



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ **Cum a funcționat
în practică noua
Lege a insolvenței
nr. 85/2014**

pag. 8

■ **Restructurarea
extrajudiciară.
Chestiuni
problematic
privind grupul
de societăți**

pag. 15

■ **Ațiunile în
anularea
transferurilor
patrimoniale**

pag. 21

Nr. 61
iulie-septembrie 2017

Publicație gratuită

ISSN 1593 - 2368



9 771583 236001



UNIVERSUL JURIDIC



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 61, iulie-septembrie 2017

sumar

□ CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
□ INTRODUCERE	
INSOL EUROPE – ROMÂNIA 2017. HIGH LEVEL EDUCATIONAL COURSE ON INSOLVENCY LAW IN EASTERN EUROPEAN JURISDICTIONS	5
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
CARE AU FOST AȘTEPTĂRILE ȘI CUM A FUNCȚIONAT ÎN PRACTICĂ NOUA LEGE A INSOLVENȚEI NR. 85/2014	8
RESTRUCTURAREA EXTRAJUDICIARĂ/PROCEDURI DE PREVENIRE A INSOLVENȚEI – AVANTAJE ȘI DEZAVANTAJE. CHESTIUNI PROBLEMATICE PRIVIND GRUPUL DE SOCIETĂȚI	15
□ RUBRICA MAGISTRATULUI	
COMPENSAREA CREAȚELOR RECIPROCE ALE MEMBRILOR GRUPULUI DE SOCIETĂȚI	18
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
ACȚIUNILE ÎN ANULAREA TRANSFERURILOR PATRIMONIALE EFECTUATE ÎN PERIOADA SUSPECTĂ, EFECTUL RĂSPUNDERII PERSONALE ÎN INSOLVENȚĂ	21
CHESTIUNI INTERPRETABILE CU PRIVIRE LA PLANUL DE REORGANIZARE	30
UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND VÂNZAREA BUNURILOR ÎN CADRUL PROCEDURII DE FALIMENT	35
CREAȚELE CURENTE ȘI CREAȚELE ISTORICE. UN ALT FEL DE COMPARAȚIE	39

Consultanți științifici

Av. Simona Maria Miloș (București)
Av. Ana-Irina Șarcane (București)
Av. drd. Andreea Deli-Diaconescu (București)

Secretariat de redacție

Adrian Ciochirdel
Cristina Constantin

● 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



Dragi colegi,

Îmi face plăcere să ne reîntâlnim prin intermediul numărului 61 al Revistei Phoenix, care, după cum veți constata parcurgând revista, stă sub semnul INSOL Europe. Colegii noștri care își aduc aportul în mod curent cu articole pentru revistă au în acest număr o serie de contribuții ce au făcut parte din dezbaterile *High Level Course on Insolvency Law in Eastern European Jurisdictions*, care, la prima sa ediție, s-a desfășurat în România, fiind organizat în trei module.

Ne-am bucurat să îi avem ca oaspeți pe cei mai reputați specialiști în insolvență la nivel internațional, oameni care au un cuvânt de spus atât pe zona de legiferare, cât și în ceea ce privește problematica pe care o ridică insolvența la nivel mai larg. Este vorba despre Prof. Ignacio Tirado (Universidad Autonoma de Madrid, Spania), Prof. Irit Mevorach (University of Nottingham, Marea Britanie), Prof. Riz Mokal (Barrister, South Square and (Hon.) University College London, Marea Britanie), Prof. Janis Sarra (University of British Columbia, Canada), Prof. Christoph Paulus (Humboldt University Berlin, Germania), Prof. Michael Veder (Radboud University Nijmegen, Resor, Olanda), Alberto Núñez-Lagos (Uriá Menéndez, Spania), Mihaela Carpus-Cârcea (Direcția Generală Justiție și Consumatori a Comisiei Europene).

Se remarcă, iată, în acest număr contribuțiile colegilor noștri pe aspecte diverse pe care le presupune insolvența, articolele având la bază unele dintre temele abordate în cadrul cursului, mai exact în cel de-al doilea modul, desfășurat în perioada 29 iunie-1 iulie. Astfel, în introducere, domnul Radu Lotrean și doamna Simona Miloș

fac o prezentare a cursului ce s-a desfășurat la București; doamna Simona Miloș realizează o evaluare a modului de implementare a Legii nr. 85/2014, după 3 ani de la intrarea sa în vigoare; doamna Irina Șarcane punctează în articolul său caracteristicile esențiale care încurajează sau limitează accesul la procedurile de pre-insolvență; domnul Flavius Moțu analizează compensarea creanțelor reciproce ale membrilor grupului de societăți; doamna Andreea Deli-Diaconescu ne vorbește despre acțiunile în anularea transferurilor patrimoniale efectuate în perioada suspectă; domnul Vasile Godincă analizează unele aspecte legate de procedurile de reorganizare; domnul Radu Bufan și doamna Florentina Folea examinează unele dintre dificultățile ce apar în practica procedurilor falimentare; domnul Bogdan Biter face o comparație, după criteriul timpului, între creanțele curente și creanțele istorice.

Începând din luna octombrie 2017, colegul nostru Radu Lotrean va prelua președinția anuală a acestei organizații, fapt care nu face decât să ne bucure și suntem siguri că amprenta românească ce va fi vizibilă la nivel european va fi una care să ne onoreze.

Pe parcursul anului curent, fondul de lichidare a fost printre preocupările prioritare ale conducerii UNPIR. După cum știți, prin modificările legislative din luna ianuarie, mai exact prin intrarea în vigoare a *Legii nr. 1/2017 privind eliminarea unor taxe și tarife, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative*, s-a prevăzut faptul că fondul de lichidare va fi susținut de la bugetul de stat, prin bugetul Ministerului Justiției, precum și din preluarea a 2,0% din

sume recuperate în cadrul procedurilor de insolvență. Am reușit, după discuții cu Ministerul Justiției, să avem alocată în exercițiul bugetar 2017 o sumă de 5 milioane de lei. Din păcate, veștile recente nu sunt foarte bune. La ultima rectificare bugetară care este în atenția opiniei publice în acest moment, în ceea ce privește zona de venituri, aceasta este prinsă în rectificarea bugetară cu minus. Este, din păcate pentru noi, o chestiune de neînțeles, pe care încercăm să o abordăm cu partenerii noștri de la Ministerul Justiției, fără a avea însă în acest moment rezultate pozitive pe această temă.

În același timp, în ultimul an am încercat ca prin fondul de solidaritate să rezolvăm problema restanțelor la plată, în condițiile în care există filiale cu excedent și filiale cu deficit, astfel încât reușim să asigurăm un echilibru pe zona aceasta.

Pe de altă parte, pentru că zona protecției mediului are interferențe în profesia noastră, avem o comunicare cu Ministerul Mediului, care, iată, nici aceasta nu vine cu rezultatele așteptate de noi.

Într-o corespondență curentă ce viza probleme complexe de mediu, răspunsul Ministerului la problemele ridicate de noi este o trecere în revistă aproape exhaustivă a textelor de lege care reglementează obligațiile și răspunderea administratorului, respectiv lichidatorului judiciar în privința obligațiilor de mediu instituite în cadrul procedurii de insolvență. În răspunsul nostru am arătat aprecierea pentru interesul acordat demersului nostru și, totodată, nu am putut să nu subliniem faptul că, deși elaborată ca fundamentare legală, abordarea aceasta nu a luat în seamă problemele contextuale, de aplicare efectivă, cum ar fi problema generată de lipsa de delimitare a răspunderii practicianului în insolvență pentru problemele de mediu ale societăților pe care le au în gestionare, de răspunderea conducătorilor respectivelor societăți pe parcursul întregii lor activități. Evident că am semnalat Ministerului îngrijorarea noastră legitimă asupra măsurii în care probleme nerezolvate de o societate pe parcursul activității sale, încă de la înființare, în perioade de stabilitate financiară și organizatorică, pot fi soluționate de un practician în insolvență într-o perioadă „neagră” a respectivei entități, perioadă în care sunt vizate redresarea sa financiară sau, în cel mai fericit caz, îndestularea creditorilor.

Nu în ultimul rând, am arătat Ministerului îngrijorarea noastră legată de faptul că, în plus față de dinamica și arhitectura complicată a legislației incidente ambelor domenii – protecția mediului și procedura insolvenței –, influențată și condiționată de multe alte reglementări legale, nu întotdeauna armonizate, obligațiile instituite în sarcina entităților care desfășoară activități economice ca profesioniști în diverse domenii cu impact

de mediu ajung să incumbe practicienilor în insolvență, grevând activitatea și răspunderea acestora cu elemente cvasistrăine specializării lor.

În legătură cu acest aspect, văzând îndrumarea Ministerului în sensul angajării de specialiști pentru rezolvarea problemelor străine specializării practicianului în insolvență, precum și indicarea foarte tehnică a surselor și mecanismelor de plată a acestor specialiști, am făcut cunoscut Ministerului că patrimoniul debitorului este atât de mic sau nevalorificabil, uneori chiar inexistent, încât este imposibil ca din acesta să fie suportate cheltuieli de mediu.

Dimensionarea Fondului de lichidare nu poate fi previzionată în raport cu nevoile care vor apărea, chiar dacă administrarea acestui fond este una dintre atribuțiile UNPIR. Până în prezent nu au fost reglementate și armonizate mecanismele de constituire, accesare și gestionare a acestui fond, pentru rezolvarea problemelor de mediu.

Astfel, vidul de reglementare cumulat cu recent anunțata rectificare bugetară negativă pe acest capitol fac să subziste, împovărător pentru corpul nostru profesional, presiuni ce pot avea valențe penale în legătură cu răspunderea practicianului în insolvență aflat în situația de a identifica, notifica, gestiona, soluționa și găsi fonduri pentru intrarea în legalitate deși problemele de mediu sunt „moștenite” odată cu încredințarea misiunii de derulare a procedurilor insolvenței.

Sunt, de asemenea, propuse anumite modificări ale *Statutului privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență* aflate acum la stadiul de discuții publice și care ar trebui să contribuie, de asemenea, la rezolvarea unor probleme interne. Cu siguranță, dezbaterile de la congres vor aduce clarificări pe aceste teme importante pentru toți membrii corpului profesional.

Totodată, sunt bucuros să anunț că, începând cu acest număr, revista apare într-un parteneriat, care este unul mai extins, cu Editura Universul Juridic. Credem că aportul pe care această colaborare îl poate aduce profesiei noastre nu numai prin publicarea Revistei Phoenix, dar și prin vizibilitatea evenimentelor organizate în interiorul profesiei și printr-o comunicare eficientă, prin canalele deținute (portalul universuljuridic.ro, interviuri video, emisiuni TV), a chestiunilor care preocupă profesia nu poate să fie decât de bun augur și să contribuie la promovarea aspectelor care ne preocupă și pe care le dezbatem în mod curent la nivelul corpului profesional.

Niculae Bălan
Președintele UNPIR

INSOL Europe – România 2017

High Level Educational Course on Insolvency Law in Eastern European Jurisdictions



Radu LOTREAN

Vicepreședinte INSOL Europe, Organizație profesională a specialiștilor în restructurare și insolvență la nivel european



Av. Simona Maria MILOȘ

Președinte INPPI, membru în Consiliul INSOL Europe

Se împlinesc 3 ani de când România și-a asumat un rol activ în cadrul INSOL Europe, cea mai prestigioasă organizație a specialiștilor europeni în insolvență.

În acest răstimp, am reușit să direcționăm, împreună cu echipa de acasă, atenția specialiștilor europeni spre România. Țara noastră a devenit un reper pentru profesionalismul în insolvență al practicienilor noștri, iar acum și pentru organizarea unei serii de evenimente de profil, la care au participat specialiști de renume din întreaga Europă.

Împreună cu INSOL Europe, anul trecut, a fost organizată Conferința EECC de la Cluj-Napoca – cu peste 180 de participanți din 21 de țări –, iar în acest an, la București, au avut loc două dintre cele trei seminarii din cadrul *High Level Course on Insolvency Law in Eastern European Jurisdictions*. În 2018, odată cu numirea oficială în funcția de Președinte al organizației, aducem și întâlnirea Consiliului INSOL Europe în țară, la Sibiu.

Este convingerea noastră mea fermă că toate aceste evenimente desfășurate în România și care au antrenat profesioniști renumiți și expuneri remarcabile în fața specialiștilor noștri au adus un plus de imagine țării noastre și au contribuit semnificativ la dezvoltarea profesiei prin schimbul de experiență, expertiză și cunoștințe.

Revenind la primul curs certificat INSOL Europe, *High Level Course on Insolvency Law in Eastern*

European Jurisdictions, ideea acestuia a apărut dintr-o necesitate – aceea de a comunica eficient și de a discuta cele mai bune practici la nivel european într-un spațiu fizic, alături de profesioniști recunoscuți la nivel internațional.

Ca practician în insolvență, ești mereu în mijlocul comunității de business și orice antreprenor îți va spune: *you can never get too comfortable and you need to embrace change*. Ei bine, aceasta se traduce foarte bine și în activitatea noastră; nu aplicăm sec legea insolvenței, ci încercăm zi de zi să înțelegem afacerea debitoare și să o aducem pe calea redresării. În actualul context economic și european, nu mai există practici profesionale izolate. Ceea ce poate părea o problemă pentru noi este un aspect soluționat deja într-o altă jurisdicție, oferindu-ne o nouă perspectivă asupra problemei sau cel puțin o propunere *de lege ferenda*.

Cursul, destinat profesioniștilor din domeniul insolvenței, este împărțit în trei module, fiecare cu o componentă diferită, dar complementară. Primul modul a fost menit să ofere participanților o bază concretă a celor mai bune practici din domeniul insolvenței și al restructurării, pornind de la o analiză teoretică a acestora și înaintând spre analiza studiilor de caz. Modulul doi este axat pe legislația națională, experții internaționali împărtășind aspecte de drept comparat relevante. Iar în modulul trei,

participanții din audiență vor avea ocazia să își prezinte propriile opinii, în conformitate cu temele sugerate și îndrumarea oferită de experții internaționali.

Primul modul a avut loc în perioada 2-4 februarie 2017, la Hotel Carol, București. Cursul a început într-o joi. În 30 de minute, pe parcursul înregistrării, sala de curs a beneficiat de o prezență activă cu cei 61 de participanți – practicieni în insolvență, avocați și judecători –, care au reușit să ignore zgomotul profesional de zi cu zi și să se concentreze, să discute, înflăcărat chiar, soluțiile legislative propuse.

Cursul a debutat cu tema introductivă a profesorului Riz Mokhal (senior counsel World Bank, coordonatorul Global Initiative on Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, profesor al University College London, Faculty of Law, avocat) – *Insolvency law – why have it? What does it do? What does it require of stakeholders?* –, o întoarcere la fundamentele insolvenței, scopul și justificările ei și un exercițiu – o lume fără prevederile legii insolvenței. Au urmat apoi profesorii Irit Mevorach (profesor în cadrul University of Nottingham, Faculty of Social Sciences) și Michael Veder (profesor de dreptul insolvenței în cadrul Radboud University), fiecare cu propria energie și propriul entuziasm în ceea ce privește împărtășirea practicilor la nivel european, relevând soluții internaționale la problemele naționale, precum suportarea obligațiilor de mediu în procedura insolvenței, valorificările în faliment, rolul și răspunderea practicianului în insolvență etc.

Discuția a continuat următoarea zi cu *Contracts and secures creditors in insolvency, Informal workouts in the shadow of the law and Business Rescue inside formal proceedings*. Sâmbăta, participanții au avut ocazia să dezbată insolvența transfrontalieră și restructurarea în afara procedurilor de insolvență prin intermediul studiilor de caz pregătite. Nu în ultimul rând, am fost onorați să o avem ca lector pe doamna Mihaela Carpus-Cârcea, ofițer legislativ din cadrul Comisiei Europene, Direcția Generală Justiție și Consumatori, privind Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind cadrele de restructurare preventivă, a doua șansă și măsurile de sporire a eficienței procedurilor de restructurare, de insolvență și de remitere de datorie și de modificare a Directivei 2012/30/UE. Am ales să continuăm această prelegere și să o extindem cu o analiză funcțională asupra compatibilității actualei legislații cu Propunerea pentru Directivă și necesitățile legislative în acest sens, sub forma unui studiu de caz, în modulul doi. Aceasta a reprezentat o oportunitate unică pentru profesioniștii români de a avea o discuție vie și informală cu factorul de decizie politică.

Al doilea modul a avut loc în perioada 29 iunie-1 iulie 2017. Acesta a fost dedicat analizei unor subiecte relevante prin prisma insolvenței la nivel național, cum ar fi: geneza noii legi a insolvenței, corecțiile necesare după 3 ani de practică, pre-insolvența și aspecte problematice privind grupul de societăți, deschiderea procedurilor de insolvență și a efectelor sale, acțiunile în anularea actelor frauduloase, răspunderea directorilor, a administratorului special, precum și răspunderea practicianului în insolvență,

planul de reorganizare, creanțele curente, falimentul și valorificarea activelor debitorului și, nu în ultimul rând, conformitatea actualelor prevederi legislative cu Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind cadrele de restructurare preventivă, a doua șansă și măsurile de sporire a eficienței procedurilor de restructurare, de insolvență și de remitere de datorie și de modificare a Directivei 2012/30/UE. Cursurile s-au desfășurat sub forma unui dialog interactiv între expertul național și cel internațional, încurajând, astfel, publicul să participe activ la prezentare.

Subiectele au fost analizate de Simona Miloș, președintele Institutului Național de Pregătire a Practicienilor în Insolvență, Profesorul Radu Bufan, din cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara, Irina Șarcane, membră a Consiliului de conducere al Institutului Național de Pregătire a Practicienilor în Insolvență, Flavius Moțu, Președintele Tribunalului Specializat Cluj, Andreea Deli-Diaconescu, membră a Consiliul științific al Institutului Național de Pregătire a Practicienilor în Insolvență, președintele Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență, Filiala Cluj, și CEO CITR, Vasile Godincă-Herlea, Bogdan Biter, experimentați practicieni în insolvență, și Mihaela Carpus-Cârcea, ofițer legislativ în cadrul Comisiei Europene.

În calitate de co-speakeri – experți internaționali, au acceptat invitația profesorii Janis Sarra (University of British Columbia), Christoph Paulus (Humboldt University, Berlin) și Alberto Núñez-Lagos, partener Uria Menéndez.

Prezentările pentru cel de-al doilea modul s-au concentrat pe legislația internă, națională, toți participanții cursului fiind profesioniști cu o bogată experiență în domeniul insolvenței, iar mulțumirile noastre pentru înaltul nivel de pregătire și expunere profesională se adresează tuturor lectorilor și participanților, care au generat un nivel de complexitate ridicat al dezbaterilor. Mulțumim Dlui Judecător Flavius Moțu, Președintele Tribunalului Specializat Cluj, care a reușit captarea interesului participanților prin problemele de drept ale unor spețe prezentate, precum și Dlui Profesor Radu Bufan, care a transmis audienței spre analiză o temă de mare interes și actualitate, vânzarea bunurilor în procedura insolvenței. Astfel, a rezultat un mediu profesional al dezbaterilor efervescent, bogat în informații și idei. Audiența (practicieni în insolvență, judecători, avocați) a schimbat locurile cu speakerii în numeroase ocazii.

De asemenea, reacția participanților a fost peste așteptări, fiind apreciate conținutul cursurilor, structura și organizarea și, în special, interactivitatea și experiența generală de învățare. Mulțumim în mod deosebit speakerilor internaționali, care ne-au oferit o experiență memorabilă și reconfortantă prin împărtășirea punctului lor de vedere, bazat pe abordarea problematicei din perspectiva reflexiilor internaționale a insolvenței, asupra unora dintre cele mai controversate aspecte ale legii insolvenței românești.

În profesia noastră, care se ocupă în mod constant de societăți aflate în dificultate, în insolvență este important să nu te simți vreodată confortabil, indiferent de anii de experiență în domeniu, iar acest curs ne ajută, cu siguranță, să abordăm lucrurile în perspectivă. Dorim să mulțumim atât lectorilor, cât și participanților, Institutul Național de Pregătire a Practicienilor în Insolvență acordând maxim de punctaj în pregătirea profesională, pentru că experiența dobândită în urma acestui curs interactiv, prin eforturile și dăruirea tuturor, a reușit să se situeze la cele mai înalte standarde profesionale. De asemenea, mulțumirile noastre sincere sunt adresate și profesorilor noștri, pentru modul de expunere a problematicii în drept, care a generat cele mai intense dezbateri și argumente.

În această notă, așteptăm cu nerăbdare să participăm, în luna noiembrie, în cadrul celui de-al treilea modul, la prezentările susținute de participanți.

Sperăm și ne dorim ca această colaborare să continue, pentru că nivelul ridicat de profesionalism pe care astfel de evenimente le provoacă reprezintă un etalon în îndeplinirea obiectivelor de atingere a celor mai bune practici în materia insolvenței.

Aceasta va încheia primul curs INSOL Europe – *High Level Course on Insolvency Law in Eastern European Jurisdictions*, organizat de directorul general Ignacio Tirado, cu sprijinul lui Emmanuelle Inacio, al Niculinei Șomlea și al meu, în calitate de director local al programului. Cursul urmează a se desfășura în celelalte țări ale Europei de Est, Ungaria și apoi Letonia.

Care au fost așteptările și cum a funcționat în practică noua Lege a insolvenței nr. 85/2014



Av. Simona Maria MILOȘ
Președinte INPPI

Lucrarea își propune să realizeze o evaluare a modului de implementare a Legii nr. 85/2014, după 3 ani de la intrarea sa în vigoare. Ca în orice evaluare, punctul de pornire va fi **ceea ce anume s-a dorit** de la noua reglementare, iar concluzia evaluării va trebui să releve **dacă ceea ce s-a dorit s-a și obținut și este și funcțional**.

Cum ceea ce s-a urmărit prin reforma legislativă în materia insolvenței a fost, în principal, înlăturarea unor neajunsuri din vechea reglementare legală, am considerat oportună mai întâi: i) prezentarea acestor neajunsuri – așa cum ele au fost evidențiate în raportul de evaluare al Băncii Mondiale – *Report on the Observance of Standards and Codes* (ROSC) – Principiul C – Cadrul legal al procedurilor de insolvență; după trecerea în revistă a neajunsurilor, vom prezenta ii) remediile aduse prin noua lege, iar la final vom analiza iii) modul concret de funcționare a respectivelor remedii în activitatea practică.

Primele critici semnalate în raportul Băncii Mondiale vizau două mari probleme:

– pe de o parte, faptul că **procedurile de insolvență durează foarte mult**, fapt generator de costuri semnificative și de depreciere a activelor – în special datorită perioadei de observație mult prea lungi –, ajungând în anumite cazuri de insolvențe și la 7-8 ani de perioadă de observație;

– pe de altă parte, datorită **existenței unei asimetrii între drepturile debitorului și cele ale creditorilor săi**,

în privința accesului la deschiderea procedurii – în timp ce debitorul putea obține deschiderea procedurii în termen de 5 zile de la depunerea cererii, creditorii primeau termene foarte lungi de soluționare a cererilor proprii – de câteva luni – și nu aveau nicio posibilitate legală de a putea interveni în cererea debitorului și de a face propuneri cu privire la desemnarea administratorului judiciar al procedurii. De aici, neajunsul major al posibilității de manipulare a procedurii de către debitor, prin posibilitatea exclusivă a acestuia de a desemna practicianul în insolvență provizoriu.

La acestea se adaugă:

– **lipsa unor reglementări care să prevină dezmembrarea prematură** a activelor debitorului în perioada dintre depunerea cererii de insolvență și efectiva ei soluționare;

– lipsa unor drepturi consacrate legal în privința **creditorilor curenți**;

– **posibilitatea aprobării mult prea facile a unui plan de reorganizare**, prin existența unei singure condiții de confirmare – ca cel puțin jumătate plus unu dintre categoriile de creditorii votanți să aprobe planul, acest procent putând fi unul insignifiant dacă ne raportăm la totalul masei credale. Existau situații în care planul trecea cu votul a 2-5% din totalul masei credale, deși îndeplinea condiția ca cel puțin jumătate dintre categoriile de creditorii să voteze planul.

Toate aceste neajunsuri au generat un climat de neîncredere generală în procedurile de insolvență, fiind nevoie de modificări legislative care să schimbe percepția asupra insolvenței și să o facă să devină o procedură mai atractivă pentru participanții pieței.

REMEDII

Ce aduce nou Legea nr. 85/2014 în privința neajunsurilor expuse mai devreme sunt următoarele măsuri concrete:

- în primul rând, reducerea duratei perioadei de observație – **la cel mult 12 luni** de la data deschiderii procedurii;

- introducerea posibilității creditorilor de a interveni direct în cererea debitorului de deschidere a procedurii și **menționarea prevalenței cererii creditorului** în raport cu cererea debitorului în privința propunerii de desemnare a practicianului în insolvență provizoriu;

- în caz de concurs al cererilor mai multor creditori cu cererea debitorului de numire a practicianului în insolvență provizoriu, judecătorul-sindc **va numi motivat pe unul dintre practicienii propuși de către creditori**;

- pentru prevenirea dezmembrării premature a activelor debitorului, a fost introdusă **posibilitatea ca pe cale de ordonanță președințială judecătorul-sindc să poată să dispună suspendarea procedurilor** de executare silită individuală la cererea debitorului, dar și suspendarea procedurilor de valorificare a activelor importante de către debitor, la cererea creditorilor săi;

- poate că cea mai importantă modificare a legii în privința aprobării mult prea facile a unui plan de reorganizare este **introducerea unei condiții suplimentare de aprobare a unui plan de reorganizare, ca cel puțin 30% din total creanțe să aprobe planul**.

Cum anume au funcționat în practică aceste modificări?

În privința limitării perioadei de observație la 12 luni, modificarea este benefică, chiar dacă norma nu este una imperativă, ci doar de recomandare, **generând o responsabilizare a instanțelor în folosirea mecanismelor** pe care legea le pune la dispoziție pentru a avea un tabel definitiv, cum ar fi înregistrarea provizorie a creanțelor contestate, a căror stabilire necesită un probatoriu aprofundat și termene de judecată numeroase.

Un efect negativ în privința acestei modificări constă în aceea că, potrivit statisticilor ONRC, inclusiv pentru procedurile fără bunuri, cu un ritm de soluționare a intrării în faliment mai rapid în trecut, perioada de observație s-a prelungit tot la un an.

Introducerea condiției suplimentare de aprobare a unui plan de reorganizare ca cel puțin 30% din total creanțe să aprobe planul a creat un echilibru între interesele debitorului și cele ale creditorilor săi, procentul în sine fiind unul echilibrat, dar și exigent în același timp, asigurând deopotrivă dreptul debitorului de a se redresa,

dar și dreptul creditorilor de a beneficia de un tratament echitabil.

În privința posibilității creditorilor de a interveni direct în cererea debitorului de deschidere a procedurii și **menționarea prevalenței cererii creditorului** în raport cu cererea debitorului în privința propunerii de desemnare a practicianului în insolvență provizoriu, **modificarea nu a avut impactul dorit**. Practica judiciară nu este unitară.

Aceasta întrucât s-a apreciat de către o parte a instanțelor că **cererea creditorului de desemnare a unui practician în insolvență provizoriu nu poate fi analizată în cadrul procedurii necontencioase** a debitorului și nici în condițiile în care cererea creditorului nu poate fi verificată la acest moment procedural, cu privire la certitudinea și întinderea creanței.

Dar este practic imposibil ca în termenul de 10 zile stabilit de către legiuitor în privința soluționării cererii debitorului de deschidere a procedurii insolvenței să se poată administra probatorii în legătură cu cererile creditorilor. Or, cu toate acestea, creditorii trebuie să aibă dreptul de a face propuneri cu privire la persoana practicianului în insolvență, chiar dacă cererea lor nu poate fi verificată de către judecătorul-sindc într-un timp atât de scurt.

Soluția legiuitorului a fost, așadar, una de compromis: între dreptul debitorului de a beneficia de o deschidere a procedurii într-un termen scurt – tocmai pentru a-i permite acestuia șansa efectivă a unei reorganizări – și dreptul creditorilor de a avea o prevalență la propunerea și numirea administratorului judiciar provizoriu.

Pentru evitarea oricăror alte interpretări diferite cu privire la voința legiuitorului, ar trebui ca *de lege ferenda* să se prevadă expres faptul că dispozițiile art. 66 alin. (6) și (7) din Legea nr. 85/2014 se coroborează cu dispozițiile art. 45 alin. (1) lit. d) în privința regulilor de desemnare a practicianului în insolvență provizoriu.

În privința **modificării introduse cu privire la drepturile creditorilor curenți**, prin crearea posibilității acestora de a putea solicita falimentul debitoarei pentru neplata creanțelor curente mai vechi de 60 de zile, aceasta este una benefică, dacă avem în vedere faptul că debitorul, care beneficiază de un moratoriu în privința creanțelor anterioare, ar trebui să poată face față plății obligațiilor curente, în condițiile în care beneficiază oricum de un răgaz pentru plata obligațiilor anterioare.

De menționat și faptul că procedura de reorganizare nu va putea fi închisă dacă debitorul nu își achită inclusiv datoriile curente, nu numai pe cele anterioare, astfel că și aceasta măsură este una benefică.

Un alt tip de neajunsuri semnalate în legea anterioară a vizat lipsa de transparență și eficiență a procedurii de insolvență, în ideea în care, pe de o parte:

- **ședințele adunării creditorilor puteau fi convocate și ținute în mod intempestiv, chiar de pe o zi pe alta**, fără posibilitatea creditorilor de a-și pregăti punctul

de vedere și de a-și lua aprobările necesare de la propriile organisme de conducere;

– **măsurile și hotărârile luate în cadrul procedurii de către adunarea creditorilor cu votul unor creditori care nu reprezentau o majoritate reală, fiind incluși din eroare în categoria creditorilor majoritari, nu mai puteau fi modificate**, fiind câștigate procedurii insolvenței chiar dacă ulterior se dovedea faptul că acei creditori nu reprezentau o majoritate;

– aceeași era și situația inversă, în care creditori majoritari erau împiedicați să voteze, fiind trecuți cu o creanță sub condiție suspensivă, fără drept de vot, iar ulterior se dovedea faptul că ar fi avut dreptul să voteze;

– nu în ultimul rând, **nu există nicio sancțiune** în cazul conflictului de interese în cadrul comitetului creditorilor.

Pentru depășirea acestor neajunsuri au fost introduse:

Un termen de cel puțin 5 zile lucrătoare între data convocării ședinței adunării creditorilor și data ținerii efective a acesteia.

Posibilitatea înlăturării din componența comitetului creditorilor a celor care, în mod repetat, votau deși se aflau în conflict de interese cu interesul concursual al celorlalți creditori sau care lipseau nemotivat de la ședințele comitetului creditorilor.

Introducerea posibilității exprese de contestare a hotărârilor comitetului creditorilor la instanța de judecată – în trecut hotărârile fiind contestate la adunarea creditorilor.

Dar cea mai importantă modificare este cea în privința **posibilității de desființare a hotărârilor adunării creditorilor** în ipoteza în care ulterior se dovedește faptul că hotărârea fusese adoptată cu votul unui/unor creditori care nu reprezentau o majoritate în procedură sau prin înlăturarea unui creditor, care dacă ar fi fost lăsat să voteze cu creanța deținută, hotărârea adunării creditorilor ar fi fost alta.

Pentru desființarea acestor hotărâri, textul legii impune câteva condiții: în primul rând, să fi existat ipoteza în care **votul exprimat de către creditorul fără drept/respectiv votul neexprimat de către creditorul care ar fi avut dreptul să voteze să fi fost decisiv** în adoptarea deciziei adunării creditorilor. Cu alte cuvinte, să fi cântărit în așa fel încât hotărârea adoptată să fi fost cu totul alta, nefiind suficientă înlăturarea sau permisiunea votului unui creditor cu o creanță mult prea mică pentru a putea răsturna rezultatul hotărârii adunării creditorilor.

În al doilea rând, **trebuie să fi existat o hotărâre care să modifice creanța creditorului**, fie în sensul admiterii, fie în sensul respingerii acesteia și, bineînțeles, trebuie formulată o cerere către judecătorul-sindic de desființare a hotărârii adunării creditorilor.

Judecătorul-sindic va putea admite cererea și dispune desființarea în tot sau în parte a hotărârii adunării creditorilor.

Cum au funcționat în practică?

Ca o concluzie generală pentru toate remediile introduse în noua lege prezentate anterior, putem spune că toate acestea au fost benefice, aducând un plus de transparență, eficacitate și justețe procedurilor de insolvență.

NEAJUNSURI

– Legea **nu prevedea posibilitatea vânzării activelor în timpul perioadei de observație** în cazul în care exista riscul deprecierei activelor.

– Lipsa unor **prevederi legale care să permită creditorilor contestarea separată a rapoartelor de evaluare** a activelor ce urmează a fi vândute.

– **Transferul de afacere – în curs de derulare – nu avea o reglementare adecvată**, în special în cazul procedurilor de faliment.

Concret, remediile aduse prin noua lege au constatat în:

– Introducerea **posibilității de vânzare a activelor libere de sarcini, în orice stadiu al procedurii, în cazul în care nu există suficiente lichidități** în contul debitorului. După desemnarea comitetului creditorilor, aceste valorificări se pot face doar cu aprobarea comitetului creditorilor, conform prevederilor art. 39 alin. (6).

– Introducerea **posibilității oricărui creditor de a contesta conținutul rapoartelor de evaluare în termen de 5 zile** de la data publicării extrasului din raport în BPI (art. 62.2).

– Introducerea expresă a prevederii prin care orice vânzare în bloc, ca ansamblu funcțional, indiferent de procedura în care se realizează – reorganizare sau faliment –, **poate fi considerată transfer de business** în conformitate cu prevederile codului fiscal în materie și deci reprezintă o operațiune scutită de plata TVA.

Transferul activelor nu exclude *per se* transferul personalului necesar menținerii caracterului funcțional al afacerii în sine.

Cum funcționează în practică aceste remedii?

Cât privește posibilitatea valorificării rapide, în orice stadiu al procedurii a bunurilor libere de sarcini, aceasta este o soluție bună, **dar are ca neajuns condiționarea vânzării de active de lipsa de lichidități**; or, premisa vânzării ar trebui să fie caracterul perisabil al bunurilor și riscul de depreciere a acestora, și nu neapărat lipsa lichidităților.

Posibilitatea contestării rapoartelor de evaluare a activelor este o măsură foarte bună, de vreme ce **valoarea evaluată prezintă o importanță deosebită în procedură, aceasta fiind suma în raport de care creditorii sunt înscrși în tabelul definitiv și în planul de reorganizare**; or, raportat la această valoare de evaluare, se stabilește cuantumul despăgubirilor pe care fiecare creanță și fiecare categorie de creanță sunt îndreptățite să le primească în reorganizare, comparativ cu despăgubirile la care ar fi îndreptățite în caz de faliment.

Cu alte cuvinte, valoarea de evaluare este unitatea de măsură a tratamentului echitabil și corect în procedura insolvenței.

Se cuvine a fi făcută o mențiune în privința aceasta, și anume faptul că simpla nemulțumire a unor părți cu privire la valoarea în sine a evaluării nu poate constitui temei pentru obiecțiuni, în condițiile în care au fost respectate standardele de evaluare. În aceste condiții, este recomandată asistența unui evaluator în formularea obiecțiunilor la raportul de evaluare, pentru o critică fundamentată a concluziilor raportului de evaluare.

În privința posibilității transferului de business în orice stadiu al procedurii și inclusiv în faliment, aceasta **este o măsură foarte bună, mai ales dacă avem în vedere prezervarea valorii activelor** și valorificarea acestora ca ansambluri funcționale, și nu separat.

Considerăm că într-o viitoare reglementare ar trebui detaliată operațiunea transferului de business pe toate componentele sale, cum ar fi regimul contractelor în derulare sau drepturile salariaților în privința transferului contractelor de muncă și chiar aspectele fiscale incidente, de mare importanță în astfel de operațiuni. Spre exemplu, nu este reglementată procedura de transfer în bloc al contractelor de muncă de la debitor la investitor, fiind necesară semnarea individuală a contractelor de muncă, aspect dificil de realizat mai ales în situația întreprinderilor cu mulți salariați.

O altă serie de neajunsuri au constat în lipsa unor **reglementări legale care să permită debitorului sau administratorului judiciar să folosească sumele de bani intrate în averea debitorului** și asupra cărora sunt constituite cauze de preferință în favoarea unui creditor, cu acordarea unei protecții în favoarea creditorului garantat.

Lipsa surselor de finanțare în perioada de observație și de reorganizare și acordarea unei **superpriorități la finanțările date după deschiderea procedurii insolvenței**.

Lipsa unor reglementări care să încurajeze fluidizarea valorificării bunurilor în procedurile de faliment.

Concret, raportat la aceste neajunsuri, remediile aduse în noua lege vizează:

Introducerea dispoziției legale potrivit căreia, la cererea administratorului judiciar, **sumele de bani ce fac obiectul cauzelor de preferință în favoarea unor creditori vor putea fi folosite în activitatea curentă** a debitorului, prin dispoziția judecătorului-sindic – art. 75 alin. (9).

În privința **finanțărilor acordate în procedură, a fost introdusă o superprioritate** în favoarea finanțatorului, sub condiția ca operațiunea de finanțare să fie supusă aprobării adunării creditorilor – art. 87 alin. (4).

În privința susținerii procedurilor de reorganizare de către creditorul bugetar, a fost introdusă noțiunea de **test al creditorului privat**, ce reprezintă acea evaluare pe care creditorul bugetar trebuie să o facă, asemeni oricărui

creditor privat diligent, cu privire la sumele pe care creditorul bugetar le-ar primi în caz de reorganizare, comparativ cu sumele ce i s-ar cuveni în caz de faliment al debitorului. Dacă rezultatul testului relevă faptul că sumele ce urmează a fi primite în reorganizare sunt superioare celor pe care creditorul le-ar primi în caz de faliment, acest fapt ar trebui să stimuleze creditorul bugetar să voteze în favoarea unui plan de reorganizare.

Cum au funcționat în practică aceste remedii?

Utilizarea sumelor de bani ce fac obiectul unor cauze de preferință, cu acordul judecătorului-sindic, în cazul în care creditorul garantat refuză folosirea acestor sume în activitatea curentă, **nu a fost o măsură care să-și fi atins finalitatea**, de vreme ce foarte mulți judecători-sindici ezită să dispună o astfel de aprobare, apreciind că nu este o chestiune de legalitate care să fie în competența de soluționare a instanței, ci mai degrabă o chestiune de oportunitate asupra căreia instanța nu se poate pronunța sau pentru care nu are suficiente date concrete pentru a admite o astfel de solicitare.

Finanțarea debitorului în timpul procedurii **s-a lovit de impedimentul lipsei de apetit al creditorilor pentru astfel de finanțări**. Chiar dacă legea acorda o superprioritate la distribuire în caz de faliment, creditorii bancari nu au fost prea entuziasmați să acorde astfel de finanțări, singurele situații în care au existat astfel de finanțări fiind cele în care creditorii bancari aveau și calitatea de creditori în procedură.

Testul creditorului privat – inefficient. Creditorii bugetari refuză efectuarea acestui test motivând că nu au specialiști. Textul mai are un neajuns – prin lipsa unei sancțiuni pentru neefectuarea testului creditorului privat, cum ar fi cea a unui vot prezumat în favoarea planului de reorganizare.

Posibilitatea judecătorului-sindic de a dispune vânzarea activelor conform Codului de procedură civilă în cazul în care valorificarea nu se face într-o perioadă de timp rezonabilă **este o măsură** bună, de natură a responsabiliza creditorii și a-i face mult mai activi.

NEAJUNSURI LEGATE DE ALTE ASPECTE INCIDENTALE

În afara chestiunilor legate de aplicarea practică a dispozițiilor de modificare a legii ce au făcut obiectul analizei de mai sus, am mai menționa două chestiuni care pot afecta derularea firească a procedurilor de insolvență și care pot altera, până la anihilare, principiile care guvernează procedurile de insolvență.

Este vorba, așadar, despre aspecte exterioare procedurii de insolvență, dar care, interferând cu acestea, afectează serios modul de derulare a acestora.

Ne vom referi la două mari probleme: în primul rând, este vorba despre i) **modificări legislative paralele procedurii de insolvență**, aduse prin alte acte normative,

iar în al doilea rând, vom vorbi despre ii) **interferențele procesului penal în procedurile de insolvență**.

Potrivit art. 351 C. pr. fisc. (Soluționarea căilor de atac în cazul actelor administrative fiscale privind debitorii în insolvență), prin derogare de la dispozițiile art. 75 din Legea nr. 85/2014, actele administrative fiscale emise înainte și după intrarea în insolvență se supun controlului instanțelor specializate de contencios administrativ și fiscal.

Prin această dispoziție legală, sunt excluse din competența de soluționare a judecătorului-sindic contestațiile împotriva creanțelor fiscale, urmând ca analiza acestor contestații să se facă în instanțele de contencios administrativ și fiscal.

Această excludere din aria de competență a sindicului a contestațiilor la creanțele fiscale, realizată printr-o altă lege organică, ridică o serie de probleme:

- în primul rând, este **generatoare de întârzieri semnificative** în soluționarea unor astfel de contestații; dacă avem în vedere faptul că, în timp ce procedura insolvenței prevede termene scurte de soluționare a contestațiilor la creanțe și beneficiază de un dublu grad de jurisdicție, prin comparație, procedura de soluționare în contencios fiscal durează foarte mult – 3-5 ani – și prevede trei grade de jurisdicție;

- în al doilea rând, dat fiind **decalajul mare de timp în care cele două proceduri se soluționează, se generează imposibilitatea stabilirii totalului creanțelor** la masa credală – fiind soluționate toate contestațiile la creanțe, mai puțin contestația debitorului împotriva creanței fiscale; chiar dacă legea insolvenței permite înregistrarea provizorie la masa credală a creanțelor contestate, pentru a căror soluționare este necesară administrarea de probatorii complexe, în procedurile în care creanța bugetară este foarte mare, certitudinea existenței sau inexistenței acesteia face diferență dintre reușita sau, dimpotrivă, eșecul unei reorganizări;

- un alt mare neajuns constă în **lipsa de transparență** a derulării procedurii în contencios fiscal, de vreme ce creditorii procedurii de insolvență nu pot interveni în acel dosar, ei nefiind parte în dosarul fiscal, chiar dacă ar pretinde și ar justifica aceleași drepturi ca și creditorul fiscal (cum ar fi, spre exemplu, situația garanțiilor asupra acelorași active).

Interferențele procedurilor penale asupra procedurilor de insolvență

Printre cazurile de interferență a celor două domenii – penal și insolvență – un impact semnificativ îl au măsurile preventive care pot fi luate împotriva debitoarei persoană juridică aflată în procedură de insolvență.

Faptul că, prin prisma principiilor de drept procesul penal, același gen de măsuri pot fi luate deopotrivă atât împotriva persoanei fizice, cât și împotriva persoanei

juridice poate afecta atât procedura de insolvență în sine, cât și drepturile creditorilor preexistenți.

Pe de o parte, salvarea afacerii debitorului ar trebui să fie posibilă independent de tragerea la răspundere personală a administratorilor sau directorilor din conducerea debitorului, vinovate de săvârșirea de fapte penale, dacă redresarea este în beneficiul creditorilor sau decisă de către aceștia.

Pe de altă parte, procedura insolvenței în sine nu ar trebui blocată prin instituirea de măsuri preventive sau de asigurare doar pentru motivul că anterior deschiderii acesteia au fost săvârșite fapte penale de către persoane din conducerea debitoarei, căci aceste măsuri generează pierderea valorii activelor debitoarei prin imposibilitatea valorificării acestora într-un termen rezonabil, generează costuri de procedură însemnate, care la final diluează sau chiar anihilează șansele de recuperare a creanțelor creditorilor.

De la bun început, vrem să subliniem faptul că într-o opinie personală, pe care nu o s-o dezvoltăm aici, măsurile preventive prevăzute de art. 493 C. pr. pen. nu sunt compatibile cu procedura insolvenței și ar trebui să se aplice în orice alte situații, dar nu în cazul procedurilor deschise de insolvență, pentru considerente ce țin atât de interpretarea textelor legale incidente, dar și de rațiuni de ordin economic, în privința scopului penal urmărit de legiuitor, acela de protecție a intereselor părții vătămate în procesul penal, interese care în final, în mod paradoxal, sunt la rândul lor afectate de aceste măsuri.

Un exemplu revelator de măsură preventivă care, odată instituită, generează un blocaj evident al unei proceduri de insolvență este cel al interdicției de dizolvare/lichidare. O astfel de măsură instituită în perioada de observație sau în perioada de reorganizare împiedică derularea procedurii de insolvență în conformitate cu principiile care o guvernează și în raport de situația de fapt a dosarului.

Dacă, spre exemplu, debitoarea acumulează pierderi în procedură și nu există premise pentru o reorganizare, soluția nu poate fi decât falimentul companiei. Însă prin sentința de faliment se dispune automat și dizolvarea societății debitoare, fapt ce face obiectul măsurii preventive a interdicției.

Practic, prin instituirea măsurii interdicției de dizolvare în cursul procesului penal se interzice intrarea în faliment a debitoarei și valorificarea activelor acesteia, în condițiile în care o altă cale în procedura insolvenței nu există în fapt.

Este evident că nu poți deschide o procedură de reorganizare în condițiile în care nu există astfel de premise economice, iar societatea se află de fapt în faliment.

Ce se întâmplă în această situație cu procedura insolvenței? Cine suportă costurile procedurii?

Care mai sunt drepturile creditorilor curenți neplătiți? Aceștia, în condiții normale, ar fi fost îndreptățiți să solicite falimentul debitoarei. Ce poate face judecătorul-sindic în

prezența unei cereri legitime de faliment formulate de către creditorii, dar cu o interdicție de dizolvare instituită de către organul de urmărire penală sau de către instanța penală?

Trebuie subliniat că simpla interdicție a dizolvării unei companii nu împiedică efectele economice ale falimentului instalat *de facto*. Cu alte cuvinte, nedeclararea pe cale judecătorească a acestuia nu înseamnă că societatea este viabilă. Dimpotrivă, efectele falimentului se propagă rapid, afectând direct drepturile creditorilor concursuali care se văd puși în fața imposibilității de recuperare a creanțelor.

Un alt exemplu revelator este cel al măsurii preventive a interdicției de operațiuni patrimoniale. Și această măsură este posibilă a fi instituită atât în perioada de observație, în reorganizare sau în faliment.

Ce se întâmplă în ipoteza unui plan de reorganizare confirmat și care prevede printre măsurile de implementare valorificarea de bunuri în condițiile unei interdicții de efectuare de operațiuni patrimoniale?

Și, totodată, ce se întâmplă cu drepturile preexistente ale creditorilor garantați pe acele bunuri?

Pe de o parte, aceste bunuri nu pot fi valorificate, generând costuri importante de conservare și administrare și împiedicând creditorul să își valorifice creanța, iar, pe de altă parte, blocarea valorificării acestor active nu este benefică nici din perspectiva scopului penal urmărit, din cel puțin două perspective:

- trecerea timpului și înghețarea valorificării bunurilor diminuează sumele ce ar trebui distribuite creditorilor ca efect al creșterii cheltuielilor de procedură și al celor de administrare a respectivelor bunuri;

- la finalul procesului penal sau, după caz, la momentul încetării măsurii preventive, în cazul unei multitudini de categorii de creanțe, distribuirea sumelor de bani se va face tot în favoarea deținătorilor de drepturi de preferință asupra acelor bunuri, și nu către persoana vătămată în procesul penal; aceasta din urmă nu beneficiază de vreo prioritate la distribuire din perspectiva regulilor Codului civil și a celor ale procedurii insolvenței.

Un aspect important în legătură cu măsurile preventive este cel legat de durata pentru care aceste măsuri pot fi luate: chiar dacă acestea pot fi dispuse pentru o perioadă de maximum 60 de zile, în practică asistăm la prelungiri repetate ale acestor măsuri, pe perioade de timp nelimitate și fără nicio posibilitate de predictibilitate anticipată din perspectiva participanților la procedura insolvenței.

Nici în privința măsurilor asigurătorii nu putem spune că lucrurile sunt lămurite pe deplin, deși în noua lege a insolvenței se prevede foarte clar interdicția de sechestrare a contului unic, dar și inopozabilitatea sechestrului instituite după deschiderea procedurii insolvenței, precum și radierea de drept a notărilor acestora la registrele de carte funciară, în ipoteza în care, încălcând textul legal cuprins în art. 88 din Legea nr. 85/2014, acestea au fost instituite și notate.

Problema în fapt este că, în lipsa unei înțelegeri din partea organelor de urmărire penală/instanței penale a principiilor și regulilor ce guvernează procedura insolvenței, judecătorul-sindic nu are în competență soluționarea cererilor de ridicare a sechestrului penal, iar din punctul de vedere al regulilor procesual penale, acestea pot fi ridicate în condițiile expres și limitativ prevăzute de legea penală, neexistând un temei procesual special aplicabil situațiilor de insolvență a persoanei juridice.

Deși concuțiile teoretice desprinse de-a lungul timpului în cadrul stagiilor de pregătire profesională comună – magistrați/practicieni în insolvență – sunt în sensul indicat de către jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție cu privire la efectele sechestrului penal, cum că acesta nu poate să modifice ordinea de distribuire a creanțelor și nici să interzică executarea silită a activelor sechestrate într-o procedură judiciară, realitatea este că activele sechestrate rămân blocate *sine die*: în pofida unor reglementări exprese cuprinse în legea specială a insolvenței privitoare la vânzarea liberă de sarcini efectuată de către lichidatorul judiciar, există o reticență clară în privința ridicării acelor sechestre penale și evident că nimeni nu cumpără bunuri afectate de sarcina sechestrului penal.

Soluția nu este însă în competența de soluționare a judecătorului-sindic, deși, în opinia noastră, ar trebui să fie acolo.

Ceea ce ne lipsește este o procedură specială aplicabilă situațiilor de incidență a celor două domenii, penal și insolvență, un for judiciar unic, care să genereze soluții rapide în situații de interferență și care să permită atât gestionarea procedurilor de insolvență, cât și derularea procesului penal.

În aceste condiții, este important ca instanța care ar avea în competență soluționarea unor astfel de incidente procesuale să cunoască foarte bine regulile și principiile procesului de insolvență, dar și necesitățile procesului penal.

În fine, o ultimă problemă pe care am dori să o aducem în discuție este legată de suspendarea procedurii de insolvență de către organul penal sau de către instanța penală, aspect care afectează cel mai mult o procedură de insolvență prin prisma efectelor pe care o astfel de suspendare le produce în mod concret.

Care sunt limitele unei astfel de suspendări și care sunt atribuțiile participanților – practician în insolvență, judecător-sindic, adunare/comitet creditori – nu este prevăzut nicăieri.

Trebuie spus faptul că, de principiu, o procedură de insolvență nu poate fi suspendată conform regulilor de procedură civilă, tocmai pentru că instituția suspendării este incompatibilă cu procedura insolvenței.

În privința procesului penal, lucrurile ar trebui să fie identice, fiind necesară o derogare de la principiul „penalul ține în loc civilul”, fiind practic imposibil de gestionat o astfel de situație într-o procedură de insolvență.

Este evident că în prezența unei astfel de suspendări, atât atribuțiile practicianului în insolvență, cât și cele ale creditorilor prin organele lor – adunare/comitet – sunt la rândul lor suspendate, neputându-se dispune măsuri în procedură, fiind probleme legate de răspunderea cu privire la patrimoniul debitoarei, la aprobarea de costuri necesar a fi avansate în procedură, inclusiv de conservare, la exercitarea acțiunilor în justiție, la drepturile creditorilor ș.a.m.d.

Problemele sunt atât de complexe, iar reglementările legale speciale aplicabile în astfel de cazuri lipsesc cu desăvârșire.

Statisticile furnizate de către ONRC în privința firmelor aflate în insolvență asupra cărora au fost instituite măsuri penale la nivelul anului 2016 relevă o cifră de afaceri totală a acestora de 530.573.253,3 lei – aproximativ 115 milioane euro – și un număr total de salariați de 13.434, ceea ce arată un impact semnificativ asupra economiei, situație care justifică identificarea de soluții concrete în această privință în beneficiul celor care sunt afectați de aceste măsuri penale, dar nu au nicio legătură cu faptele penale ale reprezentanților debitoarei.

Restructurarea extrajudiciară/Proceduri de prevenire a insolvenței – avantaje și dezavantaje

Chestiuni problematice privind grupul de societăți



Av. Ana-Irina ȘARCANE
Membră a Consiliului științific al INPPI

I. Restructurarea extrajudiciară/Procedurile de prevenire a insolvenței – avantaje și dezavantaje

Alternativele în ceea ce privește pre-insolvența sunt: restructurarea extrajudiciară, mandatul ad-hoc și concordatul preventiv. Acest material nu se dorește a fi o descriere a acestor proceduri, ci o punctare a caracteristicilor esențiale care încurajează sau, dimpotrivă, limitează accesul la aceste proceduri.

Restructurarea extrajudiciară a fost puțin explorată în practică, în pofida faptului că atât Banca Națională a României, cât și Ministerul Justiției au promovat Ghidurile privind restructurarea extrajudiciară pentru obligațiile societăților, precum și pentru împrumuturile ipotecare. Ghidurile au fost elaborate în 2011, cu asistența tehnică a Băncii Mondiale.

Este general acceptat că o restructurare în afara procedurii formale a insolvenței este mai flexibilă și mai eficientă. O soluție echitabilă, rezultată din negocieri, va duce la restabilirea echilibrului financiar mai rapid, cu costuri reduse și conservând reputația și încrederea părților implicate. Atât restructurarea extrajudiciară, cât și cea realizată sub guvernanta legii se bazează pe respectarea acelorași principii și deziderate, fiind condiționate de negocierea cu succes a unor aranjamente reciproc acceptabile pentru debitor și creditor.

Mentalitățile sunt grevate însă de inerție, astfel că, în majoritatea cazurilor, creditorii (dar și debitorii) preferă „răul cunoscut”, reglementat formal, al insolvenței. Lipsa informării și a încrederii reciproce împinge părțile spre procedura cea mai costisitoare, cu cele mai multe constrângeri și cu durata cea mai lungă.

Mandatul ad-hoc și concordatul preventiv încorporează într-o măsură semnificativă unele dintre Principiile Băncii Mondiale Privind Eficiența Insolvenței și Regimului Creditorilor/Debitorilor, astfel:

- Principiul C2 – șanse de redresare eficientă și efectivă: sume maximizate pentru creditorii și redresarea debitorului în vederea funcționării normale;
- Principiul C3 – eficiența din punctul de vedere al timpului utilă și rezonabilă: un timp prea lung pentru redresare adâncește dezechilibrul financiar, un timp prea scurt nu asigură crearea unui plan viabil, sustenabil și negociat corespunzător;
- Principiul C7 – stabilitatea tranzacțiilor cu contracte financiare calificate;
- Principiul C8 – asigurarea resurselor de finanțare și crearea unui regim de protecție al acestora;
- Principiul C10 – negocierea/renegocierea creanțelor;
- Principiul C13 – derularea procedurilor de către practicienii în insolvență, sub controlul instanțelor.

Mandatul ad-hoc este o procedură necontencioasă și confidențială de restructurare a datoriilor. Rolul instanței

este redus la a constata dificultățile financiare „reale” (subiectiv, imprecis!) pentru a deschide procedura și a verifica dacă practicianul în insolvență corespunde cerințelor legale.

În timpul acestei proceduri nu se suspendă executările silite, astfel că nu există vreo protecție pentru debitor. Practic, mandatul ad-hoc nu prezintă aproape niciun avantaj asupra restructurării extrajudiciare. Putem identifica totuși câteva considerente pentru care acesta ar putea fi o alegere oportună:

- Componenta psihologică – fiind vorba de o procedură sancționată de președintele tribunalului, gradul de încredere al părților este mai mare decât în lipsa oricărei implicări a instanței;

- Asigurarea confidențialității negocierilor;

- Coordonarea procedurii de către un practician în insolvență – în absența unei proceduri judiciare, debitorul nu ar avea acces la serviciile acestuia, practicienii în insolvență fiind limitați de legea de organizare a profesiei la a-și exercita atribuțiile în cadrul unor proceduri formale, prevăzute de lege;

- Folosirea strategică a procedurii în vederea amânării declanșării procedurii insolvenței.

Soarta înțelegerilor încheiate între debitor și creditorii în cursul unui mandat ad-hoc, măsura în care acestea subzistă, în cazul declanșării procedurii insolvenței, este neclară.

Concordatul preventiv este presupus a fi confidențial, confidențialitatea este însă relativă din moment ce elemente ale dosarului deschis apar pe portalul instanțelor.

Concordatul este, de asemenea, presupus a fi o procedură rapidă, dar, în lipsa sancțiunilor pentru nerespectarea termenelor esențiale, este greu de crezut că acestea vor fi respectate. Spre exemplu, termenul de 30 de zile pentru întocmirea tabelului creditorilor este unul de recomandare. Chiar termenul imperativ de 60 de zile pentru desfășurarea negocierilor cu creditorii asupra ofertei de concordat stă sub semnul întrebării ca natură juridică, dat fiind faptul că nu sunt prevăzute sancțiuni pentru nerespectarea acestuia.

Principalul avantaj al concordatului, în afara faptului că nu se poate deschide procedura insolvenței împotriva aceluși debitor, este suspendarea executărilor silite, ce diminuează continuu averea debitorului, fie că este vorba de suspendarea temporară, înaintea omologării, fie ca o consecință a omologării.

Totuși, aceasta nu este absolută, tratamentul executărilor silite fiind, cel puțin în parte, marcat de contradicții. Spre exemplu, odată cu omologarea concordatului, judecătorul-sindic dispune și suspendarea procedurilor de executare silită. Ce se întâmplă însă cu noii creditorii, ce obțin un titlu executoriu în timpul procedurii? În ceea ce privește creditorii nesemnatați ai concordatului omologat, judecătorul-sindic poate impune amânarea scadenței doar pentru 18 luni, ceea ce înseamnă că, în cazul unui concordat de 24 sau 36 de luni, doar prima parte a acestuia este „apărată” de executările silite. În doctrină există și opinia conform căreia nu se suspendă executările silite

declanșate de creditorii contestați, dar art. 30 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 nu distinge.

Un alt avantaj al concordatului este faptul că permite continuarea acumulării accesoriilor, spre deosebire de insolvență, ceea ce ar trebui să-l facă atractiv pentru creditorii beneficiari, garantați sau chirografari. În contrapartidă cu acumularea accesoriilor, concordatul, spre deosebire de insolvență, protejează nu doar debitorul, ci și terții garanți, măsurile cuprinse în concordatul preventiv profitându-le și acestora din urmă.

În fine, concordatul poate fi impus și creditorilor ce au votat împotriva, în măsura în care celelalte condiții impuse de lege se verifică.

Cu toate neajunsurile, concordatul ar trebui să fie prima opțiune în cazul debitorilor redresabili. Din păcate, procedurile de concordat la nivel național sunt doar de ordinul zecilor.

II. Chestiuni problematice privind grupul de societăți

Capitolul din Legea nr. 85/2014 privind insolvența grupului de societăți este unic în Europa. Acesta corespunde însă unei nevoi economice reale, aceea de a avea o viziune integrată, mai ales în cazul insolvențelor complexe, cu mai multe societăți interconectate, ce s-au văzut lipsite de instrumente adecvate.

La redactarea prevederilor acestui capitol s-au luat în considerare studiile, analizele și recomandările realizate de experții internaționali în contextul tentativelor europene sau naționale de introducere a unor asemenea prevederi în legislație.

Astfel, Principiile Băncii Mondiale Privind Eficiența Insolvenței și Regimului Creditorilor/Debitorilor, anume C16 (Insolvența grupurilor naționale de societăți) și C17 (Insolvența grupurilor transnaționale de societăți), dar și Ghidul UNCITRAL, partea a III-a, precum și propunerile experților Comisiei Europene și INSOL Europe pentru amendarea Regulamentului 1346/2000, au fost distilate în prevederile Legii nr. 85/2014.

Codul insolvenței a introdus definiții noi pentru concepte noi, cum ar fi: grup de societăți, membru al grupului, societatea-mamă, control, membru controlat al grupului, participație calificată, cerere comună de deschidere a procedurii, obligație de cooperare etc.

Prevederi speciale au fost introduse în vederea maximizării șanselor de restructurare a grupului, prin corelarea și coordonarea procedurilor de insolvență ale membrilor grupului:

- Cererea comună de deschidere a procedurii, de către doi sau mai mulți membri ai grupului;

- Stabilirea competenței teritoriale a tribunalului corespunzător societății-mamă sau societății cu cea mai mare cifră de afaceri;

- Un judecător-sindic, un administrator special;

- Un administrator judiciar sau, după caz, practician în insolvență coordonator;

- Abordare corelată în privința planurilor de reorganizare;

- Tratat favorabil al împrumuturilor intragrup (ordine de prioritate superioară față de procedura comună a falimentului la distribuție);

- Obligații de cooperare pentru instanțe, practicieni în insolvență, chiar și pentru comitetele creditorilor.

Prevederile curente sunt menite nu doar să maximizeze șansele de recuperare pentru creditori și cele de redresare efectivă pentru debitori, dar și să mențină integritatea afacerii, reducând totodată costurile.

Neajunsurile prevederilor menționate apar în anume circumstanțe:

- Obligațiile de cooperare nu pot fi impuse eficient, dat fiind că nu există sancțiuni pentru părțile ce nu le respectă;

- Incertitudini în modul de aplicare a legii când procedura insolvenței pentru un membru al grupului este deschisă subsecvent;

- Riscul ca practicianul în insolvență să fie considerat în conflict de interese;

- Dificultăți logistice în cazul administrării procedurii într-un singur dosar pentru toți membrii grupului, dar și în cazul administrării dosarelor separate;

- Desemnarea administratorului special unic – cum poate fi asigurată în cazul unor componente diferite ale AGA?

Experiența cu aceste prevederi este limitată. Actualmente există doar 11 proceduri de insolvență a unor grupuri de societăți pe rolul instanțelor, niciuna finalizată.

Compensarea creanțelor reciproce ale membrilor grupului de societăți



Judecător-sindic Flavius Iancu MOTU
Președintele Tribunalului Specializat Cluj

Pentru prima dată în istoria legislației române în materia insolvenței, Legea nr. 85/2014 cuprinde un set minim de dispoziții aplicabile insolvenței membrilor unui grup de societăți. Definiția legală a grupului de societăți are la bază noțiunea de *control*, definită drept: „capacitatea de a determina sau influența în mod dominant, direct ori indirect, politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare. O persoană va fi considerată ca deținând controlul atunci când:

a) deține în mod direct sau indirect o participație calificată de cel puțin 40% din drepturile de vot ale respectivei societăți și niciun alt asociat sau acționar nu deține în mod direct ori indirect un procentaj superior al drepturilor de vot;

b) deține în mod direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală a societății respective;

c) în calitate de asociat sau acționar al respectivei societăți dispune de puterea de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere”.

Subsecvent, grupul de societăți este definit de art. 5 pct. 35 din Legea nr. 85/2014 drept „două sau mai multe societăți interconectate prin control și/sau deținerea participațiilor calificate”.

Capitolul II al Legii nr. 85/2014 (art. 183-203), care cuprinde dispozițiile speciale în materia insolvenței grupului de societăți, conține în art. 201 o singură prevedere referitoare la creanțele intra-grup: „Prin excepție de

la prevederile art. 161, creanțele membrilor grupului împotriva altui membru al grupului, născute înainte de data deschiderii procedurii, nu vor putea fi încadrate la ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 8 sau 9. Acestea vor fi înscrise de administratorul judiciar la ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 10 lit. a)” – „creanțele născute în patrimoniul terților dobânditori de rea-credință ai bunurilor debitorului în temeiul art. 120 alin. (2), cele cuvenite subdobânditorilor de rea-credință în condițiile art. 121 alin. (1), precum și creditele acordate persoanei juridice debitoare de către un asociat sau acționar deținând cel puțin 10% din capitalul social, respectiv din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților ori, după caz, de către un membru al grupului de interes economic”.

Dispozițiile Capitolului II al Legii nr. 85/2014 sunt departe de a constitui un set de reguli care să completeze exhaustiv prevederile generale ale Capitolului I, deși art. 183 din Legea nr. 85/2014 prevede expres că „Prevederile cap. I se vor aplica în mod corespunzător procedurii insolvenței grupului de societăți, cu derogările și completările prevăzute în prezentul capitol”.

Lectura literală a art. 183 din Legea nr. 85/2014 conduce la ideea potrivit căreia toate dispozițiile Capitolului I al Legii nr. 85/2014 sunt aplicabile și grupului de societăți, cu excepția acelor care ar contraveni prevederilor speciale cuprinse în Capitolul II.

Astfel, în măsura în care Capitolul II din Legea nr. 85/2014 nu cuprinde nicio prevedere în materia

compensării, regula aplicabilă oricăror creanțe reciproce între un debitor insolvent și fiecare dintre creditorii săi ar fi aceea cuprinsă în art. 90 din Legea nr. 85/2014: „(1) Deschiderea procedurii de insolvență nu afectează dreptul niciunui creditor de a invoca compensarea creanței sale cu cea a debitorului asupra sa, atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii. Compensarea poate fi constatată și de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar. (2) Prevederile alin. (1) se aplică în mod corespunzător și creanțelor reciproce născute după data deschiderii procedurii insolvenței”.

Sfera de aplicare a dispozițiilor art. 201 din Legea nr. 85/2014 nu se intersectează cu sfera de aplicare a art. 90 din Legea nr. 85/2014: faptul că creanțele reciproce ale societăților membre ale aceluiași grup de societăți născute înainte de deschiderea procedurii se înscriu în tabelele creanțelor împotriva averilor acestor debitoare cu ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 10 lit. a) din Legea nr. 85/2014 nu afectează cu nimic, teoretic, posibilitatea compensării lor reciproce în condițiile art. 90.

Compensarea în condițiile art. 90 din Legea nr. 85/2014, cu toate că, aparent, pare să înfrângă principiul *pari passu*, reprezintă, în final, o consecință logică a compensației legale prevăzute de art. 1617 alin. (1) C. civ., care „(...) operează de plin drept de îndată ce există două datorii certe, lichide și exigibile, oricare ar fi izvorul lor, și care au ca obiect o sumă de bani sau o anumită cantitate de bunuri fungibile de aceeași natură”. Astfel, dacă la momentul deschiderii procedurii insolvenței datoriile reciproce ale debitorului și ale creditorului erau, deopotrivă, certe, lichide și exigibile, compensația legală și-a produs efectul *ope legis*, fără a fi necesară vreo intervenție a părților, datoriile reciproce ale debitorului și creditorului stingându-se până la concurența celei mai mici dintre ele. Mai mult, art. 90 din Legea nr. 85/2014 prevede că compensația legală poate fi *constată* și de către administratorul/lichidatorul judiciar, ceea ce are semnificația faptului că rolul judecătorului-sindic sau al administratorului/lichidatorului judiciar se rezumă la a constata intervenirea de drept a compensației legale cel mai târziu la momentul deschiderii procedurii, nici administratorul/lichidatorul judiciar, nici judecătorul-sindic neavând prerogativa de a dispune compensarea respectivă.

În acest context, se pune în mod legitim întrebarea: Dacă compensarea în condițiile art. 90 din Legea nr. 85/2014 nu este altceva decât o aplicare a compensației legale, de ce era nevoie de o prevedere expresă în acest sens în cuprinsul Legii insolvenței (toate legile insolvenței conțin câte o prevedere similară), din moment ce Legea insolvenței se completează cu dispozițiile Codului civil și cu cele ale Codului de procedură civilă, în măsura compatibilității lor cu Legea insolvenței?

Răspunsul este dat tocmai de limitarea impusă de art. 342 alin. (1) din Legea nr. 85/2014: „Dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura în care nu

contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil”. Or, compensația legală contravine principiului *pari passu*, deoarece permite creditorului față de care debitorul are, la rândul său, o creanță certă, lichidă și exigibilă să își stingă propria creanță reciprocă față de debitor prin compensare, indiferent de ordinea de preferință din cadrul ierarhiei instituite prin dispozițiile art. 159 și art. 161 din Legea nr. 85/2014. Rezultă deci că inserarea în cuprinsul Legii nr. 85/2014 a prevederii din art. 90 era pe deplin necesară pentru a se da efect compensației legale.

Caracterul echitabil al unei astfel de derogări de la principiul *pari passu* apare justificat în contextul în care deschiderea procedurii insolvenței este, din perspectiva creditorilor care nu au avut calitatea de părți în cauza inițiată prin cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulată de debitor sau de creditorul titular al unei atare cereri, un fapt juridic care le devine opozabil doar prin notificarea trimisă de administratorul judiciar. În absența prevederii de la art. 90 din Legea nr. 85/2014, aplicabilitatea *ope legis* a principiului *pari passu*, ca efect al deschiderii procedurii insolvenței, i-ar împiedica pe creditorii îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, față de care debitorul are, la rândul său, creanțe reciproce certe, lichide și exigibile, să se mai prevaleze de intervenția de drept a compensației legale, acești creditori urmând a fi îndeștulați doar în măsura în care fiecare dintre creditorii cu o ordine de preferință superioară s-ar îndeștula pe deplin înaintea lor. Regula cuprinsă în art. 90 din Legea nr. 85/2014 are tocmai rolul de a împiedica situația ca acești creditori îndreptățiți să participe la procedura insolvenței față de care debitorul are, la rândul său, creanțe reciproce certe lichide și exigibile, să fie surprinși de deschiderea procedurii insolvenței debitorului fără a mai putea invoca compensația legală.

Desigur, efectul surpriză al deschiderii procedurii insolvenței este absent în cazul în care creditorul care nu a „reusit” să invoce compensarea înaintea deschiderii procedurii insolvenței și debitorul sunt membri ai aceluiași grup de societăți.

Efectul practic al aplicării dispozițiilor art. 90 din Legea nr. 85/2014 intra-grup este însă diferit de cel al aplicării compensației legale în procedurile în care există un singur debitor. Debitorii din cadrul aceluiași grup de societăți, prin definiție, sunt interconectați prin control și/sau deținerea participațiilor calificate, ceea ce înseamnă că membrii aceluiași grup de societăți cunosc (sau ar trebui să cunoască) existența creanțelor lor reciproce certe, lichide și exigibile. Neinvocarea compensației legale până la momentul deschiderii procedurii insolvenței față de membrii grupului și menținerea creanțelor/datoriilor reciproce certe, lichide și exigibile în structura activului/pasivului fiecărui membru al grupului ar avea drept consecință, la momentul compensării în condițiile art. 90 din Legea nr. 85/2014, exact eludarea dispozițiilor art. 201 din Legea nr. 85/2014, care a

stabilit, pentru creanțele intra-grup, ordinea de preferință specială prevăzută de art. 161 pct. 10 lit. a).

Concret¹, să luăm în considerare situația în care A și B sunt membre ale aceluiași grup de societăți AB și se deschide procedura insolvenței față de ambele membre ale grupului de societăți. B și M sunt creditorii debitoarei A, respectiv A și X sunt creditorii debitoarei B. În tabelul definitiv al creanțelor, împotriva creditoarei A sunt înscrși: M, cu o creanță în cuantum de 100 lei cu ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 8 din Legea nr. 85/2014, respectiv B, cu o creanță în cuantum de 200 lei cu ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 10 lit. a) din Legea nr. 85/2014. Corelativ, în tabelul definitiv al creanțelor împotriva creditoarei B sunt înscrși: X, cu o creanță în cuantum de 100 lei cu ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 8 din Legea nr. 85/2014, respectiv A, cu o creanță în cuantum de 100 lei cu ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 10 lit. a) din Legea nr. 85/2014.

Dacă nici A, nici B nu au active din valorificarea cărora să se efectueze plăți către proprii creditor, constatarea compensării între datoriile reciproce și interdependente ale membrilor grupului AB până la concurența celei mai mici dintre ele – situație în care A pierde calitatea de creditor al lui B și B rămâne cu o creanță în cuantum de 100 lei împotriva averii lui A – nu are nicio consecință practică.

În situația în care însă B are active de valorificat în cuantum de 200 lei și se aplică compensarea prevăzută de art. 90 din Legea nr. 85/2014, X se va îndestula cu 100 lei, iar B va rămâne cu diferența de 100 lei, deoarece, în urma compensării speciale, A nu mai are calitatea de creditor al lui B. M și B nu vor primi nicio sumă de bani în cadrul procedurii insolvenței lui A.

Dacă nu s-ar aplica art. 90 din Legea nr. 85/2014, în cadrul procedurii insolvenței lui B, X se va îndestula cu 100 lei, A se va îndestula cu 100 lei, iar în cadrul procedurii insolvenței lui A, M se va îndestula cu suma de 100 lei recuperată de A din procedura insolvenței lui B, respectiv A nu va primi nicio sumă de bani. A și B nu ajung să se îndestuleze înaintea creditorilor din afara grupului AB.

Apreciem că aceasta a fost intenția legiuitorului când a instituit prin art. 201 din Legea nr. 85/2014 derogarea de la ordinea de preferință prevăzută de art. 161, coborând rangul creanțelor intra-grup cât mai jos posibil. Dat fiind controlul comun asupra societăților din cadrul unui grup, acestea ar trebui să fie tratate, din perspectiva legii insolvenței, ca o întreprindere unică, separată legal în mai multe societăți debitoare doar printr-o ficțiune a legii. Această separare printr-o ficțiune a legii nu ar trebui să poată fi speculată în dauna creditorilor. Din perspectiva creditorilor externi grupului, îndestularea prioritară a membrilor grupului în dauna lor apare cel puțin imorală.

Desigur, *de lege lata*, o astfel de interpretare este dificil de susținut. Așa cum am arătat mai sus, art. 201 din Legea nr. 85/2014 nu poate fi privit ca normă specială în raport cu art. 90 din Legea nr. 85/2014, deoarece ariile lor de reglementare nu au vreo tangență. În opinia noastră, în contextul legislativ actual, singura opțiune pentru evitarea compensării creanțelor reciproce certe, lichide și exigibile între membrii aceluiași grup de societăți este o interpretare teleologică a prevederilor art. 90 din Legea nr. 85/2014, pornind de la finalitatea art. 90 din Legea nr. 85/2014 în contextul unei insolvențe cu debitor unic. Această finalitate ar fi deturnată printr-o aplicare mecanică în contextul grupului a dispozițiilor art. 90 din Legea nr. 85/2014, fiind necesară o diferențiere între creditorii intra-grup și cei externi grupului, diferențiere dificil de argumentat în contra principiului *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Având însă în vedere fundamentul precar al acestei interpretări teleologice, apreciem că soluția cea mai adecvată rămâne intervenția legislativă în sensul inaplicabilității prevederilor art. 90 în cazul creanțelor membrilor grupului împotriva altui membru al grupului.

Note

¹ Exemplul este simplificat la maximum, fiind omise costurile procedurii (cheltuieli de procedură, onorarii etc.).

Acțiunile în anularea transferurilor patrimoniale efectuate în perioada suspectă, efectul răspunderii personale în insolvență



Av. Andreea DELI-DIACONESCU
Membră a Consiliului științific al INPPI

A. CONSIDERAȚII TEORETICE ȘI REFLECTAREA ACESTORA ÎN REALITATEA INSOLVENȚEI

Analiza aferentă studiului de față pornește de la premisa conform căreia, odată cu deschiderea procedurii de insolvență, acțiunea pauliană de drept comun devine *concursuală* și dobândește o *specificitate aparte*.

Pentru înțelegerea naturii acestei specificități care creează un regim juridic aparte pentru acțiunile în anulare aferente procedurii de insolvență, ne vom referi în continuare la regimul juridic al acestora:

– efectul admiterii acțiunii pauliene de drept comun constă în *inopozabilitatea* actului de transfer față de creditorul îndreptățit, ceea ce îi conferă acestuia beneficiul unei îndeșulări exclusive din prețul aferent bunului urmărit (*lato sensu*). Or, în materia insolvenței, îndeșulările exclusive sunt și rămân apanajul creditorilor beneficiari ai unor cauze de preferință. Iar astfel de cauze de preferință, pentru a fi opozabile masei credale, trebuie să fi fost constituite *anterior* deschiderii procedurii;

– este adevărat că procedura insolvenței permite inclusiv creditorului majoritar să devină titularul unei acțiuni revocatorii. Numai că efectul admiterii acțiunii nu se răsfrânge doar în patrimoniul său, ci, de o manieră egalitară, în patrimoniile creditorilor îndreptățiți să participe la procedură, conform art. 140 alin. (2) coroborat cu art. 163:

Art. 140 alin. (2): „Dacă după confirmarea planului de reorganizare se vor recupera sume suplimentare din

acțiuni introduse în temeiul art. 117, acestea se vor distribui în modul prevăzut de art. 163”.

Art. 163 alin. (1): „Titularilor de creanțe dintr-o categorie li se vor putea distribui sume numai după deplina îndeșulare a titularilor de creanțe din categoria ierarhic superioară, potrivit ordinii prevăzute la art. 161”.

Principiul de distribuție este *pro rata* și *pari passu*.

– de aici rezultă și **paradoxul acțiunii revocatorii** în materia insolvenței: creditorul majoritar poate acționa în anularea unor acte sau operațiuni, poate avea câștig de cauză, dar este posibil să nu beneficieze de nicio distribuție din valorificarea bunurilor sau a valorilor readuse la masa credală, pentru că nu deține **vocația concretă de a încasa**: de exemplu, este un creditor chirografar. Un astfel de caz este complet necunoscut dreptului comun al acțiunii pauliene.

În acest sens, chiar anterior intrării în vigoare a Legii nr. 85/2014, practica judiciară¹ a pronunțat soluții în sensul incompatibilității acțiunii pauliene cu acțiunea revocatorie concursuală a insolvenței:

„Procedura insolvenței, atât în reglementarea anterioară, cât și în reglementarea actuală (art. 79 și urm.) are dispoziții speciale cu privire la anularea actelor frauduloase încheiate de debitoare în dauna drepturilor creditorilor, ceea ce va face inaplicabile dispozițiile art. 975 Cod civil privitoare la acțiunea pauliană și, prin urmare, cu atât mai mult impun suspendarea acțiunii”.

De altfel, chiar în cazul *Deko Marty* (CJUE) se relevă **prevalența caracterului concursualismului**, calificat

drept un principiu general al insolvenței, conform adagiului „*par conditio creditorum*”: „*Diferența esențială dintre acțiunea pauliană de drept civil și acțiunea revocatorie formulată în cadrul procedurii de insolvență constă în efectele pe care le produce fiecare acțiune, întrucât reglementările generale limitează aceste efecte la creditorii individuali care au introdus o acțiune, în timp ce normele de drept al insolvenței extind efectele asupra masei bunurilor, astfel încât toți creditorii trebuie să beneficieze de efectele respective*”².

Pe de altă parte, este de reținut că Înalta Curte de Casație și Justiție³ a admis compatibilitatea unei alte acțiuni prin care **creditorul ar putea acționa individual**, însă aceasta pentru protecția masei credale, și anume **acțiunea oblică**:

„*Creditorul nu dobândește un drept propriu, efectele acțiunii producându-se în patrimoniul debitorului. Rezultatul obținut profită tuturor creditorilor debitorului neglijent, această acțiune fiind individuală prin exercițiu și colectivă prin efecte. Pe cale de consecință, hotărârea judecătorească de admitere a unei asemenea acțiuni este opozabilă și celorlalți creditori, ceea ce înseamnă că această acțiune este compatibilă cu procedura insolvenței, pregătind, practic, executarea silită asupra patrimoniului debitorului*”.

Diferențele specifice, dar care justifică soluția admisibilității acțiunii oblice, constau în faptul că efectele admiterii unei astfel de acțiuni sunt benefice întregii mase credale, fără a profita, în mod individual, unui creditor sau altul, de natură a conduce la crearea unor cauze de preferință nereglementate de lege.

a) Sancționarea fraudei debitorului – unde se termină rațiunea salvării a ceea ce se mai poate salva și unde începe fraudă?

Relativitatea începe acolo unde a acționa sau a nu acționa poate primi, în funcție de momentul la care are loc analiza relevantă, soluții contrare.

Pentru a materializa o astfel de relativitate în domeniul dreptului insolvenței, facem trimitere la dispozițiile art. 117 alin. (3) din Legea 85/2014: „*Prevederile alin. (2) lit. d)-f) nu sunt aplicabile actelor încheiate, cu bună-credință, în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, sub rezerva ca acordul să fi fost de natură a conduce, în mod rezonabil, la redresarea financiară a debitorului și să nu aibă ca scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori (...)*”.

Analizând modalitatea de reglementare a acestui text normativ, se ridică mai multe întrebări:

– unde începe și unde se termină rezonabilitatea? Lipsa unei definiții sau a unor criterii care să contureze conținutul juridic al termenului;

– se poate considera că un creditor a fost *discriminat* dacă s-ar demonstra că reorganizarea nu ar fi avut șanse, iar în faliment un astfel de creditor nu ar fi încasat nimic?

– un creditor a cărui creanță *nu se născuse încă* la data transferului sau a operațiunii vizate ar putea fi considerat discriminat?

b) Limitele libertății de acțiune a unui debitor de bună-credință și riscurile pe care și le asumă cel sau cei care îl sprijină, sau A regândi trecutul din perspectiva a ceea ce se întâmplă în prezent (Hindsight bias)

Întotdeauna perspectiva a ceea ce a fost (s-a petrecut ca act sau ca fapt juridic) nu poate fi analizată decât întorcându-ne în timp și aplicând criteriile *atunci* disponibile.

Numai că acesta este începutul unei **analize de risc și de oportunitate**, pentru că a analiza în prezent cu gândirea din trecut înseamnă, inevitabil, o marjă de eroare.

Există totuși anumite inconsecvențe legislative, de asemenea practicianul în insolvență se confruntă cu suspiciunea unor creditori, cu negarea unor realități din trecut, cu imposibilitatea de a demonstra evoluția în paralel a două comportamente distincte (a acționa și a sta în pasivitate), iar peste toate acestea latura teoretică se confruntă și cu latura umană a insolvenței.

B. PROBLEME ÎNTÂLNITE ÎN PRACTICĂ...

a) Aplicarea în timp a noilor termene sub care este definită perioada suspectă specială sau generală

Principiul neretroactivității legii civile impune aplicarea legii în vigoare la momentul perfectării actului sau a efectuării operațiunii vizate.

Raportat la momentul intrării în vigoare a Legii nr. 85/2014 (28 iunie 2014), putem considera că la această dată s-a împlinit termenul extins al perioadei suspecte, astfel încât toate procedurile de insolvență care se vor deschide ulterior acestui moment vor avea în vedere noile termene ale perioadei suspecte.

b) Regimul juridic al termenelor în care pot fi introduse acțiunile, și anume dacă sunt termene de prescripție sau de decădere

Primul termen, de 1 an de la data expirării termenului pentru întocmirea raportului causal, este un **termen de prescripție**, raportându-se la dreptul la acțiune în sens material, deci susceptibil de întreruperi, suspendări, eventual repunere în termen, pe când cel de-al doilea, de 16 luni de la data deschiderii procedurii, este un termen de decădere, raportându-se deci la componenta procedurală a dreptului la acțiune.

În același sens sunt și concluziile Minutei întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii și ai Ministerului Justiției cu președinții secțiilor specializate din cadrul curților de apel și ai tribunalelor specializate, astfel: „*Soluția propusă a fost în sensul că primul termen (1 an) este un termen de prescripție, iar cel de-al doilea termen (16 luni de la data deschiderii procedurii) este un termen de decădere, pentru următoarele argumente:*

– termenul de 1 an este reglementat, ca orice termen de prescripție, prin indicarea momentului la care

se naște și prin durată, Legea nr. 85/2006 utilizând, în legătură cu acest termen și cu dreptul la acțiune în sens material, termeni juridici uzuali în materie de prescripție: «acțiunea» «poate fi introdusă» «în termen de 1 an de la data»;

– faptul că termenul de 1 an începe să curgă la expirarea termenului în care trebuie depus raportul prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006, care trimite la art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, privind cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței debitorului, moment care marchează data limită până la care administratorul judiciar trebuie să cunoască paguba și persoanele care răspund de ea, acțiunea în anularea actelor frauduloase având caracterul unei acțiuni în răspundere civilă delictuală;

– termenul de 16 luni începe să curgă de la data deschiderii procedurii, independent de orice conduită a vreunui subiect de drept procesual îndreptățit să exercite acțiunea și expiră fără posibilitatea influențării lui de către vreun subiect de drept.

Legea nr. 85/2006 utilizează, în legătură cu termenul de 16 luni, expresia «nu mai târziu de», care trimite, în mod neechivoc, la «tardivitate», termen juridic asociat, în mod uzual, cu instituția juridică a decăderii, și nu cu aceea a prescripției”.

c) Aplicabilitatea acestor termene doar în ipoteza în care titular este practicianul în insolvență sau și în cazul celorlalți titulari – comitetul creditorilor și creditorul majoritar

În doctrină și în jurisprudență a fost exprimată opinia în sensul că acțiunea exercitată de Comitetul creditorilor nu ar fi supusă unui termen de decădere, ci doar termenului general de prescripție de 3 ani.

În cadrul Minutei de uniformizare a practicii (Tg. Mureș, 2014) s-a considerat că trebuie recunoscută aplicarea aceluiași termen și în cazul acțiunilor promovate de comitetul creditorilor, cu reținerea însă a unor remedii care să permită conservarea drepturilor comitetului creditorilor, respectiv:

– exercitarea de către judecătorul-sindic a rolului activ, în sensul de a cunoaște într-un moment cât mai incipient al procedurii dacă practicianul în insolvență intenționează să promoveze una dintre acțiunile reglementate de Legea nr. 85/2006;

– posibilitatea repunerii comitetului creditorilor în termenul de exercitare a acțiunii, în ipoteza în care poate fi dovedit un abuz de drept din partea practicianului în insolvență.

Principalele argumente aduse în sprijinul acestei soluții au fost:

– egalitatea de tratament juridic care trebuie asigurată celor două categorii de titulari ai acțiunii, egalitate care ar fi ruptă în cazul în care s-ar admite că termenele încep să curgă diferit, în funcție de titularul dreptului la acțiune;

– dacă s-ar admite că pentru comitetul creditorilor acțiunea se prescrie în termenul de drept comun de 3 ani, pe de o parte, ar fi o situație unică în economia reglementării, în

care un termen de prescripție ar succeda unui termen de decădere, în care administratorul judiciar nu a exercitat acțiunea prescrisă de lege. Legat de acest aspect, s-a precizat însă că dispozițiile art. 81 consacră, în cele două alineate, două acțiuni cu doi titulari diferiți – în timp ce alin. (1) recunoaște un drept la acțiune, alin. (2) oferă același drept, dar ca sancțiune pentru neexercitarea dreptului la acțiune reglementat la alin. (1);

– recunoașterea în favoarea comitetului creditorilor a posibilității de a promova acțiunea în termenul general de prescripție de 3 ani ar putea conduce la prelungirea procedurii. Legat de acest aspect, s-a subliniat însă că există reglementate mecanisme care permit instanței închiderea procedurii chiar și în cursul termenului prevăzut în favoarea administratorului/lichidatorului judiciar, art. 131 din Legea nr. 85/2006 fiind în continuare aplicabil.

d) Competența de soluționare a judecătorului-sindic în ipoteza în care transferul față de care se solicită anularea a operat în cadrul unei executări silită

La nivelul jurisprudenței au fost exprimate două opinii. Prima dintre acestea este în sensul că un act sau o operațiune aferentă unei proceduri de executare silită se atacă prin căile și mijloacele specifice procedurii de executare silită: „Administratorul judiciar a promovat, astfel, o contestație la executare propriu-zisă, ce are la bază un titlu executoriu care nu este emis de o instanță de judecată și față de care reclamantul a înțeles să formuleze apărări de fond, care vizează însăși valabilitatea acestuia, astfel încât, raportat la prevederile art. 399 alin. (1) teza I și art. 400 alin. (1) C. pr. civ., competența materială de soluționare în primă instanță a acestei cereri revine Judecătoriei Botoșani, ca instanță de executare”⁴.

Cea de-a doua opinie este în sensul că și un act de executare poate forma obiectul unei acțiuni în anulare în procedura de insolvență, analizându-se pe fond valabilitatea operațiunii⁵:

„Referitor la cea de-a doua părâtă, se reține că titlul acesteia asupra terenului în litigiu îl reprezintă actul de adjudecare obținut în cadrul procedurii de executare silită de drept comun. Aflându-ne în procedura insolvenței, sunt de reținut prevederile art. 84 potrivit cu care administratorul judiciar, lichidatorul sau Comitetul creditorilor vor putea introduce acțiune pentru a recupera de la subdobânditor bunul ori valoarea bunului transferat numai dacă subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat. Se pune deci problema prețului plătit de către subdobânditor, iar sub acest aspect se reține că din actul de adjudecare rezultă că imobilul în litigiu a fost vândut la licitație publică la prețul de x Euro, fiind adjudecat în contul creanței. Astfel, bunul a ajuns în proprietatea părâtei în urma unei proceduri publice de executare silită de drept comun și, în plus, nu s-a făcut dovada că subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului”.

Se ajunge, astfel, din nou, la problema competenței judecătorului-sindic, la interpretarea și aplicarea a două hotărâri, prima pronunțată într-un recurs în interesul legii respins, dar ale cărui considerente decidente sunt și rămân relevante⁶, iar cea de-a doua de către Curtea Europeană de Justiție, în cauza *Deko Marty*, astfel:

a) „În același timp însă, această soluție legislativă (art. 11 din Legea nr. 85/2006 – n.n.) este și restrictivă, în sensul că judecătorul-sindic nu are atribuții în soluționarea unei cereri ori acțiuni ce transcende procedurii insolvenței, respectiv realizarea unui drept, o pretenție, somație de plată ori recuperarea unei creanțe, operațiuni care nu sunt prevăzute în mod expres de Legea nr. 85/2006, fiind reglementate prin dispozițiile dreptului comun și aparținând competenței judecătorului de fond”.

b) „Astfel, potrivit considerentului 6, Regulamentul 1346/2000 ar trebui să se limiteze la dispozițiile care reglementează competența de a deschide proceduri de insolvență și de a pronunța hotărâri care derivă direct din procedurile de insolvență și sunt strâns legate de acestea. Ținând seama de această intenție a legiuitorului și de efectul util al regulamentului respectiv, articolul 3 alineatul (1) din acest regulament trebuie interpretat în sensul că atribuie de asemenea o competență internațională statului membru pe teritoriul căruia a fost deschisă procedura de insolvență pentru judecarea acțiunilor care rezultă în mod direct din această procedură și care sunt strâns legate de aceasta. O astfel de concentrare a tuturor acțiunilor legate în mod direct de insolvența unei întreprinderi, acțiuni introduse la instanțele din statul membru competent pentru deschiderea procedurii de insolvență, pare de asemenea conformă cu obiectivul de a ameliora eficiența și de a accelera procedurile de insolvență cu efecte transfrontaliere, prevăzut în considerentele (2) și (8) ale Regulamentului nr. 1346/2000”.

În acest sens, raportat la Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii și ai Ministerului Justiției cu președinții secțiilor specializate din cadrul curților de apel și ai tribunalelor specializate din data de 22 mai 2014, Târgu Mureș, s-a considerat, analizându-se Cauza *Deko Marty*, Cauza *German Graphics* și Decizia nr. 5/2009 a ICCJ, în sensul că judecătorul-sindic deține competența de soluționare a acțiunii având ca obiect pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de act de vânzare-cumpărare, întemeiată pe dispozițiile art. 16 din O.G. nr. 51/2007 (potrivit cărora, dacă locatorul/finanțatorul nu respectă dreptul de opțiune al locatarului/utilizatorului, așa cum este prevăzut în prezenta ordonanță, locatorul/finanțatorul datorează daune-interese egale cu totalul prejudiciului produs prin încălcarea acestei obligații, iar instanța judecătorească investită cu stabilirea daunelor-interese va putea pronunța o hotărâre care să țină loc de act de vânzare-cumpărare), atunci când finanțatorul se află în procedura de insolvență.

e) Admiterea, anterior deschiderii procedurii, a unei acțiuni pauliene conferă creditorului îndreptățit beneficiul unei îndestulări exclusive?

Situația premisă avută în vedere este aceea a admiterii unei acțiuni revocatorii întemeiate pe dispozițiile dreptului comun, anterior deschiderii procedurii de insolvență.

Efectele admiterii unei astfel de acțiuni sunt prevăzute de dispozițiile art. 1565 alin. (1) C. civ.: „Actul atacat va fi declarat inopozabil atât față de creditorul care a introdus acțiunea, cât și față de toți ceilalți creditori care, putând introduce acțiunea, au intervenit în cauză. Aceștia vor avea dreptul de a fi plătiți din prețul bunului urmărit, cu respectarea cauzelor de preferință existente între ei”.

Întrebarea care se naște este următoarea: dobândește creditorul următor o cauză de preferință ex lege, opozabilă și în cadrul procedurii de insolvență?

Credem că această ipoteză creează o astfel de prioritate în îndestulare față de creditorul beneficiar al acestei acțiuni, dacă litigiul a fost notat în registrele de publicitate aferente bunurilor în discuție, pentru respectarea dispozițiilor art. 88 din Legea nr. 85/2014: „Dacă la data deschiderii procedurii un drept, act sau fapt juridic nu devenise opozabil terților, înscrierile, transcrierile, intabulările și orice alte formalități specifice necesare acestui scop, inclusiv cele dispuse în cursul unui proces penal în vederea confiscării speciale și/sau extinse, efectuate după data deschiderii procedurii, sunt fără efect față de creditori, cu excepția cazului în care cererea sau sesizarea, legal formulată, a fost primită de instanță, autoritatea ori instituția competentă cel mai târziu în ziua premergătoare hotărârii de deschidere a procedurii. Înscrierile efectuate cu încălcarea acestui articol se radiază de drept”.

C. INCIDENȚA ACȚIUNILOR ÎN ANULARE ÎN PRIVINȚA TRANZACȚIILOR OUT-OF-COURT

1. Perspectivile propunerii Directivei Europene privind cadrele de restructurare respective

Cel de-al doilea considerent al preambulului proiectului Directivei pune un accent deosebit în privința procedurilor de restructurare out-of-court: „Cadrele de restructurare preventivă ar trebui, mai ales, să le permită întreprinderilor să se restructureze într-un stadiu timpuriu și să evite insolvența”. De asemenea, se observă și dezavantajele majore pentru economiile acelor state membre în care legislația nu conține reglementări speciale pentru procedurile de restructurare extrajudiciare: „În alte state membre, restructurarea este posibilă într-o etapă mai timpurie, dar procedurile existente fie nu sunt pe cât de eficiente ar trebui, fie sunt foarte formale, limitând în special posibilitatea de a se recurge la proceduri extrajudiciare”.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 17 alin. (1) din acest proiect stabilesc astfel: „Statele membre se asigură că tranzacțiile efectuate în sprijinul negocierii unui plan de restructurare confirmat de către o autoritate judiciară sau administrativă sau strâns legate de negocierile de

acest fel nu pot să fie declarate nule, anulabile sau neexecutabile, pe motivul că ar fi în detrimentul masei credale, în contextul unor proceduri de insolvență ulterioare, cu excepția cazului în care tranzacțiile de acest fel au fost efectuate în mod fraudulent sau cu rea-credință.

La acest moment, Codul insolvenței nu prevede un regim juridic clar, concis, de natură a contura condițiile de validitate pentru astfel de tranzacții extrajudiciare, singurele texte normative aplicabile acestei materii – *lato sensu*, urmând a fi expuse în continuare.

2. Art. 66 alin. (1) din Codul insolvenței: nu are un impact direct, prevede doar o prorogare legală a termenului în care trebuie declarată starea de insolvență

Art. 66 alin. (2): „Dacă la data expirării termenului prevăzut la alin. (1) debitorul este angrenat, cu bună-credință, în negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor sale, acesta are obligația de a adresa tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de 5 zile de la eșuarea negocierilor”. Acest text normativ **nu are impact direct** în ceea ce privește protecția unor tranzacții *out-of-court*, ci prevede doar o prorogare legală a termenului în care debitorul trebuie să declare starea de insolvență. Cu toate acestea, de o manieră indirectă, se face referire la existența conceptului de „negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor sale”, concept care nu beneficiază de o definiție în Codul insolvenței și nici nu se confundă cu cele două proceduri de prevenire a insolvenței stabilite de actul normativ în discuție, și anume mandatul ad-hoc și concordatul preventiv, întrucât ambele sunt **proceduri judiciare**.

3. Art. 119 din Codul insolvenței: desfășurare normală a activității curente nu permite încadrarea tranzacțiilor *out-of-court*

Dispozițiile art. 119: „Nu se va putea cere anularea unui act de constituire sau de transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente”. Nici acest text normativ nu poate fi considerat o protecție efectivă pentru astfel de tranzacții, întrucât restructurarea extrajudiciară a debitorului nu se încadrează în materia actelor aferente desfășurării normale a activității debitorului. Astfel, aceste acte sunt acte juridice având caracter conservativ, iar nu dispozitiv de drepturi, literatura juridică⁷ definind acest tip de acte de următoarea manieră: „Desfășurarea normală a activității curente constă în efectuarea actelor și operațiunilor obișnuite în perioada dinaintea stării de insolvență. Prin urmare, prin acte încheiate în cursul activității curente a debitorului vom înțelege orice acte prin care a fost derulată o activitate conformă obiectului de activitate, orice acte de încasare sau plăți privitoare la activități de realizare a obiectului de activitate, precum și orice acte sau operațiuni prin care a avut loc o finanțare a capitalului de lucru necesar derulării activității de zi cu zi a debitorului”.

De asemenea, Ghidul legislativ UNCITRAL consideră că stabilirea unor criterii cum ar fi „*ordinary course of business*”, **acționarea cu bună-credință** sau **analiza cunoașterii de către terț a stării financiare a debitorului** reprezintă elemente cu un grad ridicat de subiectivism, care pot dilua regimul juridic al acțiunilor revocatorii, creând instabilitate pentru toate părțile implicate. Astfel, se recomandă introducerea unor criterii mai clare și mai previzibile, bazate pe rezultatul concret al operațiunii avute în vedere, și mai puțin sau deloc pe **atitudinea subiectivă a părților participante la tranzacție**⁸.

4. Art. 117 alin. (3) din Codul insolvenței: termeni cu un ridicat grad de subiectivism: „în mod rezonabil”; „discriminarea unor creditori”

Dispozițiile art. 117 alin. (3): „Prevederile alin. (2) lit. d)-f) nu sunt aplicabile actelor încheiate, cu bună-credință, în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, sub rezerva ca acordul să fi fost de natură a conduce, în mod rezonabil, la redresarea financiară a debitorului și să nu aibă ca scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori. Prevederile de mai sus se aplică și actelor juridice încheiate în cadrul procedurilor prevăzute la titlul I”. Acest text normativ menționează două concepte juridice: **negocierile extrajudiciare** și **acordul extrajudiciar**. Condițiile specifice care creează regimul de protecție a unor astfel de negocieri/acorduri extrajudiciare (fiind evident că negocierile, în lipsa unui acord, nu au finalitate juridică, în sensul că nu reprezintă o *tranzacție out-of-court*, în sensul menționat de propunerea Directivei) sunt următoarele:

1. scopul acordului extrajudiciar este unul *calificat*, și anume restructurarea datoriilor să fi avut vocația de a conduce la redresarea financiară a debitorului;

2. *per a contrario*, scopul acordului judiciar lipsește, în ipoteza în care efectul ar fi prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori.

În opinia noastră, regimul juridic al acestor acorduri extrajudiciare nu este unul clar conturat, întrucât nu conține reguli determinate, verificabile, de natură a conferi stabilitate și încredere pentru părțile unui astfel de acord extrajudiciar intrat în circuitul juridic. Argumentele acestei opinii țin, în primul rând, de utilizarea unor termeni cu un pronunțat caracter subiectiv în circumstanțierea scopului actului: „în mod rezonabil” și „discriminarea unor creditori”. Nu se stabilesc, astfel, criteriile de referință în aprecierea „rezonabilității”, raportat, de exemplu, la criteriile clare față de care se apreciază un act juridic similar, Planul de reorganizare, și care sunt cele care definesc „regimul juridic al tratamentului corect și echitabil”. Mergând mai departe în argumentație, este necesară introducerea unor **elemente de calcul financiar, matematic**, în funcție de care să se poată determina dacă creditorii care nu au dorit sau au refuzat să fie parte la acest acord extrajudiciar au fost, într-adevăr, „discriminați”.

Este de domeniul evidenței faptul că, într-o situație de restructurare financiară, acordul extrajudiciar nu poate satisface, în egală măsură, toate creanțele, iar din acest punct de vedere întotdeauna vor exista situații de creditori invocând „discriminarea”. Însă, spre deosebire de dispozițiile legale mai sus citate, literatura de specialitate⁹ a conturat, în această materie, anumite principii, utilizate, de exemplu, în acordurile de tipul „Standstill Agreement” (analizate *supra*), cum ar fi faptul că un creditor nu se poate considera prejudiciat dacă reorganizarea, în sine, nu ar fi putut să aibă nicio șansă, iar falimentul nu i-ar fi permis nicio încasare.

După cum se observă, aceste tipuri de reguli se aseamănă extrem de mult cu ecuația clasică „reorganizare *versus* faliment”, aplicabilă în cadrul unui Plan de reorganizare pentru determinarea procentului defavorizării unor creanțe, inclusiv față de creditorul bugetar (testul creditorului privat).

Însă ceea ce dorim să subliniem este faptul că norma internă care face referință la astfel de acorduri extrajudiciare, dar care introduce condiții neclare, exprimate la nivel de tehnică legislativă de o manieră lipsită de concizie, nu este de natură a încuraja debitorul sau creditorii săi în asumarea unor astfel de acorduri extrajudiciare, pentru riscul de insecuritate și instabilitate a efectelor acestuia.

Mai mult decât atât, astfel cum s-a subliniat în teoria generală a dreptului¹⁰: „*matematica este, după natura problemelor ei, cea mai simplă dintre toate științele, iar jurisprudența, cea mai complicată*”. Însă, pentru încurajarea unor astfel de tranzacții extrajudiciare, verificarea condițiilor de legalitate care le va putea contura regimul juridic de reglementare trebuie să fie, în esență, aplicarea unor reguli matematice, în care necunoscutele ecuației să fie determinate prin aplicarea unor elemente financiare.

D. DE LA ACȚIUNILE ÎN ANULARE LA RĂSPUNDEREA PENTRU STAREA DE INSOLVENȚĂ – CAUZA PROXIMĂ ȘI DIFERENȚA SPECIFICĂ

1. Partea a IV-a a Ghidului legislativ UNCITRAL – „Director’s obligations in the period approaching insolvency”

Această a patra parte a Ghidului UNCITRAL se referă la modalitatea de acțiune a managementului societății în acel moment extrem de sensibil al apropierei insolvenței („*approaching insolvency*”).

În primul rând, mai mult decât un principiu economic sau o lecție de viață, Ghidul introduce analistul sau legiuitorul, în mod direct, în realitatea tensionată și circumstanțele unei astfel de realități, pentru cei aflați în responsabilitatea funcțiilor de management/conducere¹¹: „*În ciuda potențialelor dificultăți asociate cu procesul de luare a deciziilor, când o societate se confruntă cu dificultăți financiare, este esențial să se adopte măsuri preventive (early actions)*”.

2. Recomandarea adoptării de măsuri preventive, evitarea „insolvențelor fără speranță” sau a „insolvențelor care conduc direct la lichidare”

Ghidul critică sistemele de drept ale acelor state care permit introducerea voluntară a procedurii de insolvență doar pentru stadiile realmente târzii ale insolvenței, așa-numitele „insolvențe fără speranță” („*hopelessly insolvent*”) sau „insolvențe convertibile în lichidare directă” („*ultimately liquidated*”).

În esență, rațiunea pentru care Ghidul recomandă adoptarea unui sistem de drept în materia insolvenței care să permită în mod real accesarea procedurilor de insolvență prin reorganizare este aceea că nu are finalitate instituirea unei obligații de răspundere a unor manageri/directori pentru starea de insolvență, atât timp cât nu se poate ajunge în mod efectiv și real la implementarea unei astfel de proceduri.

3. „Legea ar trebui să fie aplicată de o asemenea manieră încât să nu afecteze finalitatea unui exercițiu rezonabil al unei decizii de afaceri sau asumarea corelativă a unor riscuri comerciale” (Recommendations 255-256)

Prin recomandările legislative pe care le introduce, Ghidul încearcă a crea un echilibru între obligațiile instituite în sarcina acestor organe de conducere și teama firească de a nu se agrava starea de insolvență, tocmai prin luarea măsurilor care – la nivel teoretic, doctrinar – se impun, care sunt deci neapărat necesare, dar care pot afecta interesele individualiste fie ale anumitor creditori, fie ale acționarilor înșiși.

În dreptul societății, decizia de afaceri este reglementată prin dispozițiile art. 144¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990: „*Decizie de afaceri (...) este orice decizie de a lua sau de a nu lua anumite măsuri cu privire la administrarea societății*”.

4. În final, problema se ridică în privința limitei riscurilor care pot fi asumate pentru a nu se interpreta, ulterior, ca fiind o acțiune în fraudă creditorilor – linia de demarcație nu poate fi niciodată o simplă și tranșantă ecuație matematică

Cu alte cuvinte, sunt tot mai multe cazuri în care anularea unui transfer patrimonial efectuat în perioada suspectă naște automat problema răspunderii personale pentru ajungerea în stare de insolvență.

Relevant este chiar textul care transpune regula pentru care nu poate fi revocat un transfer efectuat în perioada suspectă în materia angajării răspunderii, și anume art. 169 alin. (6): „*Răspunderea nu va putea fi angajată dacă, în luna precedentă încetării plăților, s-au efectuat, cu bună-credință, plăți în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, cu condiția ca acordul să fi fost de natură a conduce la redresarea financiară a debitorului și să nu fi avut ca*

scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori. Aceste prevederi se vor aplica și în cazul acordurilor realizate în cadrul procedurii concordatului preventiv”.

Cu alte cuvinte, ceea ce nu este de natură a atrage revocarea ca fiind transfer fraudulos nu este de natură nici a crea premisele răspunderii. Viceversa este însă întotdeauna valabilă. Responsabil pentru contribuția la starea de insolvență poate fi inclusiv *terțul* care a contractat cu debitorul. Acest *terț* poate fi un afiliat al debitorului, față de care transferul a fost anulat ca fraudulos.

De asemenea, un astfel de *terț* poate fi și creditorul sau chiar creditorii care, prin acorduri de tipul „*out-of-court*” au determinat agravarea stării de insolvabilitate. Iar de aici reticența în contractarea cu un debitor aflat în dificultate financiară.

E. PROBLEME ÎNTÂLNITE ÎN PRACTICĂ...

a) Aplicarea legii în timp: ipoteza prevăzută la lit. h) a art. 169

Principiului neretroactivității înseamnă a nu-i solicita subiectului de drept, la un moment determinat în timp, o conduită care nu era prevăzută de lege la acel moment. Raportat la practica Curții Constituționale a României¹², „*Pentru a fi respectată de destinatarii săi, legea trebuie să îndeplinească anumite cerințe de claritate și previzibilitate, astfel încât acești destinatari să își poată adapta în mod corespunzător conduita*”.

În aceste condiții, această ipoteză se aplică doar faptelor, acțiunilor sau inacțiunilor petrecute după momentul intrării în vigoare a Legii nr. 85/2014.

b) Prevalența legii insolvenței în calcularea prescripției executării silite, în ipoteza în care creditorul fiscal a obținut hotărârea judecătorească în materia răspunderii?

Prin Decizia nr. 6 din 14 mai 2012 pronunțată în recurs în interesul legii de către Înalta Curte de Casație și Justiție, problema de drept a prevalenței în privința organului de executare care va conferi eficiență juridică unei hotărâri pronunțate în materia răspunderii, în caz de concurs între un creditor privat și un creditor bugetar, a fost soluționată în favoarea ultimului:

„În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, raportat la art. 136 alin. (6) din Codul de procedură fiscală, executarea hotărârilor judecătorești de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere în condițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006 se va efectua, în cazul concursului dintre creditorii fiscali și ceilalți creditori ai debitorului, potrivit Codului de procedură fiscală”.

Pe de altă parte însă, raportat la instituția prescripției executării hotărârii judecătorești, aceasta este cea de 3 ani, aferentă termenului general de prescripție în materie, iar nu cea de 5 ani, aferentă termenului special de prescripție, aplicabil creanțelor bugetare¹³: „*Sub acest aspect, tribunalul constată că nu pot fi reținute apărările*

intimatei în senul incidenței termenului de prescripție de 5 ani, prevăzut de Codul de procedură fiscală, întrucât, în speță, creanța care se execută – deși este dată în competența specială a organelor de executare fiscală prin art. 136 alin. (6) C. pr. fisc. – izvorăște dintr-un fapt ilicit cauzator de prejudicii, din răspunderea patrimonială a contestatoarei reținută în sentința comercială de atragere a răspunderii, iar nu dintr-un raport fiscal, nefiind deci o creanță fiscală”.

Mai exact, calificarea regimului juridic al prescripției nu este dată de calitatea organului de executare (de drept comun sau executor fiscal), ci de originea (cauza juridică) titlului executoriu.

c) Calculul termenului în care se poate introduce acțiunea în răspundere

Termenul aferent introducerii cererii de atragere a răspunderii este un termen de prescripție, iar momentul curgerii sale este acela subiectiv, al cunoașterii sau al obligativității cunoașterii cauzelor care au condus la starea de insolvență. Termenul de 2 ani este un moment obiectiv, față de care legea stabilește punctul maximal al curgerii acestui termen.

În acest sens s-a pronunțat și jurisprudența: „*Prescripția extinctivă este mijlocul de stingere a dreptului la acțiune în sens material, ca urmare a neexecutării lui în termenul prevăzut de lege. Funcția prescripției extinctive este aceea de a asigura stabilitatea și securitatea circuitului civil, îndeplinind o funcție de stimulare a titularilor de drepturi să le valorifice în termenele prevăzute de lege. Potrivit art. 139 din Legea nr. 85/2006, acțiunea prevăzută la art. 138 se prescrie în termen de trei ani de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență, dar nu mai devreme de doi ani de la data hotărârii de deschidere a procedurii. Conform normei generale, momentul începerii curgerii termenului de prescripție a dreptului la acțiune este cel al nașterii dreptului la acțiune [art. 7 alin. (1) din Decretul nr. 167/1958], potrivit dispozițiilor art. 8 din Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă, «prescripția dreptului la acțiune în repararea pagubei pricinuite prin fapta ilicită începe să curgă de la data când păgubitul a cunoscut sau trebuia să cunoască atât paguba, cât și pe cel care răspunde de ea». În aplicarea acestor prevederi, art. 139 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței leagă momentul începerii curgerii prescripției de «data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență». Interpretarea logică a textului de lege, în concret a mențiunii «dar nu mai devreme de doi ani de la data hotărârii de deschidere a procedurii», este în măsură să conducă la concluzia că momentul de la care începe să curgă termenul de prescripție se poate situa și anterior deschiderii procedurii insolvenței*”.

Dispozițiile art. 139 reglementează un moment de natură subiectivă – data la care a fost cunoscută persoana care a cauzat starea de insolvență –, precum și un

moment de natură obiectivă – data la care trebuia cunoscută acea persoană, stabilindu-se, astfel, un moment de certitudine cu privire la începerea curgerii termenului de prescripție, de natură de a da valoare principiului previzibilității norme juridice sancționatoare, în vederea garantării dreptului la apărare ca valență esențială a unui acces efectiv la justiție. În reglementarea actuală, chiar dacă persoana sau persoanele care au cauzat starea de insolvență nu au fost cunoscute de către persoanele cu vocație la promovarea acțiunii în răspundere, termenul începe să curgă din momentul în care aceștia trebuiau să cunoască persoanele responsabile. Se instituie, așadar, implicit o obligație activă în sarcina acestor persoane – administratorului/lichidatorului judiciar – în a identifica persoanele responsabile de ajungerea debitorului în stare de insolvență”.

d) Nerecuperarea creanțelor – care este corecta încadrare juridică?

În cadrul aceleiași Minute de uniformizare a practicii (Tg. Mureș, 2014) s-a considerat că „în practică au existat situații în care s-au înstrăinat bunurile societății în favoarea unor terți, iar administratorul a omis recuperarea acestora sau a prețului aferent lor, context în care omisiunea lui de a acționa se traduce, în final, într-o acțiune de folosire a bunurilor societății în beneficiul unor terțe persoane. Practic, prin nerecuperarea creanțelor s-a creat terților debitori un avantaj, creditorii societății fiind prejudiciați, ceea ce a condus la starea de insolvență a societății. De asemenea, este foarte greu de dovedit îndeplinirea condiției folosirii în interes personal la care face trimitere alin. (1) la lit. c).

A fost exprimată și opinia că nerecuperarea creanțelor societății denotă un management defectuos, care nu se regăsește *per se* în ipotezele reglementate de art. 138 alin. (1), încadrarea în dintre ipotezele reglementate de acest text urmând a fi făcută de la caz la caz, sub condiția dovedirii legăturii de cauzalitate între gestionarea defectuoasă și **nerecuperarea creanțelor de conivență cu debitorii**.

Soluția agreată de majoritatea participanților a fost în sensul că nu se poate susține *de plano* că simpla nerecuperare a creanțelor poate fi încadrată în ipoteza evocată la art. 138 alin. (1) lit. a), dar în situații particulare, în care poate fi făcută dovada relei-credințe a administratorului în nerecuperarea creanțelor, sub forma intenției, a vinovăției acestuia, a legăturii de cauzalitate și a complexului de fapte și împrejurări descris în ipoteza de la lit. a) (crearea stării de insolvență etc.), **textul în care se încadrează ipoteza expusă urmează să fie cel de la art. 138 alin. (1) lit. a).**

Pentru a preîntâmpina pe viitor dificultăți de încadrare de natura celor puse în discuție, în cadrul Legii nr. 85/2014 astfel de situații sunt subsumate ipotezei art. 169 lit. h), care reglementează o situație de răspundere patrimonială *sui-generis*, constând în „orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a

debitorului, constatată potrivit prevederilor prezentului titlu”.

F. RĂSPUNDEREA ADMINISTRATORULUI DE FAPT („SHADOW DIRECTORS”)

În ceea ce privește **administratorul de fapt**, acesta este deținătorul „deciziei de afaceri”, în sensul dispoziției art. 144¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990, fiind în egală măsură responsabil pentru aceasta, diferența dintre administratorul de fapt și cel de drept fiind aceea de **publicitate a investiției în funcție**. În noul Cod civil, prin dispozițiile art. 817, se introduce în schimb definiția **administratorului aparent**: „Orice persoană care, având capacitate deplină de exercițiu, creează aparența despre o altă persoană că este administratorul bunurilor sale va fi ținută de toate contractele pe care această din urmă persoană le încheie cu terții de bună-credință”.

În practica judiciară a fost statuat astfel: „Pentru aplicarea dispozițiilor în materia răspunderii, nu este necesar ca investirea în funcție de conducere să fi fost efectuată cu respectarea tuturor formalităților prescrise de lege, dacă în fapt s-au executat atribuțiile acestei funcții. Nu va fi înlăturată aplicarea acestor norme legale chiar dacă investirea administratorului sau cenzorului nu a fost publicată în Monitorul Oficial al României și nu a fost înscrisă în registrul comerțului pentru a produce efecte erga omnes”.

Întrebarea care se ridică este dacă poate coexista răspunderea administratorului de fapt cu cea a administratorului de drept.

La nivel de logică, administratorul de fapt reprezintă însăși negarea exercitării funcției de administrare de către administratorul de drept.

G. RĂSPUNDEREA POATE APARTINE „ORICĂREI ALTE PERSOANE CARE A CONTRIBUIT LA STAREA DE INSOLVENȚĂ”

În aceste condiții, se poate ridica problema finanțatorului, în ipoteza în care acesta asumă interferența în funcția decizională a afacerii, precum și creditorii societari, în ipoteza unui **Standstill-Agreement** eșuat?

În practica bancară recentă s-a observat utilizarea unor tipuri speciale de acorduri, denumite „Standstill-Agreement” („Acord moratoriu”). În esență, acesta reprezintă echivalentul tranzacției extrajudiciare („out-of-court”), diferențele față de procedura mandatului ad-hoc constând în faptul că rolul de conducător al negocierilor nu îl deține mandatarul ad-hoc, ci un creditor bancar, de regulă, cel care deține cea mai mare expunere sau cele mai multe sau mai sigure/stabile (din perspectiva specificului businessului) garanții, precum și că nu există niciun control de legalitate din partea unei instanțe de judecată. În esență, astfel de acorduri conțin următoarele clauze de principiu: (i) suspendarea concursuală, de către toate băncile implicate, a executărilor silite declanșate sau declanșabile față de un debitor; (ii) agreearea unui plan de

restructurare (care poate însemna inclusiv transferul unor active în cadrul grupului sau separarea unor centre de profit, pentru diminuarea pierderilor), pe care debitorul se angajează să-l implementeze într-un anumit termen, etapizat și controlabil de către creditorii; (iii) reeșalonarea finanțărilor acordate de creditorii și, în unele cazuri, restructurarea garanțiilor, mai ales în situația în care acordul se referă la un grup de societăți.

Analizând recomandările și direcțiile de acțiune reglementate de Principiile INSOL International – *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-creditor Workouts*, 2000, rezultă că acest document, care este, la rândul său, soluția-remediu identificată de un grup de experți internaționali în colaborare cu specialiști ai World Bank, Bank of England, British Banker Association și International Bar Association după 5 ani de studii și analize aprofundate, **implementează o serie de opt principii directoare**, de natură a proteja participanții implicați în probleme de dificultate financiară, de multe ori de natură sistemică.

Conform părții introductive a Principiilor, acestea sunt prezentate ca o declarație a celor mai bune practici pentru restructurări financiare complexe, implicând un grad ridicat de dificultate.

Primul principiu recomandă ca, în ipoteza în care un debitor se află într-o situație de dificultate financiară, toți creditorii ar trebui să coopereze pentru a acorda debitorului o perioadă limitată („*Standstill Period*” – „*Perioada de inacțiune*”) pentru obținerea, evaluarea și analiza unor soluții de remediere a crizei.

Al doilea principiu stabilește, în deplină consonanță cu primul principiu, că în această perioadă toți creditorii ar trebui să se abțină de la demararea sau, după caz, continuarea actelor de executare silită, încercând chiar reducerea expunerii financiare – la nivel temporar.

În contrapondere, *al treilea principiu* stabilește pentru debitor obligația ca, în această perioadă acordată de creditorii, să nu efectueze nicio măsură sau acțiune de natură a afecta, de o manieră prejudiciabilă, drepturile de creanță, astfel conservate, ale participanților la acord.

În continuare, *cel de-al patrulea principiu* recomandă stabilirea unui coordonator al restructurărilor financiare colective, de preferință un **specialist experimentat în domeniul restructurărilor**, care va asista creditorii și debitorul în negocierile de restructurare.

Cel de-al cincilea principiu reprezintă, în fapt, o materializare a regulilor de transparentă, deschidere și cooperare pe care trebuie să le respecte debitorul: furnizarea într-un timp rezonabil a tuturor informațiilor considerate relevante, în raport de active, afaceri, perspective de dezvoltare, responsabilități, riscuri, de o asemenea manieră încât evaluarea specialistului desemnat să poată

fi una cu adevărat relevantă, urmând a fi prezentată creditorilor.

Principiul al șaselea atestă că rezultatul acestor analize, evaluări și negocieri urmează a se concretiza într-un Acord, care va propune în mod obligatoriu o dată de implementare (denumită „*Standstill Commencement Date*” – „*Data începerii moratorului*”).

Principiul al șaptelea impune o obligație de confidențialitate în privința rezultatului Acordului, de natură a proteja datele, informațiile și documentele care au stat la baza evaluărilor, pentru a nu afecta poziția în piață a debitorului.

Principiul al optulea stabilește faptul că, în ipoteza în care implementarea acordului extrajudiciar necesită **finanțări suplimentare din partea creditorilor**, în scopul salvării debitorului și a reușitei propunerilor de restructurare, restituirea acestor finanțări să beneficieze de o **ordine privilegiată de îndeplinire**, în comparație cu vechile creanțe acumulate față de alți creditorii.

Întregul mecanism astfel gândit are la bază **rațiunea salvării afacerii**, în cooperare cu creditorii, implicând finanțări suplimentare, dar și **respectarea unor reguli clare, atât din partea debitorilor, cât și a creditorilor, pe principii de echitate, rezonabilitate și având la bază efortul și sprijinul comun de acordare a celei de a doua șanse**.

Note

¹ C. Ap. Alba Iulia, s. com., dec. com. nr. 78 din 22 februarie 2008 – a se vedea <http://www.avocatura.com/speja-214307-comercial-acțiune-pauliană-revocatorie.html>.

² CJUE, Cazul *Deko Marty* – Cauza C-339/07, hotărârea din data de 16 octombrie 2008, p. 6, par. 27.

³ ICCJ, s. com., dec. nr. 549 din 8 februarie 2011.

⁴ C. Ap. Suceava, s. com., cont. adm. fisc., sent. nr. 58 din 3 noiembrie 2009, pronunțată în conflict negativ de competență.

⁵ Trib. București, s. a VII-a civ., sent. civ. nr. 10430 din 29 decembrie 2015, irevocabilă.

⁶ ICCJ, Secțiile Unite, dec. nr. 5 din 19 ianuarie 2009.

⁷ St.D. Căpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 339.

⁸ *Part two: Tratament of assets and commencement of insolvency proceedings*, p. 141, par. 169.

⁹ INSOL International, *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*, 2000, disponibil la: <https://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf>.

¹⁰ W. Wundt, Logik III, *Logik der Geisteswissenschaften*, p. 616, citat în N. Popa.

¹¹ A se vedea, în acest sens, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Part four: Director's obligations in the period approaching insolvency, Chapter I. Background*, p. 5.

¹² Decizia nr. 447/2013 referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

¹³ Trib. Dolj, s. I civ., dec. nr. 859 din 24 octombrie 2014, definitivă.

Chestiuni interpretabile cu privire la planul de reorganizare



Av. Vasile GODÎNCĂ-HERLEA
Președinte UNPIR – Filiala Cluj

Există viață în insolvență? Ne lovim de multe ori de această întrebare în profesia de practician. Răspunsul nostru invariabil este: bineînțeles. Scopul procedurii de insolvență în sine este acordarea unei șanse debitorilor în vederea redresării eficiente și efective a afacerii prin procedura de reorganizare judiciară. În România însă, încadrându-se în tendințele europene, reorganizările nu ocupă un procent semnificativ. Cu toate acestea, observăm o constantă.

În conformitate cu datele furnizate de Uniunea Națională ale Practicienilor în Insolvență din România

(UNPIR), începând cu anul 2012, minimum 5% din totalul procedurilor în lucru sunt proceduri de reorganizare. Variații semnificative s-au înregistrat în cadrul procedurilor de faliment. De asemenea, trebuie să ținem cont de faptul că marea parte a falimentelor sunt aferente societăților care nu dețin bunuri și nu au nicio activitate. În aceste condiții, procentajul poate părea încurajator, dar suntem încă departe de o situație ideală. În plus, nu deținem date oficiale privind rata de succes a acestor companii și modul în care acestea au fost reintegrate în urma reorganizării.

Data	Total dosare în lucru	Observație	Faliment	Reorganizare	% Reorganizări din total proceduri
01.07.2016	25.753	3.773	20.285	1.695	6,59
01.01.2015	33.523	2.936	28.863	1.724	5,24
30.06.2014	29.617	5.088	22.885	1.644	5,55
01.01.2014	29.793	5.024	23.095	1.674	5,62
01.01.2013	30.474	4.921	23.867	1.686	5,53
01.01.2012	29.755	4.191	24.076	1.488	5,00
01.01.2011	27.981	5.374	21.703	904	3,23
01.01.2010	25.421	5.243	19.542	636	2,50
01.01.2009	23.307	2.450	20.451	406	1,74
01.01.2008	22.658	2.612	19.726	320	1,41

Procentul redus al reorganizărilor poate fi atât consecința unor condiții economice prezente, cât și a altor factori externi, care nu pot fi controlați. Există încă o serie de impedimente majore la deschiderea și finalizarea cu succes a unei proceduri de reorganizare, care ar putea fi însă evitate.

Printre acestea se numără:

- accesarea tardivă a procedurii de insolvență;
- numărul redus al specialiștilor capabili să propună un plan viabil;
- interesele/motivațiile divergente ale creditorilor în procedură;
- lipsa unor surse de finanțare.

În plus, nu putem ignora nici lacunele legislative, dar nici jurisprudența divergentă, alt posibil obstacol în confirmarea unui plan de reorganizare.

În cele ce urmează, vom prezenta succint unele situații problematice în elaborarea și confirmarea unui plan de reorganizare. Sunt situații cu care ne întâlnim des în practică, însă care nu sunt reglementate legislativ și care pot reprezenta adevărate obstacole.

Addendum-urile la planul de reorganizare

Ne referim la înregistrarea unor anexe/completări/amendamente la planul de reorganizare propus, după depunerea acestuia, dar anterior votului, prin intermediul cărora se aduc modificări planului propus. În încercarea de a da un răspuns cu privire la legalitatea unor astfel de completări, trebuie avute în vedere prevederile art. 132 din Legea nr. 85/2014, conform căruia termenul pentru a propune un plan de reorganizare este de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe. Iar în conformitate cu prevederile art. 185 C. pr. civ., *când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate.*

Nu putem pierde din vedere nici alin. (5) al art. 139 al Legii nr. 85/2014, conform căruia *modificarea planului de reorganizare, inclusiv prelungirea acestuia se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși o durată totală maximă a derulării planului de 4 ani de la confirmarea inițială.*

Doctrinar, această situație, deși des întâlnită în practică, nu este analizată. Jurisprudențial, s-au conturat cinci soluții:

1. O primă soluție întâlnită și utilizată de o parte semnificativă a instanțelor este confirmarea pur și simplu a planului de reorganizare, fără a pune în discuție *addendum*-ul, natura acestuia și posibilele sancțiuni (*Curtea de Apel Cluj, decizia pronunțată în 19 decembrie 2012*).

2. O altă soluție adoptată de instanțe este confirmarea planului de reorganizare în condițiile în care au fost

respectate în prealabil formalitățile legale, și ne referim aici la condiția publicării în BPI a unui nou anunț, asigurarea unei minime informări a creditorilor cu privire la conținutul modificărilor și existența unui termen rezonabil până la vot (*Curtea de Apel Galați, decizie în 18 octombrie 2011*).

3. Unele instanțe s-au pronunțat în sensul în care e permisă doar o completare la planul de reorganizare, un simplu act de lămurire a elementelor neclare din planul depus inițial. Însă, conform celor reținute în hotărâre, documentul modificat în discuție era programul de plăți (*Curtea de Apel Pitești, decizie din 2 martie 2016*).

4. Alte instanțe consideră a fi imposibilă modificarea unui plan depus anterior confirmării lui, așadar, în cazul în care creditorii au votat planul împreună cu un *addendum* întocmit ulterior termenului legal, instanța a dispus începerea procedurii de faliment (*Tribunalul Dâmbovița, decizie pronunțată în 17 mai 2017*).

5. Situația prezentată este generală, ea poate suferi multe particularizări, spre exemplu, la data adunării creditorilor desfășurate în vederea votării planului de reorganizare, creditorul garantat, deținătorul a 95% din categoria creditorilor garantați a votat aprobarea planului de reorganizare condiționat de includerea în cadrul documentelor a obligațiilor lunare de plată pentru accesorii calculate conform contractelor de credit; față de votul condiționat al creditorului garantat, administratorul judiciar a reluat formalitățile legale și a convocat o nouă adunare generală. Planul de reorganizare, împreună cu *addendum*-ul, a fost aprobat de creditorii și confirmat de instanță (*Curtea de Apel Alba Iulia, decizie pronunțată la 25 septembrie 2013*).

Prima întrebare privește natura termenului de 30 de zile. Doctrina este unanimă în a considera că nerespectarea acestui termen atrage în mod automat sancțiunea decăderii, așadar, în mod corect, nedepunerea unui plan va rezulta în decăderea părților din acest drept și deschiderea procedurii de faliment.

Suntem însă în această situație? În urma analizării jurisprudenței în domeniu, considerăm că instanțele analizează chestiunea *addendum*-ului dintr-un alt punct de vedere, subliniind că a fost depus un plan de reorganizare în termen. Așadar, acestea pun accentul mai degrabă pe posibilitatea modificării unui plan de reorganizare anterior depunerii acestuia, efectuând o analiză corespunzătoare art. 139 din Legea nr. 85/2014.

Însă, prin depunerea unui *addendum* nu intrăm sub incidența prevederilor art. 139 alin. (5) – modificarea planului de reorganizare, inclusiv prelungirea acestuia se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși o durată totală maximă a derulării planului de 4 ani de la confirmarea inițială.

Neavând un articol expres contrar, jurisprudența este preponderent înclinată spre a confirma planul cu toate că acesta a fost modificat printr-un *addendum*, sub condiția

ca interesele creditorilor participanți la procedură să nu fi fost lezate.

Ne raliem acestei poziții și considerăm că, pentru a fi respectate drepturile creditorilor, trebuie refăcute formalitățile de convocare a adunării creditorilor, trebuie asigurată informarea creditorilor cu privire la conținutul modificărilor și trebuie asigurat un termen rezonabil până la vot.

Fuziunea și divizarea

O altă situație destul de comun întâlnită, dar care dă naștere unor întrebări rămase fără răspuns din punctul nostru de vedere, este aceea a divizării și fuziunii prevăzute în cadrul planului de reorganizare. Sunt necesare mecanisme de compatibilizare a procedurii de reorganizare cu procedura fuziunii? La ce ne referim aici?

Apreciem ca fiind evidente existența și necesitatea unor aspecte care derogă de la legislația specială în materie, și anume Legea nr. 31/1990, chiar dacă aceste derogări nu sunt prevăzute expres. Câteva exemple¹ în acest sens:

– Nu este necesară aprobarea fuziunii de către AGEA debitoarei, deoarece această operațiune se înscrie în planul de reorganizare aprobat de creditorii. În completare, am putea face aici o discuție și o diferențiere în funcție de propunător, în sensul în care noi considerăm că în cazul planului depus de debitor e necesară aprobarea AGEA, iar în cazul creditorilor și a administratorului judiciar nu e necesară o AGEA².

– Nu este necesară întocmirea unui proiect de fuziune separat, acesta fiind în schimb cuprins în planul de reorganizare.

– Nu există posibilitatea formulării de opoziții de către creditorii, aceștia putându-și valorifica drepturile doar în cadrul procedurii insolvenței, putând contesta în condițiile legii insolvenței. Chiar și în lipsa unui vot pozitiv, în cazul în care planul este aprobat conform legii și confirmat de judecătorul-sindic, fuziunea devine opozabilă tuturor creditorilor.

Ce anume preia societatea absorbantă în cazul unei fuziuni? Avem următoarea speță, corect soluționată din punctul nostru de vedere: în noiembrie 2007, X SRL, în insolvență, este absorbită în cadrul planului de reorganizare de Y SRL. Procedura se încheie, deoarece X SRL nu mai avea capacitate de folosință, ca efect al fuziunii. Y SRL preia programul de plată al X SRL. Ulterior, ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor din programul de plată, s-a deschis procedura insolvenței față de Y SRL. Creditorul Z, creditor al defunctei X SRL și ulterior Y SRL prin preluare, a cerut ca, pe lângă debitul principal, să îi fie recunoscute și accesoriile. Instanța a considerat că „societatea absorbantă nu se subrogă în toate drepturile și obligațiile contractuale ale societății absorbite... Drepturile și obligațiile sunt cele prevăzute în planul de reorganizare, respectiv intimata avea obligația de a efectua

plățile potrivit graficului cuprins la pct. 6.2. din plan” (C. Ap. București, s. a V-a com., dec. com. nr. 1129 din 22 iunie 2011).

Lipsa posibilității de a formula o opoziție ni se pare cel mai problematic și discutabil aspect. Să luăm următorul caz practic: planul de reorganizare al unei societăți în insolvență este aprobat de creditorii în condițiile legale și confirmat de judecător. Acesta prevede fuziunea prin absorbție a debitoarei de către o societate din afara procedurii de insolvență. Creditorii pot evident contesta în condițiile legii insolvenței procedura, însă de la data de efect, debitoarea își încetează existența, iar creditorii se trezesc brusc în afara unei proceduri de insolvență, creditorii ai unei noi societăți – societatea absorbantă.

În această situație, ce se întâmplă în cazul în care societatea absorbantă nu își respectă obligațiile? În cazul procedurii de insolvență existau pârghii – aceasta era supravegheată de administratorul judiciar, puteau cere deschiderea procedurii de faliment etc. În schimb, în acest caz, singura posibilitate legală a creditorilor este să parcurgă din nou o procedură execuțională/de insolvență.

Așadar, apreciem că această situație a fuziunii prin planul de reorganizare este de natură să producă prejudicii creditorilor și, prin urmare, ar trebui implementate în procedura insolvenței mecanisme de compatibilizare a acestor două proceduri în ceea ce privește protecția creditorilor. O propunere *de lege ferenda* în acest sens ar fi aprobarea planului de reorganizare, în cazul fuziunii, de toate categoriile de creditorii.

Lucrurile se complică când discutăm despre divizare în cadrul planului de reorganizare. În privința derogărilor, se aplică cele discutate anterior pentru fuziune. De asemenea, este prevăzut expres faptul că nu se aplică art. 241¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990, conform căruia, în ipoteza în care un creditor nu a obținut realizarea creanței sale de la societatea căreia îi este repartizată creanța prin divizare, toate societățile participante răspund solidar.

Astfel, în funcție de repartizarea creanțelor unor creditorii în societăți diferite în urma divizării, creanța unui anumit creditor ar putea să fie achitată cu ușurință, în timp ce creanța altui creditor ar putea fi amânată la nesfârșit, cel din urmă văzându-se nevoit să parcurgă o procedură de insolvență.

Doctrinar³, această excludere a aplicării art. 241¹ din Legea nr. 31/1990 determină analiza divizării ca fiind incompatibilă, deoarece nu sunt respectate următoarele principii ale insolvenței:

- Asigurarea unui tratament egal al creditorilor de același rang
- Asigurarea unui grad ridicat de transparență și previzibilitate în procedură
- Recunoașterea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor, având la bază un set de reguli clar determinate și uniform aplicabile

➤ Fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament egal între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment

O altă chestiune sensibilă comună atât divizării, cât și fuziunii este aferența verificării legalității și viabilității planului de reorganizare, verificare întreprinsă de judecător în momentul confirmării. Ar trebui ca această verificare să includă și solvabilitatea/capacitatea economică a societății absorbante? Acest aspect devine deosebit de important în condițiile în care fuziunea și divizarea au potențialul de a produce prejudicii creditorilor prin imprevizibilitatea crescândă (odată cu ieșirea din procedură de insolvență) și prin pierderea pârghiilor specifice legii insolvenței. Din aceste motive, considerăm că verificarea judecătorului ar trebui să se extindă și asupra solvabilității societății absorbante.

Nu trebuie să ignorăm însă alte aspecte practice care se pot dovedi cel puțin la fel de problematice: cum împărțim activele și pasivele care se transmit între societăți, respectiv care rămân în societatea divizată. În opinia noastră, ar trebui ca acestea să fie echivalente și trebuie ținut cont de garanțiile care însoțesc acele creanțe. Astfel, ar trebui ca o creanță garantată să se transfere împreună cu garanția aferentă către aceeași societate⁴.

Se nasc însă și aici nenumărate întrebări: În ce cuantum se transferă pasivul? Putem transmite doar o parte a creditorilor garantați (creanțele lor împreună cu garanții) către o societate absorbantă sau trebuie să transmitem o întreagă categorie? Am putea transmite doar categoria creditorilor bugetari? Cum apreciem respectarea planului de reorganizare? Din analiza noastră, la acest moment, aspectele sesizate nu au fost tratate în doctrină/practica judiciară.

Finanțare

Un alt posibil aspect problematic este cel al finanțării prin planul de reorganizare. Tratăm aici și analiza extinsă a judecătorului în verificarea legalității și viabilității planului. Orice plan trebuie să prevadă metodele de finanțare – fie că discutăm despre finanțare bancară, credit comercial, vânzarea activelor excedentare sau atragerea unui investitor.

Să luăm exemplul concret al unui investitor: este suficientă simplă mențiune a acestuia în cadrul planului? Sau e necesară includerea unei oferte ferme din partea investitorului, respectiv o analiză a capacității lui economice?

Curtea de Apel București, prin decizia din 11 mai 2016, subliniază următoarele: *Prin plan se prevede că singura posibilitate de reorganizare este fuziunea cu infuzie de capital; cu toate acestea, nu există o minimă documentație referitoare la finanțare. Anexat planului de reorganizare nu există nicio ofertă din partea*

finanțatorului sau un acord scris din care să rezulte că acesta este dispus să înainteze sumele de bani necesare în vederea reorganizării.

Tot Curtea de Apel București, prin decizia din 21 martie 2014, precizează următoarele: *dovadă certă a viabilității planului, plătinându-se prin acest contract jumătate din suma specificată în plan ca fiind necesară pentru asigurarea redresării societății debitoare; că, de asemenea, a avut în vedere situația concretă a debitoarei, aceasta fiind o societate în funcțiune, cu un număr mare de angajați, prin continuarea activității și finanțarea acesteia conform contractului depus la dosar, asigurându-se plata salariilor și păstrarea locurilor de muncă ale acestora.*

Pe de altă parte, Curtea de Apel Cluj, prin decizia sa din 25 ianuarie 2017, împărtășește o altă opinie conform căreia nu ar trebui să analizăm aspecte ulterioare care țin de aplicarea planului de reorganizare. În aceeași speță, specialistul numit considera că planul de reorganizare întocmit are un caracter nerealist, sortit eșecului după o perioadă foarte scurtă de timp: *Reținând aceste argumente, Curtea relevă însă că opinia specialistului nu a fost argumentată în sensul neprecizării intervalului de timp în care societatea va intra în procedura de faliment și ceea ce este esențial este faptul că împrejurările invocate sunt aspecte care țin de modalitatea de punere în aplicare a planului de reorganizare, toate acestea fiind împrejurări ulterioare unei eventuale confirmări și care nu se impun a fi analizate la momentul confirmării planului de reorganizare. Cu alte cuvinte, intervenția judecătorului-sindic peste controlul de oportunitate în condițiile unui plan legal este nepermis, singurii în măsură să exercite acest control sub aspectul oportunității fiind creditorii.*

Ne raliem în totalitate opiniei instanței de la Cluj, nu doar pentru motivele invocate în decizie, ci și pentru considerații de confidențialitate. O ofertă fermă din partea unui investitor, inclusă în planul de reorganizare, ar însemna divulgarea unei strategii de business concurențelor. Suplimentar, în acest caz, creditorii își păstrează pârghiile specifice legii insolvenței, spre deosebire de situația divizării/fuziunii.

Categoria indispensabililor

Din această cutie a Pandorei, subliniem unele aspecte referitoare la categoria creditorilor indispensabili, categorie specială de creanțe, care conferă titularului dreptului un anumit regim juridic, putând constitui un avantaj la momentul votării planului de reorganizare, prin formarea unei categorii distincte de vot⁵.

În practică, acesta este unul dintre cele mai controversate aspecte. O opinie jurisprudențială larg răspândită este aceea a creării abuzive a acestei categorii doar din considerente de vot: *Condiția esențială impusă de normele expuse este ca furnizorul să nu poată fi înlocuit,*

cu alte cuvinte, să aibă dubla calitate de creditor ce furnizează servicii și totodată de creditor indispensabil, în lipsa căruia activitatea debitorului și, pe cale de consecință, derularea planului nu este posibilă. Fără îndoială, legea permite ca prin plan să fie desemnată o atare categorie de creanțe chirografare, însă ea trebuie confirmată de administratorul judiciar numai dacă justifică faptul că într-adevăr furnizorul este un creditor indispensabil și care nu ar putea fi înlocuit, cum legal a reținut și judecătorul-sindic.

În speță, lista inițială a creditorilor indispensabili nu a fost confirmată, ca apoi, după o perioadă îndelungată, de un an, să fie confirmată o nouă listă cu preinși furnizori indispensabili, fără nicio justificare din partea administratorului judiciar, de unde concluzia că a fost creată doar în scopul votării planului de reorganizare, și nu sub cuvânt că ar fi indispensabili, contrar prevederilor art. 96 din Lege. Este real că un creditor din această categorie poate fi înlocuit, după cum categoria poate fi constituită prin plan în funcție de circumstanțele fiecărui debitor, cum se susține în recurs, însă ea trebuie constituită legal, desemnarea trebuind să fie justificată de caracterul indispensabil al serviciilor furnizate și față de care debitoarea devine captivă, or, o asemenea justificare nu există, mai ales că înlocuirea a avut loc după trecerea unui an de la data când s-au depus documentele prevăzute de art. 28 din Lege, de unde reiese caracterul artificial al constituirii acestei categorii în compunerea existentă, cum corect a reținut, pe larg, și judecătorul-sindic, a cărui hotărâre sub acest aspect este motivată corespunzător în fapt și în drept⁶.

Soluția este parțial criticabilă. Nu considerăm că simplul fapt al modificării listei furnizorilor indispensabili înseamnă automat că lista a fost creată doar în scopul votării, prezumându-se din start o rea-credință. Din contră, considerăm că în măsura în care aceștia sunt furnizori indispensabili, modificarea listei poate fi cauzată de modificarea/extinderea activității debitoarei și, astfel, nouă listă ar răspunde adecvat cerințelor legale.

O altă chestiune contestată a fost formalizarea confirmării de administratorul judiciar a listei creditorilor indispensabili. Într-o hotărâre, Tribunalul Cluj s-a pronunțat în felul următor: *Aplicarea unei semnături indescifrabile în colțul drept al primei pagini din anexa ce cuprinde lista acestor creditori nu poate fi asimilată în niciun caz unei confirmări (...). Deși Legea nu prevede în mod expres, actul de confirmare este o manifestare de voință de sine stătătoare ce trebuie să emane de la administratorul judiciar și să fie însoțită de o notă de fundamentare din care să rezulte îndeplinirea celor două*

condiții cumulative impuse de art. 96 din Legea nr. 85/2006.

Curtea de Apel Cluj, prin decizia din 7 februarie 2011, se pronunță însă contrar: *Opinia instanței cum că această confirmare ar trebui însoțită de o notă de fundamentare nu are niciun suport legal, atât timp cât niciun text de lege nu prevede o asemenea cerință. Astfel, se apreciază că este suficientă manifestarea de voință a reprezentantului administratorului judiciar, manifestare care a putut fi constatată în mod nemijlocit de instanță, fiind exprimată în cadrul oficial al ședinței de judecată.*

Iar ca răspuns la opinia judecătorului din fond conform căruia niciunul dintre creditorii incluși pe lista de la anexa 6 a planului de reorganizare nu este de neînlocuit, iar activitatea propusă a se derula prin planul de reorganizare se poate desfășura și fără participarea acestor creditori (...), constată că această apreciere este eronată. În realitate, modalitatea instanței de a interpreta acest text legal duce la imposibilitatea creării unei asemenea grupe de creditori, având în vedere că, la nivel teoretic, nu există furnizor care să nu poată fi înlocuit în condițiile unei piețe libere: chiar și energia electrică poate fi produsă în regie proprie prin panouri fotovoltaice sau achiziționată de la un alt furnizor, întrucât SC Electrica Furnizare Transilvania Nord SA nu mai are monopol.

Și de această dată ne raliem în totalitate opiniei judecătorilor de la Cluj în ceea ce privește analiza lor rațională a confirmării listei categoriei creditorilor indispensabili. Considerăm, asemeni lor, că ar trebui să primeze fondul/voința administratorului judiciar, și nu forma pe care o îmbracă această confirmare.

În concluzie, procentajul încurajator al procedurilor de reorganizare este doar aparent. Există numeroase aspect problematice alimentate de lipsa reglementării și de jurisprudența contrară, care pot constitui adevărate piedici în confirmarea unui plan de reorganizare.

Note

¹ R. Bufan (coordonator), *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 623.

² Pentru opinie contrară, a se vedea R. Bufan (coordonator), *op. cit.*, p. 623.

³ S. Golub, *Divizarea parțială a societății în insolvență în cadrul planului de reorganizare*, articol disponibil pe <https://www.universuljuridic.ro/divizarea-partiala-a-societatii-in-insolventa-in-cadrul-planului-de-reorganizare/>.

⁴ R. Bufan (coordonator), *op. cit.*, p. 624.

⁵ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, *Compatibilitatea dintre Legea nr. 85/2014 și alte legi speciale*, în Phoenix nr. 55.

⁶ C. Ap. Brașov, dec. nr. 737 din 16 iunie 2014, în dosarul nr. 8437/62/2012.

Unele considerații privind vânzarea bunurilor în cadrul procedurii de faliment



Prof. univ. dr. Radu BUFAN
Facultatea de Drept, Universitatea
de Vest din Timișoara

Practica procedurilor falimentare a relevat o serie de dificultăți legate de procedurile de vânzare a bunurilor – mobile și imobile – ale debitorilor aflați în procedura de faliment.

Aceste dificultăți își au originea în lipsa de claritate a dispozițiilor legale aplicabile și, într-o oarecare măsură, și în situația economică concretă, caracterizată printr-o abundență de oferte de bunuri industriale și agricole pentru care nu există cerere.

Formalismul excesiv impus de reglementarea legală duce adesea la blocaje ale procedurii și prelungirea, uneori cu ani de zile, a acesteia. Deși modalitatea de valorificare a activelor este/ar trebui decisă de creditorii, în orice formă pe care aceștia ar accepta-o, reglementările proprii ale fiecărei categorii de creditorii (bănci, instituții de stat etc.) împiedică luarea unor decizii adecvate specificului bunurilor scoase la vânzare, impunând în multe situații fie o anumită modalitate de vânzare (de regulă, licitația), fie menținerea pentru mai multe luni a unui anumit preț de pornire al licitațiilor, chiar dacă devine evident faptul că nu există niciun interes real pe piața de achiziționare a bunurilor la respectiva valoare.

De asemenea, chiar dacă prevederea art. 117 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 nu își găsește un corespondent expres în actuala reglementare [cu excepția vânzării urgente instituite de art. 153 alin. (3)], sunt puține cazurile în care creditorii acceptă inițierea demersurilor de vânzare la un preț inferior valorii de evaluare, chiar dacă



Av. dr. Florentina FOLEA
Facultatea de Drept, Universitatea
de Vest din Timișoara

uneori decalarea termenului dintre momentul evaluării și cel al vânzării efective este de natură să conducă la diminuarea valorii de piață, în special în cazul bunurilor pentru care nu se asigură o pază adecvată.

1. Proceduri preliminare

1.1. Inventarierea bunurilor

Operațiunea de inventariere prezintă unele caracteristici în insolvență și mai ales în faliment, care sunt de natură a crea dificultăți persoanelor din echipa practicianului în insolvență.

În întreprinderile care au fost forțate să-și restrângă activitatea, multe bunuri au fost descompletate pentru a furniza piese de schimb celor active, fără ca aceste evenimente să fi fost menționate în registrele de evidență, astfel încât, deși ele figurează ca fiind complete, la o examinare atentă putem constata că a rămas doar carcasa, fiind extrase componentele interne. Apoi, o serie de bunuri sunt defecte, fără a se putea stabili amploarea defecțiunilor în lipsa unei expertize tehnice. De asemenea, o parte dintre bunuri pot exista doar în evidențele contabile, fiind casate *de facto* sau înlocuite cu altele aparent identice, în special la echipamentele care evoluează tehnic rapid (de exemplu, echipamentele IT).

Starea fizică evident degradată a acestor bunuri poate fi surprinsă pe înregistrări video, fotografii, însă

consemnarea sa în documente este deseori foarte dificilă, putându-se ajunge la aprecieri globale asupra proporției în care acestea sunt „întregi”.

Acesta este motivul pentru care în practică se ajunge la utilizarea unor termeni diferiți, de genul: *dezafectat, defect, depreciat, descompletat, degradat, deteriorat* etc., termeni imprecizi care nu pot ajuta evaluatorul în continuare pentru a stabili un preț de pornire a vânzării.

Situația este cu atât mai gravă cu cât în multe societăți nu mai exista gestionari în sensul Legii nr. 22/1969, astfel încât răspunderea pentru degradarea bunurilor se deplasează către administratorii sociali.

1.2. Evaluarea bunurilor

În materie de evaluare, aparent situația este clară, în sensul în care este acceptat ca evaluatorii membri ANEVAR aplică standarde de evaluare conforme standardelor internaționale. Părțile care participă la procedură au însă, de regulă, anumite așteptări de la raportul de evaluare, respectiv ca acesta să le indice o anumită valoare, o sumă precisă și fixă. Aplicarea standardelor de evaluare nu este însă o operațiune de precizie „chirurgicală”, deoarece depinde de datele și informațiile avute la îndemână de către evaluator, dar și de subiectivismul acestuia, prin subiectivism înțelegând experiența sa, formarea sa de bază etc. Ca rezultat, putem avea pentru același bun două rapoarte de evaluare care ajung la valori sensibil diferite, ambele respectând standardele de evaluare.

În acest context, rezultă că raportul de evaluare constituie doar o indicație, o bază de plecare pentru organizarea valorificării bunului, esențial fiind ca respectiva procedură de valorificare să fie concepută și condusă de o manieră care să ofere posibilitatea obținerii celui mai bun preț în condițiile date ale pieței.

2. Vânzarea bunurilor

Dispozițiile legale incidente în aceste materii par aparent identice, stabile în timp, însă un observator atent ar putea sesiza anumite diferențe de redactare între diferitele variante succesive ale reglementării, care pot avea influență covârșitoare asupra regimului juridic aplicabil.

La data de referință de 15 septembrie 2017, principalele dispoziții din Legea nr. 85/2014 au următoarea formulare:

Art. 154:

1. Lichidarea bunurilor din averea debitorului va fi efectuată de lichidatorul judiciar sub controlul judecătorului-sindic

Evident că ne putem întreba ce înseamnă *controlul judecătorului-sindic*. Raportat la „economia legii”, respectiv la art. 45, care conturează atribuțiile judecătorului-sindic, identificăm în principal un control de legalitate menit să asigure respectarea procedurii.

În continuare, ne întrebăm dacă există mijloace de control eficiente (altele decât „*common sense*”) într-o reglementare care descrie o procedură caracterizată prin adjective.

Ca principiu, *Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative* nu încurajează folosirea de adjective, impunând un limbaj „clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce”, iar „forma și estetica exprimării nu trebuie să prejudicieze stilul juridic, precizia și claritatea dispozițiilor” [art. 8 alin. (4)].

Din păcate, *Legea nr. 85/2014* abundă în astfel de utilizări, care pot fi folosite pentru a pune în cauză acțiunile practicianului.

Astfel, la alin. (1) teza a doua se precizează că „*Lichidatorul judiciar va face toate demersurile de expunere pe piață, într-o formă adecvată, a acestora, cheltuielile de publicitate fiind suportate din averea debitorului*”. Această formulare este identică cu cea din art. 116 alin. (1) din *Legea nr. 85/2006*.

În primul rând trebuie clarificat ce înseamnă „*toate demersurile*”. Este vorba despre toate demersurile posibile sau doar cele pe care practicianul le consideră eficiente/necesare raportat la speța concretă? Ducând raționamentul la absurd, niciodată nu se vor putea face toate demersurile, ci doar unele demersuri, în funcție de mărimea și valoarea bunurilor, de clientela posibilă, de situația geografică etc., astfel încât „*toate*” demersurile reprezintă de fapt „*unele*” demersuri. În caz contrar, *ad absurdum*, nu vom putea respecta niciodată legea.

În concluzie, nu se poate stabili *in abstracto* în ce fel de mijloace media se face publicitatea: locale, naționale, internaționale, ci doar funcție de situația concretă, de specificul bunurilor ce formează obiectul vânzării.

În ipoteza destul de frecventă în care debitorul nu deține fondurile necesare pentru efectuarea publicității *adecvate*, trebuie practicianul sau creditorii să avanseze banii? Deși în mod firesc aceste sume ar trebui să fie avansate de creditori, acestea beneficiind de regimul cheltuielilor de administrare și conservare, în practică nu se întâmplă așa, ceea ce constituie o deficiență de reglementare necesar a fi îndreptată.

Ca bună practică, considerăm că este întotdeauna recomandată trimiterea de scrisori/e-mailuri de invitație la cumpărare și/sau supraofertare tuturor celor care au fost în trecutul recent interesați de respectivul bun, cel puțin imediat după ce se încheie un precontract.

Se mai pune întrebarea ce înseamnă exact „*formă adecvată*” și cine decide care este forma adecvată a expunerii pe piață. Este necesară și utilă publicitatea prin bannere, anunțuri la mica/marea publicitate, afișare stradală, postare pe internet, reviste și site-uri de specialitate? Răspunsul este cumva indirect: dacă nu practicianul în insolvență, atunci cine altul ar putea decide aceste criterii?

Nici *Legea nr. 64/1995*, la art. 98 alin. (1), nu a fost ferită de adjective, dispunând astfel:

„*În toate cazurile de lichidare judiciară, bunurile din averea debitorului vor fi lichidate cât mai avantajos și cât*

mai repede. Dacă activitatea comercială a debitorului a fost continuată în timpul procedurii, bunurile folosite pentru acea activitate vor fi vândute la timpul cel mai potrivit pentru a se obține prețul maxim din vânzarea lor”.

Observăm că după „cât mai repede” și „cât mai avantajos” se revine, în ipoteza continuării activității, la „timpul cel mai potrivit pentru a se obține prețul maxim”.

Era aceasta o opțiune corectă? Întotdeauna este bine să vindem cât mai avantajos, dar condiția cumulativă „cât mai repede” nu numai că nu poate fi întotdeauna respectată, ci este de natură să creeze și dificultăți practice.

În ceea ce privește „timpul potrivit”, considerăm că nu există prognoze suficient de sigure care să indice variațiile viitoare de preț ale tuturor tipurilor de bunuri.

În concluzie, este bine că s-a renunțat la cerințe formulate foarte general, tot prin adjective, dar reglementarea poate fi în continuare îmbunătățită.

De asemenea, art. 154 dispune la alin. (2) că tipul de vânzare a bunurilor, respectiv licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două, și regulamentul de vânzare corespunzător modalității de vânzare pentru care se optează sunt aprobate de adunarea creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului judiciar.

2.1. Tipurile de vânzare

A. Licităția publică

În conștiința publică există o concepție adânc înrădăcinată conform căreia vânzarea prin licitație publică oferă întotdeauna un preț mai bun, deoarece vânzarea este deschisă și la ea poate participa orice persoană interesată, însă practica nu a confirmat această ipoteză în toate cazurile.

Considerăm că originea acestui text provine din Legea nr. 31/1990 a societăților, fiind împrumutat de la lichidarea voluntară.

Astfel, până în 2007, art. 255 lit. c) din Legea nr. 31/1990 prevedea obligația lichidatorului (voluntar) „să vândă, prin licitație publică, imobilele și orice avere mobilă a societății; vânzarea bunurilor nu se va putea face în bloc”. Acest text nu reprezenta altceva decât expresia aceleiași prezumții colective care consideră că bunurile trebuie vândute nu doar exclusiv prin licitație publică, dar și *ut singuli*.

Forma actuală a art. 255 lit. c) din Legea nr. 31/1990 are următorul cuprins: „să vândă, prin licitație publică, imobilele și orice avere mobilă a societății”, ceea ce înseamnă că acestea se pot vinde și în bloc.

Vânzarea la licitație publică este considerată a priori cea mai transparentă, de natură a oferi posibilitatea de a obține cel mai bun preț; la bunurile complexe și de valori mari însă, la care este posibil să nu existe decât un singur client interesat, aceste premise nu se verifică. Licităția nu este adecvată la active/subansambluri de valoare mare, care nu sunt „fungibile”, fiecare terț interesat căutând o alcătuire diferită; nu sunt, de regulă,

mulți concurenți în așa fel încât să se nască o competiție reală de preț.

Un alt dezavantaj este acela că, dacă cumpărătorul este din branșă, acesta trebuie să obțină avizul favorabil din partea Consiliului Concurenței, iar procedurile legale în acest domeniu se dovedesc a fi de durată, ceea ce este de natură a afecta condițiile și termenii stricți ai adjudecării în cadrul licitației publice.

O altă chestiune importantă este cea a condițiilor prealabile care pot fi puse pentru a nu bloca accesul la licitație, dar a asigura totodată și bonitatea celor acceptați. Deși recomandăm solicitarea a cât mai puține documente, totuși, va fi necesară pentru participarea la licitație o scrisoare de garanție, actele de identitate, împuternicirea specială etc., dar nu și certificatul de atestare fiscală al licitantului (adeverința că nu are datorii la fisc).

Se mai pune întrebarea cât de publică este licitația. Recomandăm ca la aceasta să fie admis un reprezentant al creditorilor desemnat de aceștia, care să păstreze confidențialitatea informațiilor preliminare.

B. Vânzarea prin negociere directă

Art. 154 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 dispune că tipurile de vânzare a bunurilor sunt „licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două”.

Combinația are în vedere negocierea directă urmată de o procedură de supraofertare, care poate conduce la maximizarea prețului obținut prin negociere directă. În cazul licitației însă, apreciem că nu mai există posibilitatea ca după adjudecarea la licitație să se treacă la negocieri.

Așa cum s-a arătat în diverse opinii susținute de către practicieni sub imperiul actualei, dar și a vechilor reglementări, vânzarea prin negociere directă oferă o serie de avantaje atunci când este aplicată. Aceasta este recomandabilă cu precădere în cazul bunurilor de valoare mare, cu structură complexă, cu privire la care nu există multe părți interesate care să poată susține financiar achiziția, astfel încât există riscul ca la licitație să se prezinte un singur ofertant.

De regulă, mai ales în contextul actual în care orice contact direct între practician și cumpărător este suspectat de fraudă, negocierea directă trebuie desfășurată cu acordul creditorilor și eventual în prezența unui delegat al comitetului creditorilor.

În negocierile directe se poate invoca întotdeauna de către vânzător existența unei oferte superioare primite de la un terț pentru a crește prețul. Apoi, se poate verifica direct bonitatea fiecărui cumpărător, capacitatea sa de a duce la bun sfârșit tranzacția.

La bunurile foarte complexe (de exemplu, un combinat cu mai multe uzine) este posibil ca diferiți cumpărători să fie interesați doar de diferite componente ale acestuia, astfel încât nici nu se poate organiza o licitație, pentru că se vând combinații diferite de bunuri. În această ipoteză, practicianul va încerca să promoveze discuțiile

cu cel interesat să achiziționeze cât mai multe părți componente și să găsească cumpărători și pentru părțile neofertate.

Totodată, în cazul acestor bunuri, apreciem ca fiind posibilă inclusiv negocierea unei tranzacții de tipul „hire-purchase”, respectiv închirierea bunurilor pentru o perioadă de 1-3 ani cu opțiune de cumpărare, urmând ca la exercitarea opțiunii o parte a chiriei plătite să fie considerată ca reprezentând parte din preț. Această opțiune prezintă un vădit interes pentru cumpărătorul care, pe de o parte, nu va indisponibiliza bani în active, ci îi va putea utiliza pentru dezvoltarea afacerii, iar, pe de altă parte, poate „cunoaște” mai bine activul, îi poate sesiza eventualele vicii ascunse. Din perspectiva vânzătorului, această variantă de închiriere – vânzare asigură acoperirea costurilor fixe (pază, impozite, utilități), în contextul menținerii unui activ funcțional, operațional. Desigur că supravegherea de către administratorul judiciar a modalității de respectare a obligațiilor asumate de chiriaș se impune a fi realizată în mod permanent, corespunzător, solicitându-se chiriașului garanții pentru lipsuri, deteriorări etc. ale bunurilor, neplata utilităților etc.

În toate ipotezele de vânzare reglementate în prezent – licitație publică sau negociere directă – considerăm ca bună practică faptul că nu se vinde pe credit, iar bunul nu se predă cumpărătorului decât după achitarea integrală a prețului.

2.2. Vânzarea ut singuli, ca subansamblu funcțional sau în bloc

Din coroborarea alin. (2) și alin. (3) ale art. 154 al Legii nr. 85/2014 rezultă că legea se referă în mod explicit la aceste trei variante de grupare a bunurilor în vederea vânzării.

Legea nu reglementează vânzarea unor „pachete” de stocuri, care se vând „cu grămada”, aceasta constituind o specie diferită, dar des întâlnită în practică; am putea susține că aceasta este în fapt reglementată de dispozițiile Codului civil, care completează corespunzător, în măsură compatibilității, normele speciale ale Legii insolvenței.

Scopul vânzării ca *subansamblu funcțional* este evident obținerea unui preț mai mare decât cel care s-ar putea obține vânzând bunurile cu bucată, deoarece cumpărătorul, deși achiziționează active, are în vedere valoarea afacerii și evită cheltuieli suplimentare de montaj, reglare etc.

În ceea ce privește definirea subansamblului funcțional, de ajutor sunt definițiile date în dreptul UE ramurii de activitate, preluate și de legiuitorul nostru la art. 32 alin. (2) C. fisc.: ramura de activitate este „totalitatea activelor și pasivelor unei diviziuni dintr-o societate care, din punct de vedere organizatoric, constituie o activitate independentă, adică o entitate capabilă să funcționeze prin propriile mijloace”.

Problemele ce apar la definirea subansamblurilor funcționale sunt, de regulă, de natură juridică, atunci când trebuie făcute dezmembrări de terenuri, trebuie rezolvată problema căilor de acces, gospodăririi în comun a rețelei de utilități etc.

Deoarece în practica fiscală au existat numeroase cazuri în care a fost pus în discuție dreptul de a vinde astfel de subansambluri funcționale fără TVA, legiuitorul a prevăzut în mod expres că această operațiune poate fi considerată transfer de active în sensul Codului fiscal, referirile din Lege la art. 128 alin. (7) C. fisc. 2003 fiind înlocuite în prezent cu trimiterea la art. 270 alin. (7) C. fisc. 2016.

În ceea ce privește caracterul „funcțional” al activelor/bunurilor supuse vânzării, norma instituită de art. 227 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 31/1990 coroborată cu art. 233 alin. (2) din aceeași lege și cu art. 151 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 instituie interdicția efectuării de noi operațiuni comerciale odată cu dizolvarea societății la deschiderea falimentului și, respectiv, pe cea a punerii sub sigiliu a tuturor incintelor și bunurilor aparținând debitorului insolvent.

Apreciem că aplicarea normelor mai sus enunțate este de natură să genereze, de regulă, mai multe dezavantaje decât beneficii, astfel încât o modificare legislativă viitoare în această materie ar fi recomandabilă. Astfel, pe de o parte, costurile de conservare și pază sunt de regulă însemnate, iar în numeroase proceduri creditorii refuză avansarea acestor sume până la vânzarea bunurilor, în ciuda priorității instituite de lege la recuperarea respectivelor sume. Pe de altă parte, momentul deschiderii falimentului poate găsi societatea debitoare pe deplin operațională din punct de vedere tehnic, astfel încât continuarea activității conform obiectului de activitate (de exemplu, producție), inclusiv prin semnarea de noi contracte, poate aduce un supliment de venituri în procedură, de natură a contribui la acoperirea cheltuielilor de procedură, aspect desigur favorabil tuturor participanților la procedură.

Creanțele curente și creanțele istorice. Un alt fel de comparație



Av. Bogdan BITER

Practician în insolvență, expert evaluator

Am încercat să supun atenției și discuțiilor o chestiune care, deși în aparență nu prezintă o structură complexă, în practică a favorizat numeroase discuții în instanță și numeroase confuzii în înțelegerea sau acceptarea de către părți a drepturilor pe care le dețin, dar mai ales întinderea acestora.

În principiu, subiectul este dezvoltat pe o simplă catalogare a creanțelor din cadrul unei proceduri de insolvență și a deținătorilor acestora (creditorii) în funcție de un singur criteriu.

Acest criteriu este TIMPUL. Mai exact, MOMENTUL la care se nasc drepturile de creanță în funcție de un singur moment esențial: deschiderea procedurii.

Mergând mai departe și aplicând aceste elemente simple, obținem o împărțire dihotomică a creanțelor și creditorilor. În mod firesc, acestea se clasifică astfel:

1. Creanțe născute înainte de deschiderea procedurii, numite și creanțe istorice. Evident, legea clasifică aceste creanțe istorice în alte nouă categorii (art. 161 din Legea nr. 85/2014), dar aceasta nu face obiectul cercetării noastre.

În mod obligatoriu, deținătorul unor creanțe este prin puterea Legii nr. 85/2014 ceea ce la art. 5 pct. 19 se definește foarte clar: „creditor îndreptățit să participe la procedură”:

„Creditor îndreptățit să participe la procedură este acel titular al unui drept de creanță asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, în urma admiterii căreia acesta dobândește drepturile și obligațiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din

tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură, precum și prin închiderea procedurii; au calitatea de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului.”

2. Creanțele născute după deschiderea procedurii, cunoscute drept „creanțe curente”. Particularitatea acestora este dată de faptul că – în condiții ideale – ele se achită în termenul special de 60 de zile.

Deținătorul acestor creanțe este catalogat ca creditor curent, deși din punctul nostru de vedere, o titulatură mai fericită ar trebui să fie de „furnizor/partener comercial al debitorului insolvent”. Să rămânem totuși cu „creditorul curent”, propunerea fiind aceea de a-i acorda atenție în comparație directă cu „creditorul istoric”.

Creanțele istorice și creditorii istorici

Creanțele istorice sunt acceptate la masa credală după ce în cadrul procedurii se verifică (de către practicianul în insolvență și – dacă e cazul – de către instanță) întrunirea cumulativă a condițiilor de a fi certe, lichide și exigibile. Acceptarea la masa credală se materializează prin înscrierea acestora în Tabelul obligațiilor, în cuprinsul cărora ele se clasifică pe categoriile stabilite de lege. Interesantă este situația specială acordată creanțelor garantate care se înscriu diferențiat în funcție de valoarea evaluată a garanției.

Creditorii istorici se diferențiază la rândul lor pe diverse criterii (creanțe garantate sau negarantate, bugetare, chirografare etc.), dar în lumina prezentei discuții, ei compun corpul creditorilor istorici.

Astfel, creditorii istorici au o suită de drepturi ce decurg din însăși definirea lor de către legea insolvenței. Ei sunt participanți la procedură.

Participarea la procedură are următoarele caracteristici:

1. Actele de „participare” la procedură se circumscriu scopului procedurii (art. 2 din Legea nr. 85/2014 – acoperirea pasivului debitoare) și se vor subsuma întotdeauna naturii procedurii de insolvență, mai cu seamă aspectelor colective și concursuale ale acesteia. Mai exact, creditorii participanți la procedură acționează (la modul ideal/teoretic) în primul rând pentru ca desfășurarea procedurii să găsească soluția optimă de a-și realiza scopul și apoi, în subsidiar, realizarea propriului drept de creanță. Perspectiva legiuitorului în această materie este aceea că binele colectiv este superior binelui individual. În egală măsură, aceasta este dublată de perspectiva unei onestități a creditorilor. Mecanismele specifice procedurii exemplifică și întăresc această perspectivă, deși rămâne o perspectivă teoretică. Exemplul cel mai clar, dar și cel mai friabil din punctul de vedere al unei conduite oneste este votul planului de reorganizare: adunarea creditorilor votează ca totalul creditorilor „să ia mai puțin”, în acest fel consolidându-se probabilitatea de „a lua totuși ceva” (special precizăm în paranteză faptul că practica a demonstrat că interesul individual poate ajunge până la stadiul în care natura colectivă să fie complet ignorată).

2. Un creditor istoric participă la procedură – exercită drepturile proprii creditorilor istorici – astfel:

- Formulează cereri cu privire la aspecte relevante în cadrul procedurii;
- Formulează contestații (la creanțe; la măsurile luate de administratorul judiciar; la votul consemnat în Adunarea creditorilor și în Comitetul creditorilor);
- Votează principalele măsuri luate în cursul procedurii;
- Votează planul de reorganizare al activității debitorului;
- Votează trecerea la procedura de faliment.

3. Ca urmare a participării la procedură, un creditor se îndestulează în limitele și în proporția atingerii scopului procedurii. Mai exact, el se îndestulează în conformitate cu algoritmul anume prevăzut de lege care constă în combinarea criteriilor: categorie de creanță ce conferă rang de prioritate (între creditorii istorici) și cuantumul procentual din categorie.

Creanțele curente și creditorii curenți

Creanțele curente NU se înscriu la masa credală. Legiuitorul precizează acest aspect în clar, arătând faptul că nu este necesară această înscriere câtă vreme aceste creanțe se nasc și se sting în timpul procedurii. Înscrierea în orice formă la masa credală ar putea crea confuzii importante. Creanțele curente se achită în conformitate cu documentele din care rezultă.

Prin însăși natura lor, creanțele curente apar ca urmare a unei continuări a activității comerciale a debitorului după data deschiderii procedurii de insolvență. În consecință, în logica insolvenței, creanțele curente reprezintă costuri cu continuarea părții productive aparținând unei societăți comerciale supuse insolvenței și în mod firesc se nasc ca având un regim prioritar. Acest regim prioritar se păstrează chiar și după deschiderea falimentului, acesta decurgând din perspectiva că un creditor curent a „ajutat” un debitor aflat în insolvență, iar acest ajutor trebuie în mod obligatoriu compensat în caz de faliment.

Astfel, creditorul curent devine participant la procedură numai după data deschiderii procedurii de faliment.

Pornind de la mecanismul sau efectul prezentat mai sus, ne apropiem de afirmația centrală pentru prezenta comparație: creditorul curent NU este creditor participant la procedură. Bineînțeles, mulți dintre dumneavoastră, practicieni cu experiență în domeniu, nu vor fi impresionați de această afirmație. Nici nu ați avea motive să fiți, câtă vreme operați cu toate instituțiile insolvenței în fiecare zi. Totuși, am considerat necesar să subliniem această realitate. Nu atât pentru dumneavoastră, cât pentru foarte mulți dintre participanții la procedură, care, încadrându-se fie în una, fie în cealaltă dintre categoriile analizate aici, încercă să speculeze unele confuzii ce pot apărea în practică.

Deci, creditorul curent nu participă la procedură. Înainte de asta, el obține calitatea de creditor curent, fie prin acceptarea creanței sale de către debitor în insolvență/de către administratorul judiciar, fie prin admiterea de către instanță a unei cereri de plată formulată de către creditor.

Este și normal ca legea să nu îi confere acestuia un regim similar cu acela al creditorului „istoric”, câtă vreme acesta se îndestulează EXCLUSIV din desfășurarea activității curente a debitorului.

Pentru creditorul curent, faptul că partenerul său comercial este o societate aflată în insolvență nu are nicio relevanță. Desfășurarea raportului juridic dintre un creditor curent și debitor în insolvență are loc în aceleași condiții și cu aceleași termene dacă aceasta s-ar desfășura între două societăți/comercianți normali – în funcțiune.

Prin urmare, creditorul curent NU se poate manifesta în planul procedurii precum un creditor istoric pe tot parcursul primelor faze ale procedurii. Mai mult, el nu are motive/nu justifică un interes legitim pentru a avea o implicare mai adâncă în desfășurarea procedurii de insolvență. În egală măsură, unui creditor curent nu i se poate opune natura colectivă și concursuală a acesteia.

Dacă creditorul istoric are o paletă mai amplă de drepturi, drepturile creditorului curent în cadrul procedurii de insolvență sunt limitate. Acestea sunt:

- a) Dreptul de a fi îndestulat imediat (în cadrul activității curente a debitorului) în conformitate cu documentele pe care își întemeiază creanța;
- b) Dreptul de a **cere deschiderea procedurii de faliment** – dacă în termen de 30 de zile de la scadența creanței sale (curente) nu primește banii.

El nu are niciunul dintre drepturile creditorul îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei, drept pentru care **nu are calitate procesuală activă de a formula alte cereri.**

Formularea Cererii de deschidere a falimentului – singura cerere din arsenalul creditorului curent

Se identifică specific situaţia în care neefectuarea plăţii creanţei născute în cursul procedurii de insolvenţă în termen de 60 de zile de la scadenţă, cu condiţia să fi fost recunoscută existenţa şi exigibilitatea acesteia de către practicianul în insolvenţă în cadrul cererii de plată sau prin hotărâre judecătorească pronunţată de judecătorul-sindic care soluţionează contestaţia împotriva refuzului, îndreptăţeşte creditorul respectiv să solicite trecerea la procedura de faliment. Cererea de trecere la procedura de faliment formulată în aceste condiţii urmează regulile şi criteriile impuse de lege la definirea cererilor de deschidere a procedurii de insolvenţă – depăşirea valorii-prag minime de 40.000 lei. Această dispoziţie este valabilă atât pentru ipoteza formulării cererii de trecere la faliment în perioada de observaţie, cât şi pentru cea a formulării cererii de trecere la faliment în perioada de reorganizare (*ipoteza derulării defectuoase a unui plan de reorganizare*).

În loc de concluzii

Am considerat ca fiind foarte utilă realizarea unei discuţii pornind de la ierarhizarea creditorilor după criteriul

timpului. Clarificările aduse de o astfel de comparaţie aduc un plus de perspectivă în practica insolvenţei, tocmai pentru că se întâlnesc multe situaţii în care unii creditori curenţi emulează aparenţa de creditor îndreptăţit să participe la procedură şi viceversa şi, deşi soluţia firească poate părea simplă (excepţia lipsei calităţii procesuale active), aceasta se poate ascunde în spatele complexităţii unor raporturi juridice ample.

Am avut o deosebită satisfacţie să constat faptul că această temă a generat un viu interes în cadrul evenimentului INSOL de la Bucureşti. Interesul manifestat de invitaţii din Europa s-a dovedit foarte viu şi în acelaşi timp sincer, tocmai datorită faptului că acest criteriu de analiză şi comparaţie propus – adică TIMPUL în raport cu procedura noastră de insolvenţă – să depăşească cumva specificităţile legislative naţionale.

Am fost la prima participare la un astfel de eveniment organizat de INSOL Europe, am avut chiar şansa ca acesta să se desfăşoare în Bucureşti, şi ţin să precizez că noi (practicienii în insolvenţă din România) am fost „la înălţime”, în primul rând colegii mei, care au reuşit probabil mult mai bine să stimuleze interesul publicului.

Da, acest interes există. Filozofia unionistă europeană există şi este minunată. Ca o ultimă tuşă personală, îmi permit să subliniez că viitorul nostru se întrevide exact în centrul acestor discuţii unde oameni din toată lumea discută împreună pentru găsirea unei ideale „poteci de aur” care pentru noi, juriştii, se traduce în coerenţă, compatibilitate şi armonie legislativă.



- interdiction
- Interdiction
- Interdiction
- Seizures
- These mea
- The blocking
- The affecting of the p



**COLECȚIE DEZVOLTATĂ DE EDITURA UNIVERSUL JURIDIC
ÎN PARTENERIAT CU INPPI ȘI UNPIR**



**Participanții la procedura insolvenței
Procedurile de prevenire a insolvenței
Acțiunea în anularea actelor frauduloase
Falimentul și lichidarea
Dreptul insolvenței. Curs universitar
Procedura insolvenței persoanelor fizice**

Colecție coordonată de: Nicoleta Țândăreanu și Florin Moțu
Autori: Mihaela Sărăcuț, Csaba Bela Nász, Flavius-Iancu Moțu,
Robert Mihăiță Roșu, Cătălina Maria Mihailescu, George Dorin Petcu