificare a acestuia, dispozițiile art. 3 din actul normativ citat, statuează că:

„(1) Obiectul constatării existenței creanțelor bugetare îl constituie stabilirea neregulilor, prejudiciilor și/sau a persoanelor juridice ori fizice debitoare, ca urmare a nerespectării legalității, conformității și regularității utilizării și administrării fondurilor comunitare și a fondurilor de cofinanțare aferente.

(2) Constituie titlu de creanță:

a) actul/documentul de constatare, stabilire și individualizare a obligațiilor de plată privind creanțele bugetare rezultate din nereguli, precum și accesoriile acestora și costurile bancare;

b) hotărârea judecătorească definitivă și irevocabilă, prin care se stabilește obligația de plată privind creanțele bugetare rezultate din nereguli.

(4) Titlul de creanță specificat la alin. (2) lit. a) constituie înștiințare de plată și cuprinde elementele actului administrativ fiscal prevăzute de Codul de procedură fiscală, precum și elemente specifice, acolo unde este necesar.

(5) Titlul de creanță se comunică debitorului în conformitate cu prevederile Codului de procedură fiscală.

(6) Împotriva titlului de creanță debitorul poate formula contestație la organul emitent, în condițiile și termenele stabilite de Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 174/2004, republicată, cu modificările și completările ulterioare”.

Dispoziții similare au fost preluate (și dezvoltate) și în cuprinsul art. 20 – 21, art. 43 și art. 47 – 51 din OUG nr. 66/2011, noul act normativ reglementând în mod expres atât procedura administrativă de soluționare a contestației, cât și dreptul debitorului de a contesta deciziile pronunțate în soluționarea contestațiilor la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă, în conformitate cu prevederile Legii nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

Din economia reglementărilor normative anterior menționate, rezultă că titlu de creanță ce ar putea sta la baza recuperării de către autoritatea recurentă a finanțării acordate unor beneficiari care au încălcat condițiile de eligibilitate, nu este contractul de finanțare (așa cum, în mod eronat, afirmă aceasta), ci actul/documentul de constatare, stabilire și individualizare a obligațiilor de plată emis potrivit art. 3 alin.2 din OG nr. 79/2003 și, respectiv, art. 21 din OUG nr. 66/2011.

Un astfel de act este asimilat unui titlu de creanță fiscală - care se comunică debitorului și împotriva căruia acesta poate formula contestație administrativă, precum și acțiune în fața instanțelor contencios administrativ, potrivit Legii nr. 554/2004.

Concluzionând, Curtea apreciază că, deși creanța debitoarei își are izvorul în contractul de finanțare, existența și întinderea acesteia nu se cunoaște decât la data întocmirii de către autoritatea competentă a titlului de creanță prevăzut de lege.

Ori, în speță, un astfel de titlu nu a fost emis.

Legea sau interesul?

Economist și jurist Gheorghe POPA

Referent de specialitate în BNR

Sanctiunea decăderii prevăzută de art.76 din Legea 85/2006 este, fără discuții, principala măsură juridică coercitivă prin care legiuitorul îi obligă pe creditori să participe la procedura prevăzută de lege pentru realizarea creanțelor pe care le au împotriva unui debitor insolvent.

Pornind de la faptul că în cazul cauțiunilor reale începe să se contureze o practică judiciară neunitară, trebuie să analizăm și să stabilim care este substanța acestei sancțiuni și cum ar trebui procedat pe viitor pentru aplicarea corectă a legii.

În opinia unor creditori¹ sancțiunea decăderii reprezintă, în esență, pierderea doar a dreptului de a participa la procedura insolvenței și de a-și realiza creanța în cadrul acestei proceduri.

Cu alte cuvinte prin neparticiparea la procedura insolvenței debitorului se **pierde numai un drept de valorificare** a creanței într-o procedură specială și nimic mai mult.

Într-o asemenea interpretare întrucât sancțiunea decăderii nu afectează realizarea dreptului de creanță, în sensul stingerii acestuia, creditorul își poate realiza creanța împotriva debitorului fără să participe la procedura insolvenței acestuia.

Creanța asupra debitorului insolvent va fi realizată astfel, amiabil sau pe cale silită, pe temeiul răspunderii contractuale sau solidarității convenționale dintre debitorul principal și garant, stipulată în contractul de credit semnat și de către garanții care au constituit cauțiunea reală.

În cazul analizat creditorul este o instituție bancară iar creanța este reprezentată de un credit acordat în baza unui contract de credit care, în conformitate cu prevederile O.U.G. 99/2006, constituie titlu executoriu.

Pentru a lămuri dilema se impune să răspundem la întrebarea dacă sancțiunea decăderii, prevăzută de

articolul de lege menționat, **stinge sau nu stinge** dreptul subiectiv de creanță din raportul obligațional principal?

De asemenea trebuie găsit un răspuns și la întrebarea privind soarta juridică a accesoriilor reprezentate de garanțiile reale, în special a cauțiunilor reale.

Răspunsurile posibile pot fi :

1. Dacă sancțiunea decăderii stinge dreptul subiectiv de creanță acest fapt are drept consecință stingerea obligației principale întrucât, potrivit teoriei și practicii judiciare întemeiate pe dispozițiile Codului Civil din 1864, nu poate exista o obligație civilă contractuală fără existența unui drept subiectiv corelativ.

2. Dacă dimpotrivă sancțiunea decăderii nu stinge dreptul de creanță corelativ îndatoririi debitorului, atunci obligația principală nu se stinge iar creditorul poate cere plata oricărei persoane obligate, fără să participe la procedura insolvenței debitorului.

Pentru a nu se crea impresia că în cazul analizat garantul încearcă să speculeze o greșeală a creditorului precizez că, din datele de care dispun, creditorul a avut cunoștință de deschiderea procedurii insolvenței debitorului și ar fi putut depune o cerere de creanță în termenul prevăzut de lege în acest sens.

Nu mai că din rațiuni știute de creditor, acesta a ignorat deschiderea procedurii insolvenței debitorului și a continuat executarea silită a garantului, începută înaintea deschiderii procedurii menționate.

Cu alte cuvinte la data deschiderii procedurii insolvenței debitorului, creanța creditorului era certă, lichidă și exigibilă.

În toată perioada executării silite a garantului, desfășurată concomitent cu procedura insolvenței debitorului principal, la care participă ceilalți creditori ai acestuia, bunul achiziționat din creditul refinanțat de bancă se găsește în activul debitorului insolvent.

¹ Precizăm că ne referim la acei creditori care nu participă la procedura insolvenței și deci nu sunt în situația reglementată de prevederile art. 102, alin.2 care privesc drepturile și acțiunile creditorilor care participă la procedura insolvenței.

Trebuie precizat și faptul că nici creditorul inițial și nici banca care a refinanțat creditul nu au luat în garanție acest bun, probabil din cauza problemelor de natură juridică a terenului aferent construcției achiziționate și modernizate din credit.

Aceste aspecte fiind clarificate, pornim cu raționamentul de la a prima variantă de răspuns potrivit căreia creditorii care nu participă la procedura insolvenței sunt decăzuți din dreptul subiectiv de creanță, cu consecința stingerii acestui drept, fapt care conduce la stingerea obligației principale, pe raționamentul că nu poate exista îndatorire fără drept corelativ.

A. Referitor la dreptul de creanță din raportul obligațional principal

Participarea creditorului la procedura insolvenței debitorului este obligatorie.

Articolul 64, alin. 1, din Legea 85/2006, nu lasă loc de interpretări, ci instituie obligația fiecărui creditor, care vrea să-și realizeze creanța împotriva debitorului insolvent, de a formula o cerere de admitere a creanței în termenul fixat de lege în acest sens, în caz contrar creditorul fiind sancționat cu decăderea din drept, prevăzută de art. 76, alin. 1 din aceeași lege.

Au deasemenea caracter onerativ imperativ și dispozițiile de la art. 3, punctele 14 – 19, din Legea 85/2006, privind întocmirea tabelelor de creanțe și pe cale de consecință aplicarea prevederilor legii speciale care reglementează realizarea creanțelor împotriva unui debitor aflat în procedura insolvenței **este obligatorie și nu opțională**.

Având în vedere caracterul de norme juridice speciale, care se aplică cu prioritate în raport cu dispozițiile dreptului comun, creanța poate fi realizată exclusiv în cadrul procedurii insolvenței (fie prin distribuirea de sume în cadrul planului de reorganizare a activității debitorului insolvent fie din vânzarea bunului cu care a fost garantată creanța respectivă).

Întrucât în cazul analizat creditoarea nu a formulat în termenul legal o cerere de înscriere a creanței sale asupra averii debitorului insolvent, a fost decăzută din dreptul de realizare a creanței pe temeiul art. 76, alin. 1, din Legea 85/2006.

Textul de lege de la art. 76, precizează că: „.....*titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii,.....,va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură. El nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociaților cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii,.....*”

Astfel, deși legiuitorul explică sancțiunea decăderii prin raportare la etapele desfășurării procedurii și la scopul final al acesteia, întrucât decăderea **afectează realizarea dreptului** în cadrul unui raport juridic

obligațional (*El nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele*), în esență conținutul sancțiunii constă în **pierderea de către creditor a dreptului de a obține plata** de la debitorul insolvent.

În lumina tezei întâi a alin. 1, art. 76, din Legea 85/2006, cât timp debitorul se află în procedura insolvenței, o creanță neînscrisă în tabelul de creanțe coroborat cu pierderea calității de creditor îndreptățit, practic nu există.

Creditorul aflat într-o asemenea situație nu are nici o altă posibilitate juridică de a obține plata de la debitorul aflat în procedura insolvenței.

Textul de lege din teza a doua a primului alineat al art.76 din Legea 85/2006, stabilește că, exceptând unele situații prevăzute în mod expres de lege, decăderea afectează realizarea dreptului de creanță și ulterior închiderii procedurii insolvenței.

Cu alte cuvinte creditorul nediligent cu creanța sa nu mai poate obține plata de la debitor nici ulterior închiderii procedurii insolvenței acestuia când ipotetic, **în lipsa acestei dispoziții exprese**, debitorul ar putea fi ținut să facă plata sau să acorde despăgubiri, pe temeiul răspunderii contractuale reglementată de dreptul comun.

Dreptul de a invoca decăderea instituită de legea specială, oricând și de către orice parte interesată, pe cale principală sau excepție, prevăzut la alin.2, art.76 din Legea 85/2006, conduce la concluzia că acest drept este imprescriptibil și paralizează orice acțiune judiciară a creditorului pentru obținerea plății.

Altfel spus urmare a sancțiunii decăderii instituită prin procedura insolvenței, legea nu mai ocrotește dreptul de creanță al creditorului nediligent care nu participă la procedura instituită de lege.

Pe cale de consecință, conform dispoziției legale mai înainte menționate, creditorul nu mai poate folosi forța coercitivă a statului pentru recuperarea creditului acordat debitorului insolvent, nici în timpul desfășurării procedurii insolvenței și nici după închiderea acesteia.

Stingerea obligației cauzată de stingerea dreptului de creanță se sprijină și pe faptul că un contract de credit, ca subspecie a contractului de împrumut, este un act juridic unilateral (clasificare după conținut), în care îndatoririi de a restitui suma împrumutată, ca unică obligație a contractului, trebuie să îi corespundă dreptul corelativ de a obține plata.

Ori pe raționamentul că în cazul procedurii insolvenței decăderea afectează realizarea dreptului creditorului, rezultă că această sancțiune stinge raportul obligațional principal întrucât, așa cum am precizat, contractul nu poate ființa fără dreptul subiectiv corelativ stins prin decădere.

Întrucât decăderea își produce efectele și după închiderea procedurii insolvenței, oricând și orice parte interesată fiind în drept să o invoce, conduce în cel mai bun caz pentru creditor, la transformarea obligației principale dintr-o obligație juridică ocrotită de către lege, într-o obligație naturală ce poate fi executată în mod voluntar de

către debitor (dacă acesta mai există după închiderea procedurii) sau de către garanți.

O astfel de situație ipotetică și ideală la care poate spera creditorul ce nu participă la procedura debitorului insolvent, nu îi dă dreptul acestuia să afirme că prin neparticiparea la procedura insolvenței a pierdut numai un drept de valorificare a creanței sale într-o astfel de procedură.

Într-o asemenea interpretare apare ca total lipsit de sens și conținut juridic dreptul de a invoca oricând sancțiunea decăderii, constituit în patrimoniul oricărei părți interesate de alin.2, art. 76, din Legea 85/2006.

Este de prisos să mai amintim faptul că dreptul de valorificare mult trâmbițat de creditoare nu este reglementat, nici explicit și nici implicit, de legea specială astfel că prin neparticipare la procedura insolvenței creditoarea nu poate pierde ceva ce nu are, respectiv un drept care nu a fost constituit în patrimoniul său de legea specială.

B. Referitor la accesoriile creanței născută din raportul obligațional principal

Referitor la modul în care consider că sancțiunea decăderii stinge raportul obligațional de garantare a creanței principale, precizez următoarele:

În fapt creditorul execută silit garanția reală pentru recuperarea creditului și a dobânzilor aferente, deci în vederea stingerii raportului obligațional principal.

Întrucât contractul de credit amintit este titlu executoriu, raportul obligațional născut din acest contract este o obligație netransformată, în sensul că executarea silită a bunului adus în garanție este realizată de creditor în desfășurarea acestui raport obligațional, prin obligarea garantului să facă plata pentru stingerea obligației principale.

Când garanția a fost constituită cu un bun din patrimoniul debitorului din obligația principală, având în vedere prevederile art. 36 și art.39, din Legea 85/2006, este de prisos să mai argumentăm că o asemenea creanță nu poate fi realizată prin valorificarea garanției reale decât prin participarea creditorului la procedura insolvenței debitorului principal, care este și garantul creanței respective.

Dar dacă garanția a fost constituită de o persoană care are calitatea de terț față de raportul obligațional principal, precum în cazul analizat?

Într-o asemenea situație, pe baza raționamentului mai înainte prezentat, consider că trebuie să stabilim care norme juridice sunt incidente realizării dreptului izvorât din obligația principală, respectiv cele de drept comun sau cele prevăzute de legea specială?

În această situație persoana care a constituit garanția creanței împotriva debitorului este un terț garant față de raportul obligațional principal iar debitorul obligației prin-

cipale are calitatea de terț garantat față de creditorul din raportul obligațional de garantare (beneficiarul garanției reale).

Întrucât împotriva debitorului din raportul obligațional principal, la cererea Fiscului, a fost deschisă procedura insolvenței, creditul acordat de bancă debitorului insolvent a dobândit calitatea de creanță garantată, în sensul definiției de la art. 3, pct. 9 din Legea 85/2006.

Pe cale de consecință obligația principală este guvernată de norma juridică specială reprezentată de Legea insolvenței, situație în care realizarea dreptului de creanță prin valorificarea bunului adus în garanție de terțul garant se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței debitorului obligației principale.

În sprijinul acestor susțineri prezint practica judiciară reprezentată de Decizia nr.125 a Curții de Apel Brașov din Ședința publică din 17 martie 2009.

În această cauză ...Bank Romania a formulat o contestație la tabelul de creanțe preliminare în care nu a fost înscrisă, la creanțe garantate, o creanță a sa garantată cu un bun mobil din patrimoniul unei terțe persoane.

În considerentele deciziei mai înainte menționate instanța stabilește că: ”în cazul creanțelor garantate garanția reală se poate institui fie asupra bunurilor din patrimoniul debitoarei, fie asupra bunurilor din patrimoniul unui terț garant al debitorului insolvent.

.....Având în vedere că creanțele garantate, astfel cum au fost definite de legiuitor potrivit art. 3 pct.9, sunt creanțele creditorilor în favoarea cărora este instituită o garanție reală fie asupra bunurilor debitorului principal, fie asupra bunurilor unui terț garant, urmează a admite recursul creditoarei și a modifica hotărârea instanței de fond în sensul înscrierii creanței creditoarei la categoria creanțelor garantate.”

În lumina acestei hotărâri judecătorești un aspect deosebit de important pentru lămurirea speței analizate este acela potrivit căruia bunul care formează obiectul garanției constituită de către un terț **este considerat** de legea specială ca făcând parte din **patrimoniul debitorului insolvent**.

Astfel art. 3, pct. 9 din Legea 85/2006 legea insolvenței, prevede că: „creanțele garantate sunt creanțele persoanelor care beneficiază de o garanție reală **asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent** dacă acesta este debitor principal sau terț garantat față de persoanele beneficiare ale garanțiilor reale”

Întrucât legea specială definește calitatea de debitor aflat în procedura insolvenței, înseamnă că atunci când legea folosește acest termen el trebuie interpretat cu semnificația dată de definiția din legea specială și nu în sensul general al termenului dat de dreptul comun

Interpretând termenul de debitor în conformitate cu definiția acestui termen de la pct. 5, art. 3, din Legea 85/2006 potrivit căreia :”debitorul este persoana fizică sau persoana juridică de drept privat, care face parte din una dintre categoriile prevăzute la art. 1 și care este în

stare de insolvență” constatăm că legea specială consideră că garanția reală face parte din patrimoniul **debitorului insolvent**, indiferent de calitatea acestuia față de persoana beneficiară a garanției reale.

Potrivit teoriei dreptului civil, existente înainte dar și după apariția Noului Cod Civil, patrimoniul unei persoane cuprinde totalitatea drepturilor și obligațiilor ale căror titular este persoana în cauză.

Până la apariția Noului Cod Civil bunurile (obiectele corporale și necorporale) asupra cărora purtau drepturile, constituiau obiecte derivate ale raportului juridic obligațional, care în esență era un raport social.

Noul Cod Civil precizează clar obiectul dreptului subiectiv, obiect lămurit numai doctrinar sub imperiul reglementării anterioare, stipulând la art.535 faptul că: „*Sunt bunuri lucrurile, corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial.*”

Spre deosebire de reglementarea generală, prevederile art. 3, pct. 9, din Legea 85/2006 se referă la **bunul corporal** ce formează obiectul garanției reale, pe care **îl identifică** în patrimoniul debitorului insolvent chiar și în situația în care acesta are calitatea de:” ... *terț garantat față de persoanele beneficiare ale garanțiilor reale.*”

Precizarea făcută de legiuitor, potrivit căreia debitorul insolvent **își păstrează calitatea de terț garantat** față de beneficiarul garanției, atunci când legea identifică în patrimoniul său bunul adus în garanție, lămurește faptul că dreptul de dispoziție asupra bunului în cauză a aparținut și aparține totuși constituitorului garanției.

Cu alte cuvinte dreptul de proprietate asupra bunului corporal rămâne în continuare în patrimoniul acelei persoane care are calitatea de garant, pe toată durata desfășurării raportului juridic din care a izvorât creanța principală cât și a raportului juridic de garantare.

Se pune întrebarea care este motivul pentru care legiuitorul a considerat ca fiind necesară mărirea patrimoniului debitorului insolvent și cu acele bunuri ce constituie obiectul dreptului de proprietate al cărui titular este garantul?

Consider că prin această dispoziție legiuitorul a vrut **cel puțin**, să evidențieze faptul că bunul adus în garanție prin actul de dispoziție al garantului și identificat de lege în patrimoniul debitorului insolvent, **are regimul juridic stabilit de legea specială** pentru bunurile care constituie obiectul drepturilor al căror titular este debitorul insolvent și servește aceluiași scop ca și aceste bunuri, respectiv pentru acoperirea pasivului debitorului pentru care s-a deschis procedura insolvenței.

În această interpretare este firească și formularea textului de lege de la art. 36 unde legiuitorul face distincție între acțiunile judiciare și extrajudiciare (sau măsurile de executare silită) pentru realizarea creanțelor asupra debitorului **sau a bunurilor sale**, cu înțelesul de bunuri **din patrimoniul debitorului insolvent**, care prin voința legiuitorului pot cuprinde așa cum am arătat și acea

categorie de bunuri ce constituie obiectul dreptului de proprietate al cărui titular este garantul.

Referitor la constituirea garanțiilor este de observat faptul că legea specială nu modifică regimul juridic de drept comun privind constituirea convențională a garanțiilor astfel că în practică garanțiile reale sunt constituite prin încheierea unor contracte de ipotecă sau contracte de garanție reală mobiliară.

De asemenea așa cum nu reglementează explicit stingerea dreptului de creanță, legea specială nu reglementează explicit nici soarta juridică a drepturilor reale accesorii care însoțesc creanțele din a căror realizare creditorul a fost decăzut.

În această situație vor fi aplicate dispozițiile de drept comun în materia garanțiilor pe temeiul principiului de drept civil potrivit căruia; acolo unde norma juridică specială tace, ea se va completa cu dispozițiile dreptului comun în materia respectivă.

Acest principiu își găsește aplicație în materia insolvenței și în situația constituirii garanțiilor unde, așa cum am precizat mai înainte, sunt incidente deasemenea normele de drept comun.

Astfel, drepturile reale născute din raporturile juridice obligaționale de garantare au caracter accesoriu și ființează pe lângă drepturile principale izvorâte din obligațiile pe care le garantează.

Pe cale de consecință drepturile reale accesorii care însoțesc creanțele din a căror realizare creditorul a fost decăzut, respectiv raporturile obligaționale din care izvorăsc aceste drepturi, se sting fie din cauze proprii de stingere, fie pe cale accesorie.

Întrucât creditorul nu mai are un drept de creanță împotriva debitorului insolvent urmare a acțiunii sancțiunii decăderii care a stins acest drept, dreptul de ipotecă se stinge pe cale accesorie întrucât are soarta juridică a dreptului (de creanță) principal pe lângă care ființează, pe temeiul principiului de drept civil: *accessorium sequitur principale.*

Această teorie juridică este valabilă fie că debitorul insolvent este constituitorul garanției reale fie că aceasta este constituită de o terță persoană.

Desigur există și opinia potrivit căreia dreptul de ipotecă supraviețuiește dreptului de creanță stins prin decădere, pe care l-a garantat, însă consider că această opinie nu are susținere în dispozițiile legii speciale întrucât aceasta interzice în mod expres realizarea dreptului de creanță ulterior închiderii procedurii, prin folosirea forței coercitive a statului, se subînțelege.

Această opinie contravine și principiului de drept civil care consacră accesorialitatea garanțiilor în raport cu drepturile din obligațiile principale pe care le-au garantat.

Potrivit acestui principiu numai drepturile principale au o soartă juridică de sine stătătoare.

Decăderea creditorului din dreptul de creanță, instituită de legea specială, afectează astfel în mod indirect, în

sensul stingerii și dreptul real accesoriu care însoțește dreptul principal de creanță, a cărui soartă juridică o urmează.

Susținerile mai înainte prezentate conduc la concluzia că atunci când este pornită executarea silită de către un creditor decăzut din dreptul de realizare a creanței, dreptul de a invoca decăderea creditorului îl au și persoanele care au garantat obligația debitorului insolvent.

În sprijinul acestei concluzii prezentăm practica judiciară reprezentată de Sentința comercială nr.113 din 18 septembrie 2008 a Curții de Apel București, Secția a V-a Comercial, definitivă.

Astfel, pronunțându-se asupra competenței materiale în soluționarea unei cereri privind constatarea decăderii instituită de Legea insolvenței, Curtea stabilește că : „... apare ca posibilă examinarea **cererii de decădere a pârâtei din dreptul de a cere executarea silită a creanței împotriva debitoarei principale și, pe cale de consecință, împotriva debitorilor garanți ipotecari de către judecătorul - sindic în cadrul acestei proceduri.**”

Interpretând legea instanța a considerat că atunci când legiuitorul a edictat textul de lege de la alin.2, art. 76, din Legea 85/2006, potrivit căruia: „*Decăderea va putea fi invocată oricând, de orice parte interesată, pe cale de acțiune sau excepție*” i-a avut în vedere și pe terții garanți ai debitorului insolvent.

Se pune întrebarea de ce atât efort pentru a demonstra un fapt atât de evident?

Vom arăta în continuare că nu pentru toate instanțele faptul este atât de limpede ca pentru completul Curții de Apel București care a dat soluția amintită.

Astfel în Sentința civilă nr. 8703/18.05.2012 pronunțată de Judecătoria Constanța, instanța își motivează, pe dispozițiile dreptului comun, soluția de respingere a contestației la executare formulată de garanți, deși contestatorii au invocat sancțiunea decăderii creditorului din dreptul de creanță împotriva debitorului insolvent aflat în procedura falimentului.

În condițiile în care decăderea creditorului din dreptul de creanță a fost constată de către judecătorul sindic, printr-o hotărâre judecătorească anterioară contestației la executare, instanța a considerat că în soluționarea contestației la executare sunt incidente dispozițiile art. 969, art. 970, art.1652, Cod Civil.

Referitor la invocarea decăderii creditorului din dreptul de realizare a creanței împotriva debitorului insolvent, instanța precizează în considerentele sentinței că : „*Împrejurarea că intimata (creditoarea) ar fi decăzut din dreptul de a-și valorifica creanța în contra debitoare, pe calea reglementată de Legea 85/2006 privind procedura insolvenței, este irelevantă sub aspectul executării garanției asumate de contestatori, fiind neîntemeiate susținerile din cuprinsul contestației la executare privind stingerea dreptului real accesoriu.*”

Trebuie observat că în timp ce contestatorii au susținut în cuprinsul cererii introductive decăderea creditoarei din **realizarea** dreptului de creanță, invocând prevederile art. 76, alin.2 din Legea 85/2006, instanța și-a însușit punctul de vedere al creditoarei și în considerente face referire la decăderea creditoarei dintr-un drept de **valorificare** a creanței împotriva debitorului insolvent.

Având în vedere că în opinia instanței invocarea decăderii este lipsită de relevanță în privința stingerii dreptului real accesoriu înseamnă: fie că această creanță nu este garantată, în sensul legii speciale și pe cale de consecință dreptul principal de creanță poate fi realizat în afara procedurii debitorului insolvent, fie că dreptul real accesoriu are o soartă juridică de sine stătătoare, situație în care creanța poate fi de asemenea realizată fără participarea la procedura insolvenței a debitorului obligației principale.

În opinia mea ambele ipoteze sunt greșite iar soluția întemeiată pe asemenea considerente este nelegală.

Este de prisos să menționăm faptul că nici creditoarea nu a precizat în întâmpinare și nici instanța nu a arătat în considerente, temeiul legal care ar fi născut în patrimoniul creditoarei dreptul de valorificare a creanței din care se pretinde că ar fi decăzut aceasta prin neparticiparea la procedura insolvenței propriului debitor.

Un alt exemplu în care instanța împărtășește punctul de vedere al creditoarei este ilustrat de Sentința nr. 621/20 februarie 2012 a Tribunalului Constanța.

Astfel motivând soluția de respingere a reclamanților în care era invocată de asemenea decăderea creditoarei din dreptul de creanță, instanța menționează în considerente că : „*Ipoteca în varianta de reglementare anterioară Noului Cod Civil este un drept real accesoriu și însoțește obligația pe care o are debitorul față de creditor, a cărei soartă o împărtășește integral. Ipoteca poate fi stinsă pe cale accesorie, ca urmare a stingerii raportului de obligație garantat sau pe cale principală când se stinge numai ipoteca, raportul principal de obligație rămânând în vigoare.*”

În această cauză nu a intervenit nici unul dintre modurile de stingere a ipotecii pe cale principală și nici nu a fost realizată plata obligației principale (!?) iar decăderea creditorului din dreptul de a-și realiza creanța împotriva societății debitoare aflate în insolvență nu se transferă și asupra garanților,..... ”

Susținerile instanței sunt contradictorii.

În opinia instanței decăderea instituită de legea specială nu este o modalitate de stingere a obligației principale chiar dacă această sancțiune afectează realizarea dreptului de creanță.

În acest context instanța nu recunoaște nici afectarea de către sancțiunea decăderii a raportului obligațional de garantare în sensul stingerii dreptului real accesoriu.

Dacă decăderea instituită de legea specială nu stinge nici obligația principală și nu afectează pe cale accesorie nici obligația de garantare atunci care mai sunt conținutul

și consecințele juridice ale dreptului de a invoca a decăderea, constituit de art. 76, alin. (2), în patrimoniul oricărei părți interesate ?

Un alt complet care a avut un punct de vedere similar cu cel care a pronunțat sentința civilă mai înainte prezentată, a fost cel al Tribunalului Constanța, format din judecătorul sindic și grefier. Astfel în motivația Sentinței civile 6527/2011 instanța precizează faptul că: „*Această dispoziție (care reglementează sancțiunea decăderii creditorului din dreptul de creanță) nu poate fi aplicată, însă, (?) și debitorilor solidari sau garanților care s-au obligat să răspundă alături sau pentru debitoarea respectivă pentru că decăderea este o măsură de protecție a creditorilor debitoarei insolvente derivată din caracterul urgent și consensual al procedurii*”

Nu mă pot abține să nu precizez faptul că potrivit cunoștințelor mele insolvența este o procedură de punere la adăpost a debitorului față de creditori sens în care chiar debitorul poate cere deschiderea procedurii. Există și opinii chiar mai radicale care susțin că insolvența este chiar un furt în dauna creditorilor, situație în care susținerile instanței privind protejarea creditorilor prin procedura insolvenței sunt total nefondate.

În privința caracterului urgent al procedurii instanța iar greșește întrucât parcurgerea tuturor etapelor impuse de procedură pentru încasarea sumelor datorate de debitor necesită un timp mai îndelungat decât realizarea creanțelor pe calea executării silite.

În continuare instanța susține în considerentele sentinței că: „*Este adevărat că ipoteca este un drept real accesoriu în sensul că însoțește obligația principală pe care creditorul (?) o are față de creditor a cărui (?) soartă o împărtășește integral dar acest caracter accesoriu este limitat de însăși (!) prerogativele speciale ale acestui tip de garanție. Astfel, în situația în care creditorul nu își poate realiza creanța din cauza faptului că debitorul său este în insolvență, nu înseamnă că această imposibilitate atrage și imposibilitatea urmăririi garanțiilor. De asemenea, faptul că acest creditor a fost decăzut din dreptul de a-și realiza creanța împotriva debitorului insolvent, această decădere nu se transferă și garanțiilor întrucât stingerea ipotecii se realizează numai în condiții legale, respectiv în cazul stingerii obligației principale (prin stingere înțelegându-se, însă, plata, remiterea de datorie, compensația, darea în plată care presupune o plată iar nu o decădere din dreptul de urmărire) sau prin moduri proprii prevăzute de art. 1800 C.civ. (.....)*

Prin urmare, atâta timp cât efectul ipotecii față de creditor este că acesta și-a conservat dreptul său față de o eventuală neexecutare din partea debitorului, inclusiv din cauza intrării acestuia în insolvență, având un drept de urmărire a bunului în mâna oricui s-ar afla (potrivit art. 1790 C.civ.), instanța nu poate considera că decăderea creditoarei din dreptul de a-și realiza creanța față de debitoarea atrage și decăderea acesteia din dreptul de a-și realiza creanța față de garanții imobiliari.”

În această interpretare nu știm care mai este semnificația juridică a termenului de realizare a creanței. După cum se poate observa în opinia instanței realizarea creanței nu are același înțeles cu obținerea plății, astfel că decăderea creditorului din dreptul de realizare a creanței nu-l împiedică să obțină plata obligației principale, în mod silit, de la garanți.

În această interpretare este evident că dreptul de a invoca decăderea, de orice parte interesată, nu are nici un fel de consecințe juridice.

Pornind de la raționamentul că o normă juridică este edictată cu scopul de a produce efecte juridice tragem concluzia că soluțiile instanțelor din Constanța, prezentate în acest material, sunt greșite.

În încheiere menționez că subiectul merită atenție mai ales pentru faptul că o bună parte din creditele acordate de instituțiile de credit, garantate de către terți, sunt în faza executării silite. În acest context consolidarea unei practici judiciare în care instanțele tratează sancțiunea decăderii la fel ca unele complete de judecată de la Constanța va „stimula” creditorii să solicite garantarea de către terți a rambursării împrumuturilor numai pentru a evita consecințele intrării debitorului în insolvență.

Din punctul meu de vedere o asemenea interpretare a legii speciale are semnificația de fraudă la lege.

Situația astfel creată este dăunătoare însuși mediului de afaceri întrucât concurența ar putea fi viciată numai prin simplul fapt că unii creditori acceptă garanții din patrimoniul debitorului principal iar alții, mai deștepți, își asigură creanțele cu bunuri din patrimoniul terților în scopul de a evita insolvența debitorului principal.

Simplificând exprimarea, lucrurile ar putea sta astfel: dacă vrei un credit obligatoriu trebuie să fii garantat de o terță persoană !

NR: Redacția așteaptă din partea cititorilor și alte opinii în legătură cu acest subiect.

Editura Tribuna Economică, cu sediul în București, Bulevardul Magheru 28-30, sectorul 1, ne-a informat că a editat lucrarea doamnei expert contabil Virginia Greceanu-Cocoș, intitulată **GHID DE APLICARE A TVA LA ÎNCASARE**, preț 50 lei.

Lucrarea poate fi procurată direct de la sediul editurii sau prin poștă, cu plata în contul RO37RNCB0072049718690001 deschis la BCR, Suc. Sector 1.

Informații suplimentare se primesc la telefon 021 316 5544 sau la 021 316 7938.
