



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ Insolvența
transfrontalieră
pag. 4

■ Dreptul de opțiune
privind contractele
pag. 10

■ Formalități
de opozabilitate
a deschiderii
procedurii
pag. 20

■ UE - spațiu
de libertate,
securitate
și justiție
pag. 27



Nr. 33, iulie - septembrie 2010

Publicație gratuită



	<u>pag.</u>
□ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI _____	3
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
INSOLVENȚA TRANSFRONTALIERĂ - INSTRUMENTE DERIVATE _____	4
□ RUBRICA ANALISTULUI	
NOI SUNTEM ROMÂNI _____	9
DREPTUL DE OPȚIUNE PRIVIND MENȚINEREA SAU DENUNȚAREA CONTRACTELOR _____	10
EFICIENTIZAREA FIRMEI - REPROIECTAREA ORGANIZATORICĂ _____	17
□ RUBRICA MAGISTRATULUI	
FORMALITĂȚI DE OPOZABILITATE A DESCHIDERII PROCEDURII _____	20
□ OPINIA SPECIALISTULUI	
INTERPRETAREA PREVEDERILOR LEGALE PRIVIND SUSPENDAREA ACȚIUNILOR JUDICIARE SAU A MĂSURILOR DE EXECUTARE SILITĂ ASUPRA DEBITORILOR ÎN INSOLVENȚĂ _____	24
□ INTEGRARE EUROPEANĂ	
UNIUNEA EUROPEANĂ - SPATIU DE LIBERTATE, SECURITATE ȘI JUSTITIE _____	27

Editor
Mihai Dimonie

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

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță

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

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

Cuvântul președintelui



Pe 23 iulie 2010 a intrat în vigoare Legea nr.169/2010 pentru modificarea Legii nr.85/2010 privind procedura insolvenței.

Acest act normativ a fost realizat în cadrul unei comisii coordonate de Secretariatul General al Guvernului, formată din reprezentanți a Ministerului Justiției, Consiliului Superior al Magistraturii, Ministerului Finanțelor Publice (ANAF) și UNPIR.

Proiectul de lege a fost realizat în vederea respectării unei condiționalități din Acordul de împrumut dintre România pe de o parte și Fondul Monetar Internațional, Uniunea Europeană și Banca Mondială, pe de altă parte.

Conform acestei condiționalități România s-a obligat să modifice procedura insolvenței, în vederea accelerării procesului de ieșire de pe piață a societăților neviabile.

Această modificare este extrem de importantă pentru practicienii în insolvență însă, chestiunea care ne privește în mod direct este conținută în textul modificat al art.4 alin(4) și (6) lit.a).

Primul text prevede că plata din fondul de lichidare se va face în temeiul art.37 alin.(4) din OUG 86/2006, cu modificările ulterioare în baza bugetului previzionat.

Aceasta înseamnă că atunci când se va solicita plata din fondul de lichidare vor trebui să fie avute în vedere, atât de membrii UNPIR cât și de judecători, prevederile OUG 86/2006 și hotărârea Adunării reprezentanților permanenți ai UNPIR, privind standardele de cost cuprinse în Statutul UNPIR

Aceasta înseamnă că nici un practician în insolvență nu va putea solicita sau primi un onorariu mai mare decât cel stabilit în Statut (atunci când plata se face din fondul de lichidare prevăzut de art.4) și nici cheltuieli, altele decât cele prevăzute de Statut și în conformitate cu standardele de cost stabilite în acesta.

Sper că toți membrii UNPIR vor înțelege necesitatea respectării cu strictețe a normelor menționate.

Vestea cea bună este cuprinsă în prevederile alin.(6) lit.a) al art.4, care ridică procentajul cuvenit UNPIR de la 30% la 50%, măbind în același timp și baza asupra căruia acesta se aplică.

Din momentul intrării în vigoare a Legii nr.169/2010, procentajul menționat se va aplica tuturor operațiunilor efectuate la registrul comerțului și nu ca până acum numai unui număr limitat de operațiuni.

Avem speranța că, având în vedere simulările efectuate, această modificare ar putea chiar dubla sumele ce vor reveni UNPIR.

Coroborând efectele celor două prevederi putem spera că situația plăților din fondul de lichidare se va îmbunătăți substanțial iar, în momentul în care vânzările de active (asupra cărora se aplică cota de 2%) vor crește, situația fondului de lichidare va fi mult mai bună decât în momentul de față.

Închei urându-vă tuturor concediu plăcut și odihnitor.

Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Insolvența transfrontalieră - instrumentele financiare derivate

Ec. Bogdan-Radu Herzog
Membru UNPIR – filiala Timiș

Introducere

Prezentul articol își propune să abordeze și să explice instrumentele financiare derivate care au stat la baza crizei financiare din anul 2008. Articolul este continuarea unei conferințe susținute în luna noiembrie 2008 împreună cu domnul prof. univ. Silviu Cerna, membru în Consiliul de Administrație al BNR având aceeași temă, respectiv criza financiară globală.

Conferința respectivă în care prezentăm cauzele macro economice ale problemelor întâmpinate de economia americană și succesiv de economiile din restul lumii aborda destul de tangențial problema unor instrumente financiare precum CDS (Credit Default Swaps) sau CDO (Collateralized Debt Obligation) care au jucat totuși un rol extrem de important accentuând atât dimensiunea crizei, cât și durata acesteia. Ce sunt aceste instrumente, cine le-a creat, cu ce scop, cum au evoluat și care a fost mecanismul crizei încercăm să analizăm în cele de mai jos.

Înțelegerea mecanismelor financiare care au stat la baza crizei constituie o problemă de cultură economică. Această cultură economică o considerăm absolut necesară practicianului în insolvență, chiar și în România, acolo unde cadrul legal creează un regim favorizant pentru avocați, încurajați să devină practicieni în insolvență fără să mai fie supuși rigorilor unui examen de admitere în profesie, care să dovedească măcar o sumară competență în analiza unor fenomene economice și în analiza unor situații financiare.

Tocmai incapacitatea unor presupuși specialiști din importante instituții financiare a făcut ca o inflexiune de ciclu economic să degereze în ceea mai profundă criză economică a lumii dezvoltate din ultimele decenii.

Historicul și mecanismul crizei. Instrumentele financiare derivate și rolul lor

2.1 CDS – CREDIT DEFAULT SWAPS

În elaborarea prezentului articol m-am bazat pe conferința sus-amintită și pe cartea „The Big Short”, scrisă de Michael Lewis și apărută la editura Penguin în cursul acestui an. În carte, considerată de unii critici „cea mai bună carte de jurnalism financiar scrisă vreodată” Lewis urmărește traseul unor investitori care au anticipat disfuncționalitățile pieței cu 2-3 ani înainte de producerea crizei.

Investitorii care au detectat primii aceste disfuncționalități sunt în general persoane atipice cu o gândire contra-curentului, Mike Bury, de exemplu, fiind un medic asocial, care și-a dedicat timpul liber unui blog pe teme financiare, alegând acțiuni care, pronostica el, urmau să crească în valoare. Treptat, blogul acestui om singular, care lucra ore suplimentare într-un spital din Cleveland a început să fie urmărit de câțiva manageri de fonduri de investiții, în final aceștia fiind dispuși să îi ofere lui Bury un

portofoliu de câteva sute de milioane de dolari pentru investiții speculative. Alți, pionieri în domeniu, Steve Eisner sau Greg Lipman de exemplu, au la rândul lor o istorie de challenge a ideilor acceptate ca dogmă de către piață.

În anul 2005 Mike Bury a anticipat un colaps al pieței obligațiunilor ipotecare și a încercat pentru prima dată să achiziționeze un instrument financiar care să îi permită să beneficieze de pe urma acestui viitor colaps anticipat. Analiza lui Bury se baza pe faptul că majoritatea împrumuturilor ipotecare subprime nou emise aveau o perioadă limitată în timp - de obicei primii doi ani - de dobânda promoțională, sub prețul pieței. De exemplu, dacă dobânda curentă la împrumuturile ipotecare era de 7,5%, dobânda pentru un împrumut nou-contractat în 2005, urma să fie pentru primii doi ani 5,5%, urmând ca după expirarea termenului promoțional, în 2007, dobânda să crească la nivelul normal de 7,5%. Odată ce acest lucru urma să se petreacă, anticipa Bury, mulți din clienții subprime care contractaseră împrumuturi nu vor mai putea face față ratelor lunare.

Pentru a putea specula această tendință anticipată, Bury a încercat să achiziționeze de pe piață un activ financiar care să îi confere o poziție de short împotriva pieței împrumuturilor ipotecare subprime.

Definiții

Subprime borrower – persoana care încheie un contract de credit cu o instituție de credit (mortgage lenders). Garanția este constituită printr-un contract de ipotecă asupra casei deținute de persoana respectivă. Clientul este considerat subprime (adică substandard) dacă veniturile sale și istoria sa de credit îl califică între cei mai slabi 5%-29% din total aplicați.

Subprime mortgage – credit ipotecar luat de un debitor substandard

Credit default – neplata unei datorii ajunse la scadență

Mortgage Bond – Obligațiune ipotecară, are la bază mai multe sute de împrumuturi ipotecare de diverse grade de risc, în ideea de a reduce riscul ca mai multe împrumuturi ipotecare să rămână neplătite simultan

ABS – Asset Based Security – Un activ financiar creat de o bancă care are la baza o garanție formată dintr-un grup de active

La momentul 2005 pe piața americană a împrumuturilor ipotecare subprime acționau mai mulți actori:

1. Clientul subprime, în general din pătura mijlocie-săracă a Americii, doritor la rândul său să trăiască visul american, respectiv de a avea o casă, într-o zonă cât mai bună, două mașini etc

- Subprime lender – compania care făcea împrumutul ipotecar ex. New Century Holdings. Împrumutul era ulterior vândut către:
- O bancă de investiții – care împacheta la un loc mai multe mii de împrumuturi ipotecare pe baza cărui se lansa o obligațiune (un bond), vândută mai departe către:
- Alte bănci de investiții, societăți de asigurări, fonduri de pensii, doritoare să investească într-un astfel de bond, care cel puțin teoretic le conferea o redevență fixă și un risc disipat - prin faptul că un singur bond avea la bază câteva mii de împrumuturi ipotecare, care cel puțin în teorie erau improbabil să fie neplătite simultan

Prezentăm mai jos modelul unei astfel de obligațiuni (bond) având la baza o serie de câteva mii de ipoteci:

[Mortgage Bond Model] [Obligațiune Ipotecară]	[Floor/ Tranche]	[Rating]	[Zona]	[Ocupația debitorului]
Împrumut ipotecar 1	Upper Floor	AAA	New York	Doctor
Împrumut ipotecar 2	Upper Floor	AAA	Colorado	Judecator
Împrumut ipotecar 500	Upper Floor	AA	Colorado	Avocat
Împrumut ipotecar 1000	Lower Floor	B	Georgia	Fermier
Împrumut ipotecar 2000	Mezannine	BB	California	Muncitor agricol
Împrumut ipotecar 3000	Mezannine	BBB-	Florida	Șomer
Etc	Etc	BBB-	etc	Etc

În funcție de împrumuturile ipotecare pe care le aveau la bază aceste „turnuri de datorii ipotecare” cum au fost denumite bondurile, au primit la rândul lor rating din partea unor agenții de genul Moody’s și Standard & Poors. Ratingurile bondurilor variază la rândul lor de la AAA, cele mai bine structurate bonduri, la BBB. Un bond BBB ar fi putut avea o componentă de genul celei de mai jos:

[Subprime Bond Model] [Obligațiune Ipotecară]	[Floor/ Tranche]	[Rating]	[Zona]	[Ocupația debitorului]
Împrumut ipotecar 1	Upper Floor	AAA	New York	Emigrant *
Împrumut ipotecar 2	Upper Floor	AAA	Colorado	Emigrant
Împrumut ipotecar 500	Upper Floor	B	Colorado	Emigrant
Împrumut ipotecar 1000	Lower Floor	BBB	Georgia	Șomer
Împrumut ipotecar 2000	Mezannine	BBB	California	Șomer
Împrumut ipotecar 3000	Mezannine	BBB	Florida	Șomer
Etc	Etc	BBB	Etc	Etc

* În modelul de mai sus emigrantul aduce un credit history impecabil, însă de numai câțiva ani, constând într-un istoric al unei singure cărți de credit plătite însă întotdeauna la timp.

Ce a încercat să facă inițial Mike Bury, și după el alți câțiva pioneri, Steve Eisman, Greg Lipman etc ale căror acțiuni sunt descrise într-un stil extrem de captivant în cartea lui Lewis, a fost să încerce să aleagă acele bonduri cu ratinguri foarte joase și să parieze ca la un moment dat, împrumuturile care stăteau la baza lor nu vor mai putea fi plătite. Inițial în anul 2005 aceste instrumente financiare nici măcar nu existau în cadrul pieței obligațiunilor ipotecare, ele au trebuit să fie inventate, de fapt adaptate, de pe alte piețe de împrumuturi. Așa au apărut CDS (Credit Default Swaps)

În anul 2005 când Mike Bury, a solicitat băncilor de investiții să-i vândă polițe de tip CDS asupra unor pachete de obligațiuni cu rating BBB viziunea lui a fost atât de inovatoare încât nu a avut de unde să cumpere astfel de polițe. Sistemul financiar american nu putea concepe , că piața imobiliară americană, care cunoscuse o creștere neîntreruptă de cca 60 de ani (!!), ar putea să intre într-o fază de scădere. Pur și simplu, era de neconceput ca o obligațiune având la bază câteva mii de împrumuturi ipotecare să se dovedească a fi fără nici un fel de valoare. Prima transă de CDS asupra unor împrumuturi subprime a fost achiziționată de Mike

Bury, care a cumpărat CDS în mai 2005 a cumpărat CDS în valoare de \$60 milioane.

Definiții

Ce sunt de fapt aceste CDS?

CDS-urile sunt de fapt o poliță de asigurare împotriva unei incapacități de plată a unui client. Cumpărătorul de CDS ca și cumpărătorul unei polițe de asigurări la mașină sau de inundații, de exemplu, plătește o primă de asigurare pentru a încasa o sumă masivă de bani în cazul în care se întâmplă un anumit eveniment. Pe piața obligațiunilor (bondurilor) CDS-urile au apărut inițial în anii 90 atunci când unele bănci au considerat că au o expunere prea mare acordând împrumuturi foarte mari unor clienți pe care nu puteau să-i refuze fără a periclita relația cu clientul. De exemplu o bancă de dimensiuni mari, nu va putea refuza o cerere de împrumut de la General Electric, însă în momentul în care va considera că expunerea adunată pe clientul respectiv este prea mare, va dori să cumpere și un CDS plătind o primă de risc de nivelul sub 0.x% anual din suma asigurată.

O trăsătură caracteristică CDS-urilor asupra bondurilor subprime a fost că se cumpăra o poliță de asigurări nu asupra evoluției unei întregi piețe ci asupra unei obligațiuni sau asupra unui pachet de obligațiuni. Datorită acestui fapt pionierii CDS-urilor ipotecare au fost nevoiți să facă o muncă de analiză minuțioasă analizând practic împrumut ipotecar cu împrumut ipotecar, situația financiară a fiecărui debitor, proprietatea în sine și capacitatea de revânzare a acesteia, practic toată munca pe care ar fi trebuit să o facă un bancher tradițional.

Se pune întrebarea „de ce nu au mai făcut bancherii înșiși o astfel de analiză?”. Răspunsul ar putea să fie – posibilitatea de revânzare a împrumutului către un terț (după modelul scontării unui bilet la ordin), terț care ulterior împachetează împrumutul cumpărat împreună cu alte mii de împrumuturi într-o obligațiune pe care o vinde mai departe pasând riscul.

Practic, pionier al CDS-urilor subprime, Mike Bury a putut să aleagă în urma analizei împrumuturilor exact acele pachete de împrumuturi care i se păreau cel mai probabil să devină insolvente.

În mod cu totul surprinzător, Bury și-a dat seama că băncile de investiții nu păreau să fie interesate de ce el alegea anumite bonduri asupra cărora vroia să cumpere asigurări (CDS), adică băncile nu erau interesate de ce el considera o că o obligațiune este mai proastă decât alta iar un incident de plată mai probabil decât celălalt. Și mai surprinzătoare a fost constatarea că prețul asigurării (al CDS-ului) nu era stabilit în funcție de o analiză independentă ci automat în funcție de ratingul bondului conferit de agențiile de rating Moody’s și Standard & Poors.

Agențiile de rating confereau ratinguri pornind de la AAA, ceea ce înseamnă o probabilitate de neplată de 1 la 10.000, la BBB- care în mod informal era stabilit să indice o probabilitate de neplată de 1 la 500. Prețul CDS-ului, sau costul poliței, cum l-am putea numi în mod mai corect varia de la 0,2%/an în cazul unui bond cu rating AAA la maximum de 2%/an. Pe întreaga durată de viață a unui bond, și anume pe 6 ani de zile, acesta era în așa fel construit încât ajungea la valoare zero (și deci asigurarea CDS la valoare maximă) în cazul în care numai 7% din împrumuturile ipotecare care stăteau la baza bondului ajungeau în stare de default (neplată).

Totul se aseamăna cu un joc de pariuri în care pariorul (Bury) putea paria cu 2 lei/an că cele mai proaste pachete de împrumuturi pe care le alegea vor deveni insolvente în proporție de 7% în următorii 6 ani. În cazul în care acest eveniment se întâmpla oricând în decursul următorilor 6 ani el urma să încaseze 100 lei.

Dacă la început plasamentele în CDS-uri erau limitate la maximum \$10 milioane pe tranzacție, pe măsură ce piața s-a obișnuit cu astfel de tranzacții au ajuns să se încheie deal-uri de valori considerabile ex \$100 milioane/tranzacție. În total în decurs de doar câteva luni Bury a ajuns să dețină un portofoliu de \$750 milioane în CDS-uri asupra unor împrumuturi subprime.

În tot acest timp, băncile de investiții, în primul rând Goldman Sachs au funcționat ca un emitent de CDS-uri și ca un paravan între cumpărător și vânzătorul acestor polițe, cel care își asuma riscul final de default (neplată).

Treptat, alți investitori au trecut peste rezervele inițiale și au început la rândul lor fie să cumpere CDS-uri subprime fie, în cazul băncilor de investiții să le recomande ca modalități investiționale clienților lor. Datele care au atras atenția unor analiști precum Greg Lipman de la Deutsche Bank au fost:

- În ultimii 3 ani prețul caselor în America a crescut mult mai rapid decât în precedenții 30 de ani
- Media împrumuturilor ipotecare care nu pot fi plătite încă din primul an a crescut de la 1% la 4% și se pune automat întrebarea, cine cumpăra o casă dacă nu poate plăti ratele la credit nici măcar în primul an
- Începând cu anul 2000, proprietarii caselor cărora valoarea le-a crescut între 1% și 5% sunt de 4 ori mai probabil să nu-și plătească creditul decât cei cărora valoarea caselor le-a crescut cu peste 10%. De aici rezultă că americanii atunci când întâmpinau dificultăți de plată a ratelor apelau la refinanțări. Ori, în absența unui colateral suplimentar, refinanțarea este posibilă doar în momentul în care valoarea casei a crescut. Dacă valoarea casei scade sau chiar stagnează, refinanțarea nu mai este posibilă și intervine riscul de neplată.

Pe baza unor analize macroeconomice de genul celor de mai sus, câțiva manageri de fonduri de risc între care Steve Eisman de la FrontPoint Partners, un fond de investiții, deținut de Morgan Stanley, decid să investească la rândul lor în CDS-uri. Din avantajele pe care acestea le ofereau menționăm:

- Nu trebuie anticipat cu exactitate momentul căderii pieței, atât timp cât îți permiți să plătești prima de asigurare de 2%/an pentru cele mai proaste bonuri
- Nu trebuie plasați mulți bani cash inițial
- Riscul este clar comensurat: dacă americanii șomeri reușesc cumva să-și plătească ratele la bancă pierzi 2% /an.

Alte argumente pentru shortarea pieței, în viziunea investitorilor în CDS:

- ratele de tip „teaser” pentru primii 2 ani – creditorii bănuiau ca o parte dintre cei împrumutați nu vor avea posibilitatea să plătească o rată normală după expirarea perioadei promoționale și se așteptau ca ulterior aceștia să vină pentru refinanțare urmând ca ei, să încaseze noi comisioane de acordare etc.
- incompetența absolută a agențiilor de rating care dădeau rating BBB unor obligațiuni care ajungeau la valoare zero în momentul în care 8% din împrumuturile ce stăteau la baza acestora ajungeau în stare de neplată.

O lungă perioadă de timp, toți investitorii de tipul lui Bury sau Eisman, și-au pus întrebarea cine era de partea cealaltă a baricadei, adică cine cumpăra:

- a) fie împrumuturile subprime propriu-zise
- b) obligațiunile, bonurile subprime emise pe baza împrumuturilor subprime individuale
- c) cine vindea CDS-urile adică polițele de asigurare în caz de default

Treptat piața a dat răspunsul. În cursul anului 2005 cumpărătorii finali erau gigantul de asigurări american AIG și

fonduri de plasament venite din Europa, mai precis din Germania. Ulterior, AIG a ieșit de pe piața locală asigurătorului fiind luat de fonduri de pensii și instituții bancare importante din America Europa, Asia: Lehman Brothers, Merrill Lynch, UBS etc.

Înainte de a trece la următorul instrument financiar uzitat și cauzator de criză economică se impune o scurtă recapitulare

Recapitulare

Care a fost ideea care a stat la baza emiterii obligațiunilor subprime ? Reducerea riscului prin diversificarea acestuia în cadrul unor pachete conținând mii de împrumuturi acordate unor indivizi diferiți.

Ce este un CDS ? O poliță de asigurări. Ea devine valoroasă în momentul în care o obligațiune pe care o asigură ajunge la valoare zero. Un bond subprime ajunge la valoare zero dacă 7% din împrumuturile pe care le acoperă nu sunt onorate la scadență (default).

Cine a inventat primele CDS? Morgan Stanley, în anii '90.

Cu ce scop? De a proteja băncile cu expunere prea mare asupra unor clienți.

Cine e cumpărătorul tipic de CDS? Cel ce vrea să se asigure împotriva unui eveniment (insolvența) sau cel care anticipează un eveniment de acest gen și vrea să speculeze această situație.

Cine e vânzătorul de CDS? Asiguratorii (de tip AIG) sau chiar unele bănci de investiții de tip Lehman Brothers.

Cum au evoluat CDS-urile până la piața subprime? Începând cu anii 90, au fost emise astfel de polițe pentru mai multe tipuri de finanțări, cum ar fi pachete de credite având la bază leasing-uri de mașini, împrumuturi pentru finanțarea studiilor, etc.

Probleme inerente ale CDS-urilor – În principiu nu ar fi structural negative dacă prima de asigurare ar fi corelată cu riscul evenimentelor.

Încheiem secțiunea dedicată CDS-urilor precizând că după ce au înghițit primele plasamente de CDS, cei de la AIG FP s-au oprit în decursul a câteva luni, perioadă suficientă însă pentru a acumula peste \$50 miliarde în împrumuturi subprime, asigurându-le în caz de neplată. Inițial pachetele de împrumuturi asigurate de AIG erau constituite doar în proporție de 2% din împrumuturi subprime, ulterior însă procentajul ajungând la 95%. Se pare că, ceea ce a atras AIG în capcană a fost prima de asigurare anuală semnificativ mai mare, de la 0,2% la 2%, și faptul că nu și-au dat seama în ce investesc, ei considerând că își asumă același risc pe care și-l asumau de peste 10 ani. În realitate au devenit cel mai mare proprietar de obligațiuni subprime.

Nimeni nu știe cum au reușit cei de la Goldman Sachs să convingă AIG ca pentru câteva milioane de dolari pe an să își asume riscul de a plăti zeci de miliarde de dolari, în cazul în care împrumuturile subprime devin insolvente. Cert este însă că, totalul comisioanelor încasate de banca de investiții din vânzarea acestor produse s-a cifrat undeva în intervalul \$1,5- \$ 3mld.

2.2 CDO – Collateralized Debt Obligation

În cazul CDS lucrurile sunt relativ simple, tranzacția având loc între vânzătorul de polițe de asigurare și cumpărător, evenimentul asigurat fiind default-ul unei obligațiuni. Ceea ce complică aparent înțelegerea este în bună parte terminologia anglo-saxonă.

În cazul CDO, însă lucrurile sunt cu adevărat complicate. Atât de complicate încât cei care au dat un rating acestor instrumente financiare nu au înțeles ce evaluează, ce produs le pun în față băncile de investiții, iar cei care le cumpărau nu au înțeles ce cumpăra de fapt.

Mai mult decât atât persistă cumva ideea că lucrurile au fost complicate în mod intenționat, tocmai pentru ca investitorul final

să nu înțeleagă în ce investește și să ia drept bune ratingurile acordate de niște agenții de rating care cel puțin în teorie ar fi trebuit să fie competente și independente. Deși aceste agenții exista încă, oricine citește cartea lui Michael Lewis, sau poate chiar prezentul articol, își va putea forma propria opinie.

Ideea inițială din spatele unui mortgage bond (obligațiune de plată ipotecară) a fost de a pune la pachet mai multe mii de împrumuturi ipotecare de diferite grade de risc astfel încât probabilitatea ca aceste împrumuturi să nu fie plătite simultan să fie minimală. S-au creat practic turnuri sau pachete de datorii în care datoriile cu gradul cel mai mare de risc erau la etajele cele mai de jos.

[Model CDO]	Bond 1 Rating BBB	Bond 2 Rating BB	Bond 3 Rating BBB	Bond 100 Rating BBB	CDO rating
Imprumut ipotecar 1	AA				AAA
	A				
Imprumut ipotecar 2	AA				
Imprumut nr. 500	A				
Imprumut nr. 1000	BB				Mezzanine CDO rating 80% din cazuri
	BBB				
Imprumut nr. 2000	-				
Imprumut nr. 3000	BBB				

CDO-urile au luat câteva sute de obligațiuni, fiecare la rândul ei constituită din mii de ipoteci, și le-au împachetat într-un nou produs financiar. Așa cum arată și graficul de mai sus, în majoritatea cazurilor, obligațiunile care au stat la baza CDO-urilor au avut un grad de risc din cele mai ridicate, respectiv din categoria BBB.

CDO – sau Collateralized Debt Obligation au fost inventate de banca de investiții Goldman Sachs. De ce a inventat Goldman un astfel de produs? Răspunsul este destul de simplu: pentru că obligațiunile (bond-urile) de rating BBB erau mai greu de plasat unor investitori terminali decât cele de rating AAA. Logica (malignă) din spatele CDO era că luând etajele inferioare de la mai multe tipuri de obligațiuni de rating BBB se diversifică riscul păstrând, ca și în cazul ideii inițiale de obligațiune ipotecară, un portofoliu diversificat și deci echilibrat. Desigur această logică este absurdă. Un CDO care are la bază mai multe etaje inferioare de credite ipotecare luate de la sute de șomeri nu reprezintă un portofoliu nici echilibrat, nici diversificat.

Ceea ce este cu adevărat interesant este că băncile de investiții au reușit să primească pe aceste pachete de CDO rezultate din mii de credite de tip „șomer” ratinguri de tip AAA pentru cca 80% din instrumentele financiare emise.

Semnificativ este și faptul că agențiile de rating încasau onorarii substanțiale de la clienții lor, băncile de investiții, pentru a evalua pachetele de împrumuturi de tip CDO. După cum afirmă Michael Lewis, instrumentele de tip CDO „au devenit un instrument de spălare a creditului pentru proprietarii din pătura cu venituri inferioare a Americii. O mașinărie de transformat plumbul în aur”. În realitate se ascundea un risc prin complicarea lucrurilor până la un nivel în care aproape nimeni nu mai stătea să analizeze valoarea reală și capacitatea de rambursare a împrumuturilor pe care se bazau instrumentele financiare nou emise.

Una din problemele cele mai grave ale agențiilor de rating a constat în metodologia de evaluare folosită. Astfel, modelul elaborat inițial de Fair Isac Corporation și numit de aceea modelul FICO, ținea cont de scorul mediu al unui portofoliu de credite analizate nu și de distribuția statistică a acestora, sau de scorul individual. Dacă scorul mediu FICO al unui instrument de tip CDO depășea o anumită valoare, agențiile de rating îl evaluau automat ca un instrument financiar AAA.

Înțelegând metodele relativ simple de evaluare folosite de agențiile de rating, băncile de investiții au introdus în pachetele de împrumuturi trimise spre analiză tot mai puține credite normale cu scor mediu și tot mai multe împrumuturi cu scoruri la extreme,

respectiv bune + proaste, media scorului rămânând aceeași. Mai mult decât atât, metoda de evaluare FICO nu ținea cont de durata istoriei de credit a clientului astfel încât, dacă nu avusesse incidente de plată în trecut și își plătise datoriile de credit card la timp, un emigrant culegător de fructe din California cu un venit anual infim, ajungea să aibă un scor FICO foarte mare, comparabil de exemplu cu al unui funcționar ce nu avusesse niciun incident de credit după 30 de ani de muncă. Prin introducerea creditelor accesate de astfel de persoane, în mod ironic și absurd, se creștea scorul mediu al portofoliului evaluat de agențiile de rating.

Întreaga istorie devine și mai greu de înțeles dacă adăugăm în ecuație următoarele: întrucât un CDO conținea la origine etajele inferioare din sute de bonduri pentru crearea unui CDO bazat pe câteva „partere” de bonduri era nevoie de sute de milioane de dolari, de adevărate turnuri de datorii:

Nr. Bond	Bond 1 Rating BBB	Bond 2 Rating BB	Bond 3 Rating BBB	Bond 100 Rating BBB
Rating				
Val individuala Bond	\$ 50 mil	\$ 50 mil	\$ 50 mil	\$ 50 mil
CDO				

Într-un astfel de model, o bancă de investiții pentru a crea un instrument financiar derivat de tipul CDO are nevoie portofolii de credite care împreună să ajungă la o suma de 100x\$50mil = \$5 mld.

Confruntate cu dificultatea de a găsi portofolii atât de vaste de credite proaste pe care să le împacheteze sub forma unor CDO, și care ulterior procesului de „spălare” de către agențiile de rating să poată fi plasate unor terți clienți, băncile de investiții au început să creeze instrumente financiare pornind practic de la orice poziție existentă pe piață și vânzând unui terț inversul acesteia.

Din împachetarea obligațiunilor ipotecare și ulterior a CDS-urilor în CDO-uri, Goldman Sachs a generat comisioane de \$400 mil/ an. În total pentru 6 ani, durata de viață a unui bond, comisioanele generate de împachetarea unor astfel de instrumente și transferul lor către societățile de asigurare, fonduri de pensii etc. Goldman a generat un total de \$2,4 mld.

Câteva întrebări sunt imediate și evidente, le pune și Michael Lewis:

- De ce traderii „sofisticați” de la AIG au făcut astfel de achiziții?
- Dacă CDS trebuie tratată ca o asigurare de risc de ce nu a fost reglementată ca o poliță și de ce nu existau rezerve minime de capital obligatorii?
- De ce agențiile de rating au fost de acord să acorde rating AAA la 80% din instrumentele financiare de tip CDO bazate aproape integral pe cel mai proaste tranșe din obligațiuni?
- De ce cei de la băncile de investiții nu s-au ridicat să spună că agențiile de rating nu înțeleg fenomenul și că incompetența lor este o rețetă pentru dezastru?

Chiar și terminologia folosită în branșă, este din adins înșelătoare sau în cel mai bun caz opacă: bondurile nu sunt scumpe, sunt „bogate”, diversele etajele pe care le constituie împachetarea unor împrumuturi sunt numite „tranșe”, împrumuturile cele mai de jos nu sunt împrumuturi de nivel scăzut, sau parter ci „mezanin”.

În cazul în care cititorul care a avut răbdare să parcurgă articolul până la acest punct a avut dificultăți în a înțelege toate amănunțele și compoziția instrumentelor financiare derivate, având nevoie câteodată să recitească anumite paragrafe, acest lucru nu trebuie să mire. Majoritatea celor care au investit în astfel de instrumente financiare au avut dificultăți în a înțelege ce conține cu adevărat un CDO, întrucât fiecare astfel de instrument

conținea piese dintr-o sută de obligațiuni care la rândul lor aveau la bază mii de credite ipotecare.

Un exemplu poate ar putea clarifica într-o măsură lucrurile:

În faza 1: Goldman Sachs cumpără împrumuturi ipotecare individuale, să spunem de la New Century Holdings

În faza 2: Banca de investiții împachetează aceste împrumuturi într-o obligațiune pe care o vinde către o societate de asigurare, un fond de pensii etc.

În faza 3: Bancă de investiții creează un nou produs, CDS, o poliță de asigurare în cazul în care obligațiunile devin insolvente. Acest produs este cumpărat de fonduri de risc (Bury, Eisman), riscul fiind preluat de societățile de asigurare.

În faza 4: Banca de investiții mai creează un produs, de exemplu împachetând practic orice poziție și căutând un cumpărător pentru opusul acestuia după sistemul „crezi că cumpărătorii de CDS asupra bondului X vor ajunge să-și încaseze banii? Dacă nu crezi asta cumpără instrumentul Y”.

Una dintre problemele majore care au favorizat dezvoltarea sistemului de mai sus și atragerea de riscuri fără reținere, a fost ca managerii unor fonduri instituționale ex. fonduri de pensii erau constrânși prin statut să investească banii din portofoliu doar în obligațiuni (nu și în acțiuni de exemplu) sau instrumente financiare cu cash-flow fix și cu rating AAA, echivalent cu cel al certificatelor de trezorerie americane. Remunerația acestor manageri era corelată exclusiv cu mărimea fondurilor pe care reușeau să le plaseze, nu și cu calitatea plasamentelor întrucât se credea că toate plasamentele vor fi fără risc. Niciun manager de astfel de fond nu avea practic nici un motiv să pună sub semnul întrebării calificativele acordate de agențiile de rating, managerul fiind bucuros că a găsit încă un instrument financiar pe care poate să-l achiziționeze pentru fondul său și să-și încaseze comisionul pentru că a reușit să plaseze încă câteva miliarde de dolari.

Probleme în discuție

Înțelegând, măcar în mare mecanismele de mai sus vom putea răspunde la câteva din întrebările pe care poate și le-au pus observatorii crizei financiare cititori ai acestor rânduri

1. De ce faptul că un număr oarecare de americani nu și-au mai putut plăti ratele la case a degenerat în cea mai mare criză financiară de după război?

Răspuns: Ținând seama de explicațiile anterioare, rezultă destul de clar că problema nu constă numai sau nici măcar în principal în faptul că câteva milioane de americani nu și-au mai putut plăti ratele la casă. Acești oameni ar fi putut fi ajutați, poate chiar individual. Problema au constituit-o speculațiile financiare efectuate de investitorii instituționali. Pariurile pe care practic aceștia le-au făcut între ei asupra posibilității sau imposibilității de realizare a unui eveniment.

Dacă 1.000.000 de oameni nu pot să achite \$10.000/an pentru casa ci pot să achite doar \$5000, problema are o magnitudine de \$5 miliarde, un fleac pentru un sistem financiar precum cel american, iar cei care au de suferit sunt deținătorii finali ai împrumuturilor, băncile sau firmele de asigurări care dețin creditele respective. Sau, văzută dintr-un alt punct de vedere dacă valoarea de piață a 1.000.000 case scade cu 5% de la \$500.000x 1.000.000 = \$500 miliarde, ea scade cu \$25 miliarde, oricum o suma foarte mică pentru întreg sistemul financiar american.

Într-un sistem financiar sofisticat până la absurd așa cum este cel pe care l-am descris anterior, însă, deși problema reală rămâne aceeași, faptul că 1.000.000 pot să plătească doar o anumită

sumă, iar garanțiile (casele lor) nu valorează cât fuseseră evaluate, problema ia o altă magnitudine datorită împachetărilor financiare de tip CDS/CDO.

Dacă companiile de asigurări au emis polițe în schimbul cărora, în cazul în care cei 1.000.000 americani nu-și vor plăti ratele la timp, ele vor plăti pentru fiecare obligațiune o sumă de bani, problema poate lua un impact de sute chiar mii de miliarde de dolari, totul fiind o convenție între vânzătorii și cumpărătorii de polițe.

2. De ce criza nu s-a limitat la America și afectează alte state, în primul rând cele europene și implicit România?

Răspuns: În primul rând pentru că băncile, fondurile de pensii și societățile de asigurare europene, au fost printre cei mai avizi dedeținători de instrumente financiare derivate, cumpărând fără să înțeleagă exact ce, în speranța că randamentele, dobânzile pe care le plăteau americanii erau superioare dobânzilor pe care le-ar fi încasat în plasamente normale, acasă. Practic, europenii, au fost printre cei care au luat de bune evaluările făcute de agențiile de rating asupra instrumentelor financiare derivate și au investit fără a exercita un due diligence necesar. Atât în America cât și în Europa, oameni plătiți cu milioane de dolari anual, poate în unele cazuri cu zeci de milioane, au cumpărat instrumente financiare pe care de fapt nu le-au înțeles, instrumente derivate născocite de bănci de investiții, bucurându-se să vândă oricui, orice, atât timp cât încasau un comision și nu își asumau nici un risc. Managerii de fonduri instituționale au cumpărat acest orice, fără să-și ridice probleme majore pentru că erau produse de bănci de investiții cu reputație impecabilă și aveau și un rating AAA (ca și cel al guvernului american) conferit de agențiile de rating, bucurându-se că au ce evalua, dar fără să înțeleagă ce fac.

3. De ce a fost nevoie de intervenția statului atât în SUA cât și în Europa pentru a credita băncile?

Răspuns: Aceasta problemă reprezintă un punct foarte sensibil, existând voci destul de autorizate care au susținut și susțin și în continuare că acele instituții care au făcut investiții proaste trebuiau lăsate să dea faliment. Singurul răspuns decent posibil este ca odată cu falimentul băncii de investiții Lehman Brothers a existat un risc de prăbușire al întregului sistem financiar american și poate global.

Un argument bazat pe aceeași logică este "too big too fail" adică o companie de talia AIG, nu ar putea fi lăsată să se prăbușească pentru că prăbușirea sa ar antrena alte falimente în lanț: prăbușirea fondurilor de pensii care dețin obligațiuni sau acțiuni ale AIG, lăsând fără pensii milioane de oameni, etc, etc, etc.

Pentru românii care au trecut prin restructurarea economică și falimentele bancare ale anilor 90 schimbarea de paradigmă economică, aplicată acum când criza lovește țările dezvoltate nu poate să nu nască un zâmbet amar....

4. De ce criza ipotecilor subprime american afectează alte ramuri ale economiei mondiale care nu au nicio legătură cu piața imobiliară americană? De ce nu se pot obține credite pentru alte domenii de activitate?

Răspuns: Pentru că băncile nu s-au mai creditat unele pe altele, fiecare neștiind o lungă perioadă de timp cât de solvabilă este banca situată la capătul celălalt al unei tranzacții, ce fel de instrumente financiare are în portofoliu, și dacă va mai putea returna creditul.

(continuare în numerele viitoare)

NOI SUNTEM ROMÂNII! NOI SUNTEM DE AZI PE VECI FALIȚI!

Prof.univ.dr. Ion Turcu

I. A fi sau a nu fi falit. Dilema existențialistă a românului

Să începem cu o anecdotă. Mulți confundă anecdota cu bancul, pentru că ambele se termină cu o poantă care stârnește zâmbetul. Anecdota este o povestioară veselă, care urmărește să binedispună sau să tragă o concluzie utilă din situații comice în care se află participanții la acțiunea povestită. S-au remarcat în acest gen Th. Speranția, T. Liciu, A. Pann ș.a.

Anecdota pe care o voi relata se petrece la sfârșitul anului 1994 la Washington. Eram prezent ca profesor vizitator la Universitatea Georgetown și într-o seară am primit un apel telefonic la hotel. O voce cristalină de româncuță, care mă cunoștea din țară și care în acel moment însoțea ca interpret pe un ministru din Guvernul României la Fondul Monetar Internațional, mi-a explicat că domniile de la FMI, care erau absolvenți ai Georgetown University, au descoperit pe site-ul universității vizita mea și ar dori să mă cunoască. Am răspuns imediat pozitiv și la sediul FMI am făcut cunoștință cu domni Tobias Asser și Henry Schiffman din direcția juridică. După obișnuitele amabilități protocolare mi-au predat un text de câteva pagini reprezentând versiunea adoptată de Senatul României a Legii privind insolabilitatea comercială - reorganizarea și lichidarea judiciară și mi-au acordat 24 de ore pentru a formula opinii cu privire la acest text. În seara următoare le-am prezentat câteva opinii și înainte de a fi terminat, unul dintre cei doi domni a remarcat, cu regret, că nu am apreciat înlocuirea unor termeni ca „faliment” și „falit” cu „insolabilitate” și „debitor” pentru a elimina nuanța peiorativă a acestor termeni arhaici. Am replicat spunând că, dacă, la origine, termenii erau asociați ideii de fraudă, în accepțiunea modernă s-a realizat o îndepărtare de la această semnificație dezonorantă și o dovadă în acest sens poate fi menținerea în legislația americană (United States Code, Title XI, Bankruptcy) a termenului „bankruptcy” având la origine sintagma italiană „banca rotta”, care desemna o ceremonie feudală de sfărâmare cu toporul în piața publică a unei băncuțe simbolizând afacerea negustorului falit. Solemnitatea era la fel de infamantă ca și legarea la *pilorum*. Le-am explicat distinșilor domni că, de la Conu Iancu Caragiale încoace, pentru noi românii cuvântul falit, departe de a fi dezonorant, este un standard european prin care nădăjduim să fim admiși în Europa. Și iată că norocul ne-a zâmbit: avem și faliti și falimente, suntem și noi membri ai Uniunii Europene. Radio Erevan a fost însă întrebat de un ascultător dacă poate fi *legal* exclus un membru al Uniunii Europene. Răspunsul a fost prompt și categoric: *legal*, nu poate fi exclus, dar se contează pe fantezia românilor.

II. Insolvența – o noutate veche de când lumea

Insolvența este înțeleasă ca starea afacerii falitului care poate fi remediată prin reorganizare și redresare sau poate eșua ireversibil în faliment. Acest termen de drept comercial era uzual în viața de afaceri de pe meleagurile noastre încă înainte de unirea principatelor, după cum rezultă din raportul pe care Mihail Kogălniceanu l-a prezentat în adunarea acționarilor Băncii Naționale a Moldovei la 9/21 septembrie 1860, reproduc integral în vol. I (partea a II-a) din monografia autorului C.I. Băicoianu consacrată Băncii Naționale a României. Buletinul jurisdicțional al Înaltei Curți de Casație și Justiție, secția comercială, pe care l-am putut consulta numai între anii 1895 și 1947, cuprinde numeroase referiri la același termen. De aceea, în prima carte pe care am publicat-o în 1996, consacrată Legii nr. 64/1995, am pledat pentru

reintroducerea acestui termen în legislație, dar mi-am văzut îndeplinită dorința numai după 10 ani.

III. Prinos de recunoștință bancherilor noștri

Băncile noastre, precum și cele venite ca musafiri au contribuit decisiv la geneza poporului de faliti.

După ce am fost primiți în UE, ni s-a încredințat rolul de consumatori și pentru că noi nu aveam suficienți bani, băncile din celelalte state membre și-au deschis așezări și în țara noastră pentru a credita consumul și mai puțin producția. Un salt uriaș a propulsat întreaga țară pe un imens șantier de construcții. Prețurile locuințelor au atins și apoi au depășit prețul plăcii cu aur de 14 K a metrului pătrat de pardoseală, în timp ce beneficiile dezvoltatorilor și antreprenorilor au atins cote astronomice. La acest nivel, românul a făcut față cu forțe proprii, dar de ce există băncile? Un bancher glumeț spunea: dacă te doare ceva, te duci la medic; dacă ai probleme, te duci la avocat, însă pentru orice altceva, vii la mine. Așa se face că bancherii au dobândit o calificare suplimentară: știința adormirii conștiinței consumatorilor.

Voi reda, fără contribuție personală, câteva slogane ale băncilor noastre în vogă în anul 2008:

- “Tei credit acum, plătești la anul.”
- “De ce să aștepti o viață ca să-ți iei ce ai visat?” (*Millennium Bank*)
- “Credite pentru Investiții Imobiliare. Fă-ți alte griji decât banii!” (*BCR*)
- “Uită de ratele la credit!” (*GarantiBank*)

Propaganda asiduă a băncilor în favoarea contractării de credite a creat o senzație falsă, în sensul abandonării grijilor privind rambursarea. De aceea, nu excludem posibilitatea ca în faza recuperării silite, debitorii băncilor să invoce manoperele dolosive care le-au indus o imagine eronată asupra posibilităților rambursării și să ceară instanței împărțirea sarcinii de a suporta paguba între creditor și debitor.

Consecința firească, inevitabilă, dar previzibilă a fost generalizarea falimentului și impunerea lui ca fenomen de masă care îi atinge nu numai pe agenții economici, ci și pe nefericiții consumatori, față de care nu s-a reușit elaborarea unui regim legal de insolvență, deși s-au avansat propuneri serioase și competente.

Ceea ce s-a realizat și merită toată aprecierea este adoptarea Legii concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc. Acest act normativ este, fără îndoială, animat de cele mai bune intenții, dar se confruntă cu cel puțin patru obstacole: 1) creditorii bugetari, omniprezenți în procedurile de insolvență și adeseori majoritari, nu pot renunța nici la totalitatea creanțelor, nici la o parte substanțială din creanțele lor, pentru că ar veni în contradicție cu eforturile recente de brutală creștere a colectărilor la buget; 2) lipsește organismul esențial, de veghe și alertă, care în alte țări prevestește starea de dificultate premergătoare insolvenței; 3) nu există soluție legislativă pentru marea masă de faliti, cosumatorii supraîndatorați; 4) măsurile de creștere exagerată a TVA, concomitent cu măsurile de reducere drastică a salariilor sunt exact opusul măsurilor utile și necesare pentru ieșirea din criză, tot astfel cum împrumutul de la FMI a fost cea mai proastă alegere. Dacă aceste adevăruri sunt simple, de bun simț, și înțelese de tot românul, se poate formula întrebarea dacă cei ce ne conduc destinele l-au citit pe Hegel și și-au însușit mecanismul ordinii prin haos: "mai întâi punem de un mare haos și apoi impunem o nouă ordine"?

Românii își merită soarta pentru că adoră ca ea să le fie dictată de alții. Până când?

Dreptul de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului cu privire la menținerea sau denunțarea contractelor încheiate de debitorul insolvent anterior deschiderii procedurii

(Partea a I-a)



Drd. Florentina Folea

1. Considerații introductive

Salvarea relațiilor de afaceri ale debitorului insolvent după deschiderea procedurii sau interesul în dezvoltarea unora noi ulterior acestei date nu reprezintă una dintre prioritățile practice ale procedurii insolvenței în condițiile în care, deși la nivel declarativ, principal, “reorganizarea prevalează asupra falimentului”, statistica efectuată asupra cazurilor de insolvență din România a demonstrat contrariul.

Cu toate acestea, comerciantului ajuns în stare de insolvență i se poate oferi șansa unei redresări în condițiile în care atât participanții la procedura insolvenței, cât și terții aflați în relații de afaceri cu debitorul înțeleg importanța adaptării uzanțelor comerciale la situația specială în care se găsește debitorul, susținând astfel un eventual plan de reorganizare propus de debitor.

Aflându-ne în sfera dreptului comercial, relațiile de afaceri ale comerciantului au la bază acordul de voință al părților în vederea efectuării unui transfer patrimonial, a prestării unor servicii, a închirierii de bunuri etc., cu respectarea desigur a dispozițiilor dreptului comun în materie civilă și/sau comercială, dar și a legilor speciale în funcție de specificul tranzacției și al părților implicate.

Deschiderea procedurii insolvenței împotriva comerciantului aduce însă modificări importante atât la nivelul legislației aplicabile, dar și în ceea ce privește modul de derulare a raporturilor comerciale ulterior acestei date.

Atitudinea co-contractanților, refuzul acestora de a continua colaborarea cu comerciantul insolvent sau impunerea unor condiții comerciale împovărătoare sunt practici menite să adâncească starea de insolvență a debitorului și să înlăture posibilitățile de reorganizare ale acestuia.

Or, tocmai aceste practici comerciale incorecte sunt sancționate prin Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței, nu atât prin impunerea unor « pedepse » pentru

încălcarea acestora, cât mai ales prin asigurarea suportului legal, a părghiilor necesare pentru ca practicianul în insolvență să poată lua deciziile comerciale cele mai potrivite raportat la situația concretă a debitorului insolvent.

Deși actuala reglementare reprezintă un progres față de textul vechii Legi nr.64/1995, analiza efectuată asupra contractelor debitorului insolvent dovedește existența unor lacune legislative ce permit adoptarea unor decizii arbitrare, potențial prejudiciabile pentru părțile implicate.

Absența unor criterii clare de apreciere la dispoziția administratorului judiciar sau lichidatorului cu privire la menținerea sau denunțarea contractelor încheiate de debitorul insolvent, dar și la intrarea în noi raporturi contractuale, lipsa unor sancțiuni concrete în caz de încălcare culpabilă și lezare a intereselor debitorului dar și ale cocontractanților acestuia, toate acestea creează cadrul optim pentru exercitarea abuzivă a drepturilor conferite de lege.

Interesele divergente care se regăsesc cel mai adesea în aceasta materie, între partenerii (co-contractanții) debitorului care doresc de regula finalizarea raporturilor juridice și creditorii acestuia care urmăresc în cele mai multe cazuri încetarea oricăror contracte și obținerea într-un timp cât mai scurt a unor sume cât mai mari la masa credală, fac dificilă misiunea practicianului în insolvență de găsire a unui echilibru menit să satisfacă cu precădere scopul procedurii.

Sintetizând aceste paradoxuri ale procedurii insolvenței, prof.I.Turcu arată că ne găsim în situația în care “contracte destinate să aibă o forță egală cu legea se sfârșim cu ușurință incredibilă sau devin maleabile în interesul debitorului”¹; iar lipsa unei decizii comerciale corecte și legale din partea practicianului în insolvență poate conduce chiar la adâncirea dezechilibrului financiar al debitorului, în condițiile în care obligațiile asumate în numele debitorului după data deschiderii procedurii generează cheltuieli ce urmează a fi plătite cu prioritate față de cele incluse în masa credală.

2. Obiectul exercitării dreptului de opțiune

Dreptul de opțiune poate privi orice contract, indiferent dacă este un contract cu executare succesivă sau cu executare instantanee, cu condiția de a nu fi fost executat în integralitate sau substanțial de către toate părțile implicate.

2.1. Noțiunea de „contract”

În ceea ce privește termenul de „contract” ne rezumăm a enunța definiția cuprinsă în art.942 Cod civil român potrivit căreia contractul este « acordul între două sau mai multe persoane, spre a constitui sau a stinge între dânsii un raport juridic ». Ceea ce este esențial în această definiție este acordul voințelor părților contractante în scopul producerii de efecte juridice.

Particularizând definiția sferei dreptului comercial, contractele comerciale reprezintă instrumente juridice și tehnico-economice cu ajutorul cărora doi sau mai mulți parteneri de afaceri, de comun acord, se obliga reciproc să creeze, să modifice sau să stingă un raport (relație) economică/afaceri².

2.2. Noțiunea de „contract în derulare”

Noțiunea de „contract în derulare” a fost introdusă în textul articolului 86 din Legea nr.85/2006 prin modificările și completările aduse de recenta Lege nr.277/2009³, acordând administratorului judiciar sau lichidatorului dreptul de opțiune cu privire la denunțarea acelor contracte în derulare care „*nu vor fi fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate*”, respectiv nu și-au epuizat efectele esențiale până la deschiderea procedurii insolvenței.

Se transpune astfel în legislația română conceptul de „contract în curs” utilizat de art.37 din Legea franceză din 25 ianuarie 1985.

Această noțiune era folosită și în articolele 621-28 din Codul comercial francez care menționau posibilitatea de a solicita continuarea contractelor în curs. Doctrina franceză⁴ sublinia faptul că doar contractele sunt vizate de această regulă, și nu statutele obligatorii, precum cele de adeziune la sistemul asigurărilor de sănătate.

Expresia „contract în curs” a fost menționată în doctrina franceză⁵ ca fiind „una dintre numeroasele enigme în materie, în condițiile în care nu este definită nicăieri. O astfel de tăcere pare și mai stranie în considerarea importanței reprezentată de continuarea activității în cadrul procedurii de reorganizare.” Pentru a acoperi această lacună, doctrina și jurisprudența franceză au încercat identificarea unor criterii cumulative, făcând totodată distincția tradițională între contractul în curs de existență și contractul în curs de executare.

O definiție negativă a contractului în curs ar fi aceea de contract care nu a ajuns la scadență iar un contract în curs nu trebuie să fie reziliat printr-o clauză rezolutorie de plin drept după deschiderea procedurii.⁶ Continuarea unei relații contractuale cu ocazia intrării în procedura colectivă nu poate să se realizeze într-o manieră sistematică și nediscriminatorie; ea trebuie condiționată de utilitatea economică a contractului, respectiv pentru caracterul benefic al contractului în continuarea activității. Într-o asemenea optică, relația contractuală iese din sfera relațiilor individuale pentru a intra în cea a interesului colectiv reprezentat de salvarea întreprinderii. Prin

urmare, contractul nu mai reprezintă o legătura de drept, cât un instrument de redresare.

Pentru a ne găsi însă în prezența unui *contract în derulare* sau *în curs* este necesar ca acest contract pe de o parte să **existe** la data deschiderii procedurii, iar pe de altă parte să **fie în curs de executare**.

2.2.1. Contract în curs de existență la data deschiderii procedurii

Contractul existent la data deschiderii procedurii este acel contract care a fost **încheiat anterior acestei date și nu a încetat până la acest moment**.

2.2.1.1. Contract încheiat anterior datei deschiderii procedurii insolvenței

Încheierea contractului reprezintă realizarea acordului de voință al părților asupra clauzelor contractuale, acord realizat prin întâlnirea, pe deplin concordantă sub toate aspectele, a unei oferte de a contracta cu acceptarea acelei oferte.

Condiția **încheierii contractului** anterior pronunțării hotărârii judecătorești declarative a stării de insolvență nu comportă aparent dificultăți de interpretare, decât eventual în situații speciale, precum cea în care deschiderea procedurii găsește părțile în mijlocul unor **negocieri nefinalizate** încă printr-un acord ori cea în care **contractul este încheiat în chiar ziua deschiderii procedurii**.

În **prima ipoteză**, dacă negocierile purtate nu sunt materializate în vreun înscris menit să angajeze contractual părțile semnate, în mod evident prevederile art.86 și următoarele din Legea insolvenței nu sunt aplicabile. Desigur că, fiind în sfera dreptului comercial, comanda urmată de executare valorează contract, însă fiind în discuție aplicarea unor texte legale de strictă interpretare, în considerarea situației speciale în care se găsește debitorul, considerăm necesară existența unor înscrisuri doveditoare ale convenției părților.

Rămân în discuție însă situațiile intermediare ce rezultă din procesul de încheiere a contractului, respectiv eventualele angajamente asumate de părți constând îndeosebi în promisiuni unilaterale de a contracta (a vinde, a cumpăra, a închiria etc). Doctrina franceză⁷ încearcă clarificarea acestui aspect arătând că în toate cazurile în care există oferte de a contracta trebuie să distingem după cum titularul ofertei este sau nu ținut să își mențină oferta; dacă acesta este îndreptățit în mod legitim să o retracteze și dacă procedează în acest sens în termenul stabilit convențional sau legal, nu există contract în curs, iar administratorul judiciar nu poate să își exercite dreptul de opțiune.

În schimb, dacă titularul ofertei nu poate să își retracteze liber oferta, dacă este ținut să mențină oferta un anumit interval de timp care se extinde după data deschiderii procedurii, administratorul judiciar va putea pretinde încheierea și executarea contractului care va avea caracterul unui contract în curs.

Cea de-a doua ipoteză comportă anumite dificultăți de interpretare. Astfel, opinăm că, față de expresia utilizată de legiuitor și anume „contract în derulare” trebuie ca, în afară de existența contractului, anterior deschiderii procedurii să existe o „derulare” a acestuia, o desfășurare a acțiunilor asumate de

părți prin respectivul contract. Or, în ipoteza încheierii contractului în chiar ziua deschiderii procedurii, în majoritatea cazurilor nu numai că nu ne aflăm în prezența unei derulări efective a contractului, dar scopul pentru care acesta este încheiat este de cele mai multe ori fraudulos, motiv pentru care apreciem ca acesta trebuie calificat drept contract încheiat ulterior deschiderii procedurii, fiind supus rigorilor și sancțiunilor prevăzute de art.46 al.1 coroborat cu art.49 din Legea nr.85/2006.⁸

Articolul 49 din Legea nr.85/2006 dispune: „(1) Pe perioada de observație, debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, după cum urmează:

- a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare în sensul art.28 alin.(1) lit.h), și nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;
- b) sub conducerea administratorului judiciar, dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

(2) Actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile menționate la alin.(1) vor putea fi autorizate, în exercitarea atribuțiilor de supraveghere de administratorul judiciar; acesta va convoca o ședință a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 de zile de la data primirii acesteia.

(3) În cazul propunerilor de înstrăinare a bunurilor din averea debitorului grevate de garanții, se va ține seama de prevederile art.39 referitoare la acordarea unei protecții corespunzătoare creanței garantate.

2.2.1.2. Contract care nu a încetat anterior datei deschiderii procedurii insolvenței

În ceea ce privește **încetarea contractului**, pentru a ne găsi în prezența unui contract *în derulare*, este necesar ca niciuna dintre cauzele de încetare a contractului, stabilite legal sau convențional, să nu fi intervenit până la această dată.

Împlinirea termenului pentru care contractul a fost încheiat prezintă relevanță în cazul contractelor perfectate pe durata determinată și care s-a împlinit anterior datei deschiderii procedurii.

În cazul contractelor încheiate pe perioada nelimitată, pentru a ne găsi în sfera de aplicare a dispozițiilor art.86 și următoarele din Legea nr.85/2006, este necesar ca acestea să nu fi fost denunțate de către una din părți anterior datei deschiderii procedurii, iar termenul de preaviz să fi expirat de asemenea până la acest moment.

O ipoteză interesantă este cea în care, deși una dintre părți și-a manifestat intenția de denunțare a contractului anterior deschiderii procedurii, termenul de preaviz se împlinește în perioada de observație, iar administratorul judiciar apreciază că este oportună continuarea contractului. Jurisprudența franceză⁹ s-a confruntat cu această problemă cu ocazia judecării unui litigiu având ca obiect analizarea cererii unui creditor bancar de încetare a unui contract de finanțare acordat sub forma unei linii de credit, în condițiile în care termenul de preaviz cuprins în notificarea transmisă de către bancă debitorului expiră după data deschiderii procedurii. În condițiile în care manifestarea de voință a avut loc anterior deschiderii

procedurii, cu respectarea tuturor formalităților legale și convenționale aplicabile raportat la tipologia contractului, termenul de preaviz nu poate fi considerat în sine ca generator de efecte juridice, ci doar o măsură menită să acorde validitate actului de denunțare. Prin urmare, instanța a apreciat că pentru perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data expirării termenului de preaviz, contractul poate fi considerat în curs, fără însă ca administratorul judiciar să aibă posibilitatea de a opta în sensul continuării acestuia dincolo de această perioadă.

De asemenea, **contractul în curs trebuie să nu fi fost rezoluționat sau reziliat**. Deși de regulă, în această materie, ne aflăm în prezența unor contracte cu executare succesivă (caz în care sancțiunea neexecutării culpabile a obligației uneia dintre părți este rezilierea), după cum am arătat și unele contracte cu executare *uno actu* pot cădea sub incidența prevederilor art.86 din Legea nr.85/2006.

Rezoluțiunea contractului este definită¹⁰ ca fiind o sancțiune a neexecutării culpabile a contractului sinalagmatic, constând în desființarea retroactivă a acestuia și repunerea părților în situația avută anterior încheierii contractului.

Spre deosebire de rezoluțiune, rezilierea face să înceteze efectele contractului numai pentru viitor, lăsând neatins prestațiile succesive care au fost făcute anterior rezilierii.

Rezoluțiunea sau rezilierea au în principal un caracter judiciar; față de condiția rezolutorie tacită¹¹ existentă în fiecare contract sinalagmatic, rezoluțiunea nu operează de drept, partea îndreptățită trebuind să se adreseze instanței judecătorești cu acțiune în rezoluțiune.

Nimic nu împiedică însă părțile să includă în contractele sinalagmatic pe care le încheie clauze contractuale privind rezoluțiunea contractului pentru neexecutare, denumite pacte comisorii, derogatorii de la prevederile art.1020 C.Civ. în sensul că urmăresc să reducă sau să înlăture rolul instanței judecătorești în pronunțarea rezoluțiunii contractelor.¹²

În astfel de situații, rezoluțiunea se produce de regulă în baza unei declarații unilaterale de rezoluțiune comunicată părții în culpă.

Pentru a ne găsi în prezența unui contract în derulare sau în curs, este necesar ca rezoluțiunea sau rezilierea, judiciară sau convențională, să nu fi intervenit anterior deschiderii procedurii.

Singura modalitate de salvare a unui contract afectat de clauza de rezoluțiune sau reziliere este renunțarea creditorului la beneficiul clauzei.

Cu toate acestea, o acțiune în rezilierea contractului începută anterior deschiderii procedurii poate continua după deschiderea procedurii însă numai dacă aceasta nu are drept fundament neplata unei creanțe anterioare (caz în care acțiunea ar fi suspendată în baza art.36 din Legea nr.85/2006). Ea se poate întemeia pe neexecutarea unei obligații de a face. În acest caz, se pune problema dacă administratorul judiciar se poate opune cererii de reziliere a contractului prevalându-se de regulile continuării contractelor sau trebuie să accepte consecințele unei acțiuni inițiată anterior deschiderii procedurii.

Apreciem că față de prevederile imperative ale art.86 al.1 din Legea nr.85/2006, atâta timp cât acțiunea în rezoluțiunea sau rezilierea contractului nu s-a finalizat printr-o hotărâre executorie, din perspectiva legii insolvenței, contractul trebuie

considerat ca fiind în derulare, practicianul în insolvență având dreptul de a-și exprima opțiunea intervenind în dosarul cauzei.

Față de prevederile art.6 al.1 din Legea nr.85/2006, apreciem că în acest caz se impune declinarea competenței de soluționare a dosarului de la instanța investita potrivit dreptului comun către judecătorul-sindic.

Concluzionând, observăm că legea nu impune decât continuarea contractelor aflate în derulare în ziua deschiderii procedurii ceea ce presupune faptul că au fost încheiate anterior acestei date și nu au ajuns la termen sau nu au fost desființate anterior acestei date. Contractele definitiv desființate anterior deschiderii procedurii nu pot fi continuate de administratorul judiciar sau de lichidator, chiar dacă rezilierea a fost prejudiciabilă pentru debitor.

2.2.2. Contract în curs de executare

Calificarea contractului ca fiind în derulare sau în curs de executare prezintă interes practic doar în cazul în care contractul s-ar dovedi a fi util continuării activității debitorului, sporind șansele de reorganizare ale acestuia.

Noțiunea de contract în curs de executare nu trebuie înțeleasă de o manieră absolută, astfel încât trebuie să ținem cont de condițiile și termenii ce afectează prestațiile părților, precum și de volumul obligațiilor existente. Întrebarea care se ridică în acest context este aceea de a ști dacă supraviețuirea unor simple efecte reziduale sunt suficiente pentru ca un contract să fie considerat în curs de executare.

O problemă practică poate interveni, spre exemplu, în cazul contractelor de antrepriză în cadrul cărora debitorul (antreprenorul) a încasat în avans de la beneficiar sumele necesare finalizării lucrării de construcție, fără însă a executa integral lucrarea. Deschiderea procedurii și alocarea sumelor încasate altor lucrări decât cele a beneficiarului plătitor aduce debitorul în imposibilitatea executării contractului, cu consecința asumării riscului calculării de către beneficiar a penalităților contractuale. Decizia administratorului judiciar sau a lichidatorului este una dificilă, acesta trebuind să opteze între finalizarea lucrărilor (ne referim îndeosebi la lucrări ale căror termene erau stabilite pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii) sau asumarea respectivelor penalități. Opinăm că în acest caz, consultarea Comitetului Creditorilor devine obligatorie, adoptarea unei decizii trebuind să aibă la bază atât o evaluare economică a rentabilității contractului, cât și o evaluare juridică din perspectiva posibilelor cereri de despăgubire din partea cocontractantului.

2.3. Contract cu executare succesivă versus contract cu executare *uno actu*

Având în vedere că, după cum am arătat, noțiunea de *contract în derulare* sau *în curs* nu este definită de lege, doctrina franceză¹³ admite că această noțiune include contractele care nu au fost integral executate înainte de deschiderea procedurii, respectiv în principiu contractele cu executare succesivă, însă pot include și unele contracte cu executare instantanee, dar ale căror efecte se prelungesc în timp.

Contractul în derulare sau în curs va fi de cele mai multe ori un contract cu executare succesivă ce presupune prestații reciproce eșalonate în timp (spre exemplu, închirierea).

Considerăm însă că textul legal poate fi incident și în ipoteza contractului cu executare instantanee care nu și-a produs toate efectele înainte de deschiderea procedurii, cum este un contract de vânzare-cumpărare al cărui preț este plătit în rate sau în cadrul căruia transferul proprietății este amânat printr-o clauza a rezervei dreptului de proprietate.

Interpretarea doctrinală generală este de a nu face nicio distincție și de a solicita continuarea contractelor în curs, oricare ar fi ele. Jurisprudența susține această interpretare și respectiv principiul continuării contractelor fără a ține cont de natura lor atât timp cât neexecutarea nu este totală, iar menținerea lor servește interesului maximizării averii debitorului.

Astfel, în cazul contractului de vânzare-cumpărare, dacă vânzarea nu a fost executată în totalitate, considerăm necesar a fi analizat motivul neexecutării, respectiv dacă doar plata prețului nu s-a executat integral sau si transferul proprietății a fost amânat. În primul caz, sunt afectate doar modalitățile de plată a prețului, transferul proprietății fiind realizat înainte de deschiderea procedurii prin efectul acordului de voință al părților, iar plățile eșalonate după deschiderea procedurii nu au caracter privilegiat, sens în care contractul nu va mai putea fi considerat ca fiind în curs. În acest caz, dacă în respectivel contract, debitorul are calitatea de cumpărător, vânzătorul va avea dreptul să se înscrie în tabelul creanțelor debitoare pentru diferența de preț neachitat, iar dimpotrivă dacă debitorul este vânzător, bunul se va considera ieșit din patrimoniul acestuia, iar administratorul judiciar sau lichidatorul vor trebui să urmărească cumpărătorul pentru achitarea diferenței de pret.

În cel de-al doilea caz, întreaga executare a contractului este amânată: atât transferul proprietății cât și plata prețului. În acest caz, opinăm în sensul că administratorul judiciar sau lichidatorul are dreptul de a revendica executarea contractului, acesta nefiind executat în elementele sale esențiale: transferul dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător și plata contraprestației acestui transfer, respectiv prețul de vânzare.

2.4. Momentul calificării contractului ca fiind în derulare

O altă problemă care a suscitat o anumită dezbatere din partea doctrinei franceze¹⁴ este aceea de a determina momentul la care trebuie stabilit dacă un contract este în derulare sau în curs: la data deschiderii procedurii sau la data exercitării dreptului de opțiune?

Dificultatea are mai degrabă un caracter practic, deoarece, în majoritatea covârșitoare a cazurilor, între data deschiderii procedurii de insolvență și data exercitării opțiunii din partea administratorului judiciar sau lichidatorului există un anumit interval de timp (de regulă de câteva luni).

În condițiile în care contractul nu poate fi executat după ce a ajuns la termen, rezultă că doar contractul în curs la data opțiunii poate continua.

Prin urmare, este necesar ca acest contract să nu fi fost executat în totalitate sau substanțial nici anterior deschiderii procedurii și nici între data deschiderii procedurii și data exercitării dreptului de opțiune, deoarece doar contractul în curs de executare este susceptibil de continuare.

3. Titularii dreptului de opțiune

În conformitate cu prevederile art.86 din Legea nr.85/2006, **inițiativa denunțării unui contract în derulare**, după deschiderea procedurii insolvenței, revine fie practicianului în insolvență (administrator judiciar sau lichidator, funcție de etapa procedurii insolvenței), fie cocontractantului care, trimițând o notificare celui dintâi, îl obligă pe acesta să răspundă în termen de 30 de zile.

Cu toate acestea, dreptul de apreciere asupra îndeplinirii condițiilor art.86, respectiv dacă ne găsim în prezenta unor contracte în derulare ori dacă aceste contracte au fost sau nu executate în totalitate sau substanțial, revine în întregime administratorului judiciar sau lichidatorului.

Decizia administratorului, privind exercitarea dreptului sau la opțiune, are o importanță deosebită nu doar pentru întreprinderea în dificultate, ci în mod egal pentru contractanții acesteia care ajung în situația de a se vedea legați de o convenție de care s-au lipsit de bună voie. Această importanță explică pe de o parte un regim de responsabilitate ridicat, iar pe de altă parte o obligație de vigilență pe care administratorul judiciar sau lichidatorul trebuie să o manifeste pe întreaga perioadă de derulare a contractului continuat.

O problemă practică poate interveni în situația în care dreptul de administrare al debitorului nu a fost ridicat, acesta continuându-și „activitățile contractate, conform obiectului de activitate” (art.3 pct.14 din Legea nr.85/2006). Atribuind competența decizională în materia menținerii sau denunțării contractelor administratorului judiciar, legiuitorul nu face distincție între procedurile în care dreptul de administrare a rămas debitoarei ori cele în care acest drept a fost transferat administratorului judiciar. Dacă ultimul caz nu comportă nici un fel de probleme, exercitarea doar a rolului de supraveghere a activității debitoarei, fără a o conduce în mod direct, poate lipsi administratorul judiciar de informații valoroase cu privire la oportunitatea menținerii sau denunțării contractelor. Apreciem că în acest caz, deși derularea acestora se încadrează în categoria activităților curente gestionate de debitoare prin administratorul special, decizia administratorului judiciar va trebui să se bazeze pe analizele efectuate de administratorul special, acesta din urmă având astfel posibilitatea de a se folosi, indirect, de dispozițiile art.86.

O altă problemă, analizată pe larg în doctrina juridică, a fost aceea de a determina dacă în exercitarea dreptului de opțiune, administratorul judiciar sau lichidatorul acționează în nume propriu sau în numele debitorului (contractant insolvent). Admiterea ultimei ipoteze conduce la recunoașterea faptului că voința unilaterală a unei părți exprimată indirect prin intermediul practicianului în insolvență îi permite acesteia să se sustragă angajamentelor contractuale asumate.

Această interpretare este însă contrară **principiului irevocabilității actului juridic civil** prevăzut de art.969 Cod Civil potrivit căruia „convențiile nu pot fi revocate prin voința uneia din părți, ci numai prin acordul părților”.

Definită ca fiind „regula de drept potrivit căreia actului bilateral nu i se poate pune capăt prin voința numai a uneia din părți, iar actului unilateral nu i se poate pune capăt prin manifestarea de voință, în sens contrar, din partea autorului actului”¹⁵, irevocabilitatea este o consecință și în același timp o garanție a forței obligatorii a actului juridic.

Chiar dacă admitem faptul că deschiderea procedurii insolvenței determină aplicarea unor norme speciale, derogatorii și chiar aflate în conflict cu principiile generale de drept civil, considerăm justă interpretarea potrivit căreia practicianul în insolvență acționează în virtutea puterilor proprii ce îi sunt conferite de lege în calitatea sa de participant independent în cadrul procedurii.

Doctrina și jurisprudența franceză susțin această interpretare, arătând că responsabilitatea administratorului judiciar poate să fie antrenată pentru continuarea activității contractuale. Curtea de Casație franceză¹⁶, printr-o decizie relativ recentă, a subliniat faptul că dreptul de a solicita continuarea contractului în curs nu aparține decât debitorului (cu acordul judecătorului-comisar), administratorului sau lichidatorului, și nu poate aparține unui terț de procedură. Astfel, după ce a enunțat că “facultatea de a solicita continuarea contractelor în curs nu aparține decât administratorului judiciar și debitorul nu are nicio putere în a solicita cocontractantului continuarea contractului” judecătorii au apreciat că “totuși, acest text nu semnifică că, pentru ca contractul să supraviețuiască, administratorul judiciar trebuie să intervină, deoarece continuarea contractului se face de plin drept”.

Dacă **responsabilitatea personală** a administratorului judiciar este reținută în dreptul francez cu privire la deciziile adoptate cu privire la menținerea sau denunțarea unor contracte, textul art.86 al.2 din actuala Lege a insolvenței acordă cocontractantului prejudiciat dreptul la promovarea unei acțiuni în despăgubiri împotriva debitorului și nu a practicianului în insolvență.

Chiar și față de această prevedere legală, considerăm că judecătorul-sindic va fi chemat să aprecieze în cazul fiecărei spețe în parte dacă fapta generatoare de prejudicii față de cocontractantul debitorului este rezultatul neglijenței sau relei voințe manifestată de practicianul în insolvență (caz în care răspunderea delictuală a acestuia va putea fi angajată) ori dacă, în exercitarea corectă a atribuțiilor sale, acesta ia o măsură care, deși concordantă scopului procedurii, aduce prejudicii celeilalte părți, caz în care dreptul la acțiune al acesteia din urmă se va îndrepta împotriva debitorului.

Cu referire la responsabilitatea administratorului judiciar sau lichidatorului, doctrina franceză¹⁷ instituie în sarcina acestuia o **obligație de vigilență** în ceea ce privește continuarea activității contractuale, precum și necesitatea efectuării unei analize care să vizeze deopotrivă utilitatea continuării contractului, dar și asigurarea finanțării acestei continuări. Astfel, în momentul în care administratorul judiciar sau lichidatorul solicită continuarea contractului, acesta trebuie să se asigure că dispune de fondurile bănești necesare achitării sumelor datorate cocontractantului aferente serviciilor sau bunurilor furnizate după deschiderea procedurii.

Jurisprudența franceză susține această obligație și impune administratorului “obligația de a se asigura că trezoreria societății permite achitarea facturilor furnizorilor”¹⁸. În efectuarea analizei și adoptarea deciziilor, în cele mai multe cazuri, administratorul judiciar sau lichidatorul se va putea baza doar pe documentele transmise de debitor și, eventual, pe serviciile unui expert contractat în acest scop. Astfel, având în vedere contextul procedurii colective, administratorul judiciar nu ar trebui să se limiteze la o simplă consultare a actelor puse la dispoziție de debitor, ci să manifeste maxima diligență care îi

incumba în calitate de organ al procedurii. Deși uneori remunerarea acestor experți riscă să agraveze situația debitorului, efectuarea unor verificări suplimentare specializate este necesară de multe ori pentru a asigura adoptarea unei decizii corecte.

4. Momentul procedural al exercitării dreptului de opțiune

În cazul deschiderii procedurii generale de insolvență (ca urmare a manifestării voinței de reorganizare exprimată de debitor în condițiile legii), analiza contractelor anterior încheiate se va realiza cel mai probabil în perioada de observație, astfel încât la data înaintării spre aprobare a unui plan de reorganizare situația angajamentelor contractuale asumate de debitor să fie pe deplin clarificată.

Pe de altă parte, în ipoteza intrării în procedura simplificată de faliment, redresarea debitorului nu mai poate fi pusă în discuție, astfel încât chiar scopul exercitării dreptului de opțiune devine dubitabil. Cu toate acestea, maximizarea valorii averii debitorului la care face referire același art.86 al.1 din Legea nr.85/2006 impune în sarcina lichidatorului efectuarea aceleiași analize temeinice a contractelor în derulare, insistând însă cu precădere nu asupra importanței contractului pentru sporirea șanselor de redresare ale debitorului, ci asupra menținerii acelor contracte care permit furnizarea serviciilor sau bunurilor necesare în mod limitat și la cele mai mici costuri realizării scopului falimentului, respectiv conservarea și valorificarea bunurilor debitorului (inclusiv vânzare în bloc) și distribuirea sumelor încasate creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței.

Situația contractelor debitorului anterior exercitării dreptului la opțiune

Atât timp cât dreptul de opțiune cu privire la continuarea contractelor nu a fost exercitat, iar contractul nu a ajuns la termen, acesta rămâne un contract în curs. De aici rezultă obligația cocontractantului de furniza prestațiile promise. Pentru prestațiile efectuate în perioada ulterioară deschiderii procedurii în baza unui contract în curs, contractantul va avea dreptul la recuperarea cu prioritate a sumelor datorate. Atât timp cât dreptul la opțiune nu a fost exercitat, contractul nu poate fi reziliat, chiar dacă prestația reciprocă din partea debitorului nu a fost furnizată, deoarece pentru a fi reziliat, este necesară luarea în prealabil a deciziei privind continuarea sau nu a contractului¹⁹.

Pentru a evita prelungirea nejustificată a acestei stări de incertitudine cu privire la soarta contractului, cocontractantul are însă posibilitatea legală de a forța administratorul judiciar sau lichidatorul în adoptarea unei decizii, prin transmiterea notificării prevăzută de art.86 al.1 din Legea nr.85/2006.

Perioada de observație

Perioada de observație reprezintă perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data confirmării planului sau, după caz, a intrării în faliment, perioadă în care debitorul este îndrituit să procedeze la desfășurarea activităților curente, definite în art.3 pct.14 din Legea nr.85/2006, ca fiind fapte de comerț și operațiuni financiare, desfășurate de debitor în cursul normal al comerțului său.

Perioada de observație este menită a stabili dacă afacerea poate continua iar perspectivele reorganizării sunt realiste sau, dimpotrivă, dacă debitorul va sfârși în faliment.

În cursul acestei perioade, exploatarea întreprinderii debitorului trebuie să continue în condiții cât mai apropiate posibil de cele existente în cursul exploatarei normale (înainte de deschiderea procedurii), în caz contrar șansele redresării devenind nule²⁰.

În foarte multe cazuri însă, activitatea de exploatare continuată după deschiderea procedurii produce pierderi, astfel încât creditorii sunt cei care vor trebui să decidă cu privire la continuarea activității, deoarece ei suportă atât riscul acumulării de pierderi, cât și concursul creditorilor născuți ulterior deschiderii procedurii (care beneficiază de prioritate în acoperirea creanțelor lor).

În mod evident, momentul exercitării dreptului de opțiune se situează, de regulă în perioada de observație în care, odată investit de instanță, administratorul judiciar se găsește în fața unor decizii importante cu privire la soarta acestora.

Deși materia contractelor în curs de executare este încadrată în mod tradițional în categoria operațiunilor ce se tratează exclusiv în perioada de observație, după cum vom arăta în cele ce urmează, practicianul în insolvență se poate confrunta cu situații practice în care exercitarea dreptului de opțiune are loc în reorganizare sau chiar în faliment.

Perioada de reorganizare judiciară

Pe perioada de executare a unui plan de reorganizare, întreprinderea este considerată ca fiind în viață, *in bonis*, cu consecința aplicării, de regulă, a dreptului comun în materie contractuală. Contractantul are dreptul de a rezilia contractul pentru neexecutare, caz în care chiar punerea în aplicare a planului de reorganizare poate fi afectată. Distanța care trebuie făcută este cu privire la cauza de neexecutare, respectiv dacă aceasta provine dintr-o faptă imputabilă debitorului și care a avut loc anterior deschiderii procedurii sau ulterior acestei date. În cazul în care neexecutarea este anterioară deschiderii procedurii, cocontractantul i se oferă posibilitatea legală de a-și înregistra pretențiile (inclusiv daune, despăgubiri, penalități) la masa credală a debitorului, aceasta fiind singura modalitate legală de recuperare a acestora.

Considerăm important de menționat în acest context regimul contractelor încheiate de debitor cu **furnizorii de utilități**. Astfel, dacă procedura se desfășoară pe baza de plan de reorganizare confirmat, aceștia nu au dreptul să schimbe, să întrerupă sau să refuze serviciile furnizate debitorului (dacă acesta este consumator captiv în condițiile art.3 pct.32 din Legea nr.85/2006), dar pot cere o cautiune bancară de până la 30% din costul serviciilor prestate și neplătite de debitor, ulterioare deschiderii procedurii. Așadar, pentru creanțele anterioare deschiderii procedurii, furnizorii de utilități vor avea același regim ca și restul creditorilor chirografari, fiind înscrși în tabelul de creanțe, plata acestora realizându-se în conformitate cu programul de plată al creanțelor prevăzut de art.95 al.2 din Legea nr.85/2006. Dacă în perioada de observație, aceștia nu au dreptul să întrerupă furnizarea serviciilor, indiferent de cuantumul creanțelor datorate de debitor anterior deschiderii procedurii, în perioada de reorganizare, legiuitorul le conferă o protecție permițându-le solicitarea unei garanții (cauțiuni) menită să asigure furnizorului un plus de certitudine cu privire

la încasarea creanței sale. În ipoteza în care debitorul nu se conformează cerinței de constituire a garanției, apreciem că furnizorul poate face uz atât de excepția de neexecutare a contractului, cât și de acțiunea în reziliere, eventualele daune la care ar fi obligat debitorul având regimul creanțelor ulterioare deschiderii procedurii.

Continuarea relațiilor contractuale cu respectivul contractant și după deschiderea procedurii, respectiv în perioada de reorganizare judiciară, nu creează obligația debitorului de acoperire a creanțelor născute anterior deschiderii procedurii sau aferente acestei perioade²¹.

În cazul în care neexecutarea vizează însă obligații asumate contractual ulterior deschiderii procedurii (având sau nu girul administratorului judiciar, după cum dreptul de administrare al debitorului a fost ridicat), contractantul are dreptul de a rezilia contractul apelând la clauzele contractuale agreeate și la prevederile legale de drept comun în materie.

Perioada de faliment

Deschiderea procedurii de faliment împotriva debitorului, în procedura generală sau simplificată, poate avea loc fie direct, odată cu pronunțarea hotărârii declarative de insolvență, fie ulterior, din perioada de observație sau de reorganizare, în condițiile art.107 din Legea nr.85/2006.

În perioada de faliment, relațiile contractuale sunt în general întrerupte. Participanții la procedura insolvenței nu mai urmăresc ca prioritate salvarea întreprinderii debitoare, ci valorificarea de o manieră cât mai eficientă a activelor în vederea satisfacerii unei proporții cât mai ridicate din pasivul înscris în mod regulat la masa credală.

Chiar și în această etapă procedurală, ne putem găsi în situația în care activitatea debitorului nu poate fi întreruptă în ziua declarării falimentului; spre exemplu, situația unui debitor care activează în producerea și comercializării cărnii, care la declararea falimentului deține „pe stoc” atât animale vii, cât și produse specifice ce trebuie comercializate într-un termen cât mai scurt pentru a evita perisarea. Este evident că într-o asemenea situație, obligația de sigilare a bunurilor (prevăzută la art.113 din Legea nr.85/2006) nu poate fi pusă în aplicare, fiind necesară, chiar și în faliment, pentru o perioadă limitată, continuarea activității curente. Apreciem că relațiile contractuale în care intră debitorul în această perioadă și cu acest scop trebuie să aibă același regim juridic cu cele din perioada de reorganizare, cocontractantul neavând posibilitatea legală de a invoca neexecutarea de către debitor a obligațiilor anterioare deschiderii insolvenței ca motiv pentru eludarea propriilor obligații contractuale.

În mod similar trebuie tratate situațiile în care debitorul deține anumite instalații care, dacă ar fi oprite, ar necesita cheltuieli de conservare superioare pierderilor ocazionate de continuarea activității ori dacă menținerea activelor în stare de funcționare ar prezenta un mai mare interes pentru potențialii cumpărători (în condițiile păstrării valabilității autorizațiilor de funcționare)²²

Menținerea contractelor în curs facilitează astfel operațiunile de lichidare și, continuând exploatarea, sporirea averii debitorului în interesul creditorilor.

Cu toate acestea, sacrificiul impus contractantului în cazul în care contractul este continuat pare destul de puțin legitim, în condițiile în care acesta nu este justificat de necesitatea salvării întreprinderii, ci de urmărirea unei cât mai bune realizări a activului, care însă nu este neapărat în interesul contractantului. Acesta suferă o constrângere care însă nu este în interesul întreprinderii, ci al creditorilor anteriori deschiderii procedurii.

(urmarea în numărul viitor)

Note

¹ Turcu I.– *Falimentul. Noua procedura. Tratat*, Editura Lumina Lex București 2003, pag.323

² Moțiu D.D., *Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței*, Ed.Wolters Kluwer Bucuresti 2009 pag.33

³ Legea nr. 277 din 7 iulie 2009 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 173/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/29006 privind procedura insolvenței și pentru modificarea lit. c) a art. 6 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru (M.Of.486/14.07.2009)

⁴ Le Corre, P-M, *Droit et pratique des procedures collectives*, 2eme edition, Dalloz Action, 2003, pag.236

⁵ Jouffin, E., *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises a une procedure collective*, LGDJ, 1998, pag.137.

⁶ Turcu I., *Legea procedurii insolvenței, Comentariu pe articole* Ediția a 2-a, Ed.CH Beck București 2009 pag.467

⁷ Derrida F., *La notion de contrat en cours a l'ouverture de la procedure de redressement judiciaire*, publicată în Les Petites Affiches nr.133/1993 pag.5

⁸ Articolul 46 al.1 din Legea nr.85/2006 dispune: „în afara de cazurile prevăzute la art.49 sau cele autorizate de judecătorul-sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule.

⁹ Derrida Fr., *op cit.* pag.6

¹⁰ Stoica V., *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, Ed.ALL București pag.1997

¹¹ Art.1020 C.Civ.: „condiția rezolutorie este subînțeleasă totdeauna în contractele sinalagmatice, în caz când una dintre părți nu își îndeplinește angajamentul sau”.

¹² Pentru o analiză detaliată a problematicii rezoluțiunii/rezilierii contractelor, a se vedea Stătescu C., Bîrsan C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*. Ediția a IX-a revizuită și adaugită, Ed.Hamangiu 2008 pag.88-93

¹³ Saint-Alary-Houin, C., *op.cit.* pag.330

¹⁴ Le Corre, P-M, *Droit et pratique des procedures collectives*, 2eme edition, Dalloz Action, 2003, pag.237

¹⁵ Beleiu Gh. – *Drept civil roman. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Casa de editură și presă SANSA SRL București 1994 pag.170

¹⁶ Cass.Com.19-12-1995 Bull.Civ.IV no.306 citat in Jouffin E., *op.cit.*pag.89

¹⁷ Jouffin E., *op.cit.*pag.114

¹⁸ Cass Com 02-02-19993 D.1993 p.193 Bull Civ IV no.441

¹⁹ Le Corre, P-M, *Droit et pratique des procedures collectives*, 2eme edition, Dalloz Action, 2003 pag.236

²⁰ Piperea Gh., *Insolvență: legea, regulile, realitatea*, Ed.Wolters Kluwer, București 2008 pag.603

²¹ Apreciem această interpretare ca fiind corectă chiar în absența unei reglementări exprese în Legea nr.85/2006 corespondenta Art.L.641-11-1 din Codul Comercial francez : „cocontractantul trebuie să își îndeplinească obligațiile în ciuda neexecutării de către debitor a angajamentelor anterioare deschiderii procedurii”.

²² Piperea Gh., *op. cit.* pag. 604

EFICIENTIZAREA FIRMEI prin re proiectarea organizatorică



Prof.univ.dr. Ion VERBONCU
Academia de Studii Economice din București

I. Premise

Reproiectarea componentei organizatorice a managementului firmei este una din cele mai importante modalități de eficientizare a firmei, în măsura în care se derulează după un scenariu metodologic riguros și se integrează în demersul complex de reengineering managerial. Premisele de la care se „pleacă” sunt, așadar:

- abordarea sistemică a firmei**, evidențiată de cele șase caracteristici – sistem socio-economic, sistem tehnico-material, sistem deschis, sistem organic-adaptiv, sistem predominant operațional și sistem de management
- viziunea sistemică a managementului**, acesta regăsindu-se în cinci ipostaze majore – metodologico-managerial, decizional, informațional, organizatoric, managementul resurselor umane
- metodologia de reproiectare managerială**, prezentată în figura nr. 1
- conținutul sistemului organizatoric**, reflectat de organizarea procesuală – funcțiuni, activități, atribuții, sarcini – și organizarea structurală – posturi, funcții, compartimente, pondere ierarhică, niveluri ierarhice, relații organizatorice
- principiile de concepere, funcționare și reproiectare organizatorică**, redată în figura nr. 2.

I. Metodologia de reproiectare

În realizarea studiului de reproiectare organizatorică recomandăm o metodologie specifică, integrată în metodologia globală de reproiectare managerială axată pe următoarele coordonate:

Obiective

Din obiectivele strategice (fundamentale), regăsite în strategia organizației,

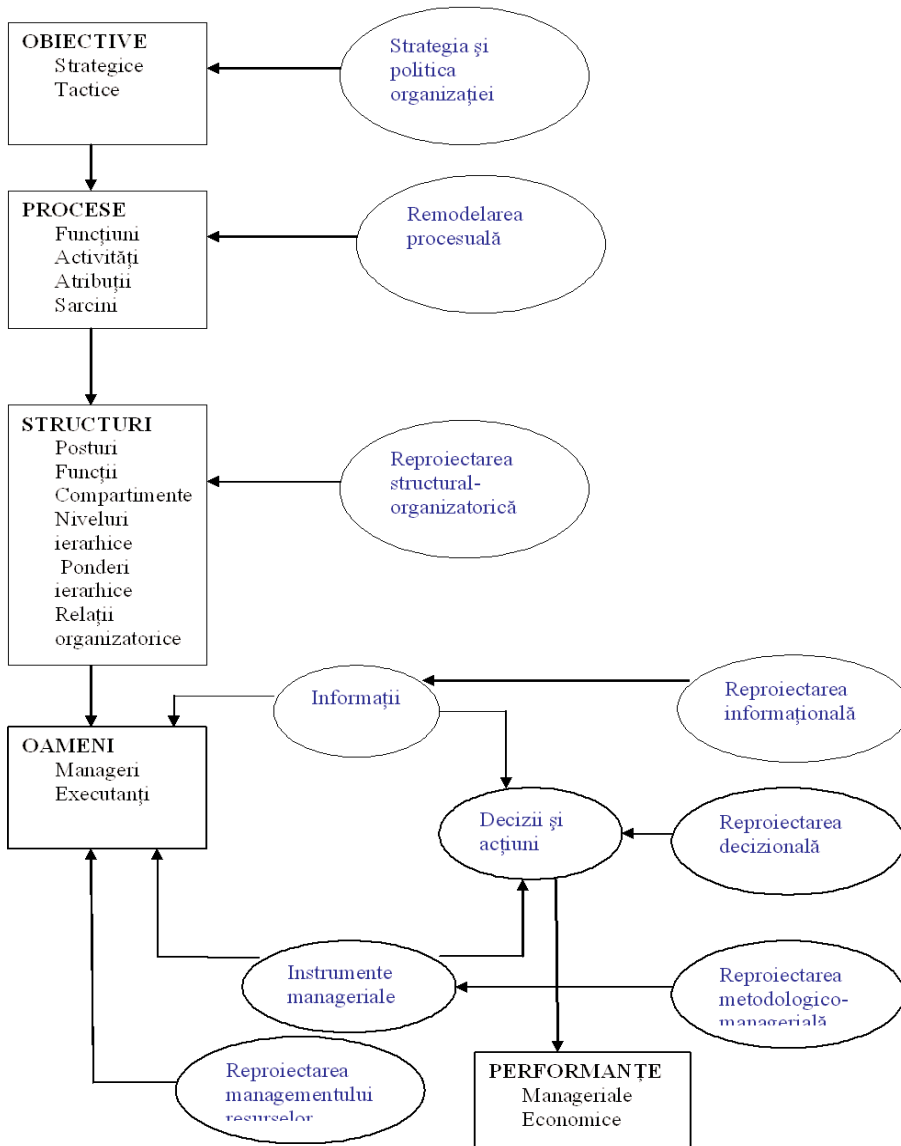


Fig.nr. 1 Reproiectarea managerială a organizației

derivă celelalte categorii de obiective, respectiv:

- obiective derivate I
- obiective derivate II
- obiective specifice I

obiective individuale

În situația în care firma nu dispune de strategie globală, este necesară consultarea politicii anuale (planului anual).

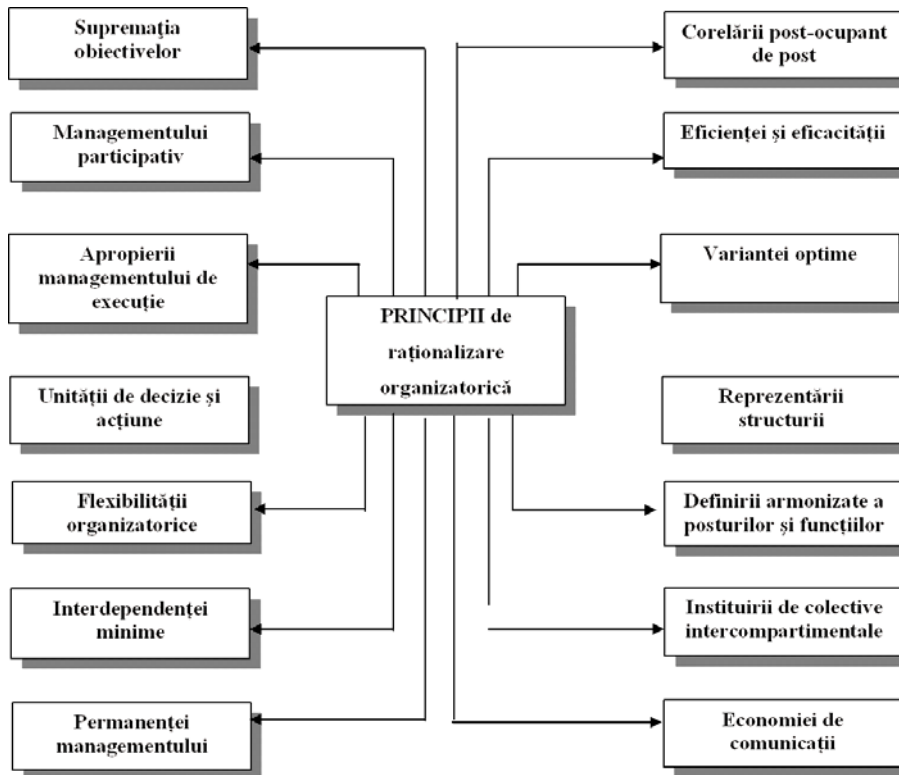


Fig.nr. 2 Principii de raționalizare organizatorică

Foarte importantă și, în același timp, necesară e defalcarea obiectivelor fundamentale în celelalte categorii și, implicit, „construcția” unui sistem coerent de obiective. Necesitatea acestuia este determinată de faptul că:

- obiectivele sunt cea mai importantă modalitate de responsabilizare individuală, de grup și organizațională
- obiectivele dau consistență dimensiunii anticipative a managementului
- obiectivele reprezintă expresia cantitativă și calitativă a scopului pentru care au fost înființate și funcționează organizația sau componentele sale procesuale/structurale

2. Procese

Sunt investigate, analizate și remodelate procesele de muncă implicate nemijlocit în realizarea obiectivelor: funcțiuni, activități, atribuții, sarcini.

3. Structuri

În prezentarea structurii organizatorice se vor face referiri la:

- numărul și tipologia posturilor și a funcțiilor
 - numărul și tipologia compartimentelor
 - ponderea ierarhică medie
 - numărul de niveluri ierarhice
 - tipologia relațiilor organizatorice
- Se vor consulta ROF, organigrama, statul de funcții.

3.1. Analiza sistemului organizatoric

aspecte comune organizării procesuale și structurale

analiza prin prisma principiilor de concepere și funcționare a sistemului organizatoric (în ce măsură sunt respectate cerințele și exigențele fiecărui principiu de proiectare – reproiectare organizatorică).

analiza documentelor organizatorice (ROF, organigramă, descrieri de funcții, fișe de post)

aspecte specifice organizării procesuale

analiza corelațiilor dintre componentele procesuale (funcțiuni, activități, atribuții, sarcini) și obiective (fundamentale, derivate, specifice și individuale)

analiza dimensiunii umane, structurale și informaționale a componentelor procesuale

aspecte specifice organizării structurale

analiza încadrării cu personal a structurii organizatorice

analiza gradului de „încărcare” a structurii organizatorice

analiza componentelor structurale reprezentative (posturi, funcții, niveluri ierarhice, ponderi ierarhice etc.)

3.2. Remodelarea procesuală – principalele modalități

- delimitarea și dimensionarea corespunzătoare a componentelor procesuale funcție de tipul obiectivelor la a căror realizare participă nemijlocit
- externalizarea/internalizarea unor procese de muncă, în principal de natura activităților
- separarea proceselor de muncă principale de cele secundare, funcție de contribuția lor la realizarea obiectivelor și la generarea de valoare adăugată.

3.3. Reproiectarea structural-organizatorică – principalele modalități

- înființarea/desființarea/comasarea de posturi și funcții
- înființarea/desființarea/comasarea de compartimente funcționale și operaționale
- asigurarea unei suplețe avansate structurii organizatorice
- echilibrarea ponderilor ierarhice ale managerilor amplasați pe același nivel ierarhic
- aplatizarea structurii organizatorice
- externalizarea/internalizarea unor componente organizatorice (posturi, funcții ori compartimente)

alegerea tipului de organizare structurală funcție de caracteristicile dimensionale și funcționale ale organizației

Modalitățile de reproiectare procesuală și structural-organizatorică au impact nemijlocit asupra performanțelor manageriale și economice ale firmei, în sensul că:

- se îmbunătățește considerabil gradul de dotare cu personal competent a posturilor de management și execuție
- identificarea activităților principale și secundare permite externalizarea celor secundare și concentrarea eforturilor spre dezvoltarea activităților generatoare de valoare adăugată
- este facilitată promovarea de sisteme, metode și tehnici de management evaluate, precum managementul pe baza centrelor de profit, managementul prin proiecte ori tabloul de bord, concomitent cu amplificarea valențelor manageriale ale unor documente organizatorice.

3.4. Documentele organizatorice reproiectate din perspectiva transformării lor în instrumente manageriale

- Regulamentul de organizare și funcționare
- Organigrama
- Descrierile de funcție
- Descrierile (fișele) de post (vezi metodologia anexată)
- Harta proceselor (vezi fig. nr. 3)

ELABORAREA FIȘEI POSTULUI
Ghid metodologic

Etapa 1 – Determinarea obiectivelor individuale

- cu exprimare cuantificată
- cu exprimare necuantificată (calitativă)
Acestea vor fi consecința derivării obiectivelor specifice.

Se recomandă conturarea sistemului de obiective al organizației, din care fac parte și obiectivele individuale.

Etapa 2 – Precizarea sarcinilor necesare realizării obiectivelor individuale

În stabilirea acestora se vor lua în considerare și celelalte componente procesuale cu grad de agregare superior: atribuțiile, activitățile și funcțiunile, fiecare contribuind la realizarea unui anumit tip de obiective:

- organizația în ansamblul său - obiective fundamentale
- funcțiunea - obiective derivate 1
- activitatea - obiective derivate 2
- atribuția - obiective specifice
- sarcina - obiective individuale

Etapa 3 – Conturarea competențelor (autorități oficiale) circumscrise postului de management

Autoritatea oficială reprezintă libertatea decizională a postului și, implicit, titularului de post.

În contextul reprojecării sistemului decizional, un rol important revine delimitării și dimensionării judicioase a autorității pe niveluri ierarhice, pentru a se evita dezechilibre în „încărcarea” posturilor.

Etapa 4 – Stabilirea responsabilităților postului

Responsabilitățile decurg din deciziile adoptate în conformitate cu competențele circumscrise postului și se concretizează în răspunderea pentru consecințele acestora (rezultate ce urmează a fi obținute din aplicarea deciziilor ori maniera de obținere a acestora).

Nota

Cele trei elemente de definire a postului (sarcini, competențe, responsabilități) trebuie să fie echilibrate din punct de vedere cantitativ, în sensul ca fiecărei sarcini îi corespunde un drept de a decide (competență) și o responsabilitate.

Acest echilibru este evidențiat de „triunghiul de aur” al organizării.

Etapa 5 – „Localizarea” postului în configurația structurală a organizației

Se precizează:

- compartimentul din care face parte postul de management
- nivelul ierarhic pe care se află

OBIECTIVE – COMPONENTE PROCESUALE

Tabel nr. 1

Obiective fundamentale	Cod	Obiective derivate I	Cod	Funcțiuni implicate	Obiective derivate II	Cod	Activități necesare
1	2	3	4	5	6	7	8

CARACTERIZAREA ACTIVITĂȚILOR

Tabel nr. 2

Denumirea activității	Situație în actuala configurație organizatorică	Dimensiune		
		procesuală	structural-organizatorică	umană
1	2	3	4	5

PROCESE DE BAZĂ (ACTIVITĂȚI PRINCIPALE)

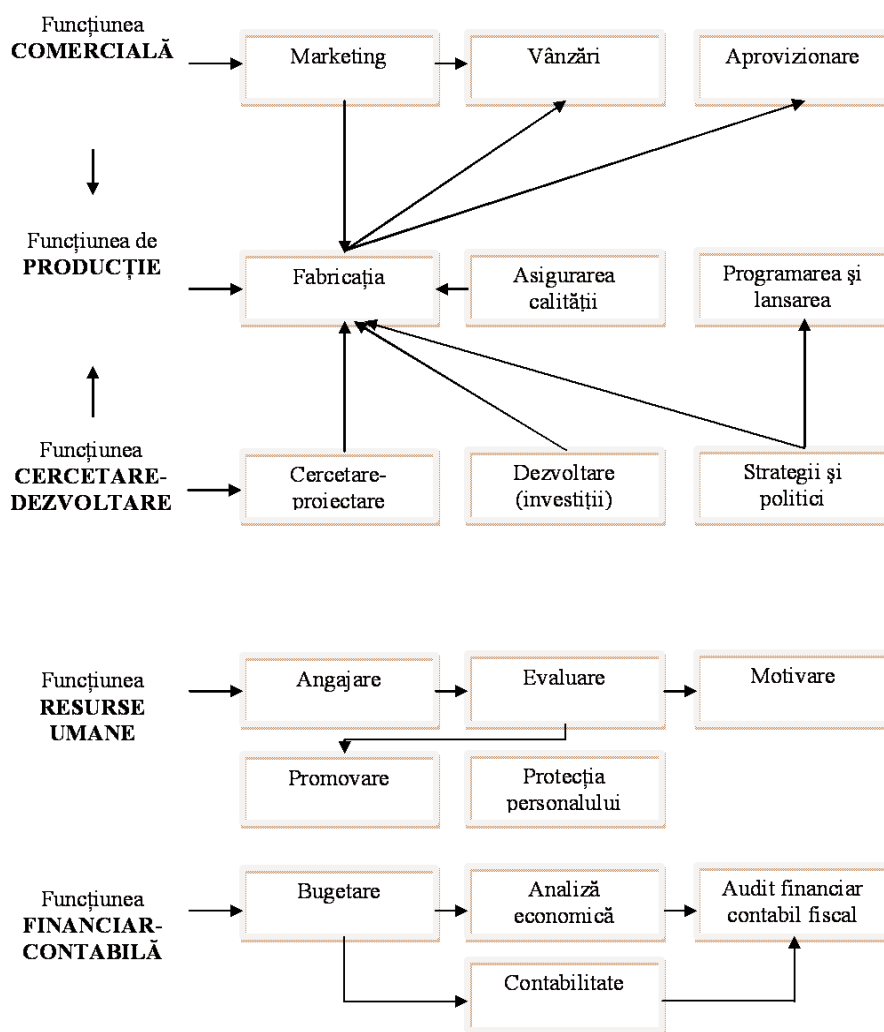


Fig.nr. 3 Harta proceselor

- ponderea ierarhică
- relațiile organizatorice în care e implicat

Etapa 6 – Stabilirea cerințelor postului

Se vor preciza:

- experiența profesională și managerială solicitată de post
- pregătirea profesională

- cunoștințele profesionale
- calitățile și aptitudinile profesionale
- cunoștințele manageriale
- calitățile și aptitudinile manageriale și altele

Etapa 7 – Redactarea fișei postului

Formalitățile de opozabilitate a deschiderii procedurii

Anca Cristina Buta

Judecător la Curtea de Apel Timișoara
Secția Comercială

1. Celeritatea și protecția drepturilor persoanelor interesate

Odată cu deschiderea procedurii insolvenței se impune determinarea, cu certitudine nu doar a masei pasive ci a întregii averi a debitorului, desemnând în această noțiune totalitatea bunurilor și drepturilor patrimoniale ale debitorului care pot fi executate silit¹.

Pentru a începe, de fapt, procedura, oricare dintre persoanele ce pot justifica un interes în derularea acesteia trebuie să poată lua cunoștință despre deschiderea ei, în mod irevocabil, și despre stadiul procedurii. În realizarea acestui scop, hotărârea de deschidere trebuie să fie adusă la cunoștința tuturor partenerilor de afaceri ai debitorului, pentru a se realiza protecția acestora de eventuala intenție neonestă a conducătorilor comerciantului, dar, în același timp, pentru a se putea reclama, în timp util, orice creanță.

De aceea, legea insolvenței a stabilit atât modurile de publicitate a hotărârii, cât și termenii folosiți sau persoanele cărora le incumbă realizarea acestora.

a) Deschiderea procedurii insolvenței se realizează în condițiile art. 32 din Lege care stabilește că, în situația în care cererea debitorului corespunde condițiilor prevăzute la art. 27, judecătorul-sindic va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii generale, iar dacă prin declarația făcută conform art. 28 alin. (1) lit. h) debitorul își arată intenția de a intra în procedura simplificată sau nu depune documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a) - f) și h) la termenul prevăzut la art. 28 alin. (2) ori se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 1 alin. (2), judecătorul va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii simplificate² (a se vedea nota).

În cazul admiterii cererii debitorului, prin încheierea de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic va dispune administratorului judiciar sau, după caz, lichidatorului să efectueze notificările prevăzute la art. 61. În cazul în care, în termen de 15 zile de la primirea notificării, creditorii se opun deschiderii procedurii, judecătorul-sindic va ține, în termen de 10 zile, o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa deodată, printr-o sentință, toate opozițiile. Admițând opoziția, judecătorul-sindic nu va putea păstra deschisă procedura insolvenței. Judecătorul-sindic va revoca încheierea de deschidere a procedurii. Deschiderea ulterioară a procedurii, la cererea debitorului sau a creditorilor, nu va putea modifica data apariției stării de insolvență.

Ne însușim critica adusă acestui text formulată raportat la privarea debitorului de posibilitatea de a uza de procedura generală dacă nu-și manifestă explicit intenția de reorganizare³. Nu credem că este fidelă interpretarea că un debitor este forțat să ceară reorganizarea judiciară, în procedura generală,

deoarece este nesigur de starea averii sale și perioada de observație i-ar fi utilă în acest sens. O astfel de interpretare nu ia în considerare faptul că procedura generală nu este decât premisa reorganizării și constituie o etapă obligatorie pentru a obține confirmarea unui plan de reorganizare, dar nu este obligatoriu ca din procedura generală să se ajungă necondiționat la procedura planului, ci, așa cum prevede definiția din art. 3 pct. 24, procedura generală presupune o perioadă de observație după care urmează fie reorganizarea judiciară și în caz de eșec falimentul, fie numai reorganizarea judiciară ori numai falimentul.

De aceea, nu poate fi acceptată afirmația că textul art. 33, care răpește debitorului contestator dreptul de a propune ulterior un plan de reorganizare, constituie o normă anticonstituțională care încalcă dreptul neîngrădit la accesul la justiție și, totodată, contrazice preambulul Convenției Europene a Drepturilor Omului. În spiritul acestor norme și principii supreme, se afirmă că este inadmisibil să fie sancționat astfel cel ce n-a făcut decât să-și exercite un drept. Se mai pretinde că prin această normă se instituie un șantaj legal mascat pentru a descuraja contestația⁴.

b) Pentru a-și putea exercita drepturile în procedură, s-a instituit obligația ca practicianul în insolvență să procedeze la notificarea hotărârii de deschidere către toți creditorii cunoscuți, debitoarei, registrului în care este înmatriculat debitorul, precum și obligația publicării acesteia în Buletinul Procedurilor de Insolvență, conform Codului de procedură civilă și într-un ziar de largă circulație, conform reglementării cuprinse în art. 61-63 din Lege⁵.

Totodată, când debitorul deține bunuri a căror evidență este cuprinsă în registre de publicitate, practicianul în insolvență are obligația de a comunica o copie a hotărârii și la sediul instanțelor, autorităților sau instituțiilor la care acestea sunt ținute, tocmai pentru a se menționa noua situație juridică a debitoarei.

S-a stabilit în practică, faptul că schimbarea sediului debitoarei, fără efectuarea mențiunilor la Registrul Comerțului, sau în timpul acestor demersuri, dar nenotificată la dosarul de insolvență aflat pe rol, nu poate atrage repunerea părții în termenul de recurs⁶.

Creditorii cunoscuți vor fiificați individual, tocmai pentru a li se asigura participarea la procedură și pentru a putea îndeplini primul act în acest scop, depunerea în termen a declarației de creanță. În situația în care nu sunt predate documentele contabile de către administratorul societății, practicianului în insolvență, s-a stabilit că termenul de depunere a creanței curge de la data publicării în Buletinul procedurilor de insolvență⁷.

S-a considerat că un creditor care a depus opoziție împotriva cererii debitoare de a intra în procedura insolvenței, nu poate invoca în justificarea depășirii termenului de depunere a declarației de creanțe faptul că nu considera justificată insolvența pretinsă de societatea adversă. Cum termenul din notificarea comunicată acestui creditor a fost depășit, sancțiunea ce intervine este de decădere din termen, creditoarea neîncadrându-se în dispozițiile art. 76 din Legea nr. 85/2006⁸.

Dacă debitorul deține sau administrează una sau mai multe pagini de internet, organele de conducere ale acestuia sunt obligate să publice pe paginile de internet proprii, în termen de 24 de ore de la data comunicării hotărârii de deschidere a procedurii, informațiile referitoare la starea societății, precum și numărul, data și instanța care a pronunțat hotărârea.

c) Când cererea creditorului este admisă și se respinge contestația debitorului, prin sentința pronunțată de judecătorul sindic se deschide procedura generală. Primul efect al acestei hotărâri este posibilitatea ca administratorul judiciar, provizoriu sau creditorii care dețin minimum 20% din totalul creanțelor să depună un plan de reorganizare, după ce și-au exprimat această intenție în termenul stipulat de art. 59, respectiv, 60 din Lege¹⁰.

Importanța raportului de 60 de zile rezidă în măsurile ce derivă din cuprinsul aprecierilor pe care le face practicianul în insolvență, privitor la activitatea debitoare, viabilitatea societății și posibilitatea de reorganizare sau, dacă din documentele depuse de debitor, se impune trecerea în faliment și lichidarea.

În art. 59 din Legea nr. 85/2006 se prevede obligativitatea întocmirii de către administratorul judiciar sau de către lichidator a unui raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au condus la apariția stării de insolvență a debitorului și a persoanelor cărora le poate fi imputată aceasta. Termenul legal este de maxim 60 de zile de la desemnarea practicianului. Legiuitorul stabilește că, în acest raport, practicianul face aprecieri asupra posibilității redresării activității debitorului, dacă recomandă planul acestuia, propune altul, singur sau împreună cu creditorii la care colaborează deja ori acest plan este încă în faza de intenție¹¹.

Dar, textul art. 60 prevede că acest raport trebuie cunoscut anterior primei adunări generale a creditorilor, pentru a putea fi discutat în cadrul acesteia. Până la această dată, practicianul în insolvență trebuie să pună la dispoziția creditorilor intenția de reorganizare ori de faliment, pentru ca orice creditor să poată vota cunoscând starea reală a debitorului lor.

Cu toate acestea, dacă s-a stabilit o dată la care se va desfășura adunarea generală a creditorilor, înscrisi în tabel, în cadrul căreia se va discuta planul de reorganizare, nu se poate admite amânarea acesteia, la cererea unor creditorii înscrisi la masa credală ulterior, ca efect al admiterii recursului declarat împotriva hotărârii de respingere a contestației formulate sau pretinsa lor neconvocare, câtă vreme față de ceilalți creditorii s-a realizat corect¹².

2. Însemnele insolvenței

În Franța, creditorul a cărei cerere de deschidere a procedurii insolvenței este respinsă, riscă nu numai respingerea cererii, ci și sancțiuni și o răspundere delictuală pentru discreditarea debitorului printr-o sesizare prematură¹³. Este un fapt unanim acceptat că acoperirea pasivului debitorului, stabilit din cuprinsul art. 2 al Legii insolvenței, este scopul Legii. Însă, pe calea procedurii colective astfel reglementate, se consideră că nu se poate acorda prioritate uneia dintre modalitățile instituite de Lege, pentru a realizarea acestuia¹⁴.

Nu credem că o astfel de interpretare este la adăpost de orice critică. Fără o nuanțare a stării patrimoniale a debitoare, fără a acorda posibilitatea redresării judiciare, atât pe cale judecătorească, dar și pe cale convențională, nu vom ajunge decât să avem societăți în faliment, sau, în procedura simplificată, o lichidare imediată a ființei societății. Credem că orice posibilă sursă de finanțare este puternic afectată de aplicarea imediată a dispozițiilor art. 45 din Legea nr. 85/2006 privitor la purtarea mențiunii insolvenței. Dacă o întreprindere, purtând, pe antet această mențiune ar mai putea încheia contracte avantajoase sau dacă la orice negociere s-ar prezenta o societate, în astfel de condiții, scăderea șanselor de reușită este un aspect ce nu trebuie probat.

De aceea, credem că, în perioada de observație, însemnele societății ar trebui să sune ca atare și nu să atragă, conform concepției înrădăcinată în concepția tuturor, ideea de faliment, de eșec, iremediabil și iminent.

Textul menționat stabilește că, după rămânerea irevocabilă a hotărârii de deschidere a procedurii toate actele și corespondența emise de debitor, administratorul judiciar sau lichidator vor cuprinde, în mod obligatoriu și cu caracter vizibile, în limba română, engleză și franceză, mențiunea în insolvență, în insolvency, en procedure collective.

De asemenea, după intrarea în reorganizare judiciară sau faliment, actele și corespondența vor purta, în condițiile prevăzute la alin. (1), mențiunea în reorganizare judiciară, în judicial reorganization, en redressement sau, după caz, în faliment, in bankruptcy, en faillite. După intrarea în procedura simplificată se va face, de asemenea, mențiunea în faliment, în bankruptcy, en faillite.

Însă, prejudiciile suferite de terți de bună-credință, ca urmare a nerespectării obligației debitorului menționate la alin. (1) și (2), vor fi reparate în mod exclusiv de persoanele care au încheiat actele ca reprezentanți legali ai debitorului, fără a fi atinsă averea debitorului.

Rațiunea pentru care legiuitorul a înțeles să insereze obligativitatea acestei mențiuni, este aceea de protecție a creditorilor privitor la starea de insolvență a debitorului lor. Ca urmare, în raport cu rămânerea irevocabilă a hotărârii de deschidere a procedurii¹⁵ toate actele și corespondența emise de debitor și de practicianul în insolvență desemnat - cu privire la procedură, trebuie în mod obligatoriu să cuprindă mențiunea în sensul că debitorul respectiv se află în insolvență, în toate cele trei limbi indicate și cu caractere vizibile¹⁶.

Mențiunea trebuie efectuată începând cu momentul rămânerii irevocabile a hotărârii de deschidere a procedurii generale, pe toată durata perioadei de observație¹⁷.

Remarcăm că, spre deosebire de caracterul executoriu al hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic, consacrate în art. 8 din Lege, în situația obligației de a purta însemnele insolvenței textul art. 45 prevede că aceasta își găsește aplicarea numai după rămânerea ei irevocabilă. Scopul acestei derogări pare a fi tot protecția creditorilor care ar fi induși în eroare de efectuarea unei astfel de mențiuni pe perioada scursă între pronunțarea hotărârii de primă instanță și eventuala ei modificare ori casare, în recurs, când ar dispărea această obligativitate, dar și pentru protecția debitorului, tocmai din rațiunea de a-l scuti de eventuale pierderi pricinuite în aceeași perioadă de timp¹⁸.

Totuși, în unele situații, debitorii de rea-credință au manipulat prevederile procesuale în scopul prelungirii duratei până la care soluția inevitabilă de pronunțare a insolvenței a rămas irevocabilă, profitând de absența unei astfel de mențiuni pentru a încheia contracte îndoielnice cu terți de bună-credință

și pentru a schimba structura acționariatului și a conducerii societății¹⁹.

Mențiunea stării comerciantului nu se aplică doar pe actele sau corespondența debitorului ci și pe acelea ale practicianului desemnat în cauză, referitor, bineînțeles, doar la debitor și la procedura derulată împotriva acestuia. Obligația efectuării mențiunilor privește persoana căreia îi revine dreptul de conducere, sub aspectul calității de reprezentare legală a debitorului - administratorului statutar/special, sau, practicianului în insolvență²⁰.

Terțele persoane prejudiciate ca urmare a neefectuării mențiunii în condițiile arătate au dreptul la reparații exclusiv din partea persoanelor cărora le revine legal obligația de efectuare a mențiunii, din averea acestora, iar nu a debitorului²¹.

Față de precizările jurisprudenței, legiuitorul a precizat, de curând²² faptul că prejudiciile suferite de terții de bună-credință, ca urmare a nerespectării obligațiilor debitorului prevăzute la alin. (1)—(2 1)²³, vor fi reparate în mod exclusiv de persoanele care au încheiat actele ca reprezentanți legali ai debitorului, fără a fi atinsa averea debitorului.

Aprecierea naturii juridice a eventualei acțiuni în despăgubiri formulată de o terță persoană prejudiciată trebuie să rețină omisiunea efectuării mențiunii ca faptă în sarcina nu a debitorului în sine, ci a persoanei având calitatea de reprezentant legal al acestuia și nu în contextul unui regim juridic obișnuit, ci al reglementării legale speciale a procedurii insolvenței. În mod evident, este vorba de un caz de răspundere civilă delictuală pentru fapta proprie a persoanei, potrivit art. 998-999 C. civ., dar nu se poate ignora faptul că în mod specific, prin omiterea mențiunii, persoana respectivă nu aduce la îndeplinire o regulă a procedurii insolvenței, debitorul aflându-se sub imperiul procedurii insolvenței, iar nu într-o activitate normală. Față de cele arătate nu se justifică reținerea unei răspunderi proprii a debitorului și aceasta chiar dacă este vorba de o faptă a reprezentantului său, deoarece trebuie avut în vedere că nu este vorba de o reprezentare legală în sensul dreptului comun, ci de una specifică, proprie procedurii insolvenței. Dacă s-ar accepta fără distincție, exclusiv prin prisma dreptului comun, că situația ar implica un raport între debitorul având calitate de comitent și reprezentantul prepus, s-ar ajunge la reținerea culpei debitorului implicat în procedură, contrar dispozițiilor exprese ale art. 45 alin. (3). Ori, regulile procedurii nu sunt edictate pentru a produce un prejudiciu, ci dimpotrivă, și se impune ca reprezentantul debitorului să răspundă singur pentru neîndeplinirea conformă, în măsură să cauzeze un prejudiciu, a unei reguli a procedurii, care îi revine spre realizare, fără a fi aplicabile prevederile art. 1000 C. civ.²⁴.

În condițiile în care privește o terță persoană prejudiciată și un reprezentant al debitorului, iar nu debitorul în sine, obiectul acțiunii în despăgubire nu are legătură cu obiectul procedurii de insolvență, chiar dacă este circumstanțiat acesteia, astfel că nu este atrasă competența judecătorului sindic în soluționarea acțiunii respective, ci a instanței de drept comun²⁵. Nefiind formulată împotriva debitorului, acțiunea în pretenții nu va fi supusă nici suspendării în baza art. 36.

Pentru a putea avea câștig de cauză, terțele persoane trebuie, însă, să fi fost de bună-credință, în sensul că nu trebuia să fi avut cunoștința, la data la care s-au raportat la actul, corespondența din care s-a omis mențiunea cu consecința prejudicierii lor, că față de debitor s-ar fi deschis procedura, s-ar fi confirmat planul sau s-ar fi trecut la falimentul debitorului. În caz contrar, terțele persoane nu vor putea imputa prejudiciul decât în raport cu conduita propriei persoane. Buna-credință se prezumă, astfel că îi revine

parâtului sarcina de a face proba contrară în sensul că persoana prejudiciată ar fi cunoscut de fapt că debitorul se află cadrul procedurii, pentru a răsturna astfel prezumția de bună-credință.

În ceea ce privește vinovăția persoanei care a omis efectuarea mențiunii, poate fi vorba atât de intenție cât și de culpă. Referitor la prejudiciu trebuie să se distingă cu atenție; de exemplu, dacă actul încheiat este unul de împrumut de la un terț, în numele și în beneficiul debitorului, pentru creanța reprezentând împrumutul terțului creditor va trebui să se îndrepte împotriva acestuia din urmă, în cadrul procedurii, prin declarație de creanță, prejudiciul invocat acțiunea în despăgubire trebuind să aibă o altă justificare²⁶. De asemenea, prin același act, s-a modificat și Titlul capitolului V, care se va numi: *Infrațiuni și contravenții*, având în vedere că, după articolul 148 se introduce un nou articol, articolul 148¹, cu următorul cuprins: *Nerespectarea prevederilor art. 45 alin. (2 1) constituie contravenție și se sancționează cu amenda de la 10.000 lei la 30.000 lei.*

Alin. 2 stabilește competența de constatare și aplicare a sancțiunii de către organele de specialitate ale Agenției Naționale de Administrare Fiscală, din oficiu sau la sesizarea judecătorului-sindic, a administratorului judiciar/lichidatorului sau a oricărei persoane interesate. Veniturile rezultate din aplicarea sancțiunii prevăzute la alin. (1) se fac venit la bugetul de stat.

Contravenției prevăzute la alin. (1) îi sunt aplicabile dispozițiile Ordonanței Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare.

Un aspect, netratat de doctrină, este cel al răspunderii derivate din cuprinsul art.32 alin 2 din Lege, când judecătorul sindic constată, în urma opoziției formulate de creditor, că debitorul nu este în stare de insolvență. O astfel de cerere ar putea să nu fie lipsită de efecte, sancționându-se abuzul de drept²⁷.

Creдем că, nefiind prevăzută vre o sancțiune în cuprinsul Legii insolvenței, vor avea incidență dispozițiile art. 723 Cod de procedură civilă care impun formularea cererilor de chemare în judecată, cu bună-credință. De asemenea, aplicarea eventuală a unei amenzi și suportarea cheltuielilor de judecată se impune când se face dovada, de către partea interesată, a relei credințe a reclamantului, pretins creditor²⁸.

Salutăm, în final, inițiativa legislativului de a majora pragul pentru care se poate introduce o cerere de declanșare a procedurii la 45.000 lei și majorarea termenului scadenței creanței, la 90 de zile.

Totuși, stabilirea pragului unic, fără o diferențiere între aplicabilitatea acestuia între marii și micii comercianți, rămâne de avut în vedere pentru o nouă modificare.

Note:

¹ I. Schiau, Situația unor acte juridice ale debitorului în procedura reorganizării și lichidării judiciare, RDC nr.5/1997, p. 63.

² **Cuprinsul alin. 2 al art. 32 s-a modificat prin Legea nr. 169/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 505/21. 07 2010.** Varianta inițială prevedea că: În cazul în care, în termen de 15 zile de la primirea notificării, creditorii se opun deschiderii procedurii, judecătorul-sindic va ține, în termen de 10 zile, o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa deodată, printr-o sentință, toate opozițiile. În prezent, termenele s-au modificat la 10 zile și respectiv, 5 zile. O modificare benefică a fost adusă și art. 27 din Lege, prin introducerea a două noi alineate care cuprind dispoziții

speciale pentru debitorii angrenați în proceduri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor.

³ I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed C.H.Beck, 2009, p. 287.

⁴ *Ibidem*.

⁵ ART. 61 stabilește că: (1) În urma deschiderii procedurii, administratorul judiciar va trimite o notificare tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor în conformitate cu art. 28 alin. (1) lit. c) ori, după caz, în condițiile art. 32 alin. (2), debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii.

(2) Dacă creditorii cu sediul sau cu domiciliul în străinătate au reprezentanți în țară, notificarea va fi trimisă acestora din urmă.

(3) Notificarea prevăzută la alin. (1) se realizează conform prevederilor Codului de procedură civilă și se va publica, totodată, pe cheltuiala averii debitorului, într-un ziar de largă circulație și în *Buletinul procedurilor de insolvență*.

ART. 62 impune cuprinsul notificării:

a) termenul limită de depunere, de către creditorii, a opozițiilor la sentința de deschidere a procedurii, pronunțată ca urmare a cererii formulate de debitor, în condițiile art. 32 alin. (1), precum și termenul de soluționare a opozițiilor, care nu va depăși 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora;

b) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, care va fi de maximum 60 de zile de la deschiderea procedurii, precum și cerințele pentru ca o creanță înregistrată să fie considerată valabilă;

c) termenul de verificare a creanțelor, de întocmire, afișare și comunicare a tabelului preliminar de creanțe, care nu va depăși 30 de zile pentru procedura generală sau, respectiv, 15 zile, în cazul procedurii simplificată, de la expirarea termenului prevăzut la lit. b);

d) termenul de definitivare a tabelului creanțelor, care nu va depăși 30 de zile în cazul procedurii generale și, respectiv, 15 zile în cazul procedurii simplificată, de la expirarea termenului corespunzător fiecărei proceduri, prevăzut la lit. c);

e) locul, data și ora primei ședințe a adunării generale a creditorilor, care va avea loc în maximum 5 zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. c).

(2) În funcție de circumstanțele cauzei și pentru motive temeinice, judecătorul-sindic va putea hotărî o majorare a termenelor prevăzute la alin. (1) lit. b), c) și d) cu maximum 30, 15, respectiv 15 zile.

ART. 63 prevede: Dacă debitorul are bunuri supuse transcripției, inscripției sau înregistrării în registrele de publicitate, administratorul judiciar/lichidatorul va trimite instanțelor, autorităților ori instituțiilor care țin aceste registre o copie de pe sentința de deschidere a procedurii, spre a se face mențiune.

Articolul a fost atins de noile modificări, în privința termenelor cuprinse Astfel, art. 62 alin. 1, lit. b-d, termenele se scurtează pentru accelerarea procedurii.

⁶ Decizia civilă nr. 410/23 martie 2010, pronunțată în dos. nr. 9740/30/2008 al Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

⁷ Decizia civilă nr. 490/14 aprilie 2010, dos. nr. 600/108/2009 al Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

⁸ Decizia civilă nr. 404/23 martie 2010, dos. nr. 5080.1/108/2008 al Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

⁹ Legea nr. 25/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 145 din 5 martie 2010 a modificat în sensul redat articolul 45, introducând un nou alineat.

¹⁰ Ne referim la împrejurările permise de text, excluzând, desigur categoria debitorilor ce se înscriu în condițiile art. 1 alin. 2 din Lege. Acest text precizează că procedura simplificată prevăzută de prezenta lege se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență, care se încadrează în una dintre următoarele categorii:

a) comercianți, persoane fizice, acționând individual;

b) asociații familiale;

c) debitorii care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții:

1. nu dețin nici un bun în patrimoniul lor;

2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;

3. administratorul nu poate fi găsit;

4. sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;

d) debitorii care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1), care nu au prezentat documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a) - f) și h) în termenul prevăzut de lege;

e) societăți comerciale dizolvate anterior formulării cererii introductive;

f) debitorii care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment sau care nu sunt îndreptățiți să beneficieze de procedura de reorganizare judiciară prevăzută de prezenta lege.

¹¹ Noul text impune ca raportul să fie depus în maximum 40 de zile de la data desemnării practicianului în insolvență.

¹² Decizia civilă nr. 786/21.06 2010, dos. nr. 1208.1/30/2009 al Curții de Apel Timișoara, nepublicată

¹³ F. Perrochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulte. Instruments de credit et de paiement*, 5e edition, L.G.D.J., Paris 2001, p. 119. Așa se explică scăderea ponderii procedurilor deschise la cererea creditorilor, de la 46% în 1992 la 32% în anul 2000. Citat în I. Turcu, op.cit., p. 290.

¹⁴ Pentru opinia că și actuala Lege acordă prioritate reorganizării față de lichidare, vezi I. Turcu, op. cit., p. 304.

¹⁵ După rămânerea irevocabilă a hotărârii de confirmare a planului, respectiv de trecere la faliment (sau de deschidere a procedurii simplificată), conținutul mențiunii se schimbă, în sensul că va fi în reorganizare, respectiv, în faliment, dar în aceleași condiții menționate la alin. (1).

¹⁶ St. D.Cârpenaru, V.Nemeș, M.A.Hotca, *Noua lege a insolvenței*, Comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, 2006, p. 171.

¹⁷ Rămânerea irevocabilă se apreciază în raport cu prevederile art. 377 C. proc. civ., având în vedere situația în care deschiderea procedurii se dispune printr-o hotărâre dată în primă instanță sau în recurs și intervine astfel: de la data la care expiră termenul de recurs în cazul hotărârii de primă instanță care nu s-a atacat cu recurs și, respectiv, la data deciziei prin care s-a soluționat recursul, în cazul în care hotărârile judecătorului sindic sunt atacate cu recurs.

¹⁸ A.Avram, *Procedura insolvenței. Efectele deschiderii procedurii*. Primele măsuri, Ed. Hamangiu, p.

¹⁹ Curtea de Apel Timișoara, Secția Comercială, dosar nr. 1075.1/108/2008, d.c. nr. 153/R/ 8 februarie 2010, nepublicată.

²⁰ Registrul comerțului efectuează mențiunea din oficiu, în urma comunicării unui exemplar din hotărâre.

²¹ St. D. St. D.Cârpenaru, V.Nemeș, M.A.Hotca, *Noua lege a insolvenței*, Comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, 2006, p. 119.

²² Legea nr. 25/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 145 din 5 martie 2010 a modificat în sensul redat articolul 45, modificând alineatul 3.

²³ Conform cuprinsului art. 45 din Legea insolvenței.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ghe. Piperea, *Insolvența, legea, regulile, realitatea*, Ed. Woters Kluwer, 2008, p. 567.

²⁶ St.D.Cârpenaru, ș.a., op. cit., p. 172.

²⁷ M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit commercial. Entreprises en difficultés*, Dalloz, 7e édition, 2007, p. 177.

²⁸ În literatura franceză se arată că, în cazul în care debitorul formulează o astfel de cerere, iar judecătorul constată că nu există o stare de insolvență, el este sancționat dacă ulterior este supus unei proceduri de redresare judiciară. M. Jeantin, P. Le Cannu, op.cit. p. 178.

N.R. Acest articol a fost scris anterior datei la care a fost publicată legea nr. 169/2010 privind modificarea și completarea Legii nr. 85/2006, astfel încât unele modificări aduse legii sunt menționate doar în notele de subsol.

Interpretarea prevederilor legale privind suspendarea acțiunilor judiciare sau măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorilor aflați în insolvență garantate cu cauțiuni reale

Economist-jurist Gheorghe M. Popa

Inspector B.N.R.- Sucursala Constanta

Cercetarea modului de operare a prevederilor legale privitoare la suspendarea acțiunilor judiciare sau măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorilor aflați în insolvență poate fi considerată mai interesantă în acele situații juridice în care creanțele sunt garantate cu cauțiuni reale iar creditorii, fie chiar și instituții de credit, se află la momentul declanșării procedurii insolvenței împotriva debitorului, în faza executării silite a bunurilor terțului garant.

Pentru a nu se face confuzie între fidejusiune ca garanție personală și cauțiunea reală precizez că întrucât nu există un contract de cauțiune reală ca o construcție juridică distinctă, garanțiile sub forma cauțiunilor reale se constituie prin încheierea unor contracte de ipotecă, de gaj sau garanție reală mobilă care creează în patrimoniul creditorului din raportul obligațional principal un drept real accesoriu asupra bunului din patrimoniul terțului garant.

Se impune și precizarea faptului că în practică, în contractele de ipotecă prin care se constituie garanțiile reale imobiliare, se prevede, ca o regulă și nu ca o excepție, clauza potrivit căreia garanții ipotecari renunță la beneficiul discuțiunii și diviziunii, deși acestea sunt beneficii ale fidejutorului parte într-un contract de fidejusiune prin care se constituie o garanție personală. Renunțarea la aceste beneficii prin contractele de ipotecă este validată prin încheierile judecătorilor de la oficiile registrului comerțului, situație în care renunțarea la aceste mijloace de apărare nespecifice ipotecii se înscrie în cartea funciară deschisă pentru imobilul adus în garanție de terț garant.

Se observă astfel că practica impune soluții nevalide încă de teoria juridică care în temeiul prevederilor Codului Civil menține deosebirea clară între cele două tipuri de garanții.

Revenind la subiectul propus consider că în momentul deschiderii procedurii insolvenței împotriva debitorului din raportul juridic principal creditorul trebuie să stopeze procedura de executare silită îndeplinită de către executor asupra bunului terțului garant și trebuie să ceară înscrierea creanței sale, certă, lichidă și exigibilă, izvorâtă din contractul de credit - titlu executoriu, în tabelul preliminar de creanțe.

În practică pot exista cazuri în care creditorul, pe temeiul unor rațiuni juridice plauzibile, ignoră faptul deschiderii procedurii împotriva debitorului său (publicată în Buletinul procedurilor de insolvență) și continuă executarea silită asupra bunului adus în garanție de către terț garant (cauțiunea reală) fără să participe la procedura insolvenței debitorului principal deschisă la cererea altor creditori, de exemplu la cererea organelor fiscale. Necunoașterea unui creditor poate fi și rezultatul neîndeplinirii de către debitor a obligației depunerii documentelor prevăzute la art.28 (1) din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței, sau ținerii în mod defectuos a contabilității debitorului, astfel că unii creditori, fie chiar instituții de credit, nu sunt cunoscuți administratorului judiciar pentru întocmirea notificărilor prevăzute la art. 61 din lege.

Există și o hotărâre judecătorească care ar îndreptăți o asemenea conduită juridică a creditorilor în astfel de situații. Astfel potrivit Deciziei nr.954/2003 a Curții de Apel Cluj, suspendarea acțiunilor judiciare și extrajudiciare prevăzute de lege, nu operează cu privire la executarea silită declanșată de creditori asupra bunurilor din patrimoniul fidejutorului (cu cauțiune reală), cu care au fost garantate creditele acordate debitorilor*.

Nu cunosc motivația Deciziei nr.954/2003 a Curții de Apel Cluj. Cert este faptul că motivația acestei hotărâri judecătorești se întemeiază pe dispozițiile Legii nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

Odată cu intrarea în vigoare a Legii nr.85/2006 privind procedura insolvenței, consider însă că ar trebui revizuită atât practica judiciară cât și argumentația pe care s-a întemeiat practica juridică de până acum, pe considerentele pe care le vom prezenta în continuare expunerii.

Principalele întrebări privitoare la dezlegarea în drept a situațiilor juridice supuse atenției, cărora trebuie să li se dea un răspuns, consider a fi următoarele:

a) executarea silită a garanției reale a terțului garant, potrivit regulilor dreptului comun în materie, mai poate fi continuată după data declanșării procedurii insolvenței potrivit Legii 85/2006 împotriva debitorului din raportul juridic principal, fără participarea creditorului la procedura specială?

b) operează suspendarea prevăzută la art. 36 din Legea nr.85/2006 și în cazul creditelor garantate cu cauțiuni reale, aflate în faza executării silite la momentul declanșării procedurii insolvenței împotriva debitorului principal ?

Răspunsul la prima întrebare poate fi dat prin următoarea argumentație:

Pâna la publicarea Legii nr.85/2006 argumentele pe baza cărora se putea considera întemeiată executarea silită a bunului terțului garant în afara procedurii insolvenței debitorului principal ar fi fost următoarele:

- Legea nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului nu stabilise în mod expres caracterul colectiv al acestei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului;

- deasemenea, Legea nr.64/1995 prevedea la art. 86 (1) condiția că în tabelul preliminar de creanțe se vor înscrie *“toate creanțele împotriva averii debitorului...”*, expresia *“averea debitorului”* având semnificația bunurilor debitorului privite fie în totalitatea lor ca activ patrimonial fie privite ca bunuri *“ut singuli”*;

- în faza executării silite, în temeiul contractului de garanție prin care a fost constituit dreptul de ipotecă, de gaj sau garanție reală mobilă, dreptul creditorului este un drept real accesoriu și poartă asupra bunului, ca obiect derivat al raportului juridic, din patrimoniul terțului garant și nu din averea debitorului din raportul juridic principal. Pe cale de consecință nu exista obligația legală a înscrierii acestei creanțe astfel garantate în tabelul preliminar de creanțe, în

care, trebuiau înscrise numai “creanțele împotriva averii debitorului”.

La cele mai înainte menționate se adaugă și folosirea în textul de lege a expresiei “creanțe împotriva averii debitorului” care poate genera confuzii în interpretare întrucât nu este specifică dreptului românesc. Potrivit teoriei juridice “raportul de drept civil ca orice raport juridic este un raport social, adică un raport care se stabilește între oameni priviți fie în calitate de subiect individual, fie în calitate de subiect colectiv *** și nu un raport între oameni și bunuri așa cum s-ar înțelege prin folosirea expresiei amintite.

Pe cale de consecință susținere în dreptul comun în materia obligațiilor are numai expresia: creanțe îndreptate/asupra debitorului/fidejuratorului și de lege ferenda trebuie precizată semnificației expresiei “creanțe asupra bunurilor debitorului” și “creanțe împotriva averii debitorului” folosite de legea specială.

După publicarea Legii nr.85/2006 privind procedura insolvenței, prin care s-a precizat semnificația unor termeni și expresii consider că raționamentul întemeiat pe argumentele mai înainte menționate nu își mai găsește aplicabilitatea și pe cale de consecință recuperarea creanțelor asupra debitorilor aflați în insolvență, garantate cu cauțiuni reale, ar trebui realizată numai în cadrul procedurii insolvenței.

Argumentele de ordin juridic întemeiate pe prevederile legii speciale pe care s-ar întemeia un asemenea raționament ar fi următoarele:

- La art. 2 din Legea nr.85/2006 este stabilit faptul că:” Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență”, noua lege reglementând astfel în mod expres caracterul colectiv al procedurii insolvenței. Cu alte cuvinte dacă potrivit dispozițiilor vechii reglementări ar fi putut exista unele discuții cu privire la acțiunea individuală a unui creditor în afara procedurii, pentru recuperarea creanțelor sale, noua reglementare exclude, prin interpretare, această posibilitate.

- Printre termenii definiți de lege, la art. 3 pct. 9, figurează acela de “creanțe garantate” care sunt “creanțele persoanelor care beneficiază de o garanție reală asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau un terț garantat față de persoanele beneficiare ale garanțiilor reale.” Pe lângă faptul că această definiție nu exista în vechea reglementare ea precizează un fapt foarte important și anume procedura reglementată de noua lege se “întinde” și asupra creanțelor garantate cu cauțiuni reale pe care le consideră creanțe garantate.

- Deasemenea o altă definiție dată de noua lege care prezintă importanță pentru categoria de spețe supuse atenției este cea de la art. 3, pct. 16, potrivit căreia:”tabelul preliminar de creanțe cuprinde toate creanțele născute înainte de data deschiderii procedurii curente, scadente, sub condiție sau în litigiu, acceptate de către administratorul judiciar în urma verificării acestora....” Se poate observa că modalitatea de întocmire a tabelului preliminar este diferită față de vechea reglementare prin faptul că noua definiție nu conține restricția ca în tabel să fie înscrise numai creanțele “împotriva averii debitorului” așa cum era prevăzut la art.86, alin. (1) din Legea nr.64/1995 (r2).

Este de reținut faptul că și noua reglementare face distincție între creanțele asupra debitorului și creanțele asupra bunurilor acestuia (înțelegând prin aceasta averea debitorului), întrucât textul de lege de la art. 36 din Legea nr.85/2006 ca și textul de la art.42 din Legea 64/1995 r2 conține conjuncția “sau” pentru diferențierea celor două categorii de creanțe.

Coroborând prevederile legale menționate observăm că potrivit Legii nr.85/2006 creanțele care îndeplinesc cerințele legii, asupra debitorilor insolvenți, garantate cu cauțiuni reale, trebuie înscrise în tabelul preliminar de creanțe indiferent dacă bunul, asupra căruia poartă dreptul real accesoriu, aparține unui terț garant neinsolvent.

Exemplele ar putea continua întrucât Legea nr.85/2006 reglementează procedura insolvenței într-o manieră mai laborioasă și mai precisă decât Legea nr.64/1995.

Foarte importantă în susținerea acestui raționament consider a fi sancțiunea instituită potrivit art.76, alin. (1) din noua lege pentru nerespectarea termenului pentru depunerea cererilor de admitere a creanțelor, precum și termenii și expresiile cu care operează legea la instituirea acestei sancțiuni.

Astfel ca sancțiune pentru nerespectarea termenelor legale de depunere a cererilor de admitere a creanțelor legea instituie sancțiunea decăderii care, după cum știm, semnifică pierderea dreptului de către titularul său ca urmare a pasivității în exercitarea acestuia, în condițiile și la termenele stabilite de lege.

În privința sancțiunii decăderii există unele opinii potrivit cărora această sancțiune este specifică drepturilor procesuale neexercitate în termen și pe cale de consecință creditorul care nu și-a înscris creanța în tabelul preliminar în termenul legal ar pierde numai dreptul la acțiune.

Potrivit unei opinii autorizate în materie, decăderea reprezintă o sancțiune și pentru drepturile subiective civile neexercitate în termenul legal. Potrivit autorului, care în materialul citat face o analiză comparativă între sancțiunile care afectează drepturile subiective civile, “ în ipoteza drepturilor de creanță și a drepturilor reale accesorii, prescripția extintivă stinge numai o componentă a dreptului la acțiune, pe când decăderea stinge însuși dreptul subiectiv civil, indiferent că ar fi vorba despre un drept de creanță sau despre un drept real ****

În acest context consider că Legea nr.85/2006, la art. 76, alin. 1 reglementează situația juridică a dreptului de creanță, ca drept subiectiv civil, în sensul de conduită a creditorului nediligent.

Referitor la termenii și expresiile folosite constatăm că, potrivit textului de lege de la art. 76, cel ce pierde dreptul este “titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii” care “ va fi decăzut cât privește creanțele respective” din dreptul de a participa în fapt la procedura insolvenței debitorului cât și din dreptul “de a-și realiza creanța împotriva debitorului ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii,....”. Observăm astfel că la instituirea acestei sancțiuni legea nu operează nici măcar cu termenul de “creditor”, definit expres atât de legea generală cât și de legea specială și nici cu expresia “creanțe asupra averii debitorului” (bunurile debitorului).

Observăm deasemenea că legiuitorul a stabilit pentru creditorul nediligent o conduită prohibită și după încheierea procedurii insolvenței. Urmărind logica acestei reglementări și recurând la argumentul logicii formale a fortiori se poate concluziona că: dacă un creditor nediligent nu-și mai poate realiza creanța ulterior încheierii procedurii prevăzute de legea specială cu atât mai mult acesta (creditorul care nu participă la procedură) nu-și poate realiza creanța în timpul în care creditorii diligenti aplică procedura insolvenței prescrisă de lege.

Raportând subiectul analizat la textul de lege se poate observa că acțiunea sancțiunii decăderii din drept nu este condiționată de îndeplinirea criteriului apartenenței bunului, cu care a fost garantată creanța, la patrimoniul debitorului din raportul juridic principal.

Fiind considerată de lege o creanță garantată și având în vedere și faptul că dispozițiile legii pritoare la conținutul tabelului preliminar de creanțe sunt imperativ onerative, realizarea unei creanțe asupra unui debitor insolvent, garantată cu cauțiune reală, se poate efectua numai în cadrul procedurii insolvenței.

În cazul neparticipării creditorului la procedura insolvenței debitorului principal, dreptul de creanță izvorât din raportul juridic principal se pierde prin acțiunea sancțiunii decăderii din drept.

Pe cale de consecință dreptul real accesoriu dreptului de creanță pierdut prin acțiunea sancțiunii decăderii se va stinge în virtutea raportului de acesorialitate între cele două drepturi subiective civile,

indiferent dacă bunul adus în garanție prin contractul prin care s-a constituit garanția reală face parte din patrimoniul debitorului principal sau al terțului garant.

O interpretare în sens contrar a textului de lege menționat ar însemna ca interpretul să adauge la lege și în același timp ar fi ca o invitație adresată creditorilor de a-și asigura realizarea creanțelor cu bunuri din patrimoniul unor terți garanți tocmai pentru a evita participarea la o eventuală procedură de insolvență a debitorului principal. Într-un asemenea context care ar mai fi rostul existenței unei proceduri speciale?

Consider că în textul de la art.76 din Legea nr.85/2006 legiuitorul a făcut aplicația dreptului comun în materia obligațiilor potrivit căruia, așa cum am precizat și mai înainte, *“obiectul raportului de obligație, conceput ca acțiune sau abținere concretă la care este îndatorat subiectul pasiv și îndreptățit subiectul activ poate consta fie într-o prestație pozitivă - a da, a face ceva - fie într-o abținere - a nu face ceva la care, în lipsa obligației asumate, subiectul pasiv ar fi fost îndreptățit.”***** Cu alte cuvinte norma juridică stabilește conduita ce trebuie urmată de persoane, în cazul nostru de titularii de creanțe, chiar dacă această conduită se referă la lucruri (bunuri).

Interpretând textul de lege de la art. 76, alin.1, coroborat cu cel de la art. 3, pct. 9 și pct. 16, din același act normativ prin care este stabilit conținutul tabelului preliminar de creanțe se poate concluziona cât se poate de clar ca la procedura insolvenței trebuie să participe toți titularii de creanțe ale caror drepturi de creanță îndeplinesc condițiile impuse de lege, inclusiv creditorii ale caror creanțe sunt garantate cu cauțiuni reale. Conduita contrară este sancționată de lege cu decăderea din dreptul de realizare a creanței ca drept subiectiv civil principal pe lângă care ființează dreptul de ipotecă asupra bunului terțului garant, ca drept real accesoriu.

Obligativitatea participării la procedura insolvenței pentru recuperarea creanțelor asupra debitorilor este impusă și de principii și norme juridice ale dreptului comun dintre care cele mai importante consider că sunt:

a) caracterul derogator al legii speciale de la prevederile dreptului comun în materie, potrivit principiului *“specialia generalibus derogant”*. De vreme ce legiuitorul a considerat că este necesară edictarea unei legi speciale pentru recuperarea creanțelor de la debitorii aflați în stare de insolvență este de prisos să mai afirmăm că această lege trebuie respectată de către toți titularii de creanțe împotriva unor astfel de debitori;

b) caracterul accesoriu al dreptului real izvorât din contractul prin care s-a constituit garanția reală față de dreptul de creanță izvorât din contractul de credit care are caracter de obligație principală. Potrivit teoriei juridice din acest raport de accesorialitate decurg o serie de consecințe juridice dintre care cea mai relevantă este aceea că dreptul real accesoriu urmează soarta juridică dreptului de creanță în privința cauzelor de valabilitate și cele de stingere.

Așa cum am precizat mai înainte, în condițiile în care pierderea termenelor de depunere a cererilor de admitere a creanțelor este sancționată potrivit prevederilor art. 76 din lege cu decăderea creditorului din dreptul de a-și realiza creanța izvorâtă din contractul de credit ca raport juridic principal, se va stinge și dreptul real accesoriu izvorât din contractul prin care s-a constituit garanția, tocmai pe temeiul raportului de accesorialitate dintre cele două drepturi subiective civile. Din moment ce creditorul este decăzut din dreptul de a-și mai realiza creanța izvorâtă din contractul de credit, nu mai poate fi pus în executare nici contractul prin care a fost instituită garanția creanței, nici în cadrul procedurii și nici ulterior închiderii procedurii pe calea executării silite potrivit dreptului comun în materie, întrucât dreptul real accesoriu nu mai există în patrimoniul creditorului din raportul juridic principal.

Pe cale de consecință toate persoanele titulare ale unor drepturi de creanță, care îndeplinesc condițiile stabilite de lege, dacă doresc

realizarea acestor creanțe, trebuie să participe la procedura insolvenței.

Cât privește răspunsul la întrebarea dacă în cazul creanțelor înscrise în tabelul preliminar de creanțe, garantate cu cauțiuni reale, operează sau nu operează suspendarea executării silite, trebuie pornit de la prevederile art. 36 din Legea nr.85/2006 potrivit căruia: *“De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale,.....”*

Acest text de lege trebuie coroborat cu teoria juridică potrivit căreia: *“Dacă obligația de a face are ca obiect o sumă de bani, executarea ei în natură este întotdeauna posibilă ”******, fie prin restituirea de bunăvoie a sumei datorate fie prin vânzarea silită a bunurilor debitorului principal sau garantului.

Se conturează astfel raționamentul potrivit căruia restituirea creditului garantat cu o cauțiune reală, precum și a dobânzilor aferente, are loc în natură, pe calea executării silite a bunului terțului garant, în desfășurarea aceluiași raport juridic principal izvorât din contractul de credit în care și garantul este parte.

Prin această observație supun atenției faptul că pentru realizarea creanțelor născute din contractele de credit cărora legea le conferă puterea de titluri executorii, nu este nevoie de obținerea unei hotărâri judecătorești de condamnare a debitorului, obligația principală nu se transformă iar plata nu se face în echivalent.

Cu alte cuvinte procedura de executare silită nu ar fi realizată de către creditor în cadrul unui raport obligațional de sine stătător, altul decât contractul de credit, întrucât contractul de ipotecă încheiat de bancă cu cauționarul are menirea de a crea în patrimoniul creditorului din raportul obligațional principal un drept real accesoriu asupra bunului cu care a fost garantat creditul. Acest raportul juridic obligațional principal stabilit prin contractul de credit nu se stinge până când creditorul nu-și realizează creanța prin vânzarea silită a bunului terțului garant.

Urmare a celor menționate mai înainte, valoarea contractului de credit rămâne înregistrată în pasivul bilanțier al debitorului principal, respectiv obligația izvorâtă din contractul de credit face parte din patrimoniul acestuia și numai executarea silită a bunului cauționarului se realizează în temeiul unui drept real accesoriu care izvorăște din contractul prin care s-a constituit garanția reală.

În concluzie în relația de garantare cu o cauțiune reală ne aflăm în situația în care creditorul din cadrul raportului juridic principal are un drept de creanță asupra debitorului din contractul de credit cât și un drept real accesoriu asupra bunului din patrimoniul terțului garant.

Pe cale de consecință, potrivit formulării *“De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului”* prevăzută la art. 36 din Legea 85/2006, operează suspendarea executării silite a bunului garantului, pornită pentru realizarea dreptului de creanță izvorât din raportul juridic principal.

Cele mai înainte menționate sunt un punct de vedere asupra subiectului supus atenției specialiștilor, convingerea autorului fiind aceea că subiectul abordat este departe de a fi epuizat.

Bibliografie

- * Falimentul. Noua Procedura. Tratat, pag. 297. Autor Ion Turcu, Editura Lumina Lex.
- ** Drept civil. Partea generală. Persoanele, pag. 40, autor Prof. univ. dr. Gabriel Boroi.
- *** Drept civil. Partea generală. Persoanele, pag.261, autor Prof. univ. dr. Gabriel Boroi
- **** Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, pag.5, autori: Constantin Statescu și Corneliu Bîrsan.
- *****Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, pag.337, autori: Constantin Statescu și Corneliu Bîrsan.

UNIUNEA EUROPEANĂ – spațiu de libertate, securitate și justiție¹



Prof. univ. dr. Augustin Fuerea
Facultatea de Drept a Universității București

1. Aspecte generale

La o analiză atentă, putem observa faptul că toate cele trei concepte (libertatea, securitatea și justiția) definesc Uniunea Europeană ca spațiu socio-politic, dar și juridic, sub aspectul obiectivelor propuse spre realizare, nu de puțină vreme, și care, prin Tratatul de la Lisabona, ca sediu primar al materiei, își găsesc consacrară. Este motivul pentru care Titlul V din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) este rezervat, integral, reglementării spațiului de libertate, securitate și justiție. Cele 20 de articole pe care le conține Titlul menționat sunt structurate în 5 capitole, după cum urmează: dispoziții generale (capitolul 1); politici privind controlul la frontiere, dreptul de azil și imigrarea (capitolul 2); cooperarea judiciară în materie civilă (capitolul 3); cooperarea judiciară în materie penală (capitolul 4) și cooperarea polițienească (capitolul 5).

Capitolul 1, intitulat „Dispoziții generale”, la rândul său, cuprinde 10 articole, dintre care 5 constituie o noutate absolută, fiind introduse prin Tratatul de la Lisabona, celelalte reprezentând modificări ale unor articole anterioare inserate în Tratatul instituind Comunitatea Europeană (TCE) și Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE).

Dacă înainte de intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Tratatul instituind Comunitatea Europeană conținea prevederi referitoare la măsurile pe care Consiliul trebuia să le adopte pentru „a crea un spațiu de libertate, securitate și justiție”², în prezent, art. 67³ alin. (1) TFUE dispune, fără echivoc, faptul că „Uniunea constituie un spațiu de libertate, securitate și justiție”, dar nu oricum, ci „cu respectarea drepturilor fundamentale și a diferitelor sisteme de drept și tradiții juridice ale statelor membre”.

Încă din primul articol al Titlului V, se are în vedere realitatea potrivit căreia, în cadrul Uniunii, persoanelor li se asigură înlăturarea controalelor la frontierele interne și, mai mult, Uniunea „dezvoltă o politică comună în domeniul dreptului de azil, al imigrării și al controlului la frontierele externe care se întemeiază pe solidaritatea între statele membre și care este echitabilă față de resortisanții țărilor terțe”⁴. Având

caracter de noutate trebuie menționată teza a doua a alin. (2) al art. 67 TFUE, teză care consacră asimilarea apatrizilor cu resortisanții țărilor terțe.

Securitatea în cadrul Uniunii este asigurată, la cel mai înalt nivel, chiar de către Uniune care acționează pentru prevenirea criminalității, a rasismului și a xenofobiei. Combaterea acestor fenomene devine posibilă prin „măsuri de coordonare și de cooperare între autoritățile polițienești și judiciare și alte autorități competente, precum și prin recunoașterea reciprocă a deciziilor judiciare în materie penală și, după caz, prin apropierea legislațiilor penale”⁵.

Pentru ca aceste obiective să devină realități, atunci când este necesar, „Parlamentul European și Consiliul, hotărând prin intermediul regulamentelor în conformitate cu procedura legislativă ordinară, definesc cadrul măsurilor administrative privind circulația capitalurilor și plățile, cum ar fi, de exemplu, înghețarea fondurilor, a activelor financiare sau a beneficiilor economice care aparțin unor persoane fizice sau juridice, grupuri ori entități fără caracter statal și care sunt în proprietatea acestora sau sunt deținute de acestea”⁶. Instituția îndrituită să pună în aplicare aceste prevederi este Consiliul, instituție care adoptă măsurile necesare, dar numai la propunerea Comisiei.

Ultimul alineat al art. 67 TFUE face trimitere la accesul la justiție, acces pe care Uniunea îl facilitează, „în special pe baza principiului recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare în materie civilă”.

Următoarele 3 articole ale Capitolului 1, sunt introduse prin Tratatul de la Lisabona, constituindu-se, de altfel, tot într-un element de noutate. Astfel, potrivit art. 68 TFUE, orientările strategice ale planificării legislative și operaționale în cadrul spațiului de libertate, securitate și justiție sunt definite de către Consiliul European. Referitor la propunerile și inițiativele legislative specifice cooperării judiciare în materie penală (capitolul 4) și cooperării polițienești (capitolul 5), observăm că art. 69 TFUE consolidează rolul Parlamentelor naționale, în sensul că acestea asigură „respectarea principiului subsidiarității, în conformitate cu Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității”. Fără a aduce atin-

gere prevederilor cuprinse în articolele⁷ care reglementează procedura ce poate fi declanșată de către Comisia Europeană în condițiile în care un stat membru nu-și îndeplinește obligațiile asumate⁸, „Consiliul, la propunerea Comisiei, poate adopta măsurile de stabilire a condițiilor în care statele membre, în colaborare cu Comisia, realizează o evaluare obiectivă și imparțială a punerii în aplicare, de către autoritățile statelor membre, a politicilor Uniunii⁹, politici specifice spațiului de libertate, securitate și justiție, „în special în scopul de a favoriza aplicarea deplină a principiului recunoașterii reciproce”¹⁰. Implicarea Parlamentului European și a parlamentelor naționale este prevăzută și aici, deoarece, așa cum se poate observa, potrivit tezei a doua a art. 70 TFUE, acestea „sunt informate cu privire la conținutul și rezultatele evaluării”.

Comitetul de coordonare, constituit din înalți funcționari, instituit prin art. 36 TUE este preluat de Tratatul de la Lisabona, însă într-o formă modificată. Astfel, acesta este înlocuit cu un comitet permanent a cărui principală atribuție este aceea de a asigura „în cadrul Uniunii, promovarea și consolidarea cooperării operaționale în materie de securitate internă”¹¹. Totodată, „comitetul promovează coordonarea acțiunii autorităților competente ale statelor membre. În cadrul lucrărilor comitetului pot fi implicați reprezentanții organelor, ai oficiilor și ai agențiilor în cauză ale Uniunii. Parlamentul European și parlamentele naționale sunt informate cu privire la derularea acestor lucrări”¹².

Preluând, într-o formă identică prevederile art. 64 alin. (1) TCE și ale art. 33 TUE, art. 72 TFUE precizează, cu claritate, faptul că Titlul V „nu aduce atingere exercitării responsabilităților ce revin statelor membre pentru menținerea ordinii publice și pentru apărarea securității interne”. Mai mult, în completarea acestei dispoziții, regăsim, la noul art. 70 TFUE, prevederea potrivit căreia „statele membre au libertatea de a organiza între ele și sub autoritatea lor forme de cooperare și de coordonare pe care le consideră oportune, între serviciile competente ale administrațiilor acestora ce răspund de asigurarea securității naționale”.

În continuare, TFUE, așa cum a fost modificat prin Tratatul de la Lisabona, aduce în prim-planul atenției rolul Consiliului în adoptarea măsurilor necesare „asigurării cooperării administrative între serviciile competente ale statelor membre în domeniile”¹³ reglementate în Titlul V, „precum și între serviciile respective și Comisie”. În aceste situații, Consiliul hotărăște la propunerea Comisiei sau la inițiativa unei părți din statele membre, după consultarea Parlamentului European.

2. Politicile privind controlul la frontiere, dreptul de azil și imigrarea

Sediul materiei îl reprezintă Capitolul 2, cu cele 3 articole (art.77-79). Toate aceste politici, precum și punerea lor în aplicare sunt guvernate, pe de o parte, de principiul solidarității și, pe de altă parte de cel al distribuirii echitabile a răspunderii între statele membre, inclusiv pe plan financiar¹⁴.

Primele două articole conțin, în formă modificată, dispozițiile cuprinse în Tratatul instituind Comunitatea Europeană.

În acest sens, art. 77 TFUE¹⁵ este rezervat politicii privind controlul la frontiere. Uniunea are în vedere, prin dezvoltarea unei politici proprii, următoarele: „să asigure absența oricărui control asupra persoanelor la trecerea frontierelor interne, indiferent de cetățenie; să asigure controlul persoanelor și

supravegherea eficace la trecerea frontierelor externe și să introducă treptat un sistem integrat de administrare a frontierelor externe”. Pentru realizarea acestor obiective, Parlamentul European și Consiliul adoptă, potrivit procedurii legislative ordinare, măsuri privind: „politica comună a vizelor și a altor permise de ședere de scurtă durată; controalele la care sunt supuse persoanele la trecerea frontierelor externe; condițiile în care resortisanții țărilor terțe pot circula liber, pentru o durată scurtă, în interiorul Uniunii; orice măsură necesară pentru instituirea treptată a unui sistem integrat de administrare a frontierelor externe; absența oricărui control asupra persoanelor, indiferent de cetățenie, la trecerea frontierelor interne”¹⁶. În cazul în care este necesară o acțiune a Uniunii pentru a facilita exercitarea dreptului de liberă circulație și de ședere pe teritoriul statelor membre, „iar tratatele nu au prevăzut atribuții în acest sens, Consiliul, hotărând în conformitate cu o procedură legislativă specială, poate adopta dispoziții referitoare la pașapoarte, cărți de identitate, permise de ședere sau oricare alt document asimilat. Consiliul hotărăște în unanimitate, după consultarea Parlamentului European”¹⁷. Alin. (4) al art. 77 TFUE este introdus prin Tratatul de la Lisabona și are în vedere reglementarea potrivit căreia nici o dispoziție din cuprinsul acestui articol „nu aduce atingere competenței statelor membre privind delimitarea geografică a frontierelor acestora, în conformitate cu dreptul internațional”.

Art. 78 TFUE consacră „politica comună în domeniul dreptului de azil, al protecției subsidiare și al protecției temporare”¹⁸. Scopul instituirii unei astfel de politici este acela de a „oferi un statut corespunzător oricărui resortisant dintr-o țară terță care are nevoie de protecție internațională și de a asigura respectarea principiului nereturnării”. Politica dezvoltată de Uniune în acest domeniu trebuie să se realizeze în „conformitate cu prevederile Convenției de la Geneva din 28 iulie 1951 și cu cele ale Protocolului din 31 ianuarie 1967 privind statutul refugiaților, precum și cu alte tratate din domeniu”¹⁹.

Un element definitoriu pentru realizarea acestei politici este sistemul european de azil comun, sistem care cuprinde: „un regim unitar de azil în favoarea resortisanților țărilor terțe, valabil în toată Uniunea; un regim unitar de protecție subsidiară pentru resortisanții țărilor terțe care, fără să obțină azil european, au nevoie de protecție internațională; un sistem comun de protecție temporară a persoanelor strămutate în cazul unui aflux masiv; proceduri comune de acordare și de retragere a regimului unitar de azil sau de protecție subsidiară; criterii și mecanisme de determinare a statului membru responsabil de examinarea unei cereri de azil sau de protecție subsidiară; norme referitoare la condițiile de primire a solicitanților dreptului de azil sau de protecție subsidiară; parteneriatul și cooperarea cu țările terțe pentru gestionarea fluxurilor de persoane care solicită drept de azil, protecție subsidiară sau temporară”²⁰. Măsurile necesare realizării acestui sistem sunt adoptate de către Parlamentul European și Consiliul, potrivit procedurii legislative ordinare. În situația în care „unul sau mai multe state membre se află într-o situație de urgență caracterizată de un aflux brusc de resortisanți din țări terțe, Consiliul, la propunerea Comisiei, poate adopta măsuri provizorii, în beneficiul statului sau al statelor membru(e) în cauză. Acesta hotărăște după consultarea Parlamentului European”²¹.

Politica de imigrare, dezvoltată de către Uniunea Europeană este prevăzută în art. 79 TFUE. Scopul acestei politici este acela de a „a asigura, în toate etapele, gestionarea eficientă

a fluxurilor de migrare, tratamentul echitabil al resortisanților țărilor terțe aflați în situația de ședere legală în statele membre, precum și prevenirea imigrării ilegale și a traficului de persoane și combaterea susținută a acestora⁷²³. Pentru realizarea acestei politici, tot Parlamentului European și Consiliului le revine sarcina de a adopta măsuri, potrivit procedurii legislative ordinare. Domeniile vizate sunt următoarele: „condițiile de intrare și de ședere, precum și normele privind acordarea de către statele membre a vizelor și a permiselor de ședere pe termen lung, inclusiv în vederea reîntregirii familiei; definirea drepturilor resortisanților țărilor terțe aflați în situația de ședere legală pe teritoriul unui stat membru, inclusiv condițiile care reglementează libertatea de circulație și de ședere în celelalte state membre; imigrarea clandestină și șederea ilegală, inclusiv expulzarea și repatrierea persoanelor aflate în situația de ședere ilegală; combaterea traficului de persoane, în special de femei și copii⁷²⁴. În cadrul politicii privind imigrarea Uniunea este autorizată să încheie, cu țări terțe, acorduri privind readmisia „resortisanților țărilor terțe care nu îndeplinesc sau nu mai îndeplinesc condițiile de intrare, de prezență sau de ședere pe teritoriul unuia dintre statele membre⁷²⁵. Readmisia se face în țările de origine a resortisanților menționați sau în țările de proveniență a acestora. Fără a se constitui într-o obligativitate de „armonizare a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre”, Parlamentul European și Consiliul pot adopta măsuri „pentru încurajarea și sprijinirea acțiunii statelor membre, cu scopul de a favoriza integrarea resortisanților țărilor terțe aflați în situație de ședere legală pe teritoriul lor⁷²⁶. Alin. (5) al art. 79 TFUE se constituie într-o veritabilă modalitate de transpunere a unuia dintre principiile fundamentale ale dreptului internațional, și anume principiul neamestecului în treburile interne ale statelor. Astfel, reținem că dispozițiile art. 79 nu aduc atingere „dreptului statelor membre de a stabili volumul admiterii pe teritoriul acestora a resortisanților unor țări terțe, provenind din țări terțe, în căutarea unui loc de muncă în calitate de lucrători salariați sau pentru a desfășura o activitate independentă”.

3. Cooperarea judiciară în materie civilă

O altă componentă a spațiului de libertate, securitate și justiție ce caracterizează, între altele, Uniunea Europeană, este cooperarea judiciară în materie civilă. Acestei cooperări, Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene îi consacră art. 81²⁷, articol ce constituie, de altfel, și cuprinsul Capitolului 3 din Titlul V al Tratatului.

Cooperarea judiciară în materie civilă dezvoltată de către Uniune, are incidență transfrontalieră și este întemeiată „pe principiul recunoașterii reciproce a deciziilor judiciare și extrajudiciare. Această cooperare poate include adoptarea unor măsuri de apropiere a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre⁷²⁸. și în acest domeniu, tot Parlamentul European și Consiliul sunt instituțiile care adoptă măsuri pentru realizarea politicii promovate de către Uniune. Rolul celor două instituții este cu atât mai necesar, atunci când măsurile au în vedere buna funcționare a Pieței interne. În acest caz, măsurile adoptate trebuie să asigure: „recunoașterea reciprocă între statele membre a deciziilor judiciare și extrajudiciare și executarea acestora; comunicarea și notificarea transfrontalieră a actelor judiciare și extrajudiciare; compatibilitatea normelor aplicabile în statele membre în materie de

conflict de legi și de competență; cooperarea în materie de obținere a probelor; accesul efectiv la justiție; eliminarea obstacolelor din calea bunei desfășurări a procedurilor civile, la nevoie prin favorizarea compatibilității normelor de procedură civilă aplicabile în statele membre; dezvoltarea unor metode alternative de soluționare a litigiilor²⁹; sprijinirea formării profesionale a magistraților și a personalului din justiție³⁰. În ceea ce privește măsurile referitoare la dreptul familiei care au implicații transfrontaliere sunt stabilite numai de către Consiliu, cu unanimitate, de voturi, după consultarea Parlamentului European. Spre deosebire de situația anterioară, când alături de Consiliu regăseam și Parlamentul European, procedura de adoptare a acestor măsuri este una specială, ceea ce face ca o astfel de prevedere să reprezinte o derogare de la procedura legislativă ordinară. Totuși, „Consiliul, la propunerea Comisiei, poate adopta o decizie care să determine aspectele din dreptul familiei care au implicații transfrontaliere, care ar putea face obiectul unor acte adoptate prin procedura legislativă ordinară³¹. Acest lucru semnifică faptul că, măsura respectivă urmează să fie adoptată de către Consiliu și Parlamentul European, împreună, pe calea procedurii legislative ordinare. În acest caz, „propunerea respectivă se transmite parlamentelor naționale. În cazul opoziției unui parlament național, opoziție notificată în termen de șase luni de la această transmitere, decizia nu se adoptă. În cazul în care nu există nici o opoziție, Consiliul poate adopta respectiva decizie³²”.

4. Cooperarea judiciară în materie penală

În mod firesc, nu putem vorbi despre un spațiu de libertate, securitate și justiție, fără să avem în vedere și cooperarea judiciară în materie penală, cooperare reglementată pe parcursul celor 5 articole ale Capitolului 3 din Titlul V al TFUE. Cooperarea despre care face vorbire art. 82 TFUE³³, „se întemeiază pe principiul recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a deciziilor judiciare și include apropierea actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre”, în următoarele domenii: „instituirea unor nor asigure recunoașterea, în întreaga Uniune, a tuturor categoriilor de hotărâri judecătorești și decizii judiciare; prevenirea și soluționarea conflictelor de competență între statele membre; sprijinirea formării profesionale a magistraților și a personalului din justiție; facilitarea cooperării dintre autoritățile judiciare sau echivalente ale statelor membre în materie de urmărire penală și executare a deciziilor³⁴. Măsurile specifice acestor domenii sunt adoptate de către Parlamentul European și Consiliu. Cele două instituții menționate au posibilitatea ca, în vederea facilitării recunoașterii reciproce a "hotărârilor judecătorești și a deciziilor judiciare, precum și cooperarea polițienească și judiciară în materie penală cu dimensiune transfrontalieră³⁵ să stabilească norme minime, cu luarea în considerare a diferențelor existente "între tradițiile juridice și sistemele de drept ale statelor membre³⁶. Normele minime se referă la: "admisibilitatea reciprocă a probelor între statele membre; drepturile persoanelor în procedura penală; drepturile victimelor criminalității; alte elemente speciale ale procedurii penale pe care Consiliul le-a identificat în prealabil printr-o decizie³⁷. Adoptarea normelor minime nu "împiedică statele membre să mențină sau să adopte un nivel mai ridicat de protecție a persoanelor³⁸. În cazul în care un stat membru, în cadrul Consiliului, consideră că un proiect de directivă ce

urmează să instituie o astfel de normă minimă "ar aduce atingere aspectelor fundamentale ale sistemului său de justiție penală, poate solicita sesizarea Consiliului European, caz în care procedura legislativă ordinară se suspendă. După dezbateri, în situație de consens, Consiliul European, în termen de patru luni de la suspendare, retrimite proiectul Consiliului, prin aceasta încetând suspendarea procedurii legislative ordinare. În același termen, în cazul unui dezacord și în cazul în care cel puțin nouă state membre doresc instituirea unei forme de cooperare consolidată pe baza proiectului de directivă respectiv, acestea informează Parlamentul European, Consiliul și Comisia în consecință. În acest caz, autorizarea de a institui o formă de cooperare consolidată (...) se consideră acordată și se aplică dispozițiile privind formele de cooperare consolidată"³⁹.

Cele două instituții care își împart puterea legislativă și, deopotrivă, bugetară, Parlamentul European și Consiliul, hotărând prin intermediul directivelor, ca norme derivate ale dreptului Uniunii Europene, în conformitate cu procedura legislativă ordinară, "pot stabili norme minime cu privire la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în domenii ale criminalității de o gravitate deosebită de dimensiune transfrontalieră ce rezultă din natura sau impactul acestor infracțiuni ori din nevoia specială de a le combate pornind de la o bază comună"⁴⁰. Recurgând la enumerarea acestor domenii ale criminalității transfrontaliere, art. 83 alin. (1) teza penultimă le enunță pe următoarele: terorismul, traficul de persoane și exploatarea sexuală a femeilor și a copiilor; traficul ilicit de droguri; traficul ilicit de arme; spălarea banilor, corupția; contrafacerea mijloacelor de plată; criminalitatea informatică și criminalitatea organizată. Făcând proba unui veritabil realism, decidenții europeni au introdus, în teza finală a art. 83 alin. (1) TFUE, și prevederea potrivit căreia, "în funcție de evoluția criminalității, Consiliul poate adopta o decizie care să identifice alte domenii ale criminalității".

Dacă apropierea⁴¹ actelor cu putere de lege a normelor administrative ale statelor membre în materie penală se dovedește a fi necesară pentru a asigura punerea în aplicare eficientă a unei politici a Uniunii într-un domeniu care a făcut obiectul unor măsuri de armonizare, "prin directive se pot stabili norme minime referitoare la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în domeniul în cauză"⁴². Este posibil, însă, ca un stat membru, prin reprezentantul său în Consiliu, să aprecieze că un astfel de proiect de directivă aduce atingere aspectelor fundamentale ale sistemului său de justiție penală, caz în care procedura legislativă ordinară, prin care ar fi urmat să se adopte respectiva directivă, se suspendă, după ce, în prealabil, a fost sesizat Consiliul European. După dezbateri, în caz de consens, Consiliul European, în termen de patru luni de la suspendare, retrimite proiectul Consiliului, în acest fel încetând suspendarea procedurii legislative ordinare. În acest sens, "Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, pot stabili măsuri pentru a încuraja și sprijini acțiunea statelor membre în domeniul prevenirii criminalității, excluzând orice armonizare a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre"⁴³.

Un rol important în asigurarea finalității obiectivelor privind cooperarea judiciară în materie penală revine, fără îndoială, Eurojust. Acesta, la nivelul Uniunii Europene, în mod concret, "are misiunea de a susține și consolida coordonarea și cooperarea dintre autoritățile naționale de cercetare și urmărire penală în legătură cu formele grave de criminalitate care

afectează două sau mai multe state membre sau care impun urmărirea penală pe baze comune, prin operațiuni întreprinse de autoritățile statelor membre și Europol și prin informații furnizate de acestea"⁴⁴.

Raportat, comparativ, la art. 31 TCE, cu trimitere la misiunea Eurojust, dată fiind extinderea fără precedent a Uniunii Europene, la cele 27 de state membre, observăm o evidentă consolidare a poziției Eurojust în cadrul mecanismelor care vizează cooperarea judiciară în materie penală, poziție concretizată, inclusiv, în atribuțiile pe care le poate îndeplini. În principal, aceste atribuții vizează începerea de cercetări penale, precum și propunerea de începere a urmăririi penale efectuate de autoritățile naționale competente, în special referitoare la infracțiuni care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii, la care se adaugă asumarea rolului de coordonator al cercetărilor, dar având relevanță pentru domeniul Eurojust participă la consolidarea cooperării judiciare, inclusiv prin soluționarea conflictelor de competență și prin strânsa cooperare cu Rețeaua Judiciară Europeană.

De remarcat este faptul că atribuțiile, structura și funcționarea Eurojust sunt hotărâre prin intermediul regulamentelor de către Parlamentul European și Consiliu, în conformitate cu procedura legislativă ordinară. Tot cu ajutorul regulamentelor se stabilesc și condițiile de implicare a Parlamentului European și a parlamentelor naționale în evaluarea activității Eurojust.

Poate nu întâmplător, într-o astfel de perioadă de criză economico-financiară prin Tratatul de la Lisabona se aduc în discuție, spre reglementare, acele aspecte care țin de interesele financiare ale Uniunii Europene. Relevanță, în acest sens, are art. 86 TFUE, care, la alin.(1), precizează, tranșant, faptul că "pentru combaterea infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii, Consiliul, hotărând prin regulamente, în conformitate cu o procedură legislativă specială, poate institui un Parchet European, pornind de la Eurojust". Hotărârea se adoptă, în unanimitate, de către Consiliu, după aprobarea Parlamentului European, urmând o serie de precizări de natură tehnică, în cadrul aceluiași art. 86 TFUE, în cazul în care nu se întrunește unanimitatea.

Ce competențe dobândește Parchetul European? Răspunsul ni-l oferă, cu generozitate, art. 86 alin. (2) TFUE, potrivit căruia acesta⁴⁵ "are competența de a cerceta, de a urmări și de a trimite în judecată"⁴⁶, după caz, în colaborare cu Europol, autorii și coautorii infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii, în conformitate cu normele stabilite", prin intermediul regulamentului. De asemenea, Parchetul European exercită, în fața instanțelor competente ale statelor membre, acțiunea publică în legătură cu aceste infracțiuni"⁴⁷. Tot prin intermediul regulamentelor se mai stabilesc: statutul Parchetului European; condițiile de exercitare a atribuțiilor acestuia și regulamentul de procedură aplicabil; admisibilitatea probelor și controlul jurisdicțional al actelor de procedură adoptate în exercitarea atribuțiilor sale.

Tratatul de la Lisabona, prin TFUE, în spiritul unui echilibru pronunțat, luând în considerare posibile evoluții negative ale exercitării libertăților, rezervă posibilitatea Consiliului European de a accepta, în același timp sau ulterior, o decizie de modificare, în scopul extinderii atribuțiilor Parchetului European pentru a include și combaterea criminalității grave având dimensiune transfrontalieră, precum și cu privire la autorii și coautorii infracțiunilor grave care afectează mai

multe state membre. Hotărârea aparține Consiliului European care decide cu unanimitate, după aprobarea Parlamentului European și după consultarea Comisiei.

5. Cooperarea polițienească

Cel de-al 5-lea capitol al Titlului V din TFUE (art. 87-89) este consacrat cooperării polițienești. Chiar din primul alineat al art. 87, se precizează că "Uniunea instituie o cooperare polițienească care implică toate autoritățile competente din statele membre, inclusiv serviciile de poliție, serviciile vamale și alte servicii specializate de aplicare a legii, în domeniul prevenirii sau al depistării și cercetării infracțiunilor".

Instituțiile îndrituite să hotărască, în conformitate cu procedura legislativă ordinară, sunt Parlamentul European și Consiliul. Cele două pot stabili măsuri referitoare la: colectarea, stocarea, prelucrarea și analizarea informațiilor în domeniu, precum și schimbul de informații; sprijinirea formării profesionale a personalului, precum și cooperarea privind schimbul de personal, echipamente de cercetare criminalistică; tehnicile comune de investigare privind depistarea unor forme grave de criminalitate organizată.

Un rol la fel de important ca și în cazul Eurojust, într-o astfel de materie a cooperării, revine Europol. Acesta din urmă "are misiunea de a susține și consolida acțiunea autorităților polițienești și a altor servicii de aplicare a legii din statele membre, precum și cooperarea acestora pentru prevenirea și combaterea criminalității grave care afectează două sau mai multe state membre, a terorismului și a formelor de criminalitate care aduc atingere unui interes comun care face obiectul unei politici a Uniunii"⁴⁸. Parlamentul European și Consiliul, hotărând cu unanimitate, prin intermediul regulamentelor, în conformitate cu procedura legislativă ordinară, stabilesc: structura; funcționarea; domeniul de acțiune și atribuțiile Europol. Atribuțiile Europol includ următoarele aspecte care materializează, de altfel, cooperarea polițienească la nivelul Uniunii Europene: colectarea, stocarea, prelucrarea și analiza informațiilor, precum și schimbul de informații transmise, în special, de autoritățile statelor membre sau de alte state sau autorități terțe; coordonarea, organizarea și realizarea de acțiuni de cercetare și operative, desfășurate împreună cu autoritățile competente ale statelor membre sau în cadrul unor echipe comune de cercetare și, după caz, în colaborare cu Eurojust.

Prin intermediul regulamentelor se stabilesc, deopotrivă, acele aspecte care țin de procedura de control al activităților Europol de către Parlamentul European, control la care parlamentele naționale sunt asociate.

Demnă de menționat este precizarea art. 88 alin. (3) TFUE, potrivit căreia "orice acțiune cu caracter operativ a Europol trebuie desfășurată în cooperare cu autoritățile statului sau ale statelor al/cărui⁴⁹ căror teritoriu/teritorii⁵⁰ este/sunt⁵¹ implicat/implicate⁵² și cu acordul acestuia⁵³/acestora. Aplicarea măsurilor coercitive este în sarcina exclusivă a autorităților naționale".

În ce privește condițiile și limitele în care autoritățile competente ale statelor membre pot interveni pe teritoriul unui alt stat membru, în cooperare și cu acordul autorităților statului respectiv, Consiliului îi revine rolul de a hotărî, în conformitate cu o procedură legislativă specială "în unanimitate și după consultarea Parlamentului European"⁵⁴.

*

* *

Conchidem prin a arăta faptul că raportarea la cele trei aspecte care este dorit să caracterizeze Uniunea Europeană - libertatea, securitatea și justiție - reprezintă chiar rațiunea de a fi a unei astfel de entități, Uniunea Europeană, numită, tot mai des, subiect special sau atipic de drept internațional. Este, de altfel, finalitatea unui demers extrem de generos, este rezultatul tuturor eforturilor având natură multiplă, inclusiv juridică, deloc de puțin timp, în comun derulate, la nivel european.

Note

1 A se vedea, în acest sens, și: Florian Răzvan Radu, "Cooperarea judiciară internațională și europeană în materie penală", îndrumar pentru practicieni, editura Wolters Kluwer România, București, 2008; Aurel Ciobanu-Dordea, "Legislație comunitară privind cooperarea judiciară în materie penală", Editura C.H. Beck, București, 2007.

2 Art. 61 TCE.

3 Fostul art. 61 TCE și fostul art. 29 TUE.

4 Art. 67 alin.(2) TFUE.

5 Art. 67 alin. (3) TFUE.

6 Art. 75 TFUE (fostul art. 60 TCE)

7 Art. 258, 259 și 260 TFUE.

8 Procedură cunoscută sub denumirea de "procedura de infringement".

9 Art. 70 TFUE.

10 Idem.

11 Art. 71 TFUE (fostul art. 36 TUE)

12 Idem.

13 Art. 74 TFUE (fostul art. 66 TCE).

14 Potrivit art. 80 TFUE.

15 Fostul art. 62 TCE.

16 Art. 77 alin. (2) TFUE.

17 Art. 77 alin. (3) TFUE.

18 Fostul art. 63 pct. 1 și 2 TCE și fostul art. 64 alin. (2) TCE.

19 Art. 78 alin. (1) TFUE.

20 Art. 78 alin (2) TFUE.

21 Art. 78 alin. (3) TFUE

22 Fostul art.63 pct. 3 și 4 TCE.

23 Art. 79 alin. (1) TFUE.

24 Art. 79 alin. (2) TFUE.

25 Art. 79 alin. (3) TFUE.

26 Art. 79 alin. (4) TFUE.

27 Fostul art. 65 TCE.

28 Art. 81 alin. (1) TFUE.

29 De exemplu, Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului, din 21 mai 2008, privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială.

30 Potrivit art. 81 alin. (2) TFUE.

31 Art. 81 alin. (3) par. 1 TFUE.

32 Art. 81 alin. (3) par. 3 TFUE.

33 Fostul art. 31 TUE.

34 Art. 82 alin. (1) TFUE.

35 Art. 82 alin. (2) TFUE.

36 Idem.

37 Idem.

38 Idem.

39 Art. 82 alin. (3) TFUE.

40 Art. 83 alin. (1) TFUE.

41 Armonizarea legislativă în plan orizontal (între statele membre).

42 Art. 83 alin. (2) TFUE.

43 Art. 84 TFUE.

44 Art. 85 alin. (1) TFUE.

45 Parchetul European.

46 Observăm o implicare în actul de justiție la nivelul Uniunii Europene, față de Eurojust.

47 Art. 86 alin. (2) TFUE.

48 Art. 87 alin. (3) TFUE.

49 Nota noastră (N.n.).

50 N.n.

51 Idem.

52 Idem.

53 Idem.

54 Art. 89 TFUE.