



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ Contractul de împrumut

pag. 4

■ Condiții de confirmare a planului

pag. 13

■ Drepturile promitentului cumpărător

pag. 22

■ Deschiderea procedurii

pag. 26

Nr. 39, ianuarie - martie 2012

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 39, ianuarie - martie 2012

sumar

	pag.
<input type="checkbox"/> INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
<input type="checkbox"/> RUBRICA PRACTICIANULUI	
CONTRACTUL DE ÎMPRUMUT ÎN LUMINA DISPOZIȚIILOR NOULUI COD CIVIL	4
REORGANIZAREA JUDICIARĂ, CONDIȚII DE CONFIRMARE A PLANULUI	13
<input type="checkbox"/> RUBRICA ANALISTULUI	
O NOUĂ DESCOPERIRE, VECHĂ DE UN SECOL, INSOLVENȚA CU CREDITOR UNIC	21
<input type="checkbox"/> RUBRICA MAGISTRATULUI	
DREPTURILE PROMITENTULUI CUMPĂRĂTOR	22
CONDIȚIILE DESCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI ÎN LUMINA NOULUI COD CIVIL	26

Editor
Mihai Dimonie

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

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță

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

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

Cuvântul președintelui



Fiind la început de an consider că cititorii revistei noastre și în special membri Uniunii sunt interesați să afle care vor fi principalele activități ce se vor desfășura la nivel central. Astfel, între 2 și 7 aprilie la sediul Uniunii din strada Vulturilor nr.23 va avea loc programul intensiv obligatoriu de pregătire profesională centralizată pentru membrii stagiați, care își încheie perioada de stagiu și urmează să se prezinte la examenul de definitivat ce va avea loc, tot la sediul Uniunii, între 28 mai și 01 iunie 2012.

La sfârșitul lunii aprilie, mai precis în ziua de 28 aprilie a.c. este programată întrunirea Adunării reprezentanților permanenți care va examina și aproba bugetul de venituri și cheltuieli pe anul 2012 și situațiile financiare ale Uniunii pe anul 2011, precum și unele măsuri privind activitatea curentă.

Prima sesiune a examenului de acces în profesie va avea loc în ziua de 12 mai urmând ca în funcție de interesul ce va fi manifestat de candidați să mai organizăm o sesiune și în toamna acestui an.

Congresul UNPIR din acest an va avea loc în ziua de 8 septembrie, marcând un eveniment important atât prin analiza activității și hotărârile ce vor fi adoptate cât și prin faptul că se vor alege organele de conducere ale Uniunii pentru un nou mandat de 4 ani.

În legătură cu acest eveniment, potrivit reprezentării stabilite prin Statut, filialele Uniunii vor alege în adunări generale delegații la Congres și vor desemna candidații pentru organele de conducere ale Uniunii. La filialele la care mandatul consiliului de conducere și al comisiei de disciplină expiră în acest an se vor organiza alegeri la care vor fi prezenți și membri ai Consiliului național de conducere sau ai Adunării reprezentanților permanenți.

La nivelul filialelor, până la 15 aprilie a.c. vor avea loc adunările generale ordinare care vor aproba bugetul de venituri și cheltuieli și situațiile financiare, adoptând măsuri privind activitatea curentă.

Tot la nivelul filialelor vor continua stagiile de pregătire anuală obligatorie pentru toți membri definitivi și compatibili.

Întrucât în trimestrul al II-lea al acestui an publicația noastră „PHOENIX - revista de insolvență” va împlini 10 ani de la prima apariție adresez un apel tuturor filialelor Uniunii de a sprijini apariția în continuare a revistei și a trimite în acest an la redacția acesteia, cel puțin câte un articol pe teme de practică profesională din activitatea membrilor fiecărei filiale.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Contractul de împrumut în lumina dispozițiilor noului Cod civil.

Impreviziunea, clauza penală și abuzul în convenții



Av. Vasile Deleanu

Memburu al Consiliului național de conducere al UNPIR

Examinarea reglementării date contractului de împrumut prin dispozițiile noului Cod civil impune, mai întâi, abordarea dispozițiilor cu caracter general referitoare la contract cuprinse în art.1166 – 1323.

În concepția noului Cod civil, „*contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica, transmite sau stinge un raport juridic*” (art. 1166).

În realizarea unui cât mai just echilibru între neajunsurile dirijismului coercitiv și tendințele de nestăpânit ale liberalismului sălbatic, organismele de decizie, dar și cele de specialitate ale forurilor Uniunii Europene urmăresc depistarea și valorificarea elementelor ce ar putea conduce la generalizarea tendințelor de armonizare și unificare a dreptului contractelor.

Este cunoscut, însă, că inevitabilele imperfecțiuni de traducere și, mai ales, dificultatea de a interpreta unitar anumite reglementări, în raport cu cerințele particularizante din diverse zone, cu realități și tradiții diferite, vor constitui mereu piedici în calea realizării unei astfel de unificări prin consacrare legislativă.

Pe de altă parte, în cadrul entităților statale naționale, diversitatea legislațiilor creează deseori obstacole insurmontabile pentru o economie și o societate având tendințe tot mai accentuate de omogenizare și chiar de globalizare.

Nu este întâmplător că, în opinia unui economist cu renume, contractul s-ar sprijini pe construcția unei lumi de referință, în care dreptul ar fi de prisos, susținându-se că, pentru economia dominantă, dreptul nu ar avea justificare proprie în afara domeniului ce i l-a acordat economia¹.

Pornind de la realitatea că în viața de toate zilele întâlnim contracte concrete, individuale, în doctrina românească mai recentă s-a considerat că, la întrebarea „*ce este un contract?*”, răspunsul nu poate fi decât acela că „*un acord al voințelor devine un contract numai atunci când legea îi conferă efectele pe care părțile le-au avut în vedere*”².

De aceea, pe drept cuvânt s-a subliniat că, oricâte critici i s-ar aduce, „*contractul rămâne de neînlocuit datorită calităților*

sale, printre care, pe primul loc, se situează suplețea și sentimentul de asumare liberă a obligației”³.

Contractul, în general, este o realitate atât de veche și de permanentă încât nici o definiție nu ar putea reda cu destulă fidelitate trăsăturile sale principale.

În doctrina mai recentă se apreciază că „*domeniul contractual se poate descrie ca o limită de la care începe angajamentul și până unde pare să înceteze*”⁴.

Definirea contractului ca acord de voințe generator de efecte juridice nu poate fi considerată deplin satisfăcătoare, ținându-se seama că, în cadrul tratatelor, participanții își exprimă voința printr-o succesiune de acte, concretizate în examinarea ofertei, efectuarea de contrapropuneri, acorduri de principiu, care nu reprezintă prin ele însele manifestări cu caracter de consens convențional complet.

Abia momentul asumării angajamentului în cadrul negocierii înseamnă perfectarea contractului și schimbarea radicală ce marchează trecerea de la incertitudine și libertatea precontractuală la angajamentul contractual cu atragerea răspunderii și constrângerii inerente.

Jurisprudența a restrâns recunoașterea efectelor contractului la elementele sale esențiale, din a căror examinare s-ar putea deduce cu certitudine existența consimțământului. Ca urmare, lipsa consimțământului ce se referă la o clauză determinantă va exclude însăși existența contractului.

În teoria autonomiei de voință, contractul valabil perfectat este suficient chiar dacă nu a început executarea lui, deoarece aceasta nu face decât să-i consolideze existența.

Sub aspect economic, contractul este acordul ce prefigurează prestațiile preconizate să fie efectuate de către părți într-o anumită perioadă de timp, susceptibile a fi urmărite de acestea și verificabile de instanță dacă se va recurge la justiție pentru impunerea respectării clauzelor.

Sub aspect juridic, contractul constă în manifestarea de voință având ca scop producerea de efecte juridice patrimoniale sau nepatrimoniale.

Așa cum este cunoscut, contractul este bilateral atunci când la formarea lui participă două părți (voințe) și devine act juridic multilateral (plurilateral) atunci când numărul voințelor participante este mai mare.

Domeniul contractual poate fi caracterizat de data de la care începe angajamentul până la data la care acesta încetează.

Rolul esențial pe care îl are consensul în realizarea contractului din dreptul modern a condus la consolidarea principiului consensualismului, concomitent cu continuarea recunoașterii formalismului menit să asigure încrederea în actul încheiat⁵.

* * *

Încercând să ne referim la contractul de împrumut în lumina noului Cod civil, relevăm că dispozițiile cuprinse în Capitolul XIII din Cartea a V-a, intitulată „Despre obligații”, reglementează acest contract în forma împrumutului de folosință (comodatul) și a împrumutului propriu-zis (de consumație).

Ca noutăți aduse în această materie, se evidențiază prevederile prin care s-au reglementat: promisiunea de împrumut, pierirea bunului preluat în comodat, obligația comodatului de informare a comodatului, transferul proprietății și al riscurilor în contractul de împrumut de consumație, restituirea împrumutului și regimul dobânzilor.

Capitolul în care este reglementat contractul de împrumut cuprinde 3 secțiuni, prima conținând dispoziții cu caracter general (art. 2144 – 2145), a doua fiind consacrată împrumutului de folosință (art.2146 – 2157), iar a treia privește împrumutul de consumație (art.2158 – 2170).

În prima secțiune, prin art. 2144 se prevede că împrumutul este de două feluri: împrumutul de folosință, numit și *comodat*, și împrumutul de consumație.

Pentru prima dată în legislația noastră civilă, prin art. 2145 s-a reglementat promisiunea de împrumut, precizându-se că „atunci când bunul se află în deținerea beneficiarului, iar promitentul refuză să încheie contractul, instanța, la cererea celeilalte părți, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, dacă cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite”.

În cea de-a doua secțiune este reglementat împrumutul de folosință, denumit *comodat* în dispozițiile corespunzătoare din Codul civil care mai este în vigoare (art.1560 – 1575).

În acest sens, prin art.2146 din noul Cod civil s-a prevăzut, în definiția noțiunii, că „*împrumutul de folosință este contractul cu titlu gratuit prin care o parte, numită comodat, remite un bun mobil sau imobil celeilalte părți, numite comodatar, pentru a se folosi de acest bun, cu obligația de a-l restitui după un anumit timp*”.

Fără îndoială, această reglementare nu diferă, sub aspectul conținutului, de aceea din art.1560 al vechiului Codul civil, ci doar se vrea mai explicită și să facă uz de termeni mai adecvați actualului moment.

S-a considerat util să fie explicată, în art. 2147, calitatea de comodat, invederându-se că „*dacă nu i s-a interzis prin lege sau contract, orice persoană care are dreptul de a folosi bunul poate fi comodat*”.

În acest sens, prin art.2148 din noul Cod civil cu alte exprimări decât cele consacrate în art. 1564 și 1565 din actualul Cod civil, se dă o reglementare similară celei cuprinse în aceste texte de lege. Ca urmare, comodatul va fi ținut și în viitor „*să păzească și să conserve bunul împrumutat cu prudența și*

diligența unui bun proprietar”, el neputând „*folosi bunul împrumutat decât în conformitate cu destinația acestuia determinată prin contract ori, în lipsă, după natura bunului*” și fără să-i fie îngăduit să permită „*unui terț să îl folosească decât cu aprobarea prealabilă a comodatului*”.

Reglementarea dată în art.1566 din actualul Cod civil ipotezei când bunul împrumutat pierde prin caz fortuit se regăsește în art. 2149 din noul Cod civil, unde este dezvoltată, prevăzându-se că „*pierderea ori deteriorarea bunului rezultată numai din folosință în scopul căreia bunul i-a fost împrumutat*”, nu atrage răspunderea comodatului, iar „*dacă însă comodatul folosește bunul cu altă destinație decât aceea pentru care i-a fost împrumutat sau dacă prelungește folosința după scadența restituirii, comodatul răspunde de pierirea sau deteriorarea bunului, chiar dacă aceasta se datorează unei forțe majore, afară de cazul când dovedește că bunul ar fi pierit ori s-ar fi deteriorat oricum din cauza acelei forțe majore*”.

Preluându-se situația reglementată în art. 1566 din vechiul Cod civil, prin art. 2150 din noul Cod civil s-a prevăzut ipoteza salvării bunului împrumutat prin diligență din partea împrumutatului. Răspunderea, în ipoteza pieririi bunului împrumutat este reglementată astfel: „*comodatul răspunde pentru pierirea bunului împrumutat când aceasta este cauzată de forța majoră de care comodatul l-ar fi putut feri întrebuințând un bun propriu sau când, neputând salva decât unul dintre cele două bunuri, l-a preferat pe al său*”.

În art. 2151 alin.1 din noul Cod civil s-a inclus dispoziția din art.1569 al vechiului Cod civil, referitoare la cheltuielile generate de folosirea obiectului împrumutat, prevăzându-se imperativ că, sub acest aspect, „*comodatul suportă cheltuielile pe care le-a făcut pentru a folosi bunul*”. S-a mai adăugat, în cadrul alineatului 2 al aceluiași articol 2151: „*cu toate acestea, comodatul are dreptul să îi fie rambursate cheltuielile pentru lucrările necesare asupra bunului care nu puteau fi prevăzute la încheierea contractului, atunci când comodatul, înștiințat în prealabil, nu s-a opus efectuării lor ori când, din cauza urgenței lucrărilor, acesta nu a putut fi înștiințat în timp util*”.

Trebuie relevată preocuparea de legiferare a soluțiilor impuse de situațiile ivite în practica judiciară în legătură cu viciile bunului împrumutat. În acest sens, s-a reglementat în mod explicit răspunderea comodatului pentru vicii ascunse, precizându-se prin art. 2152 următoarele: „*Comodatul care, la data încheierii contractului, cunoaște viciile ascunse ale bunului împrumutat și care nu l-a prevenit pe comodat despre acestea este ținut să repare prejudiciul suferit din această cauză de comodat*”.

S-a mai stabilit prin art.2153 din noul Cod, cu valoare de principiu, că „*în nici un caz, comodatul nu poate invoca dreptul de retenție pentru obligațiile ce s-ar naște în sarcina comodatului*”.

A fost preluată aproape identic reglementarea actuală privind pluralitatea de comodatari (art.1571), prevăzându-se la art. 2154 din noul Cod că „*dacă mai multe persoane au împrumutat împreună același bun, ele răspund solidar față de comodat*”.

În ceea ce privește restituirea lucrului ce a făcut obiectul comodatului, rezolvarea cu caracter de negație, dată prin art.1570 din actualul Cod civil, în sensul interzicerii reținerii lucrului pe motiv de compensație pentru creanța comodatului

asupra comodantului, a fost preluată și reglementată explicit în noul Cod civil, prin instituirea de obligații pentru comodat.

Astfel, prin art. 2155 din noul Cod civil se prevede că, în această privință, „comodatarul este obligat să înapoieze bunul la împlinirea termenului convenit sau, în lipsă de termen, după ce s-a folosit de bun potrivit convenției”, iar „dacă termenul nu este convenit și fie contractul nu prevede întrebuițarea pentru care s-a împrumutat bunul, fie întrebuițarea are un caracter permanent, comodatarul este obligat să înapoieze bunul la cererea comodantului”.

În fine, prin art. 2156 din noul Cod s-a preconizat restituirea anticipată într-un mod oarecum diferit de cel reglementat în art. 1754 din Codul civil actual, prevăzându-se: „comodantul poate cere restituirea bunului înainte de momentul prevăzut la art. 2155 alin.1 atunci când are el însuși o nevoie urgentă și neprevăzută de bun, atunci când comodatarul decedează sau atunci când acesta își încalcă obligațiile”.

Ca noutate de reglementare, se învederează că, pentru prima dată, s-a dat contractului de comodat, încheiat în formă autentică, valoare de titlu executoriu.

În acest sens, prin art. 2157 din noul Cod civil s-a prevăzut, la alin.1, că „în ceea ce privește obligația de restituire, contractul de comodat încheiat în formă autentică sau printr-un înscris sub semnătură privată cu dată certă constituie titlu executoriu, în condițiile legii, în cazul încetării prin decesul comodatarului sau prin expirarea termenului”, iar în al doilea alineat s-a precizat că „dacă nu s-a stipulat un termen pentru restituire, contractul de comodat constituie titlu executoriu numai în cazul în care nu se prevede întrebuițarea pentru care s-a împrumutat bunul ori întrebuițarea prevăzută are un caracter permanent”.

În cadrul secțiunii a 3-a (art.2158 – 2170) este reglementat împrumutul de consumație.

În primul paragraf al acestei secțiuni, intitulat *dispoziții comune*, este definită noțiunea de împrumut de consumație, fiind reglementată, în continuare, natura împrumutului, transferul proprietății și al riscurilor, termenele de restituire, prescripția, modalitatea de restituire a împrumutului, restituirea prin echivalent și răspunderea pentru vicii.

În definirea noțiunii, la art. 2158 alin.1 din noul Cod civil s-a prevăzut că „împrumutul de consumație este contractul prin care împrumutătorul remite împrumutatului o sumă de bani sau alte asemenea bunuri fungibile și consumptibile prin natura lor; iar împrumutatul se obligă să restituie, după o anumită perioadă de timp, aceeași sumă de bani sau cantitate de bunuri de aceeași natură și calitate”, iar prin alineatul 2 al aceluiași articol s-a stabilit că „atunci când o persoană acordă un împrumut fără a o face cu titlu profesional, nu îi sunt aplicabile dispozițiile legale privind instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancale”.

Fără îndoială că noua definiție, în cadrul căreia se precizează că se referă la împrumutul de consumație, iar nu la noțiunea de împrumut în general, ca în art. 1576 din actualul Cod civil, este mult mai reușită decât cea anterioară, fiind mai cuprinzătoare și, evident, mai precisă. Totodată, distincția făcută prin alineatul 2 al art. 2158 din noul Cod civil are menirea să scoată de sub incidența dispozițiilor legale privind instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancale pe toți cei care se implică în acordarea de împrumuturi fără a o face cu titlu profesional.

Cu privire la natura împrumutului de consumație, prin art. 2159 din noul Cod civil s-a precizat că „în lipsa unei stipulații

contrare, împrumutul se prezumă a fi cu titlu gratuit”, iar „până la proba contrară, împrumutul care are ca obiect o sumă de bani se prezumă a fi cu titlu oneros”.

Sub acest aspect, trebuie subliniat că în actualul Cod civil nu întâlnim o astfel de distincție cu valoare de principiu.

O dispoziție cu importanță valoare practică a fost înscrisă la art. 2160 din noul Cod, în care s-a prevăzut că „prin încheierea valabilă a contractului, împrumutatul devine proprietarul bunului și suportă riscul pieririi acestuia”. Evident, o atare dispoziție cu caracter explicativ – imperativ este menită să înlăture controversele ce au existat în această privință în doctrină și jurisprudență,

Tot ca un detaliu de tehnică juridică, bine-venit pentru înlăturarea oricăror controverse, trebuie privită și reglementarea termenului de restituire stabilit de părți, în cadrul art. 2161, potrivit căruia „termenul de restituire se prezumă a fi stabilit în favoarea ambelor părți, iar dacă împrumutul este cu titlu gratuit, numai în favoarea împrumutatului”.

S-a reglementat și stabilirea termenului de restituire de către instanță, prevăzându-se prin art. 2162 următoarele:

„1) Dacă nu a fost convenit un termen de restituire, acesta va fi stabilit de instanță, ținându-se seama de scopul împrumutului, de natura obligației și a bunurilor împrumutate, de situația părților și de orice altă împrejurare relevantă.

2) Dacă însă s-a stipulat că împrumutatul va plăti numai când va avea resursele necesare, instanța, constatând că împrumutatul le deține sau le putea obține între timp, nu va putea acorda un termen de restituire mai mare de 3 luni.

3) Cererea pentru stabilirea termenului de restituire se soluționează potrivit procedurii prevăzute de lege pentru ordonanța președințială”.

Pentru eventualitatea neconvenirii unui termen de restituire, prin noul Cod civil s-a reglementat prescripția, precizându-se prin art. 2163 că, „în cazul prevăzut la art. 2162 alin.1, cererea [de restituire] este supusă prescripției, care începe să curgă de la data întocmirii contractului”.

Prin preluarea și completarea dispozițiilor înscrise în art. 1584 din actualul Cod civil, s-a prevăzut în cuprinsul art. 2164 din noul Cod civil că, „în lipsa unei stipulații contrare, împrumutatul este ținut să restituie aceeași cantitate și calitate de bunuri pe care a primit-o, oricare ar fi creșterea sau scăderea prețului acestora”, iar „în cazul în care împrumutul poartă asupra unei sume de bani, împrumutatul nu este ținut să înapoieze decât suma nominală primită, oricare ar fi variația valorii acesteia, dacă părțile nu au convenit altfel”.

Corespunzător reglementării de la art. 1585 din vechiul Cod civil, în art. 2165 din noul Cod civil s-a instituit restituirea prin echivalent, stabilindu-se că „dacă nu este posibil să se restituie bunuri de aceeași natură, calitate și în aceeași cantitate, împrumutatul este obligat să plătească valoarea lor la data și locul unde restituirea trebuia să fie făcută”.

Preluându-se reglementarea prin trimitere dată în art. 1580 din actualul Cod civil, prin art. 2166 din noul Cod civil s-a instituit răspunderea pentru vicii astfel:

„1) Împrumutătorul este ținut, întocmai ca și comodantul, să repare prejudiciul cauzat de viciile bunului împrumutat.

2) În cazul împrumutului cu titlu oneros, împrumutătorul este răspunzător de prejudiciul suferit de împrumutat din cauza viciilor bunurilor împrumutate, aplicându-se în mod corespunzător regulile referitoare la garanția vânzătorului”.

În legiferarea împrumutului cu dobândă, prin noul Cod civil s-a instituit, pentru prima dată, domeniul de aplicare, prevăzându-se prin art. 2167 că „dispozițiile referitoare la împrumutul cu dobândă sunt aplicabile, în mod corespunzător, ori de câte ori, în temeiul unui contract, se naște și o obligație de plată, cu termen, a unei sume de bani ori a altor bunuri de gen, în măsura în care nu există reguli particulare privind validitatea și executarea acelei obligații”.

Ca tipuri de dobândă, în art. 2168 din noul Cod civil s-a prevăzut, prin renunțarea la exprimările folosite în art. 1587 din vechiul Cod, devenite inadecvate acestei perioade, că „dobânda se poate stabili în bani ori în alte prestații sub orice titlu sau denumire la care împrumutatul se obligă ca echivalent al folosinței capitalului”.

Reglementându-se pentru prima dată *curgerea dobânzii*, în art. 2169 din noul Cod civil s-a prevăzut că „suma de bani împrumutată este purtătoare de dobândă din ziua în care a fost remisă împrumutatului”.

În fine, în noul Cod civil s-a prevăzut pentru prima dată, prin art. 2170, că „plata anticipată a dobânzii nu se poate efectua decât pe cel mult 6 luni”, iar „dacă rata dobânzii este determinabilă, eventualele surplusuri sau deficite sunt supuse compensării de la o rată la alta, pe toată durata împrumutului, cu excepția ultimei rate care rămâne întotdeauna câștigată în întregime de împrumutător”.

Teoria impreviziunii

Reglementarea materiei contractuale în Codul civil francez adoptat la 1804 este dominată de principiul forței obligatorii a contractului, exprimat în cunoscuta formulare sintetică „*pacta sunt servanda*”.

Acest important și decisiv principiu privind elaborarea, încheierea și executarea contractelor, a fost preluat în majoritatea legislațiilor civile europene, inclusiv în Codul civil român adoptat în anul 1864.

Fără îndoială, instituirea acestui principiu a reprezentat un progres imens pentru societatea franceză din momentul adoptării Codului Napoleon, implicit pentru lumea europeană care s-a inspirat din acest cod, în măsura în care legiferarea, garantarea și respectarea lui a devenit o importantă pavază în calea abuzurilor nobiliare, asigurând în continuare relații interumane suportabile pentru toți și înlăturarea piedicilor din calea progresului economic prin îngrădirea inegalităților flagrante impuse de cei puternici.

Principiului „*pacta sunt servanda*” a avut un impact pozitiv asupra încheierii și derulării contractelor, cu influență benefică asupra relațiilor sociale și dezvoltării economice, chiar dacă rigiditatea lui a creat deseori și inechități, care i-au pus sub semnul întrebării validitatea și justetea.

Ca urmare, fidele concepției contractuale inspirată de principiul de drept „*pacta sunt servanda*”, Casația Franceză, dar și Curtea de Casație a României, au decis în mod constant că apariția unor circumstanțe noi, determinate de trecerea timpului, nu poate justifica modificarea de către instanțe a clauzelor contractuale convenite de părți.

Anumite reglementări intervenite în dreptul civil german după anul 1920 au constituit premise în conturarea unor noi concepții, prin care s-a promovat ideea eliberării gândirii juridice de principiul intangibilității contractului, așa cum acest principiu a fost preluat din dreptul roman.

Noua concepție a impus construirea treptată a unui sistem de revizuire a clauzelor contractuale datorită schimbării împrejurărilor. Până la urmă, în Germania, prin Legea de modernizare a dreptului obligațiilor din 26 noiembrie 2001 a fost acceptată în mod explicit ideea impreviziunii.

În dreptul italian s-a admis, de asemenea, că forța obligatorie a contractului poate fi pusă în discuție atunci când cauza actului juridic are o lipsă sau o deficiență. A fost elaborată teoria „*excesiva onerosita*”, pe baza interpretării unor texte din Codul civil italian, admitându-se posibilitatea ca, în cazul contractelor sinalagmatice, să se dispună rezilierea, iar în cazul contractelor unilaterale să se poată cere doar reducerea prestațiilor sau modificarea modalității de executare.

În dreptul civil olandez, prin aplicarea principiului bunei credințe, instanțele pot ajunge la încetarea sau modificarea contractului în caz de schimbare a împrejurărilor, intervenită posterior acordului de voință al părților.

Franța însă, ca și Belgia, Elveția, Spania, continuă să reziste și să rămână fidele principiului „*pacta sunt servanda*”.

În sistemul nostru de drept, aflat încă în vigoare, potrivit art. 969 din Codul civil de inspirație franceză, „*convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante*”, ele putându-se modifica numai prin consimțământ mutual sau din cauze autorizate de lege (alin.2).

Acestor reglementări, care nu permit decât interpretarea rigidă amintită, le corespund dispozițiile art. 1271 din noul Cod civil, astfel cum au fost modificate prin Legea nr.71/2011.

Or, în aceste noi dispoziții este preluată noua concepție, maleabilă, care permite transformarea contractelor în instrumente juridice adaptabile cerințelor vieții și evoluției social-economice.

Sunt de relevat, în acest sens, dispozițiile de ansamblu ale art. 1271 din noul Cod civil, prin care este reglementată institutia „*impreviziunii*”, prevăzându-se, la alin.1, că „*părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației*”, pentru ca, în continuare, la alin. 2 să se precizeze:

„*Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună:*

a) *adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;*

b) *încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește*”.

Prin alineatul 3 al aceluiași articol a fost restrânsă incidența impreviziunii, precizându-se că „*dispozițiile alin.2 sunt aplicabile numai dacă:*

a) *schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului;*

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

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

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

Această reglementare, prin care, pentru prima oară a fost introdusă, în sistemul nostru de drept, instituția impreviziunii, va face să devină executabile un număr tot mai mare de contracte în derularea cărora se ivesc obstacole nesesizate la vremea încheierii lor. În această nouă concepție, impusă de reglementarea impreviziunii în materie contractuală, instanțelor de judecată le va reveni importanta atribuție de a analiza împrejurările intervenite ulterior și, în raport cu voința părților de la momentul acceptării clauzelor convenite, să decidă asupra sensului consimțământului exprimat în contractele devenite de neexecutat datorită anumitor conjuncturi pe care nu le puteau anticipa.

Evident, preluarea din alte legislații europene a reglementării impreviziunii și includerea acestei interesante instituții în cadrul noilor dispoziții de drept civil în materie contractuală, va avea un anumit impact în raport cu principiul contractual „*pacta sunt servanda*”.

Dar, dacă principiul „*pacta sunt servanda*”, creație a dreptului roman, a constituit baza legiferării materiei contractuale în multe legislații civile europene încă de la începutul secolului XIX, pentru temperarea abuzurilor vechii nobilimi și ai aliaților săi, noile realități socio-economice, care și-au făcut loc după două secole, ca urmare a schimbărilor dure și greu de prevăzut în evoluția condițiilor mereu schimbătoare, susceptibile să intervină în perioada executării contractelor, au impus să se reflecteze la un remediu menit să ușureze situația părților ce pot deveni victime ale insuficienței lor previzibilități.

Noua viziune în abordarea legiferării materiei obligațiilor a permis reglementarea conceptului de impreviziune contractuală, definită, în doctrină, ca fiind „*prejudiciul pe care îl suferă una dintre părțile contractante ca urmare a dezechilibrului grav de valoare care intervine între prestațiile sale și contraprestațiile celeilalte părți, în cursul executării contractului, dezechilibru cauzat de conjunctura economică, mai ales de fluctuațiile monetare*”⁶.

Această nouă concepție, respinsă de teoreticienii care au îmbrățișat principiile autonomiei de voință și ai nominalismului monetar, a fost agreată treptat, sub presiunea nefuncționalității contractelor construite rigid, pe baza reglementărilor dominate de vechiul principiu „*pacta sunt servanda*”.

Așa cum s-a arătat, după experiența treptată făcută de mai multe țări europene, unde reglementările care au admis impreviziunea au făcut să se înregistreze anumite progrese în asigurarea stabilității economice, a venit rândul României ca, prin prevederile înscrise în art. 1271 din noul Cod civil, să experimenteze această nouă concepție prin ridicarea ei la rang de normă juridică de principiu.

Trebuie subliniat că soluția preconizată prin reglementarea impreviziunii, așa cum ea este instituționalizată în art. 1271 din noul Cod civil, în conținutul ce i s-a dat prin Legea nr.71/2011, a fost preluată anticipat în reglementarea procedurii insolvenței, prin prevederea la art. 41 alin.2 din Legea nr.85/2006, ca urmare a modificării aduse prin Legea nr.169/2010, că „*prin excepție de la prevederile alin.1, creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea garanției stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau de lichidator*”.

Or, această reglementare, dând posibilitate administratorului judiciar sau lichidatorului să reducă îndestularea creditorului împrumutător până la limita valorii garanției stabilită prin evaluare, echivalează cu însăși soluția de „*adaptare a contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pier-*

derile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor”, impusă de dispozițiile art.1271 alin.2 lit.a din noul Cod civil.

Această acceptare anticipată a soluției reglementate în cadrul instituției impreviziunii nu este unica, ci se regăsește și în reglementarea procedurii suspendării contractului de achiziție publică.

Astfel, în alineatul 2 al art. 283¹ din Ordonanța de urgență nr. 34 din 19 aprilie 2006, introdus prin pct. 71 al art. I din Ordonanța de Urgență nr. 76/2010, se prevede că “*instanța soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele probabile ale acesteia asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public*”. Mai mult, în continuarea aceluiași alineat, s-a precizat că “*instanța va putea să nu dispună măsura prevăzută la alin. 1 (suspendarea executării contractului) în cazul în care consecințele negative ale acesteia ar putea fi mai mari decât beneficiile ei*”.

O asemenea evoluție ne îndreptățește să credem că noua viziune juridică a legislatorului, care a introdus în ultimul timp, treptat, instituția impreviziunii, ajungând să o reglementeze explicit sub aceasta denumire, în legea civilă fundamentală, nu face decât să asigure corelarea ce se impune să existe între norma juridică și realitățile economice tot mai dure.

De altfel, această evoluție legislativă din țara noastră a fost influențată și de necesitatea permanentei adaptări la reglementarea existentă în domeniu pe plan internațional, concretizată în practicarea clauzei de hardship în toate convențiile în care părțile au convenit aplicarea regulilor INCOTERMS.

Trebuie subliniat că, în raport cu dispozițiile art. 1271 din noul Cod civil, care nu face distincție, teoria impreviziunii este aplicabilă în egală măsură și în toate raporturile de drept privat.

Atât rezultatele îmbucurătoare obținute în țările care au reglementat de mai mult timp concepția impreviziunii ca normă de drept obligatorie, cât și natura cerințelor ce își fac tot mai mult loc în relațiile sociale și în viața economică din România, ne îndreptătesc să nutrim speranța că și la noi în țară reglementarea impreviziunii, ca normă de drept civil, își va demonstra viabilitatea.

Clauza penală

În dezvoltarea principiului instituit în art. 969 din actualul Cod civil, potrivit căruia „*convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante*”, putând fi modificate numai prin consimțământ mutual sau din cauze autorizate de lege, prin art. 1066 din același cod s-a prevăzut posibilitatea înscrinerii unei clauze penale în convenție, căreia i s-a stabilit următoarea semnificație: „*clauza penală este aceea prin care o persoană, spre a da asigurare pentru executarea unei obligații, se leagă a da un lucru în caz de neexecutare din parte-i*”.

În noul Cod civil, clauza penală este reglementată prin dispozițiile înscrise în art. 1538 -1541.

Potrivit acestor noi dispoziții, părțile pot stipula, în cuprinsul contractului ce-l încheie, prestația la care se obligă debitorul în cazul în care nu va executa voluntar obligația principală, o asemenea clauză oferind creditorului opțiunea între executarea silită, în natură, a obligației principale sau executarea silită a clauzei penale. Evident, această opțiune aparține numai creditorului, debitorul nefiind abilitat să facă o astfel de alegere.

În acest sens, prin art. 1538 alin. 1 din noul Cod civil, în care este reglementată clauza penală, s-a prevăzut: “*Clauza penală*

este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale”.

În continuare, în alineatele 2–4 ale aceluiași articol s-a mai prevăzut că, “în caz de neexecutare, creditorul poate cere fie executarea silită în natură a obligației principale, fie clauza penală” și că “debitorul nu se poate libera oferind despăgubirea convenită”, iar “creditorul poate cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu”.

În fine, prin alin. 5 (ultim) s-a făcut precizarea că “dispozițiile privitoare la clauza penală sunt aplicabile convenției prin care creditorul este îndreptățit ca, în cazul rezoluțiunii sau rezilierii contractului din culpa debitorului, să păstreze plata parțial făcută de acesta din urmă”, cu mențiunea că “sunt exceptate dispozițiile privitoare la arvună”.

Opțiunea pe care creditorul o are, potrivit alin. 2 al art. 1538, de a recurge fie la executarea silită a obligației principale, fie la executarea silită a clauzei penale, este limitată în art. 1539 prin interzicerea cumulului celor două alternative. Dar, în cazul în care părțile au stabilit locul și un anumit timp pentru executarea obligației principale, iar penalitatea a fost prevăzută pentru neexecutarea obligației principale la timpul sau locul stabilit, i se îngăduie creditorului să cumuleze executarea silită atât a obligației principale, cât și a penalității, dacă el nu renunță voluntar la dreptul de a cumula executările sau dacă nu acceptă fără rezerve executarea obligației principale.

Evident că, atunci când obligația principală este supusă sancțiunii nulității, devine lipsită de efecte și obligația care cuprinde clauza penală, iar dacă nulitatea se referă numai la clauza penală, atunci obligația principală ar rămâne neatinsă (art. 1540 alin. 1 și 2).

Dacă executarea obligației principale a devenit imposibilă din cauze neimputabile debitorului, nici penalitatea nu mai poate fi pretinsă, deoarece lipsește vinovăția debitorului (art. 1540 alin. 3).

Este de remarcat că, pentru prima dată, prin art. 1541 din noul Cod civil s-a reglementat reductibilitatea clauzei penale.

Justificate de constatarea unor clauze penale excesive, mai ales în contractele de leasing, unele instanțe belgiene au sancționat cu nulitatea astfel de clauze, invocând în acest scop argumente deduse din caracterul ilicit al clauzei sau din interese de ordine publică.

În Franța, în urma reformei din anul 1975, a fost introdus un nou alineat în art. 1152 din Codul civil francez, care îngăduie judecătorului să modereze sau, după caz, să accentueze penalitatea, în raport cu constatarea conținutului ei excesiv sau derizoriu.

În reglementarea dată principiului reductibilității cuantumului penalității, prin alin. 1 al art. 1541 din noul Cod civil s-a prevăzut că “instanța nu poate reduce penalitatea decât atunci când:

a) obligația principală a fost executată în parte și aceasta executare a profitat creditorului;

b) penalitatea este vadit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului.”

Pe linia acestei reglementări, prin alineatul 2 al aceluiași articol s-a precizat că “în cazul prevăzut la alin. 1 lit. b, penalitatea astfel redusă trebuie însă să rămână superioară obligației principale.”

În fine, prin alineatul 3 (final) al art. 1541 din noul Cod civil sunt sancționate clauzele contractuale care nu respectă regulile de mai sus, considerându-le nescrise.

Abuzul în convenții

Prin natura lui, contractul prezintă doar trăsăturile unui proiect ce constituie anticiparea asupra unei operațiuni viitoare, ca instrument principal de previziune.

Potrivit art. 1167 din noul Cod civil, toate contractele sunt supuse regulilor generale cuprinse în capitolul I, Titlul II al Cărții a V-a.

Reglementând libertatea de a contracta, noul Cod civil prevede, la art. 1169, că „părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri”.

Limitele libertății contractuale sunt concretizate în:

- legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri;

- orice alte legi cu caracter imperativ, în afară de legile privind ordinea publică;

- interdicția de a folosi anumite drepturi.

S-a exprimat părerea că s-ar impune o înnoire a dreptului contractelor prin adăugarea, la principiile acceptate în doctrină până în prezent, a următoarelor noi principii:

- principiul legalității contractuale;

- principiul echilibrului contractual;

- principiul proporționalității;

- principiul sancționării excesului și abuzului⁷

Sancționarea excesului este, însă, reglementată în cazuri concrete, iar nu ca normă generală aplicabilă în toate raporturile contractuale de drept civil.

Instituirea de norme menite să sancționeze excesul la încheierea contractelor își dovedește utilitatea pe măsură ce aceste instrumente sunt tot mai frecvent diversificate și folosite, ținându-se seama că persoana umană nu poate fi totdeauna așa cum s-ar dori. Dreptul civil nu poate contribui, prin normele sale, decât indirect la modificarea în bine a ființei umane, o atare sarcină revenind în primul rând moralei. De aceea, virtuțile creștine care impun răbdare, indulgență, iertare și renunțare la propriile interese rămân departe de scopurile activității contractuale.

Excesul contractual este scos în evidență, de regulă, de dezechilibrul vădit între drepturile și obligațiile părților contractante, astfel că el are caracter pur obiectiv.

Dimensiunea obiectivă a excesului contractual dă posibilitate instanțelor de judecată să evite examinarea eventualelor detalii subiective invocate de părți, pentru a nu se recurge la cercetarea conștiințelor indivizilor.

În aprecierea excesului contractual este esențială stabilirea echilibrului concret, care presupune echivalența între prestațiile reciproce.

După cum este cunoscut, în contractele cu titlu oneros, cauza este un element de determinare a acestei echivalențe între obligațiile reciproce stipulate. Cum obligația ce se naște în profitul unui contractant își are cauza în obligația celuilalt, acea obligație va fi nulă dacă este fără cauză, adică fără contra-prestație, cum ar fi atunci când prețul, în cazul unui contract de vânzare-cumpărare, ar fi mult prea mic, încât vânzătorul ar suferi o pierdere disproporționată față de riscul obișnuit al afacerilor.

Acest concept juridic, al excesului, este menit să ofere judecătorului posibilitatea de a da viață legii, prin descătușarea sa de obligația stricte ei aplicări, abilitându-l să adopte soluția impusă de echitate.

Este semnificativ că prin art. 1170 din noul Cod civil s-a reglementat principiul bunei-credințe, aplicabil în egală măsură și în cazul contractului de împrumut. În conformitate cu acest text de lege, „*părțile trebuie să acționeze cu bună credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe timpul executării sale*”, ele neputând înlătura sau limita această obligație.

Respectul reciproc, element component al conceptului bunei-credințe, răspunde nevoii de rezonabilă coerență în cadrul raporturilor contractuale.

Ca expresie a raportului între drept și etică, principiul bunei credințe este menit să asigure securitatea raporturilor juridice.

Voința ostilă de a dăuna celuilalt partener apare ca element străin atât la formarea contractului, cât mai ales în cursul executării acestuia. În concret, astfel de atitudini apar frecvent la creditorii malițioși, care își exercită abuziv prerogativele.

Buna credință presupune totdeauna lealitatea contractuală, care înseamnă nu numai absența dolului și a fraudei, ci și cooperare pentru obținerea rezultatului scontat prin contract. Or, cooperarea impune ca partenerul să nu fie lăsat să se confrunte singur cu dificultățile, încât indiferența nu poate fi considerată atitudine neimputabilă.

Buna credință trebuie să caracterizeze relațiile civile și comerciale chiar în lipsa unei legături contractuale preexistente. Nesocotirea bunei credințe aparține comportării delictuale, deoarece o asemenea atitudine pozitivă are statut de îndatorire specială.

Lealitatea în contract impune ca partenerul să nu fie înșelat în cursul executării contractului.

Prin nașterea sa, contractul, ca instituție juridică, devine totuși o abstracțiune sensibilă la sentimentele părților, între care el trebuie să construiască o relație umană. Fără să poată impune sentimente bune, dacă ele există, contractul poate să influențeze, de cele mai multe ori, prin clauzele sale, comportarea părților, pentru a proteja încrederea reciprocă.

Se consideră că superioritatea intelectuală, economică și juridică a unei părți ar anihila negocierea leală cu cealaltă parte contractantă, dându-i posibilitatea să exploateze slăbiciunile acesteia.

De aceea, s-a instituit și a evoluat, în paralel, conceptul echilibrului subiectiv al convenției decurgând din doctrina autonomiei de voință, potrivit căruia contractantul trebuie să-și limiteze angajamentul la condițiile pe care le-a acceptat cu luciditate. În acest sens, se consideră că, din moment ce partea a acceptat să contracteze deși existau riscuri, este de presupus că ea a găsit o contrapondere în alte avantaje.

Legislația protecției consumatorului pornește însă, în evaluarea contractului de consum, de la prezumția că voința consumatorului nu poate fi liberă la semnarea unui asemenea contract cât timp profesionistul îl pune în situație de inferioritate.

Pentru că, în aceste condiții, dreptul pozitiv îngăduie un anumit echivoc asupra temeiului protecției acordate în contractul de consum, sub forma combaterii clauzei abuzive, conceptul de „clauză abuzivă” și cel de protecție împotriva unor astfel de clauze au dobândit o accentuată importanță, presupunând:

- respectul consimțământului real;
- privilegierea consumatorului;
- echilibrarea autoritară a contractelor inegale.

*

Pentru combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și transpunerea pe plan național a Directivei Comunității Europene nr. 93/13/EEC, a fost adoptată Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive între comercianți și consumatori.

Potrivit dispozițiilor art. 1 din această lege, republicată și modificată prin Legea nr. 363/2007, orice contract încheiat între comercianți și consumatori trebuie să cuprindă clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora să nu fie necesare cunoștințe de specialitate, iar în caz de dubiu asupra înțelesului unor clauze, acestea să fie interpretate în favoarea consumatorului, interzicându-se comercianților stipularea de clauze abuzive în contractele ce le încheie cu consumatorii.

În accepțiunea art. 4 din Legea nr. 193/2000 și a articolului 78 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, clauza abuzivă este aceea care, fiind inserată în contract fără a fi negociată direct cu consumatorul, creează prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.

În conformitate cu aceleași prevederi, o clauză se consideră că nu este negociată cu consumatorul dacă a fost stabilită fără să i se dea posibilitate acestuia să influențeze natura ei, cum ar fi în cazul contractelor standard, (de adeziune sau obligatorii) sau în condițiile generale de vânzare practicate de comercianți pe piața produsului sau serviciului respectiv.

Este semnificativ ca prin lista Anexă la Legea nr. 193/2000 sunt considerate clauze abuzive, între altele, prevederile contractuale care dau dreptul comerciantului de a modifica unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat precizat în contract, cele care obligă consumatorul să se supună unor condiții contractuale fără să fi avut cunoștință de ele la semnarea contractului, ori care dau dreptul comerciantului să prelungească automat contractul încheiat pentru perioada determinată, precum și cele care obligă consumatorul la plata unor sume disproporționat de mari în cazul neîndeplinirii obligațiilor sale contractuale, comparativ cu pagubele suferite de comerciant.

Potrivit art. 8 din aceeași lege, controlul respectării dispozițiilor acesteia se exercită de reprezentanții imputerniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor și de specialiști autorizați ai anumitor organe ale administrației publice, stabilindu-se în continuare procedura administrativă.

În conformitate cu art. 12 din Lege, procesul verbal încheiat de organul de control se transmite judecătoriei în raza careia s-a săvârșit fapta sau unde comerciantul își are domiciliul sau sediul.

Constatând existența clauzelor abuzive, instanța aplică sancțiunea contravențională și dispune modificarea clauzelor sau desființarea contractului cu daune-interese.

Consumatorii prejudiciați prin contracte, se pot adresa instanțelor judecătorești, care pot observa că o anumită clauză contractuală este de natură a prejudicia interesele consumatorului, având obligația să intervină din oficiu chiar și pentru modificarea clauzei penale dintr-un contract comercial.

În aceasta privință, Curtea Europeană de Justiție de la Luxemburg a decis ca protecția recunoscută consumatorilor prin Directiva nr. 93/13 CEE, privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, presupune ca oricând instanța

națională să poată verifica din oficiu dacă o clauză din contractul dedus judecării nu are caracter abuziv.

Înalta Curte Europeană a argumentat că, în chestiunea dacă o instanță investită cu un litigiu decurgând dintr-un contract, încheiat între un comerciant și un consumator, poate verifica din oficiu măsura în care clauzele acestui contract au caracter abuziv, „trebuie constatat că sistemul de protecție introdus prin directivă pornește de la premisa potrivit căreia consumatorul se află, din punctul de vedere al echilibrului contractual și al forței de a negocia, într-o poziție dezavantajoasă față de comerciant și deține un nivel mai scăzut de cunoștințe față de acesta, ceea ce conduce la acceptarea unor clauze prestabilite de comerciant, fără posibilitate de a influența conținutul acestora”.

S-a mai motivat că „scopul art.6 din Directivă, potrivit căreia statele membre vor prevedea că o clauză abuzivă nu produce efecte față de consumator, nu ar putea fi atinsă dacă consumatorii ar trebui să invoce ei înșiși caracterul abuziv al unor asemenea clauze”, subliniindu-se că „în litigiile al căror obiect are o valoare redusă, onorariile avocațiale ar putea fi mai mari decât suma litigioasă, ceea ce ar putea determina consumatorii să se abțină de la formularea unor apărări împotriva „aplicării unor asemenea clauze abuzive” și că „prin urmare, o protecție eficientă a consumatorului poate fi atinsă numai dacă se recunoaște posibilitatea instanței naționale de a verifica din oficiu o asemenea clauză”⁸.

Evaluarea anticipată a cuantumului prejudiciului suferit, ca urmare a neexecutării obligațiilor de către cealaltă parte, apreciată în doctrină ca utilă să fie inserată în contract sub forma unei clauze⁹, menită să înlăture rolul instanței în evaluarea prejudiciului suferit de creditor ca urmare a neexecutării, executării necorespunzătoare sau cu întârziere a obligației debitorului, trebuie să fie și aceasta examinată prin prisma compatibilității cu ordinea publică și bunele moravuri, cu buna credință în încheierea convențiilor.

De aceea, atunci când o astfel de clauză intră în conflict cu necesitatea protejării consumatorilor, cuantumul aferent poate să fie redus în baza principiului reductibilității potrivit prevederilor art. 1541 din noul Cod civil.

S-a considerat că astfel de clauze stipulate în contract, sub forma unei dobânzi de întârziere în cuantum de 1% din debitul principal, depășesc posibilă daună ce ar putea să o sufere comerciantul datorită efectuării cu întârziere a plății.

De aceea s-a apreciat că instanțele nu au doar posibilitatea, ci le revine și obligația examinării clauzelor contractuale, chiar din oficiu, pentru ca, în caz de dezechilibru, drepturile și obligațiile părților să fie reasezate în concordanță cu cerințele echității ce trebuie să caracterizeze orice act de justiție.

Folosind acest prilej, ne referim și la disputa ce s-a accentuat în ultimul timp, între bănci și clienți în privința contractelor de credit, care a dus la sesizarea instanțelor de judecată cu acțiuni prin care este reclamată conduita anumitor bănci.

În această dispută, Curtea Europeană de Justiție a examinat conflictul de interese dintre o societate bancară și un cetățean din Slovacia. Reluăm câteva concluzii din motivarea deciziei instanței europene:

- sistemul de protecție stabilit în Directiva nr. 93/13 CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii se bazează pe ideea că aceștia se află în inferioritate față de vânzător sau furnizor cu privire la puterea de negociere

și nivelul de informare, ceea ce îi conduce la adeziunea față de condițiile redactate în prealabil de vânzător sau furnizor;

- clauzele abuzive nu creează obligații pentru consumator deoarece încalca dispoziții imperative cu rang de normă de ordine publică;

- instanța națională este obligată să aprecieze din oficiu caracterul abuziv al clauzei contractuale, chiar și atunci când consumatorul se abține pentru că nu își cunoaște drepturile sau este descurajat datorită cheltuielilor în justiție;

- la încheierea contractului de credit, debitorului trebuie să i se furnizeze toate elementele ce pot avea efect asupra întinderii obligației, având importanță esențială informarea sa asupra costului global al creditului (DAE) cu calcularea dobânzii potrivit unei formule matematice unice;

- nementiunea costului global (DAE) al contractului de credit de consum poate avea ca efect considerarea creditului aprobat ca scutit de dobânzi și costuri.

Mai relevăm că, prin decizie irevocabilă pronunțată la 15 martie 2011, în dosarul nr. 3439/296/2010 al Tribunalului Satu Mare, a fost respins recursul declarat de societatea bancară creditoare, apreciindu-se că dobânda de 5,95% considerată de recurentă ca variabilă, ce poate fi modificată în orice condiții și la orice sumă, este o clauză abuzivă deoarece respectarea ei poate duce pe debitori la insolvență parțială sau totală.

S-a mai motivat că invocarea de către recurentă a anumitor costuri legate de refinanțare nu este întemeiată intrucat rata dobanzilor se analizează pentru un termen mediu, cu o posibilă anticipare a scăderii cererii de credite, iar în urma analizei cuantumului comisionului de risc s-a ajuns la concluzia că acest comision nu este în nici un fel justificat, încât societatea bancară nu era îndreptățită să-l aplice.

În lupta judiciară împotriva clauzelor abuzive din convenții, s-au concretizat mai multe idei, impunându-se să fie subliniate următoarele aspecte:

În legătură cu principiul autonomiei de voință și limitele sale, trebuie să se aibă în vedere că orice contract nu este doar un acord de voințe, ci reprezintă voințele și interesele reunite ale părților, ceea ce înseamnă că un anumit contract se încheie pentru utilitatea lui, adică voința este orientată spre satisfacerea unui interes, pe când în contractele reglementate (forțate) nu există voință liberă. În acest sens, contractele de adeziune, contractele societăților din grup, între ele sau cu terți, nu relevă voința societății controlate, ci voința societății dominante impusă în contract. Contractele cu părți profesioniști sunt rar negociate, voința uneia dintre părți fiind limitată sau alterată de imperativul economic al semnării contractului. Cele mai multe contracte de acest fel se încheie de nevoie, iar nu de voie. De aceea, în lumea globalizată în care trăim, contractul trebuie apreciat și tratat în raport cu utilitatea sa, adică a realizării intereselor părților.

Pentru concilierea intereselor părților, prestațiile lor trebuie să fie proporționale și corecte, echilibrul contractual fiind o cerință de bază pentru obligațiile contractuale, ceea ce implică bună-credință, echitate, exercitare utilă și rezonabilă a dreptului.

Leziunea asociată cu clauze abuzive (interzise) constituie totdeauna premise pentru producerea unui dezechilibru contractual originar, iar impreviziunea face ca dezechilibrul contractual să survină ulterior încheierii contractului.

În contractul pe termen lung sau cu prestații succesive există un parteneriat între părți, în care fiecare are obligația de a pune co-contractantul în situația de a-și realiza interesele, ceea ce

+

cyanmagentablack

asigură perenitatea contractului. Acest parteneriat între părți creează solidarismul contractual, care înseamnă legătura între părțile obligate să realizeze conținutul contractului.

Pentru a concilia interesele părților, contractul trebuie construit cu respectarea exigențelor principiilor proporționalității și coerenței, iar în cursul executării lui părțile au datoria ca, prin comportarea de ansamblu, să permită co-contractantului să realizeze scopurile urmărite prin încheierea contractului. În esența sa, solidarismul contractual nu se opune individualismului, ci doar dezvoltă un alt fel de individualism, bazat pe utilitatea contractului pentru toate părțile.

Reglementarea clauzelor abuzive este o modalitate specifică de protecție a consumatorului în fața leziunii la care îl expune dezechilibrul din contractul original. Ca urmare, conform art.6 din Legea nr.193/2000 clauzele abuzive sunt fără efect pentru consumator, fiind nule potrivit art.4 și art. 14 din Legea nr.193/2000.

Efectele nefaste pentru consumator, care este partea slabă în contract, se corectează pe baza dispozițiilor legale de ordine publică, menite să sprijine consumatorul în relația juridică inegalitară, construită pe forța economică disproporționat de mare a comerciantului.

Inegalitatea economică este situația premisă pe care se bazează legislația privind protecția consumatorilor, care nu urmărește decât să remedieze dezechilibrul din momentul încheierii contractului sau survenit ulterior, pentru a contrabalansa acest raport de putere. De aceea, voința pe care comerciantul și-o impune printr-un contract de adeziune, ne-negociabil, este corectată prin efectul de levier cu care legea restabilește echilibrul în contract, suprimând sau diminuând forța voinței contractuale a profesionistului. De astfel, instanțele judecătorești, prin hotărârile ce le pronunță, pot adapta contractele sau suplini clauzele din acestea, pentru a proteja consumatorul sau clientul lipsit de apărare.

În conformitate cu art. 4 alin.1 din Legea nr.193/2000, sunt considerate abuzive clauzele care nu au fost negociate cu consumatorul și creează între părți un dezechilibru semnificativ al prestațiilor, contrar cerințelor buneii-credințe.

Contractele de credit bancar de retail sunt pre-formulate, în baza unui model impus, de societatea bancară străină dominantă, băncii românești subsidiară a băncii străine; de aceea, voința băncii românești nu este decât aparent voința sa, interesul ei în contract fiind subsumat interesului general al grupului de societăți din care face parte banca românească.

De aceea, potrivit Regulamentului BNR nr.3/2007, orice produs bancar nou este supus aprobării prealabile a BNR. Asadar, toate contractele standard validate de BNR înainte de a fi puse în vânzare cuprind și contractele de adeziune care nu se negociază.

Or, în afara spațiilor ce se completează (în zona numelui și a altor date de identificare a clientului, în zona dobânzii și în zona garanțiilor suplimentare), în contractul ce se încheie este integrat un model de contract cu clauze impuse din contractul tip fixat în sistemul informatic al băncii, încât însuși cel care vinde creditul nu poate modifica acel contract tip și, deci, nici nu este abilitat să-l negocieze cu clientul.

Mai mult, voința consumatorului este alterată și de timpul scurt în care trebuie să semneze contractul, după aprobarea creditului de către bancă, în urma analizei dosarului. Cel mai grav este alterată voința clientului la creditele ipotecare, unde refuzul său de a semna poate duce la pierderea avansului plătit

de el în ante-contractul de vânzare-cumpărare pentru imobilul făcând obiectul finanțării cu acel credit.

În multe procese intentate băncilor creditoare se cere constatarea clauzelor abuzive care permit acelor bănci să modifice procentele de dobândă și de comision de risc. Nu se poate pretinde că a existat o negociere a acestor procente din moment ce înseși clauzele negociabile sunt tocmai cele care aduc băncii controlul total al executării contractului și transferarea tuturor riscurilor asupra clientului.

Uneori, în contractul de credit de consum pot exista clauze care transferă în sarcina clienților riscuri sau pierderi independente de voința acestora (criză, impreviziune).

Deși în conformitate cu legea și cu clauzele contractuale dobânda ar trebui să fie fixă, ea devine variabilă, în raport cu voința legii sau cu fluctuațiile pieței financiare, ca urmare a includerii de către bancă a unei clauze abuzive în contract, prin care își asigură variația dobânzii în funcție de elemente exterioare voinței clientului.

Tot clauze abuzive sunt și cele care privesc: perceperea comisionului de administrare, de risc, de monitorizare a riscului sau de rezervă minimă obligatorie, plătibile lunar din soldul clientului; taxa pentru polița de asigurare emisă de o societate aleasă de bancă; constituirea de garanții materiale sau personale; garanții suplimentare; penalități de întârziere.

Mai trebuie subliniat tot în acest context că, în reglementarea care este încă în vigoare, contractul de credit este titlu executoriu, absolvind banca de parcurgerea procedurii de drept comun pentru obținerea titlului executoriu împotriva consumatorului.

Se impune să se reflecteze dacă prin includerea comisionului în contract nu se introduce o clauză ce privește o dobândă ascunsă, mai ales că băncile menționează în declarațiile financiare înregistrarea comisionului la dobânzi.

Comisionul de risc este introdus abuziv în clauzele contractuale, acesta fiind o dobândă mascată înregistrată în contabilitatea băncii ca „*venituri din dobânzi*”.

Un astfel de comision asigură banca în contra riscului ce-l oferă portofoliul său de credite neperformante, prin transferarea riscului, de la bancă și debitori neperformanți, asupra debitorilor buni-platnici.

Note

¹ O. Favereau, *Qu'est-ce que? 'un contrat? În Droit et Economie du contrat, sous la direction de Chr. Jamin, LGDJ 2008, p.25*

² Ion Turcu, Noul Cod civil – Comentarii si explicatii, Ed.C.H.Beck, 2011, p.18

³ Ibidem, p.19

⁴ Ibidem, p.19

⁵ P.C.Vlahide, Repetiția principiilor de drept civil, vol.II, Edit.Europa Noua, 1994, p.23

⁶ L.Pop, Tratat de drept civil, Obligatiile. Vol. II, Contractul. Ed. Universul Juridic, București, pag. 534

⁷ I.Turcu,op.cit. pag.57

⁸ Publicată în Culegerea de Jurisprudență a Curții Europene de Casație, 2008, pag.I - 04941

⁹ R.Glodeanu, Clauzele abuzive în contractele comerciale, în revista de Drept comercial nr.2/2010, pag.102

REORGANIZAREA JUDICIARĂ

CONDITII DE CONFIRMARE A PLANULUI DE REORGANIZARE



Ec. Otilia Doina Milu
Membră UNPIR, filiala București

ETAPELE PLANULUI DE REORGANIZARE:

1. *Propunerea planului*
2. *Publicitatea*
3. *Votarea planului*
4. *Confirmarea planului*
5. *Executarea planului*

Confirmarea planului se face de către judecătorul-sindic în urma exprimării votului creditorilor. În ceea ce privește condițiile de confirmare a unui plan de reorganizare, judecătorul-sindic face o dublă analiză, atât sub aspectul îndeplinirii condițiilor de legalitate a planului cât și cel legat de exprimarea votului pe categorii de creanțe și de respectare a principiului tratamentului echitabil și corect.

Astfel, pe de o parte, se verifică îndeplinirea condițiilor de legalitate impuse de art.95 din Legea nr.86/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările ulterioare, iar pe de altă parte, se verifică dacă planul a fost votat de un număr suficient de categorii de creanțe pentru a fi îndeplinite condițiile impuse de art.101 alin. 1 lit. A și B din lege, precum și cele legate de respectarea principiului tratamentului echitabil și corect, astfel cum este acesta definit de prevederile art.101 alin. 2 din lege.

1. Propunerea planului

Un prim aspect care trebuie lămurit este acela de a stabili sfera persoanelor care pot propune un plan de reorganizare, precum și condițiile care trebuie îndeplinite, cât și stabilirea termenelor în care aceste persoane trebuie să depună un plan de reorganizare.

1.1. Persoanele care pot propune un plan de reorganizare

Art. 94 alin. 1 din Legea privind procedura insolvenței prevede care sunt persoanele care pot propune un plan de reorganizare, precum și condițiile pe care acele persoane trebuie să le îndeplinească pentru a putea propune un astfel de plan.

Astfel, aceste persoane sunt: debitorul, administratorul judiciar și unul sau mai mulți creditori.

Pentru ca debitorul să poată propune un plan de reorganizare, trebuie îndeplinite următoarele condiții:¹

- i) să existe aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților;
- ii) în cazul în care procedura a fost declanșată de debitor, acesta trebuie să-și fi manifestat intenția de reorganizare potrivit art.28 alin.1 lit.h din lege;
- iii) în cazul în care procedura a fost deschisă la cererea unui sau unor creditori, debitorul poate propune un plan numai în cazul în care nu a contestat că ar fi în stare de insolvență și își exprimă intenția de a-și reorganiza activitatea.

În ceea ce privește administratorul judiciar, singura condiție pe care legea o impune pentru ca acesta să poată propune un plan de reorganizare este aceea de a-și fi manifestat această intenție până la votarea raportului prevăzut de art. 59 alin. 2 din lege. Practic, prin raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au condus la apariția insolvenței debitorului, administratorul judiciar trebuie să arate dacă activitatea debitorului poate fi redresată pe baza unui plan de reorganizare și, în acest caz va trebui să precizeze dacă recomandă ca planul de reorganizare să fie cel propus de debitor, dacă, la cererea debitorului, colaborează la întocmirea acelu plan ori dacă

intenționează să propună un alt plan, singur sau împreună cu unul sau mai mulți creditori.

În cazul în care raportul asupra cauzelor cuprinde posibilitatea propunerii planului de către administratorul judiciar, se consideră că este îndeplinită condiția prevăzută la alin.1 lit.b a art.94 și administratorul judiciar poate propune un plan de reorganizare.

În ceea ce-i privește pe creditor/creditori, legea impune următoarele condiții pentru ca acesta/aceștia să poată propune un plan de reorganizare și anume:

i) să-și fi manifestat intenția de a depune un plan de reorganizare până la votarea raportului cu privire la cauzele care au dus la apariția stării de insolvență a debitorului;

ii) să dețină, singur sau împreună cu alți creditori care doresc să propună un plan, cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe.

Practica ne arată că în situații extrem de rare creditorii propun un plan de reorganizare. Ei vor sprijini, în cel mai bun caz, planul propus de către debitor, dacă există și susținerea administratorului judiciar.

De asemenea și cazurile în care administratorul judiciar propune planul de reorganizare sunt în număr mai redus decât cele în care planul este propus de către debitor.

Chiar și în situația în care planul este propus de către debitor, rolul administratorului judiciar în întocmirea planului de reorganizare este unul activ, de conlucrare și sprijinire a debitorului, dar și de conlucrare cu creditorii. În acest sens, administratorul judiciar va identifica, împreună cu debitorul, punctele forte, dar și cele slabe din activitatea societății, vor încerca împreună să identifice sursele de realizare a planului de reorganizare, vor identifica strategia reorganizării judiciare adecvată societății, și nu în ultimul rând va urmări ca planul de reorganizare să conțină toate elementele obligatorii și să îndeplinească condițiile legale de care ține confirmarea planului de reorganizare. În opinia mea, planul propus de debitor, dacă este întocmit cu sprijinul unei societăți de consultanță, care nu deține specialiști în insolvență, riscă să devină un simplu plan de afaceri, care nu poate întruni elementele legale în vederea confirmării.

Administratorul judiciar își asumă reponsabilitatea încă de la deschiderea procedurii, fie în exercitarea atribuțiilor de supraveghere (în cazul în care nu s-a ridicat dreptul de administrare), dar mai ales în cadrul activității de conducere în tot sau în parte a activității debitorului (în cazul ridicării dreptului de administrare), mai precis la data întocmirii raportului prevăzut de art.59 alin.2, prin care „*va indica dacă există o posibilitate reală de reorganizare efectivă a activității debitorului ori, după caz, motivele care nu permit reorganizarea și, în acest caz, va propune intrarea în faliment*”.

În situația în care administratorul judiciar arată că există posibilitatea reală de reorganizare a debitorului și recomandă un plan de reorganizare, acesta își asumă o maximă responsabilitate atât față de debitor, dar și față de creditori. De aceea, este de recomandat ca acesta să se implice în realizarea planului numai în cazul în care va fi foarte sigur, după o analiză aprofundată a situației debitorului, că există toate șansele ca el să reușească.

În caz contrar, din cauza nereușitei planului, propus de administratorul judiciar sau cel propus de către debitor și susținut de către administratorul judiciar, acesta riscă să nu

mai fie menținut de către creditori în calitatea lichidator judiciar în dosarul respectiv.

Acest lucru se poate întâmpla însă și în cazul susținerii de către administratorul judiciar a unui plan propus de creditori.

Din aceste motive, considerăm că un plan de reorganizare, pentru a fi viabil, trebuie să fie realizat în baza unei analize serioase a situației economico-financiare a debitorului, a cauzelor care au generat starea de insolvență, a pieței pe care debitorul își desfășoară activitatea și a sumelor necesare pentru plata creanțelor și continuarea activității.

Rolul administratorului judiciar, fie în situația în care propune planul, dar și în situația în care conlucrează cu debitorul la întocmirea acestuia, este în primul rând acela de a se asigura că planul este realizabil și apoi că planul va fi votat de către creditori, dar și acela de a verifica dacă planul îndeplinește condițiile de confirmare.

Bineînțeles, administratorul judiciar va trebui să asigure în exercitarea atribuțiilor sale toate operațiunile prevăzute de art.99 din lege și următoarele.

Având în vedere faptul că, administratorul judiciar este cel care are un rol important și în implementarea planului de reorganizare, trebuie să urmărească, încă de la început, ca planul să fie bine fundamentat și cât mai realist.

2. Publicitatea

La confirmarea planului, se va urmări de către judecătorul-sindic, dacă au fost îndeplinite condițiile legale de publicitate, prevăzute de art.98 și 99 din lege, respectiv dacă acesta a fost depus în termenul stabilit de lege la grefa tribunalului, dacă a fost depus la registrul comerțului și dacă a fost comunicat debitorului, administratorului judiciar și comitetului creditorilor.

În conformitate cu prevederile art.99 din lege, se va verifica dacă administratorul judiciar a publicat în BPI anunțul referitor la plan, în termen de 5 zile și cu menționarea datelor prevăzute de lege, dacă ședința adunării creditorilor, privind exprimarea votului, a fost convocată legal și în termen, cât și faptul că planul a fost comunicat prin formele prevăzute de art.99 alin.2 ind.1.

3. Votarea planului de către creditori

Exprimarea votului cu privire la planul de reorganizare se face pe categorii de creanțe, astfel cum acestea sunt prevăzute de lege și nu în funcție de quantumul creanțelor. Aceeași procedură de vot este valabilă și în cazul modificării planului de reorganizare.

Quantumul creanței prezintă importanță doar în cadrul fiecărei categorii de creanțe în parte, fiind posibil ca votul unei categorii de creanțe, deși cu o sumă insignifiantă, în raport de celelalte, să fie decisiv în luarea hotărârii de aprobare a planului de reorganizare.

Votarea planului, presupune stabilirea următoarei situații:

- numele sau denumirea creditorului;
- valoarea creanței acestuia conform tabelului definitiv;
- procentul creanței fiecărui creditor în categoria respectivă – acceptarea planului de către o categorie de creditori depinde de procentul creanțelor care au votat pentru plan din cadrul categoriei respective;

- valoarea și procentul pe care creditorul urmează să le primească conform planului propus;
- valoarea și procentul pe care creditorul le-ar primi în cazul falimentului - analiza condițiilor pentru confirmarea planului presupune existența în cadrul planului de reorganizare a unei simulări de distribuție în cazul falimentului;
- caracterul categoriei de creditori – defavorizată prin plan ori nefavorizată;
- rezultatul votului.

Potrivit dispozițiilor art.100 alin.1, la începutul ședinței de vot, administratorul judiciar va informa creditorii prezenți despre voturile valabile primite în scris.

Fiecare creanță beneficiază de un drept de vot corespunzător cotei de participare deținute, pe care titularul acesteia îl exercită în categoria de creanțe din care face parte creanța respectivă.

Un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe, dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie.

Important este că, încă din perioada de observație să se cunoască de către persoanele care propun planul, categoriile de creditori care vor respinge planul, astfel încât planul să fie conceput cu respectarea tratamentului corect și echitabil. Acest lucru se poate realiza atât prin tatonarea continuă a creditorilor în cadrul procedurii, cât și ținând cont de faptul că, în ultima vreme, atitudinea diverselor categorii de creditori s-a schimbat, datorită condițiilor impuse de criza economico-financiară actuală, astfel:

Atitudinea creditorului chirografar:

În marea majoritate a cazurilor, creditorul chirografar este cel mai afectat de procedura reorganizării, fiind supus în majoritatea cazurilor unui hair-cut total de creanță sau într-un procent covârșitor. Totuși, furnizorii fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți, reprezentând creditorii prevăzuți la art.96 alin.1 din lege sunt cei care pot beneficia de un procent mai bun de distribuție a sumelor în cadrul planului, din două considerente:

- debitorul este interesat în menținerea relației cu aceștia pentru desfășurarea activității curente și se poate baza pe votul lor, reprezentând o categorie separată de vot;
- creditorul din această categorie este interesat în menținerea în piață a unui partener important.

Trebuie ținut cont de faptul că lista acestor furnizori, conținând cuantumul creanțelor acestora, va fi depusă de debitor împreună cu celelalte documente prevăzute la art. 28 și trebuie confirmată de către administratorul judiciar.

În prezent, având în vedere faptul că numărul partenerilor contractuali aflați în imposibilitate de a-și achita datoriile exigibile este în continuă creștere, creditorii devin tot mai interesați în susținerea reorganizării unui debitor.

Altfel spus, creditorii au devenit mult mai „sensibili” la eventualitatea dispariției de pe segmentul de piață pe care acționează a unui partener contractual.

Avantajul creditorilor într-o asemenea situație este evident: optând pentru un plan de reorganizare viabil, există șansele recuperării progresive (într-un interval de timp rezonabil) a creanței, iar aceste șanse sunt cu atât mai mari cu cât planul de reorganizare a fost fundamentat pe parametri reali ai situației

economico-financiară a debitorului. Cu alte cuvinte, succesul unui plan de reorganizare bine structurat și fundamentat, evident, pe realitatea financiar-contabilă a debitorului, determină reușita recuperării unei creanțe.

Și aceasta cu avantajul considerabil al menținerii debitorului în activitate, ca partener activ pe segmentul de piață respectiv.

In concluzie, premisele unei reorganizări de succes rezidă în existența unui plan de reorganizare coerent și viabil, care să satisfacă atât necesitatea menținerii debitorului în piață, cât și satisfacerea creanțelor creditorilor săi.

Pe perioada derulării planului de reorganizare, activitatea debitorului va fi condusă sub supravegherea administratorului judiciar, creditorii beneficiind, astfel, de garanția legalității și respectării întocmai a acestuia. Mai mult, pe toată această perioadă, potrivit planului de reorganizare, debitorul rămâne un „jucător” activ pe segmentul de piață respectiv, cu posibilitatea continuării, într-o proporție mai mare sau mai mică, a raporturilor comerciale cu partenerii săi contractuali, și în tot acest interval de timp se realizează, potrivit planului de reorganizare, plata creanțelor către creditorii acestuia. În acest context, se poate remarca exercitarea, din partea creditorilor, a unui rol cât mai activ în ceea ce privește adoptarea și respectarea unui plan de reorganizare.

Astfel, reorganizarea activității debitorului a devenit o necesitate practică, determinată, în contextul economic actual, de avantajele acesteia pentru toți participanții la procedura insolvenței.

Primul “tranșeu” în apărarea debitorilor îl constituie presiunea faptică asupra creditorilor: este mai bine pentru aceștia din urmă să aibă un debitor activ, chiar cu dificultăți financiare, pe care să-l ajute să supraviețuiască (dacă are șanse reale) decât să solicite falimentul debitorilor sau să le execute garanțiile.

Atitudinea finanțatorului (indiferent de categoria de creditori din care face parte, respectiv garantat, bugetar sau chirografar):

De o deosebită importanță în procedură este atitudinea creditorului finanțator, respectiv bănci, instituții finanțatoare din fonduri europene (SAPARD, alte forme de finanțare), societăți de leasing etc., adoptată în cadrul programelor de restructurare ale finanțatorilor, și mă refer aici în special la bănci și societăți de leasing.

Până nu demult, simpla depunere a unei cereri privind deschiderea procedurii de insolvență putea avea consecințe asupra debitorului, în sensul că :

- majoritatea contractelor de credit dădeau posibilitatea băncilor de a solicita rambursarea anticipată a creditului în cazul în care o cerere privind deschiderea procedurii de insolvență era depusă;

- societățile de leasing procedau la rezilierea contractelor și solicitarea întregii sume datorate până la finalizarea contractului, în paralel cu recuperarea bunului;

- societățile finanțatoare din fonduri europene (și dau aici exemplul Agenției de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit), interpretând că odată cu intrarea în insolvență nu mai sunt îndeplinite condițiile de eligibilitate ale societății în cauză, solicitau rezilierea contractului. Aceștia consideră că, și în condițiile în care prin planul de reorganizare sunt trecute sursele de finanțare pentru finalizarea investiției sunt

îndreptățiți să ceară rambursarea acestor sume după ieșirea societății din procedura reorganizării judiciare.

În actualul context, percepția instituțiilor finanțatoare s-a schimbat, fapt susținut și de modificările recente aduse Legii 85/2006 în privința acestora.

Societățile bancare cât și cele de leasing sunt interesate să renegocieze contractele, în sensul acordării unor facilități privind reeșalonarea termenelor de plată, achitarea dobânzilor etc.

În condițiile actuale de criză, o valorificare a garanțiilor societăților finanțatoare este în defavoarea lor, dat fiind scăderea prețurilor pe piața imobiliară, dar și declararea creditului scadent comportă riscul constituirii de provizioane. De aceea finanțatorii sunt direct interesați în menținerea contractelor de finanțare, în paralel cu acordarea facilităților la plata ratelor și a dobânzilor.

Mai mult, pentru a depăși perioada de criză, în așteptarea revenirii pieței imobiliare, finanțatorii sunt interesați, în numeroase situații, în prelungirea contractelor de finanțare peste perioada de reorganizare a societăților, oferind astfel o gură de oxigen debitorului și protejându-și în același timp garanțiile.

În această situație, debitorul se poate sprijini pe votul categoriei creditorilor garantați, care, în contextul actual și în lumina prevederilor art.41 alin.2 din lege, pot deveni majoritari sau cu o pondere importantă a creanței și în categoria creditorilor chirografari.

Citez în continuare din declarațiile de presă date de către președintele Asociației Române a Bancilor (ARB), Radu Grațian Ghețea:

„Având în vedere contextul economic actual și problemele pe care le întâmpină clienții, băncile nu sunt interesate de executarea silită a garanțiilor din perspectiva scăderii drastice a valorii de piață a acestora, precum și a schimbării, de asemenea, semnificative a raportului cerere-ofertă, dar mai ales pentru că sunt conștiente că pot contribui la redresarea economiei prin salvarea clienților lor.”

“În cazul în care se va opta pentru soluția reorganizării, sub controlul administratorului judiciar, cu condiția ca aceasta să fie viabilă și aprobată de adunarea creditorilor, trebuie să știți că, instituțiile de credit nu vor ezita să intervină și, eventual, să vă sprijine”, a mai explicat Radu Ghețea. Acesta a mai adăugat că “în situația în care decid să finanțeze clientul aflat în reorganizare, băncile își asumă un nou risc, evident superior, de aceea, acest proces nu trebuie înțeles de clienți ca o măsură de amânare a unei stări de insolvență inevitabilă și presupune evaluarea reală a capacității de redresare economică și financiară”.

Legiuitorul a venit în sprijinul societăților aflate în reorganizare judiciară, încurajând finanțatorii în acest stadiu al procedurii pentru acordare de împrumuturi în perioada reorganizării, și anume:

Articolul 121, privind distribuirea sumelor realizate în urma lichidării, introduce ca **ordine de preferință** alin.1 ind.1, imediat după cheltuielile de procedură:

■ *„creanțele creditorilor garantați născute în timpul procedurii de insolvență după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan. Aceste creanțe cuprind capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel”.*

Iar la art.123, privind distribuirea sumelor în cazul falimentului, la pct.3, imediat după cheltuielile de procedură și creanțele izvorâte din raporturi de muncă:

■ *„creanțele reprezentând creditele, cu dobânzile și cheltuielile aferente, acordate după deschiderea procedurii, precum și creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii”*

Chiar și cu aceste înlesniri acordate de către lege, trebuie însă să înțelegem că pretențiile creditorilor, în cazul votării planului de reorganizare, sunt ca acesta să fie foarte bine fundamentat, să indice surse sigure sau măcar credibile de finanțare, cât și cele de susținere a continuării activității, mai precis să convingă creditorii că acesta este viabil.

Iată cum prezintă președintele ARB modalitatea băncilor de analiză a unui plan de reorganizare propus, în vederea votării:

„Evaluarea dosarului de reorganizare de către bancă (în calitate de creditor) presupune o analiză a oportunității acțiunii de reorganizare, a viabilității acesteia (șanse reale), precum și a eficienței planului - raport costuri/rezultate. Practic se aplică procedura de analiză similară, dar mai severă, cu cea de creditare a clientului. Planul de reorganizare trebuie să prezinte clar modalitățile de depășire a dificultăților temporare, cum ar fi: identificarea unor noi piețe de desfacere, reducerea costurilor, maximizarea vânzărilor, diversificarea activităților sau concentrarea pe activitățile cu profit ridicat, reorientarea producției, implicarea mai mare a asociaților/acționarilor și un management al afacerii mai performant”.

4. Confirmarea planului de reorganizare

În conformitate cu prevederile art.11 alin.2 din lege, atribuțiile judecătorului sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței, deciziile manageriale putând fi controlate sub aspectul oportunității de către creditorii, prin organele acestora.

În cazul confirmării planului de reorganizare, limita între legalitate și oportunitate nu este bine definită. Deși se poate considera că prin votarea planului, creditorii au avut posibilitatea să verifice planul sub aspectul oportunității, totuși, la confirmare, judecătorul sindic trebuie să treacă prin filtru și toate aceste aspecte, care de multe ori, pot fi la limită între legalitate și oportunitate.

Dau un exemplu în acest sens: Un dezvoltator imobiliar depune plan de reorganizare prin care prevede că sursa de finanțare a planului, încasările provenite din vânzarea/închirierea apartamentelor unuia din blocurile finalizate din cadrul unui ansamblu rezidențial. Acestea fac obiectul garanției băncii, prin plan nerespectându-se prevederile art.95 alin.6 lit G, respectiv acordarea obligatorie în beneficiul creditorului garantat a unei garanții sau protecții echivalente, în condițiile prevăzute la art.39 alin.2 lit.c. Planul de reorganizare a fost votat de către 3 categorii de creditorii, excepție făcând categoria creanțelor garantate.

La o simplă analiză, planul conține toate elementele prevăzute la art.95 din lege, indicând și sursele de finanțare. Se constată însă, că sub aspectul legalității, acesta nu îndeplinește una din condițiile esențiale pentru a fi confirmat. Sub acest aspect planul nu este confirmat de către judecătorul-sindic. Împotriva hotărârii se formulează recurs, prin care se

motivează faptul că acest aspect nu este de competența judecătorului-sindic, ci ține de controlul sub aspectul oportunității, motivând că planul conține, ca element obligatoriu, sursele de finanțare. În opinia noastră, având în vedere nerespectarea prevederilor art.95 alin.6 lit G din lege, apreciem că în mod corect instanța a apreciat că planul nu poate fi confirmat, această decizie fiind luată pe legalitate.

Trebuie să recunoaștem că în ultimul timp, metodele debitorilor de a eluda legea s-au rafinat, mai ales în ceea ce privește propunerea de reorganizare.

Astfel, planurile propuse de debitori sunt întocmite în așa fel încât să conțină (numeric) toate informațiile cerute de lege, pentru a face mai dificilă misiunea judecătorului de a analiza realitatea celor cuprinse în plan și pentru a crea o aparență de legalitate a acestuia.

La o primă vedere și în urma unui inventar al informațiilor cuprinse de plan, acesta s-ar putea să cuprindă toate acele aspecte ce se cer a fi prevăzute în mod obligatoriu. Spre exemplu, planul poate să conțină o serie de mențiuni esențiale referitoare la: sursele de finanțare, perspectivele de redresare ale activității debitorului, perioada de executare a planului, programul de plată a creanțelor, tratamentul categoriilor de creanțe defavorizate, descărcarea de răspundere, despăgubirile ce vor fi acordate creditorilor în comparație cu valoarea pe care ar primi-o în caz de faliment, măsurile adecvate pentru punerea în aplicare a planului etc.

O analiză însă sumară a realității acelor informații cuprinse în plan ar putea să releve însă o altă realitate: și anume că planul, deși împachetat într-o formă frumoasă, să fie în fapt total fantezist și în unele cazuri chiar fraudulos.

De aceea, legiuitorul a prevăzut și posibilitatea ca judecătorul-sindic să ceară opinia unui practician în insolvență asupra analizei posibilității concrete de realizare a planului.

În cele din urmă, informația economică pe care practicianul o prezintă judecătorului-sindic reprezintă în opinia noastră, tot o chestiune ce ține de controlul de legalitate al planului de către judecătorul-sindic, acesta putând infirma acel plan. Pentru că dacă am accepta o altă interpretare, în sensul în care opinia practicianului ar fi considerată doar o chestiune ce ține de oportunitate, dispoziția legală în baza căreia judecătorul poate cere opinia practicianului, ar deveni derizorie. În realitate, acea opinie a practicianului ar putea crea convingerea intimă a instanței de judecată că deși planul conține numeric toate informațiile prevăzute de lege, acele informații nu au nicio fundamentare, fiind lipsite de orice suport real și introduse în plan pe principiul „ca hârtia suportă multe”.

Informațiile care trebuie prevăzute în mod obligatoriu în planul de reorganizare, pentru admiterea sa, sunt cele menționate de alin. 1-5 ale art. 95 din lege. Nu voi insista în continuare în dezvoltarea tuturor informațiilor ce trebuiesc incluse în planul de reorganizare. Mă voi opri doar asupra celor mai importante.

Programul de plăți

Conform art. 95 alin. 2 din legea insolvenței, planul de reorganizare trebuie să cuprindă în mod obligatoriu și programul de plată a creanțelor.

Programul de plăți se întocmește raportat la tabelul definitiv. În aceste condiții, având în vedere faptul că pe anumite categorii de creanțe se poate face hair-cut de creanțe,

în opinia noastră, programul de plăți trebuie să prevadă, pe lângă sumele plătite prin plan și scadența de plată a acestora și procentul din totalul creanței fiecărui creditor din categorie ce se va achita prin programul de plăți. Considerăm că informația ne este necesară și la analiza tratamentului corect și echitabil a categoriilor de creanțe defavorizate.

Durata planului de reorganizare

Potrivit art. 95 alin. 3 din Legea nr. 85/2006, executarea planului nu va putea depăși 3 ani, socotiți de la data confirmării.

Această limitare temporară a executării planului, la doar 3 ani calculați de la data confirmării, necesită un comentariu, raportat la situația des întâlnită în practică, a creanțelor rezultate din contracte de împrumut bancar sau a altor contracte pe termen lung ce presupun realizarea unor investiții care depășesc perioada de timp ce poate fi alocată executării unui plan de reorganizare.

Mare parte din societățile care ajung în procedura insolvenței au contractat credite bancare de investiții pe perioade care depășesc cu mult termenul legal de realizare a planului de reorganizare, respectiv pe 5, 10 sau chiar peste 10 ani.

Totodată, chiar prin planul de reorganizare, debitorul poate să beneficieze de o nouă finanțare din partea unei instituții financiare, pe o perioadă de timp mai mare decât cea prevăzută pentru executarea planului de reorganizare.

Aceste credite fac imposibilă rambursarea anticipată a împrumutului mai înainte de scadență, astfel încât ele să poată fi prevăzute a fi achitate integral în cei trei ani pe parcursul cărora se desfășoară planul de reorganizare iar o asemenea obligație asumată de către debitor ar însemna, în majoritatea covârșitoare a cazurilor, o utopie.

Spre exemplu, un împrumut obținut de către debitor de la o bancă cu scadența la 10 ani nu va putea fi achitat în cei trei ani de executare a planului și dacă totuși s-ar prevedea acest lucru în planul de reorganizare, s-ar reuși aducerea debitorului în procedură de faliment.

Potrivit art. 137 alin. 2 din lege, la data confirmării unui plan de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan.

Mai mult, art.102 alin.1 din lege prevede că prin sentința care confirmă planul, creanțele și drepturile creditorilor sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan, iar în caz de eșuare a planului de reorganizare și de intrare în procedură de faliment, planul confirmat va fi socotit ca o hotărâre definitivă și irevocabilă împotriva debitorului.

Nu în ultimul rând, potrivit art. 136 din lege, prin închiderea procedurii, judecătorul sindic, administratorul/lichidatorul și toate persoanele care i-au asistat, sunt descărcați de orice fel de îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționarii sau asociații.

Considerăm că în situația descrisă, pentru a proteja creditorul deținător al unei astfel de creanțe, în cazul în care contractul a fost menținut de către administratorul judiciar, planul de reorganizare ar trebui să prevadă întreaga creanță a băncii, cu menționarea că în cei trei ani de desfășurare a planului se va achita doar o parte a creditului, diferența

urmând a fi achitată după ce debitorul reintră în circuitul economic, urmare a executării cu succes a planului, sau în procedură de faliment, în situația eșuării procedurii de reorganizare.

În acest fel ar fi îndeplinită și condiția impusă de art.137 alin.2 din lege, privind creanța prevăzută în plan – în raport cu care nu operează descărcarea de obligații a debitorului.

Pentru a evita incidentele care se pot ivi în legătură cu interpretarea coroborată a textelor de lege menționate, în lipsa unei prevederi legale referitoare la situația contractelor cuprinzând obligații de plată în sarcina debitorului a căror achitare nu poate fi realizată pe perioada desfășurării planului de reorganizare, se va urmări reglementarea acestei situații prin prevederile planului de reorganizare, a programului de plăți, în paralel cu încheierea unui nou contract/act adițional cu creditorul care să prevadă cuantumul creanței ce urmează a se achita prin plan cât și termenele de plată în deplină concordanță cu acesta. Aceste documente trebuie să se semneze, eventual înainte de votarea planului, putând fi anexate la acesta, sau, cel târziu până la confirmarea acestuia de către judecător, în condițiile în care planul prevede în mod expres aceste modificări.

În anumite condiții, durata planului de reorganizare va putea fi extinsă, cu o perioadă de cel mult un an, conform prevederii cuprinse în art. 95 alin. 4 din lege.

Menționarea categoriilor de creanțe nefavorizate și cele favorizate.

Pentru aceasta, legea definește cele două categorii după cum urmează:

*** Categoriile de creanțe care nu sunt defavorizate.**

Prin modificarea legii, la art.101 lit.D se definește clar creanța nefavorizată astfel: *”vor fi considerate creanțe nefavorizate și vor fi considerate că au acceptat planul, creanțele ce se vor achita integral în termen de 30 de zile de la confirmarea planului sau în conformitate cu contractele de credit sau leasing din care rezultă”*

Această precizare vine să înlăture confuziile sau eventualele interpretări date acestor creanțe, legea stipulând clar că în această categorie intră doar acele creanțe care se achită în termen de 30 de zile de la data confirmării planului. Mai mult de atât, aceste creanțe vor fi considerate implicit că au acceptat planul, fără a mai fi nevoie de votul acestei categorii.

*** Categoriile de creanțe defavorizate.**

Conform art. 3 pct. 21, categoria de creanțe defavorizate este prezumată a fi categoria de creanțe pentru care planul de reorganizare prevede cel puțin una dintre modificările următoare pentru oricare dintre creanțele categoriei respective și anume:

- o reducere a cuantumului creanței;
- o reducere a garanțiilor sau a altor accesorii, cum ar fi reșalonarea plăților în defavoarea creditorului;
- valoarea actualizată cu dobânda de referință a BNR, dacă nu este stabilit astfel prin contractul privind creanța respectivă sau prin alte legi speciale este mai mică decât valoarea la care a fost înscrisă în tabelul definitiv de creanțe.

Tratamentul categoriilor de creanțe defavorizate; despăgubirile aferente titularilor tuturor categoriilor de creanțe

Una din mențiunile pe care trebuie să le conțină planul este cea legată de tratamentul categoriilor defavorizate și deseori, în activitatea practică, întâlnim situații în care planul de reorganizare prevede reducerea cuantumului creanțelor, în special din categoria celor chirografare, cu sume importante, ajungând până la a se distribui acestei categorii doar de 10 – 20 procente din totalul sumelor din acea categorie înscrise în tabelul definitiv.

În opinia noastră, cu privire la menționarea în cuprinsul planului de reorganizare a *tratamentului categoriilor de creanțe defavorizate*, facem precizarea că aceasta implică existența în cuprinsul planului de reorganizare doar a mențiunilor privind despăgubirile oferite acestor categorii de creditori, prin raportare la despăgubirile ce ar putea fi primite de aceștia în caz de faliment (în acest sens art.95 alin.(5) lit. b) și d) din lege).

Prin urmare, planul de reorganizare va trebui să arate ce despăgubiri urmează a fi acordate acestor categorii de creditori, cu indicarea despăgubirilor care ar putea fi primite de aceștia în caz de faliment, urmat de o analiză a caracterului acestui tratament, respectiv dacă acesta este echitabil și corect.

Cât privește posibilitatea de a reduce la zero, prin planul de reorganizare, o categorie de creanțe, acest lucru este posibil, în opinia noastră, lucru ce rezultă din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 3 pct. 21 din Legea nr. 85/2006, cu cele ale art.95 alin.5 pct.5 litera d) și a celor cuprinse în art.101 alin.2 lit. a).

În practică, cele expuse mai sus trebuie să se reflecte prin planul de reorganizare într-o analiză detaliată prin care trebuie prezentat cât ar primi fiecare categorie de creanțe în caz de faliment, comparativ cu prevederile programului de plăți al planului de reorganizare.

Pentru a reflecta cât mai real acest aspect, este necesară efectuarea evaluării bunurilor din patrimoniul debitoarei în faza premergătoare întocmirii planului de reorganizare, care să reflecte cele două valori conform standardelor internaționale, respectiv ”valoarea de piață” și „valoarea de lichidare”. În planul de reorganizare, bunurile care se valorifică se iau în calcul la valoarea lor de piață, pentru că se presupune că acestea se pot valorifica pe parcursul celor 3 ani, fără a fi nevoie de o așa zisă „vânzare forțată”. În cazul falimentului, valoarea bunurilor se calculează la valoarea de lichidare. În analiza comparativă a incasarilor debitoarei în perioada reorganizării/falimentului, apar diferențe ce rezultă din continuarea activității (refectate în fluxul de numerar), sume care în cazul falimentului dispar prin încetarea activității. Astfel, putem obține două valori care să ne permită calculul sumelor care vor fi primite de către categoriile de creditori și de către fiecare creditor în parte din cadrul acestora, în cele două stadii ale procedurii: reorganizare, respectiv faliment. Această analiză, în opinia noastră, trebuie să fie prezentată într-un subcapitol distinct al planului de reorganizare, pentru că facilitează atât stabilirea cuantumului despăgubirilor, care ar putea fi primite de creditori în caz de faliment, cât și stabilirea tratamentului corect și echitabil prevăzută la art.101 alin.2 din lege.

Fără o astfel de expertiză nu se poate verifica dacă toate condițiile legale au fost îndeplinite, astfel încât un plan de reorganizare nu poate fi admis de către judecătorul sindic.

Descărcarea de răspundere a debitorului

Planul de reorganizare trebuie să menționeze dacă și în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită vor fi descărcați de răspundere.

Această prevedere are relevanță numai în cazul în care planul de reorganizare nu reușește și se trece la procedura falimentului.

În cazul în care planul de reorganizare reușește (prin ipoteză, toți creditorii au primit, în întregime, sumele de bani prevăzute în programul de plăți), trebuie ținut cont și de dispozițiile art.137 alin.2 din lege, conform cărora la data confirmării unui plan de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor, pe care le avea înainte de confirmarea planului, și cea prevăzută în plan.

Astfel, având în vedere, pe de o parte faptul că toți creditorii și-au primit banii prevăzuți în plan, iar pe de altă parte, faptul că debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan, înseamnă că nu mai există un pasiv pentru care să poată fi atrasă răspunderea debitorului.

În cazul în care planul, deși confirmat, nu reușește, răspunderea debitorului și a celorlalte categorii prevăzute mai sus, poate fi atrasă numai pentru diferența dintre sumele trecute în plan și cele achitate până la data trecerii la procedura falimentului.

Bineînțeles, prin planul de reorganizare, se poate prevedea și faptul că debitorul sau membrii grupului de interes economic sau asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită sunt descărcați de răspundere. În acest caz, chiar în ipoteza în care planul de reorganizare, deși confirmat, nu reușește și se trece astfel la procedura falimentului, răspunderea persoanelor menționate mai sus nu mai poate fi atrasă.

Obținerea de resurse financiare pentru pentru susținerea realizării planului și sursele de proveniență a acestora

Obținerea de resurse financiare pentru susținerea realizării planului și sursele de proveniență a acestora reprezintă unele dintre cele mai importante elemente ale unui plan de reorganizare, dacă nu cea mai importantă.

Practic, niciun plan de reorganizare nu poate fi conceput fără a arăta de unde se obțin sumele de bani necesare susținerii și realizării acestuia.

Sursele de proveniență pot consta, spre exemplu, în infuzia de capital din partea asociațiilor/acționarilor existenți sau din partea unor terți, în vânzarea de active, în contractarea unui sau unor credite bancare, în derularea contractelor existente sau obținerea unor noi contracte.

Dacă în perioada boom-ului imobiliar, vânzarea de active era o sursă sigură și destul de rapidă de obținere a lichidităților, în prezent, este destul de greu să valorifici active, de orice fel, dar mai ales imobile, astfel încât, dacă privezi numai această

sursă, există destule șanse ca până la momentul la care reușești să vinzi, fie să fie prea târziu fie, sumele obținute să fie insuficiente pentru susținerea planului de reorganizare.

În concluzie, putem spune că în prezent este foarte greu ca un plan de reorganizare să reușească fără o infuzie de capital (așa cum am arătat, aceasta poate proveni fie din partea actualilor asociați/acționari, fie din partea unor terțe persoane), fără ceea ce specialiștii numesc „fresh money”.

Lichidarea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului, separat sau în bloc, libere de orice sarcini sau distribuirea acestora către creditorii debitorului, în contul creanțelor pe care aceștia le au față de averea debitorului

Pentru lichidarea bunurilor din averea debitorului legea prevede că aceasta se va face cu respectarea dispozițiilor art.116-120 din lege.

O altă posibilitate prevăzută de același text de lege o reprezintă distribuția bunurilor din averea debitorului către creditorii acestuia în contul creanțelor pe care creditorii le au de recuperat de la debitor.

O primă problemă este aceea de a stabili suma pentru care aceste bunuri pot fi distribuite. Deși legea nu precizează în mod expres, considerăm că suma este cea prevăzută în raportul de evaluare efectuat conform standardelor internaționale de evaluare de către un expert independent, membru al Asociației Naționale a Evaluatorilor din România.

O altă întrebare este aceea de a ști dacă un bun asupra căruia poartă garanția unui creditor poate fi distribuit unui alt creditor. Din punctul nostru de vedere acest lucru este posibil, nefiind interzis de lege, însă, într-un asemenea caz, care echivalează practic cu stingerea unei garanții reale, trebuie respectate dispozițiile art.95 alin.6 lit.G.

Conform acestui text de lege, într-un asemenea caz, este absolut necesar a se acorda creditorului garantat o garanție sau o protecție echivalentă, în condițiile art. 39 alin. 2 lit.C din lege, protecție care constă într-o novație a obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

Nu în ultimul rând, trebuie menționat și faptul că, în cazul în care în planul de reorganizare s-ar prevedea o dare în plată prin intermediul căreia un creditor ar primi, în locul creanței sale, un bun proprietatea debitoarei, este necesar acordul aceluși creditor, dat fiind faptul că prin plan nu se pot crea obligații în sarcina unei părți fără acordul acesteia.

Acest lucru trebuie menționat și pentru că, la lit.J a aceluiași articol, se precizează în mod expres faptul că pentru înscrierea în plan a unei emisiuni de titluri de valoare este necesar acordul prealabil și în scris al creditorului care urmează să primească titlurile de valoare în locul creanței sale. În aceste condiții, s-ar putea interpreta că, în lipsa acestei mențiuni, ar fi posibilă o dare în plată chiar fără acordul creditorului care urmează să primească bunul. Or, se observă cu ușurință faptul că este vorba practic despre situații similare care trebuie tratate la fel.

Prelungirea datei scadente, modificarea ratei dobânzii sau a oricărei alte clauze din cuprinsul contractelor semnate de către debitor

Prin planul de reorganizare este posibil să se prevadă faptul că data scadență înscrisă într-un contract se prelungește sau rata dobânzii se modifică, în general se pot modifica oricare dintre clauzele cuprinse în contractele semnate de către debitor.

O primă mențiune care trebuie făcută este aceea ca o astfel de posibilitate există numai pentru contractele care nu au fost denunțate, fiind în curs de executare.

Tratament corect și echitabil

Pentru a putea prevedea prin plan respectarea principiului tratamentului corect și echitabil prezentat la lit.a) și c) ale Art.101 alin.2 din Legea nr. 85/2006, considerăm că trebuie știut încă în perioada de întocmire a planului cum vor vota categoriile de creditori, respectiv categoria care va respinge planul. De aceea, încă din perioada de observație se impune o conlucrare permanentă cu creditorii, o informare exactă a acestora privind posibilitatea reală de reorganizare și asupra desfășurării activității curente, tatonând în aceasta perioadă intențiile acestora. Altfel, în cazul în care una din categoriile superioare respinge planul, există riscul că dacă celelalte categorii primesc mai mult decât în faliment, să nu fie îndeplinite condițiile de confirmare a planului.

În situația în care cel care întocmește planul nu vrea să-și asume niciun risc, există posibilitatea ca acesta să plătească toți creditorii ca și în faliment, situație în care riscă să dispară interesul acestora de a vota planul.

Modul de determinare a sumelor care se vor distribui în caz de faliment l-am detaliat în capitolele anterioare.

5. Executarea planului

Articolul 103 din legea insolvenței definește atribuțiile pe care le au administratorul judiciar și administratorul special în cazul confirmării unui plan de reorganizare.

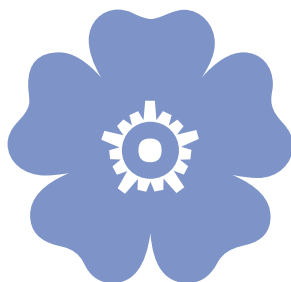
Pornind de la interpretarea acestui articol din lege considerăm că o mare responsabilitate pe care și-o asumă acționarilor/asociații societății în situația în care se dorește reorganizarea societății constă în desemnarea administratorului special, care va conduce activitatea debitoarei pe toată perioada reorganizării judiciare. Este esențial pentru etapa de implementare și realizare a planului, ca acesta să fie o persoană cu experiență în domeniul de activitate al debitoarei, menită să asigure toate condițiile desfășurării activității curente și luarea măsurilor ce se impun pentru realizarea planului.

Foarte important în administrarea unei astfel de proceduri este rolul administratorului judiciar, care trebuie să aibă experiența necesară dar și resursele logistice și umane dimensionate în conformitate cu complexitatea dosarului respectiv, pentru a face față problemelor cu care se confruntă debitorul, pentru a lua cele mai bune decizii și pentru a rezolva cu celeritate toate etapele procedurale.

De aceea, creditorii, dar și debitorul își asumă responsabilitatea numirii și/sau susținerii unui administrator judiciar în vederea reprezentării în dosarul de insolvență.

Note

¹ În ceea ce privește posibilitatea debitorului de a propune un plan de reorganizare, trebuie ținut cont și de dispozițiile **art. 94 alin. 4** conform cărora nu va putea propune un plan, debitorul care, într-un interval de 5 ani anteriori formulării cererii introductive, a mai fost subiect al procedurii insolvenței și nici cel care a fost condamnat definitiv pentru falsificare sau pentru infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996 sau ai cărui administratori, directori și/sau asociați au fost condamnați definitiv pentru: bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare, măturie mincinoasă, infracțiuni de fals sau infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii



O nouă descoperire, veche de un secol INSOLVENȚA CU CREDITOR UNIC

Prof.univ.dr. Ion Turcu
Avocat în Baroul Cluj

Se împlinesc cinci ani, socotiți din noiembrie 2006, când prezentam la Universitatea de Vest din Timișoara (*mon amour*) o expunere intitulată „Procedura colectivă ... în colectiv restrâns”. Semnalăm atunci, cu aerul că fac o descoperire, că în procedura insolvenței se întâlnesc numeroase capcane și paradoxuri. Este paradoxal că orice creditor, acționând individual și exclusiv în propriul interes, poate cere și obține deschiderea procedurii insolvenței, poate acționa pentru valorificarea propriei creanțe, poate contesta creanțele altora, poate ataca măsurile administratorului judiciar/lichidatorului ca și hotărârile judecătorului-sindic.

Concomitent, caracterul colectiv al procedurii impune concentrarea tuturor creanțelor într-un pasiv unic al averii debitorului și conjugarea voințelor creditorilor, rămânând totuși divergente, într-un cadru organizat denumit adunarea creditorilor.

Nu am exclus, însă, ipoteza imposibilității de a se constitui o adunare și un comitet al creditorilor ceea ce este tot una cu a presupune rămânerea unui singur creditor în procedură, fie datorită neaparității altor creditori, fie datorită renunțării altor creditori la participarea la procedură. Deși pare să fie bizară, această situație poate fi regăsită într-un caz real.

Legea nr. 85/2006, în art. 2 și în art. 3 pct. 3 accentuează de o manieră riguroasă caracterul colectiv al procedurii insolvenței, ceea ce înseamnă minimum doi creditori.

Fără îndoială că pentru creditor alegerea acestei proceduri prezintă și avantaje și neajunsuri. Dacă un inconvenient este concursul celorlalți creditori, un avantaj este posibilitatea reconstituirii averii debitorului și, deci a maximizării plății creanței, șanse pe care nu le are în procedura de executare silită de drept comun. Este însă cert că legea nu conține o normă care să dispună închiderea procedurii pentru că participă un singur creditor. El va fi cel ce își asumă rolul de adunare a creditorilor, adunare practic inexistentă, și rolul de comitet al creditorilor, la fel de inexistent.

Acum, după cinci ani, o întâmplare mă face să descopăr că în urmă cu mai mult de un secol, Curtea de Apel din Galați, secția a II-a, la 11 februarie 1903, în completul prezidat de dl. Magistrat El. G. Economu, prin decizia comercială nr. 4 pronunțată în litigiul dintre N.N. Darie și Stamate Popa și în aplicarea procedurii falimentului reglementată de Codul comercial, procedură care a fost abrogată prin Legea nr. 64/1995, a hotărât următoarele : „Un comerciant se poate declara în stare de faliment dacă are chiar numai un singur creditor (art. 695, 700 din Codul comercial abrogat prin Legea nr. 71/2011).

N.N. Darie, creditor al comerciantului Stamate Popa a cerut Tribunalului Covurlui deschiderea procedurii falimentului față de acest debitor și a obținut o sentință nefavorabilă în dos.nr. 6/1903.

Creditorul N.N. Darie a promovat apel împotriva sentinței susținând că i-a fost greșit respinsă cererea, iar debitorul Stamate Popa s-a apărat contra apelului susținând că procedura falimentului nu poate fi promovată cu un singur creditor.

Curtea de Apel Galați a admis apelul, considerând că textul art. 695 din Codul comercial nu distinge între cazul în care comerciantul are un singur creditor și cel în care are mai mulți creditori. Așadar, dacă un comerciant se află în încetare de plăți, el trebuie să fie declarat în stare de faliment, independent de numărul creditorilor.

Instituția falimentului a fost creată de legiuitor în considerarea situației debitorului în încetare de plăți și nu în considerarea numărului creditorilor. Procedura urmărește două scopuri: 1) constrângerea debitorului pentru a-și plăti datoriile; 2) asigurarea posibilității tuturor creditorilor de a participa la procedură.

Așadar, comerciantul care a încetat plățile nu poate ocoli rigorile falimentului numai pentru că ar avea un singur creditor. De altfel, un asemenea creditor, acordând credit debitorului s-a bazat pe rigorile falimentului și nu putea anticipa prezența și a altor creditori în viitor când debitorul va înceta plățile. Este ușor de înțeles că dacă s-ar face o asemenea anticipație s-ar diminua drastic împrumuturile între comercianți. O asemenea situație este de neconceput, deoarece comerț fără credit este imposibil.

Legea în materie de falimente reglementează formalități ce sugerează caracterul colectiv. De aici nu se poate trage concluzia imposibilității desfășurării procedurii cu un singur creditor. Motivul este acela că impunând formalitățile s-au avut în vedere situațiile cele mai frecvente și nu situația pe care o examinăm. Este cert că formalitățile se simplifică cu un singur creditor, dar ele nu conduc la refuzul promovării procedurii.

Este adevărat că existența unui singur creditor exclude posibilitatea concordatului, dar scopul procedurii falimentului nu este concordatul, ci acoperirea pagubelor suferite de creditori. Concordatul este numai mijlocul care permite atingerea acestui rezultat.

Chiar dacă din lipsă de mai mulți creditori nu se pune problema egalizării plăților, falimentul rămâne aplicabil pentru constrângerea comerciantului să-și plătească datoriile chiar și față de unicul creditor.

Astfel fiind, deși Stamate Popa nu are decât un singur creditor, el poate fi declarat în stare de faliment.

Rareori întâlnim asemenea adevăruri științifice caracterizate prin perenitate.

O minimă onestitate mă determină să recunosc că decizia Curții de Apel Galați de acum un secol și mai bine avea o motivare mai convingătoare și mai complexă decât cea pe care am construit-o în urmă cu cinci ani.

+

cyanmagentablack

Drepturile promitentului cumpărător rezultate din antecontractul de vânzare-cumpărare din perspectiva dispozițiilor art. 93¹ din Legea nr. 85/2006



Judecător-sindic Flavius-Iancu Moțu
Tribunalul Comercial Cluj

1. Considerații generale

Articolul de față își propune să clarifice situația juridică a unora dintre cele mai problematice contracte încheiate de debitorul insolvent anterior deschiderii procedurii și aflate în curs de executare la data deschiderii procedurii: antecontractele de vânzare-cumpărare în care debitorul insolvent are calitatea de promitent vânzător, iar diverși creditori au calitatea de promitenți-cumpărători.

De principiu, legea nu distinge între situația antecontractelor de vânzare-cumpărare imobiliare și mobiliare, însă frecvența celor din urmă este mult mai mică în practică, astfel încât analiza situației antecontractelor de vânzare-cumpărare mobiliare prezintă o importanță practică mai redusă. Oricum, considerațiile de principiu în materia antecontractelor de vânzare-cumpărare imobiliare sunt pe deplin valabile și în materia celor mobiliare, *mutatis mutandis* (cu luarea în considerare, desigur, a particularităților garanțiilor în materie mobilă).

Regula generală aplicabilă contractelor încheiate de către debitor, aflate în curs de executare la data deschiderii procedurii, se regăsește în cuprinsul dispozițiilor art. 86 alin. 1 din Legea insolvenței, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 277/7 iulie 2009, publicată în M.Of. nr. 486/14 iulie 2009: *„Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule. În vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul poate să denunțe orice contract, închirierile neexpirate sau alte contracte pe termen lung, atât timp cât aceste contracte nu vor fi fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate.”*

Această normă permite, deci, administratorului judiciar / lichidatorului să mențină sau să denunțe, în principiu, orice contract încheiat de debitor anterior deschiderii procedurii insolvenței, în vederea maximizării averii debitorului.

Noțiunea de „antecontract de vânzare-cumpărare” nu este definită nici de Legea nr. 85/2006 și nici de vreun alt act normativ, fiind utilizată, în materie imobiliară, pentru prima dată, *expressis verbis* în art. 5 alin. 2 din Titlul X al Legii nr. 247/2005. În absența unei definiții legale, luând în considerare diversele definiții din literatura juridică, antecontractul de vânzare-cumpărare reprezintă o convenție sinalagmatică prin care promitentul cumpărător se obligă să transfere în viitor către promitentul cumpărător dreptul de proprietate asupra unui bun, iar promitentul cumpărător își asumă obligația de a plăti, în viitor, prețul bunului. Nefiind o convenție translativă de proprietate, antecontractul nu dă naștere unui drept real, ci unui drept de creanță în favoarea promitentului cumpărător față de promitentul vânzător. Desigur, creanța promitentului vânzător față de promitentul cumpărător are întinderea stabilită prin antecontract și este lichidă, fiind o obligație de a da o sumă de bani, însă creanța promitentului cumpărător față de promitentul vânzător este nelichidă, având ca obiect obligația de a da bunul.

Titlul X al Legii nr. 247/2005 a fost abrogat expres de art. 230 lit. aa) din Legea nr. 71/2011 (Legea pentru punere în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil). Noul Cod civil (Legea nr. 287/2009), deși folosește termenul de „antecontract” în art. 902, alin. 2, pct. 12, în titlul marginal al art. 906 și în cuprinsul art. 906, nu definește aceasta noțiune. Art. 906 alin. 1 din noul Cod civil se referă la „promisiunea de a încheia un contract având ca obiect dreptul de proprietate asupra imobilului sau un alt drept în legătură cu acesta” iar art. 1279 din noul Cod civil reglementează promisiunea de a contracta după cum urmează: promisiunea de a contracta trebuie să conțină toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea; în caz de neexecutare a promisiunii, beneficiarul are dreptul la daune-interese; de asemenea, dacă promitentul refuză să încheie contractul promis, instanța, la cererea părții care și-a îndeplinit propriile obligații, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, atunci când natura contractului o permite, iar

cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite; aceste din urmă prevederi nu sunt aplicabile în cazul promisiunii de a încheia un contract real, dacă prin lege nu se prevede altfel; convenția prin care părțile se obligă să negocieze în vederea încheierii sau modificării unui contract nu constituie promisiune de a contracta.

Legea nr. 277/7 iulie 2009, publicată în M.Of. nr. 486/14 iulie 2009, a introdus în Legea nr. 85/2006 însă și art. 931, care prevede că *obligățiile rezultând dintr-un antecontract de vânzare-cumpărare cu dată certă, anterioară deschiderii procedurii, în care promitentul vânzător intră în procedură, vor fi executate de către administratorul / lichidatorul judiciar la cererea promitentului cumpărător, dacă prețul contractual a fost achitat integral sau poate fi achitat la data cererii, iar bunul se află în posesia promitentului-cumpărător, prețul nu este inferior valorii de piață a bunului, respectiv bunul nu are o importanță determinantă pentru reușita unui plan de reorganizare.*

Legea nr. 85/2006 avea caracter special față de Legea nr. 247/2005 și își păstrează caracterul special și față de noul Cod civil, astfel încât dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006 rămân pe deplin aplicabile raporturilor dintre promitentul cumpărător și debitorul promitent vânzător.

Data fiind formularea imperativă a dispozițiilor art. 931 din Legea insolvenței: „*obligățiile ...vor fi executate de către administratorul / lichidatorul judiciar*”, rezultă că, în situația îndeplinirii condițiilor speciale impuse de art. 931 din Legea insolvenței¹, administratorul / lichidatorul judiciar nu mai are opțiunea între a menține sau a denunța antecontractul respectiv².

În consecință, art. 931 din Legea nr. 85/2006 creează în favoarea promitentului cumpărător un drept de a obține executarea de către debitorul insolvent a obligațiilor sale de a face asumate prin antecontractul de vânzare-cumpărare, drept ale cărui caracteristici vor fi analizate în continuare. În acest context, trebuie menționat expres faptul că art. 931 din Legea nr. 85/2006 se referă strict la obligațiile debitorului insolvent promitent vânzător, rezultate din antecontractul de vânzare-cumpărare, nu și la obligații de a face rezultate din alte contracte. Astfel, dacă debitorul insolvent promitent vânzător și-a asumat, prin aceeași convenție, atât obligația de a edifica un imobil cât și pe cea de a vinde imobilul creditorului promitent cumpărător, acesta din urmă poate obține pe calea cererii reglementate de art. 931 din Legea nr. 85/2006 doar executarea obligației de a încheia cu debitorul insolvent promitent vânzător, prin administratorul judiciar/ lichidatorul, actul translativ de proprietate având ca obiect dreptul de proprietate asupra imobilului, nu și executarea obligației de a edifica (sau, eventual, de a finisa) imobilul, o atare obligație urmând regula de drept comun a declarării de către promitentul cumpărător a unei creanțe reprezentând echivalentul pecuniar al prejudiciului suferit ca urmare a neexecutării de către debitorul insolvent a acestei obligații contractuale.

Tot în acest context, se impune o precizare suplimentară : spre deosebire de prevederile art. 86-93 din Legea nr. 85/2006, dispozițiile art. 931 din Legea insolvenței nu se referă în nicio situație la o eventuală calitate de creditor în sensul art. 3 pct. 7 și 8 din Legea insolvenței a promitentului-cumpărător. În consecință, *de lege lata*, promitentul-cumpărător nu trebuie să aibă calitatea de creditor care să fi formulat o cerere de admitere a creanței și să fi obținut înscrierea creanței sale în

tabelul definitiv / definitiv consolidat pentru a formula o cerere de executare de către debitorul insolvent a obligațiilor sale născute dintr-un antecontract de vânzare-cumpărare. Fără a specula asupra intenției legiuitorului, apreciem că formularea dispozițiilor art. 931 din Legea insolvenței este defectuoasă, deoarece dreptul promitentului cumpărător născut din antecontractul de vânzare-cumpărare este în mod evident unul de creanță, iar valorificarea lui în afara procedurii colective nu este posibilă. Cu toate acestea, având în vedere redactarea actuală a art. 931 din Legea nr. 85/2006, nu este posibilă respingerea unei cereri a promitentului cumpărător pentru motivul nedeținerii calității de creditor / îndreptățit să participe la procedura insolvenței.

În același sens, trebuie arătat și faptul că avansul și eventualele rate de preț / prețul integral achitate de promitentul cumpărător la încheierea antecontractului de vânzare-cumpărare sau pe parcursul derulării antecontractului au, în cadrul procedurii insolvenței debitorului promitent vânzător, regimul juridic al unor creanțe chirografare, iar recuperarea lor de către promitentul cumpărător în situația în care nu sunt întrunite condițiile de aplicare a art. 931 din Legea nr. 85/2006 și antecontractul ar fi denunțat de către administratorul / lichidatorul judiciar, poate avea loc doar pe calea cererii de admitere a creanței, formulate de către promitentul cumpărător în termenul stabilit de judecătorul sindic în conformitate cu dispozițiile art. 62 alin. 1 lit. b din Legea nr. 85/2006. Având în vedere această situație, orice promitent cumpărător care a achitat un avans și eventuale rate de preț / a achitat integral prețul stabilit prin antecontract trebuie notificat în conformitate cu dispozițiile art. 61 din Legea nr. 85/2006. Desigur, acționând cu o minimă prudență, orice promitent cumpărător va declara creanța sa reprezentând avansul și eventualele rate de preț / prețul integral achitat, sub condiția desființării antecontractului, în caz contrar el riscând atât pierderea bunului obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare (dacă, prin ipoteză, nu ar fi întrunite condițiile de aplicare a art. 931 din Legea nr. 85/2006 și antecontractul ar fi denunțat de către administratorul / lichidatorul judiciar), cât și pierderea avansului și a eventualelor rate de preț / prețului integral deja achitate.

2. Natura juridică a dreptului conferit promitentului-cumpărător de art. 931 din Legea nr. 85/2006.

Principala problemă care se ridică în acest context este calificarea juridică a dreptului consacrat de art. 931 din Legea nr. 85/2006 în favoarea promitentului cumpărător.

Astfel cum am arătat mai sus, acest drept conferă promitentului cumpărător prerogativa de a obține executarea de către debitorul insolvent a obligației sale asumate prin antecontractul de vânzare-cumpărare, respectiv a obligației de a transfera dreptul de proprietate asupra bunului obiect al acestei convenții, sub rezerva îndeplinirii condițiilor arătate în cuprinsul acestei norme.

Pornind de la norma generală instituită de art. 1092 din Codul civil din 1864, *plata* reprezintă mijlocul de stingere a unei obligații prin executare voluntară, indiferent de natura obligației, iar potrivit art. 1073 din Codul civil din 1864, creditorul este îndreptățit să obțină îndeplinirea exactă a obligației, cu prioritate față de orice executare prin echivalent.

+

cyanmagentablack

Plata face obiectul unei reglementări cvasiidentice prin noul Cod civil. Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 1469 din noul Cod civil, obligația se stinge prin plată atunci când prestația datorată este executată de bunăvoie. Plata constă în remiterea unei sume de bani sau, după caz, în executarea oricărei alte prestații care constituie obiectul însuși al obligației. De asemenea, potrivit art. 1516 din noul Cod civil, creditorul are dreptul la îndeplinirea integrală, exactă și la timp a obligației. Atunci când, fără justificare, debitorul nu își execută obligația și se află în întârziere, creditorul poate, la alegerea sa și fără a pierde dreptul la daune-interese, dacă i se cuvin: 1) să ceară sau, după caz, să treacă la executarea silită a obligației; 2) să obțină, dacă obligația este contractuală, rezoluțiunea sau rezilierea contractului ori, după caz, reducerea propriei obligații corelative; 3) să folosească, atunci când este cazul, orice alt mijloc prevăzut de lege pentru realizarea dreptului său.

Executarea de către debitorul insolvent promitent vânzător a obligației sale de a transfera dreptul de proprietate asupra bunului obiect al antecontractului reprezintă întocmai *plata* obligației sale, în sensul dispozițiilor legale mai sus arătate. Art. 931 din Legea insolvenței conferă, astfel, promitentului cumpărător dreptul de a obține, în anumite condiții³, plata ca modalitate de executare de către debitorul insolvent a obligației de a transfera dreptul de proprietate asupra unui bun din averea sa, prin preferarea sa față de ceilalți creditori, cu ignorarea ordinii de prioritate stabilite de art. 121 și art. 123 din Legea insolvenței și chiar în absența formulării unei cereri de admitere a creanței.

Un astfel de drept, născut din calitatea specială a creanței sale, care conferă unui creditor (în sensul general al termenului) dreptul de a fi preferat celorlalți creditori, inclusiv cei ipotecari, este calificat de art. 1722 din Codul civil din 1864 ca fiind un *privilegiu*.

Dreptul instituit de art. 931 din Legea nr. 85/2006 întrunește toate caracteristicile unui *privilegiu imobiliar (sau mobiliar; după caz)*, fiind instituit prin lege, purtând asupra unui bun determinat (bunul obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare) și fiind determinat de natura creanței promitentului cumpărător (prețul antecontractului). În consecință, acest drept conferă promitentului cumpărător atât atributul de preferință, cât și cel de urmărire a bunului obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare. Mai mult, dat fiind faptul că bunul obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare se află în posesia promitentului cumpărător, nu este necesară nici efectuarea publicității acestui privilegiu prin înscrierea în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, conform art. 36 din Titlul VI al Legii nr. 99/1999.

Desigur, plata de care va beneficia promitentul cumpărător, executarea obligației de transmitere a dreptului de proprietate, este una atipică față de plățile lichide efectuate de regulă în temeiul privilegiilor, însă natura acestei plăți nu schimbă esența dreptului analizat, aceea de privilegiu special imobiliar.

Titlul VI al Legii nr. 99/1999 a fost abrogat expres de art. 230 lit. u din Legea nr. 71/2011 (Legea pentru punere în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil).

Regimul juridic al privilegiilor instituit de noul Cod civil este, în linii mari, similar celui stabilit prin dispozițiile Codului civil din 1864. Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 2333 – art. 2334 din noul Cod civil, privilegiul este preferința acordată de lege unui creditor în considerarea creanței sale,

fiind indivizibil. Privilegiile sunt opozabile terților fără să fie necesară înscrierea lor în registrele de publicitate, dacă prin lege nu se prevede altfel. Noul Cod civil reglementează în mod unitar privilegiile mobiliare și imobiliare, stabilind, prin dispozițiile art. 2335 – art. 2336, faptul că creditorul privilegiat este preferat celorlalți creditori, chiar dacă drepturile acestora s-au născut ori au fost înscrise mai înainte, rangul privilegiilor fiind stabilit prin lege.

Spre deosebire de Codul civil din 1864, noul Cod civil prevede expres că privilegiile reglementate în capitolul II al celui de-al XI-lea său titlu, „Privilegiile și garanțiile reale”, sunt preferate privilegiilor create, fără indicarea rangului, prin legi speciale, cum este și cazul privilegiului instituit în favoarea promitentului cumpărător prin dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006.

3. Concurența între privilegiul instituit în favoarea promitentului cumpărător de art. 931 din Legea nr. 85/2006 și alte garanții asupra bunului obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare

Nici Legea nr. 85/2006 și nici Legea nr. 277/7 iulie 2009, publicată în M.Of. nr. 486/14 iulie 2009, nu oferă o soluție explicită conflictului între eventualele garanții născute anterior deschiderii procedurii care ar putea afecta bunul obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare și privilegiul promitentului cumpărător instituit prin dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006. Cu toate acestea, în practică se întâlnesc frecvent situațiile în care debitorul insolvent a constituit anterior deschiderii procedurii o garanție reală asupra unuia sau mai multor bunuri ale sale, iar în desfășurarea activității sale comerciale debitorul a încheiat antecontracte de vânzare-cumpărare ale bunurilor respective. Un exemplu în acest sens îl constituie situația în care debitorul insolvent are ca obiect de activitate o întreprindere de construcții, a achiziționat un teren cu o sumă de bani provenită dintr-un credit bancar garantat cu o ipotecă convențională asupra terenului, teren pe care a construit unul sau mai multe astfel de blocuri de apartamente, apartamente care au format obiectele unor antecontracte de vânzare-cumpărare încheiate cu persoane fizice sau juridice. În pofida caracterului expres al dispozițiilor art. 1775 din Codul civil din 1864, care prevăd neechivoc că bunurile viitoare ale debitorului nu pot fi obiectul unei ipoteci, interpretarea constantă a doctrinei și a practicii judiciare a fost că blocurilor de apartamente construite pe un astfel de teren ipotecat le sunt aplicabile dispozițiile art. 1777 din Codul civil din 1864, potrivit cărora ipoteca se întinde asupra tuturor ameliorațiilor survenite în urma constituirii imobilului ipotecat, apreciindu-se că aceste construcții pot fi asimilate „ameliorațiilor”. Această problemă nu se pune, însă, în cazul bunurilor mobile, Titlul VI al Legii nr. 99/1999 permițând constituirea unei garanții reale mobiliare asupra bunurilor viitoare.

Consecința acestei situații este, în mod evident, conflictul între garanția anterioară deschiderii procedurii și privilegiul promitentului-cumpărător.

Coroborând dispozițiile art. 1722 din Codul civil din 1864, care prevăd că „privilegiul este un drept, ce dă unui creditor calitatea creanței sale de a fi preferat celorlalți creditori, *fie chiar ipotecari*” cu dispozițiile art. 53 din Legea nr. 85/2006, care prevăd că „bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidator, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de

prezenta lege, sunt dobândite *libere de orice sarcini, precum ipotecă, garanții reale mobiliare sau drepturi de retenție*, de orice fel, ori măsuri asigurătorii, inclusiv măsurile asigurătorii instituite în cursul procesului penal”, soluția acestui conflict de drepturi se tranșează în favoarea promitentului cumpărător, privilegiul său producându-și efectele cu prioritate față de orice alt drept real accesoriu al vreunui creditor care ar greva bunul obiect al contractului de vânzare-cumpărare. Apreciem că, în absența limitării în timp a exercitării sale prin lege, acest privilegiu poate fi invocat de promitentul cumpărător în contra administratorului / lichidatorului judiciar oricând până la ieșirea bunului din averea debitoare în cadrul procedurii, având prioritate la aplicare față de cererea creditorului garantat real de vânzare a bunului în condițiile art. 39 din Legea nr. 85/2006, deoarece această din urmă cerere este întemeiată tot pe drepturi derivate din garanția reală.

Sub imperiul noului Cod civil, conflictul între privilegiul instituit în favoarea promitentului cumpărător de art. 931 din Legea nr. 85/2006 și alte garanții asupra bunului obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare beneficiază de o reglementare diferită.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 2342 alin. 2 teza finală din noul Cod civil, creditorul privilegiat este preferat titularului unei ipotecă imobiliare dacă își înscrie privilegiul în cartea funciară mai înainte ca ipoteca să fi fost înscrisă. În consecință, prin derogare de la dispozițiile art. 2334 din noul Cod civil, pentru a beneficia de atributul de preferință față de un creditor garantat al debitorului insolvent, titular al unei ipotecă imobiliare asupra bunului imobil obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare, promitentul cumpărător al acelui bun imobil trebuie să își înscrie privilegiul asupra bunului imobil respectiv în cartea funciară înainte de înscrierea ipotecii.

Situația promitentului cumpărător al unui bun mobil care beneficiază de privilegiul conferit de dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006 este însă, diferită, ca urmare a nesincronizării legislative dintre noul Cod civil și viitorul Nou Cod de procedură civilă. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 2338 din noul Cod civil, a cărei denumire este „Privilegiile generale”, privilegiile asupra tuturor bunurilor mobile și imobile ale debitorului se stabilesc și se exercită în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă. Art. 2339 din noul Cod civil reglementează, sub denumirea „Privilegiile speciale”, doar creanța vânzătorului neplătit pentru prețul bunului mobil vândut unei persoane fizice și creanța celui care exercită un drept de retenție. Aparent, privilegiile generale ar putea purta doar asupra tuturor bunurilor mobile și imobile ale debitoare, însă, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006, Legea insolvenței instituie un privilegiu mobil general în sensul art. 2338 din noul Cod civil care poartă doar asupra unui bun mobil determinat / unor bunuri mobile determinate prin antecontractul de vânzare-cumpărare încheiat între debitorul devenit insolvent și promitentul cumpărător.

Spre deosebire de art. 36 din Titlul VI al Legii nr. 99/1999, care reglementa expres prioritatea promitentului cumpărător privilegiat posesor al bunului față de creditorul titular al unei garanții reale mobiliare asupra bunului mobil respectiv, noul Cod civil nu conține nicio normă care tranșeze acest conflict. Din păcate, însă, nici proiectul noului Cod de procedură civilă nu conține dispoziții care să reglementeze modul exercitării a privilegiilor mobiliare generale. Rămâne de văzut dacă și în ce măsură legiuitorul va elimina această lacună de ordin legislativ prin viitorul Cod de procedură civilă.

De lege lata, însă, în absența unor dispoziții care să reglementeze ordinea de prioritate între privilegiile generale mobiliare și ipotecile mobiliare, apreciem că își găsesc aplicare dispozițiile generale în materia privilegiilor cuprinse în art. 2335 din noul Cod civil, care, fără a distinge între creanțele chirografare și cele ipotecare, prevăd în mod neechivoc faptul că creditorul privilegiat este preferat celorlalți creditori, inclusiv ipotecari, chiar dacă drepturile acestora s-au născut ori au fost înscrise mai înainte. În același sens, apreciem că, în absența unor dispoziții legale în acest sens, privilegiul mobil general al promitentului cumpărător stabilit prin dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006 este opozabil tuturor terților fără înscriere în arhiva electronică de garanții reale mobiliare, conform art. 2334 din noul Cod civil.

Cât privește posibilitatea ipotecării unei construcții viitoare, interzisă de art. 1775 din Codul civil din 1864, noul Cod civil, prin art. 2380, permite această operațiune juridică, iar prin art. 2382 stabilește neechivoc faptul că ipoteca se întinde, fără nicio altă formalitate, asupra construcțiilor, îmbunătățirilor și accesoriilor imobilului, chiar dacă acestea sunt ulterioare constituirii ipotecii, consacrand legislativ interpretarea pe care practica judiciară a dat-o vechilor dispoziții ale art. 1777 din Codul civil din 1864, mai sus citate.

Creând acest privilegiu prin dispozițiile art. 931 din Legea nr. 85/2006, legiuitorul român a instituit o veritabilă excepție de la ordinea de preferință instituită prin dispozițiile art. 121 și art. 123 din Legea insolvenței, afectând în principal drepturile creditorilor garantați real, dar și ale celorlalte categorii de creditori, în condițiile în care, în absența unor astfel de dispoziții de protecție, promitenții cumpărători ar putea deveni doar titularii unor creanțe chirografare.

Note

¹ existența unei cereri a promitentului cumpărător, data certă a antecontractului, anterioară deschiderii procedurii, achitarea integrală a prețului sau disponibilitatea promitentului cumpărător de a achita integral prețul, aflarea bunului în posesia promitentului cumpărător, adecvarea prețului la valoarea de piață a bunului și lipsa de importanță a bunului pentru reușita unui plan de reorganizare a debitorului

² de altfel, achitarea integrală a prețului sau disponibilitatea promitentului cumpărător de a achita integral prețul și aflarea bunului în posesia promitentului cumpărător exclud opțiunea administratorului judiciar/lichidatorului de a denunța contractul, deoarece presupun o executare substanțială a contractului de către ambele părți

³ vezi nota nr. 1

Condițiile deschiderii procedurii insolvenței în lumina prevederilor noului Cod civil



Drd. Lajos Miklos Imre

Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București.

Capitolul I. Condițiile aplicării procedurii insolvenței

§1. Considerații introductive

Ultimul considerent prezentat mai sus, face apel la concluziile unanime ale doctrinei¹, care a arătat că potrivit art.1 al.1 și al.2 din Legea nr.85/2006, pentru deschiderea procedurii în oricare dintre formele acesteia trebuie îndeplinite cumulativ două condiții.

Prima dintre acestea constă în întrunirea calității de debitor, așa cum acesta se găsește definit de art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006, iar cea de a doua este reprezentată de constatarea insolvenței patrimoniului acesteia².

Secțiunea I. Categoriile de debitori cărora le este aplicabilă procedura generală

Noțiunea de „debitor“ a fost definită de textul art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006 ca fiind „...*acea persoană fizică sau juridică de drept privat care poate fi încadrată într-una din categoriile stabilite de art.1 din Legea nr.85/2006 și al cărei patrimoniu se află în stare de insolvență...*”

Textul acestei definiții a fost defectuos redactat.

Astfel în primul rând din interpretare ei ar putea rezulta că dovada calității de debitor înseamnă necesitatea demonstrării încadrării persoanei fizice sau juridice într-una din categoriile expres stabilite de art.1 din Legea nr.85/2006.

O asemenea concluzie nu poate fi acceptată, în condițiile în care entitatea stabilită de art.1 al.2 lit.b din Legea nr.85/2006 nu are personalitate juridică, cele enumerate de art.1 al.2 lit.c), lit.d), lit.f) trimit în mod direct la prevederile art.1 al.1 din aceeași act normativ, iar cea indicată de art.1 al.2 lit.e), doar dintr-o inadvertență legiuitorului nu are o trimitere expresă la categoriile de debitori enumerate de art.1 al.1 din Legea nr.85/2006.

O altă iregularitate a textului constă într-o necorelare a textelor art.1 al.1 și al.2 și art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006.

Astfel în condițiile în care în textele art.1 al.1 și al.2 din Legea nr.85/2006 existența calității de debitor și starea de insolvență a patrimoniului acestuia sunt tratate ca noțiuni și condiții distincte pentru deschiderea procedurii insolvenței în oricare dintre formele acesteia, nu este de înțeles de ce a procedat legiuitorul la reunirea ambelor în momentul în care a definit noțiunea de debitor.

În opinia noastră, o corectă și suficientă definiție a acestei noțiuni și în același timp care era în concordanță cu dispozițiile art.1 al.1 și al.2 din Legea nr.85/2006 consta în indicarea faptului că debitorul *este acea persoană fizică profesionist-comerciant sau juridică de drept privat profesionist care face parte dintr-una din categoriile expres stabilite de art.1 al.1 sau art.1 al.2 lit.a din Legea nr.85/2006.*

Prin urmare, pentru aceste motive, noi vom analiza această condiție conform definiției prezentate mai sus și vom începe prin a arăta că potrivit acesteia, în temeiul art.1 al.1 și al.2 lit.a din Legea nr.85/2006 vor putea justifica calitatea de debitor: pe de o parte persoanele fizice profesionist comerciant³, iar pe de altă parte, persoanele juridice care se încadrează într-una din următoarele categorii⁴:

Societate comercială

Societate cooperativă

Organizație cooperatistă

Societate agricolă

Grup de interes economic

Persoană juridică de drept privat profesionist care desfășoară și o activitate economică

Legat de această enumerare se impun câteva precizări.

În primul rând, așa cum arată definiția art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006, procedura insolvenței poate fi deschisă doar față de persoanele juridice de drept privat profesionist⁵, fiind astfel excluse ariei de aplicabilitate, persoanele juridice de drept public profesionist⁶.

În al doilea rând, din aceeași definiție rezultă că aria de aplicabilitate a procedurii nu cuprinde toate persoanele juridice de drept privat profesionist reglementate de dispozițiile de drept comun ale noului Cod civil și de legile speciale⁷, ci doar

pe acelea ale căror obiect principal de activitate are un scop lucrativ⁸ sau care neavând un asemenea obiect totuși încheie cu acest scop, în mod sistematic și organizat, acte de producție, comerț sau prestări servicii.

În consecință, fiind vorba de o enumerare care exclude aplicabilitatea legii față de orice categorie de persoane juridice de drept privat profesionist, apreciem, raportat și la dispozițiile art.10 din noul Cod civil⁹, că acesta nu poate avea decât un caracter limitativ¹⁰.

Acceptarea acestei concluzii, are ca efect recunoașterea imposibilității aplicării procedurii insolvenței față de alte categorii de persoane juridice de drept privat profesionist decât cele expres enumerate de art.1 al.1 din Legea nr.85/2006¹¹.

În al treilea rând este evident că printre persoanele juridice de drept privat profesionist pot exista unele care încheie acte de producție comerț și prestări servicii cu scop lucrativ¹², cunoscut sub denumirea de comercianți¹³ cât și altele care nu au acest scop și care prin antiteză, au fost numiți necomercianți.

Spre deosebire de optica și concepția tradițională a legiuitorului, așa cum acesta se găsește oglindită în dispozițiile Codului comercial și în primele forme ale Legii nr.64/1995, potrivit căreia dispozițiile legii insolvenței se aplicau doar profesioniștilor-comercianți, în reglementarea actuală legiuitorul nu mai păstrat această limitare¹⁴.

Astfel, în prezent, potrivit art.3 al.1 pct.5 și art.1 al.1 din Legea nr.85/2006 procedura este aplicabilă nu numai persoanei juridice de drept privat profesionist-comerciant¹⁵ ci și celor constituite fără scop lucrativ¹⁶, însă, cu condiția ca acestea să exercite cu titlu accesoriu și în realizarea obiectului de activitate principal, activități de producție, comerț sau prestări de servicii¹⁷ cu scop lucrativ, și în condițiile exploatarei unei întreprinderi (în mod sistematic și organizat)¹⁸.

În al patrulea rând, chiar dacă textul art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006, ca și regulă, exclude din aria de aplicabilitate a procedurii persoanele juridice de drept public¹⁹, acest fapt, în lumina prevederilor art.10 din noul Cod civil²⁰, nu exclude, posibilitatea ca, în temeiul unui act normativ cu caracter special, procedura insolvenței să poată fi deschisă și față de acestea.

Confirmarea corectitudinii acestei concluzii o găsim în textul art.75 din Legea nr.273/2006²¹ care stabilește aplicabilitatea procedurii față de unitățile administrativ-teritoriale²².

În final, apreciem că limitările stabilite de art.3 al.1 pct.5 și art.1 al.1 din Legea nr.85/2006 nu exclud posibilitatea ca în cazul existenței unor motive temeinice, legiuitorul, printr-o normă specială și derogatorie, să decidă exceptarea anumitor persoane juridice de drept privat profesionist de la aplicabilitatea legii insolvenței.

Cele mai bune exemple în acest sens sunt societățile bancare și cele de asigurări, care se constituie în mod obligatoriu în forma societății comerciale pe acțiuni, însă nu le sunt aplicabile prevederile legii insolvenței, ci regulile stabilite O.G. 10/2004²³ (societăți bancare) sau de Legea nr.503/2004²⁴ (societăți de asigurare)²⁵

§1. Societățile comerciale

Aceste persoane juridice profesioniști-comercianți sunt subiecții tradiționali ai procedurii insolvenței, fiind enumerați,

încă din momentul adoptării Codul comercial, printre categoriile de debitori²⁶.

Având în vedere că textul art.1 al.1 pct.1 din Legea nr.85/2006 nu distinge expres, rezultă că pot fi subiecți ai procedurii, orice persoană juridică care a luat una din formele reglementate de art.2 din Legea nr.31/1990²⁷.

Totodată, încă din acele vremuri, s-a decis că pentru a putea fi supusă procedurii, acesta trebuie să aibă personalitate juridică deplină, fiind excluse astfel, cele care se află în curs de constituire, chiar dacă beneficiază în acest sens de așa numita "mica personalitate"²⁸.

Această concluzie a fost păstrată de doctrina actuală²⁹, și are la bază interpretarea textului art.1 al.1 pct.1 din Legea nr.85/2006, care referindu-se expres la "societăți comerciale", stabilește condiția ca anterior formulării cererii de deschidere să fi avut loc, printr-o hotărâre judecătorească definitivă, înmatricularea "societății în curs de constituire" în registrul comerțului.

Această concluzie își păstrează valabilitatea și după intrarea în vigoare a noului Cod civil, întrucât motivele avute în vedere la enunțarea acesteia nu s-a schimbat ca urmare a punerii în aplicare a acestui act normativ³⁰.

Prin urmare, din cele arătate rezultând că în cazul societăților comerciale, condiția *a priori* pentru aplicabilitatea procedurii constă în efectuarea înmatriculării, putem concluziona în acord cu doctrina³¹ că potrivit art.42 din Legea nr.31/1990 beneficiind de personalitate juridică, sunt incluse în aria debitorilor societăți comerciale, filialele acestora³².

În privința societăților comerciale create în fapt³³, sau a celor care au devenit societăți în fapt³⁴, precum și sucursalelor³⁵, reprezentanțelor, agențiilor și oricăror alte sedii secundare, doctrina a fost de acord cu imposibilitatea deschiderii procedurii insolvenței motivat de lipsa personalității juridice³⁶.

Odată cu intrarea în vigoare a prevederilor noului Cod civil, apreciem că aceste considerații își păstrează valabilitatea întrucât raportat și la art.43 din Legea nr.31/1990 nici una dintre entitățile mai sus enumerate nu poate fi considerată societate comercială cu personalitate juridică³⁷.

Pe de altă parte însă, tot doctrina³⁸, motivat de considerentul prezumției de regularitate și a validității personalității juridice stabilită de art.58 din Legea nr.31/1990³⁹, admite posibilitatea deschiderii procedurii față de societățile comerciale neregulat constituite.

Legat de acest tip de societate, se impune menționarea faptului că procedura ce-i se poate aplica depinde de data rămânerii definitive a hotărârii de declarare a nulității.

Prin urmare, dacă acesta are loc anterior deschiderii procedurii, față de societate se poate declanșa doar procedura simplificată, întrucât, odată cu declararea nulității, în baza art.58 al.1-2 din Legea nr.31/1990 este pronunțată și dizolvarea acesteia⁴⁰.

Dacă intervine după deschiderea procedurii, consecințele vor fi diferite în funcție de forma procedurii aplicate și faza în care acesta se află.

Astfel, în cazul în care are loc după deschiderea falimentului în procedura simplificată sau generală, nu va avea relevanță practică, însă dacă intervine după declanșarea procedurii generale, atrage în mod obligatoriu, aplicarea falimentului, indiferent dacă procedura se află în faza perioadei de observație sau cea a reorganizării.⁴¹

În final, în privința societăților comerciale radiate din registrul comerțului, vom arăta, că acestea pierd odată efectuarea acestui demers atât calitatea de societate comercială cât și cea de persoană juridică.

Prin urmare pentru acest considerent, este evident că, în principiu, împotriva acestora nu se poate deschide procedura insolvenței⁴².

Situația de excepție este reglementată de acele societăți comerciale față de care sunt aplicabile dispozițiile art.5 ale Legii nr.314/2001 care arată că radierea este nulă de drept în cazul societăților cu datorii față de bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, ori se află în litigiu cu cel puțin un creditor⁴³.

În cazul acestora judecătorul-sindic este obligat să constate în considerentele hotărârii de deschidere intervenția nulității radierii⁴⁴ și în consecință, în cazul îndeplinirii cerințelor stabilite de art.1 al.2 raportate la art.3 al.1 pct.1 lit.a din Legea nr.85/2006 să dispună declanșarea procedurii simplificate⁴⁵.

§2. Societățile cooperatiste

Cea de a doua categorie de debitor persoană juridică profesionist-comerțiant⁴⁶ enumerat de art.1 al.1 din Legea nr.85/2006 este reprezentată de societățile cooperative, care pe lângă societățile comerciale și profesioniștii-comerțianți persoane fizice autorizate face parte din categoria subiecților tradiționali ai dreptului insolvenței, deoarece potrivit susținerilor doctrinei⁴⁷ putea fi supusă procedurii insolvenței încă din momentul adoptării Legii nr.64/1995.

Constituirea și funcționarea acestora este reglementată de prevederile Legii nr.1/2005⁴⁸, într-un mod asemănător cu cea a societăților comerciale⁴⁹.

Conform definiției societății cooperative, pe care o găsim în textul art.7 al actului normativ mai sus indicat, această entitate este o formă de asociere a persoanelor fizice sau juridice în scopul promovării intereselor economice, sociale sau culturale ale membrilor cooperatori.

Legea a consacrat posibilitatea creării a două tipuri de societăți, respectiv cele de gradul 1 și cele de gradul 2, diferența dintre cele două fiind reprezentată de identitatea membrilor cooperatori și obiectul de activitate ale acestora.

Astfel, dacă prima dintre acestea poate fi constituită doar de persoane fizice și poate fi organizată în forma societății cooperative meșteșugărești, de consum, de valorificare de produse, agricolă sau de locuințe, în componența celei de a doua pot intra în majoritate, cooperative de gradul 1 și alte persoane fizice sau juridice, scopul acestora (obiectul de activitate) fiind integrarea pe orizontală/verticală a activității economice desfășurate⁵⁰.

Constituirea ambelor forme trebuie realizată prin întocmirea unui act constitutiv și a unui statut întocmit sub sancțiunea nulității, într-un înscris unic, sub forma unui act sub semnătură privată⁵¹.

Numărul minim de membri se stabilește în mod expres prin prevederile statutului însă acesta nu poate fi mai mic de 5, iar patrimoniul inițial este constituit din aporturile acestora în natură sau în numerar, însă cu respectarea valorii minime a capitalului social subscris și vărsat care, încă de la data înființării, nu se poate situa sub 500 de lei.

Capitalul trebuie divizat în părți sociale de valoare egală, ale căror quantum este stabilit prin prevederile actului constitutiv, fără a putea coborî însă sub valoarea de 10 lei.

Aceste titluri de participare vor fi împărțite membrilor cooperatori în funcție și direct proporțional cu valoarea aportului la constituirea capitalului social, înscrisurile în cauză, potrivit art.31 din Legea nr.1/2005, conferind titularilor următoarele drepturi: să participe la ședințele adunării generale și să exercite dreptul de vot în cadrul acestora, să primească dividende dacă exercițiul financiar s-a încheiat cu un profit, să numească membrii organelor de conducere și de supraveghere și să exercite un control asupra activității acestora, etc.

Organele deliberative, de conducere și de supraveghere ale unei societăți cooperative sunt următoarele: adunarea generală, consiliul de administrație, președintele consiliului de administrație, directorul executiv și cenzorii.

§3. Organizațiile cooperatiste

O altă categorie de persoane juridice profesionist-comerțiant față de care pot fi aplicate prevederile legii insolvenței o constituie organizațiile cooperatiste.

Cu toate că legiuitorul a menționat organizațiile cooperatiste ca fiind persoane față de care procedura insolvenței ar putea fi deschisă, în realitate, așa cum arată doctrina⁵², această dispoziție se aplică doar cooperatizării agricole reglementate de Legea nr.566/2004⁵³, deoarece organizațiilor cooperatiste de credit le sunt aplicabile prevederile O.G.10/2004, iar cooperativele de consum și cele meșteșugărești au dispărut ca și forme asociative încă din anul 2005⁵⁴.

Modalitatea de reglementare a acestora este unul aproape identic cu cel al societăților cooperative, diferența esențială fiind reprezentată de obiectul de activitate, care în cazul unei cooperative agricole constă în producerea de bunuri și realizarea unor servicii legate de agricultură.

Astfel, pot fi constituite cooperative agricole de grad 1 și 2 exact în aceeași componență ca în cazul societăților cooperative respectându-se și numărul minim de 5 fondatori.

Capitalul social minim subscris și vărsat în cazul primei forme este de 500 de lei, iar pentru cea de a doua 100.000 de lei și trebuie împărțit în părți sociale de valoare egală, care la rândul lor conferă aceleași drepturi ca și în cazul unei societăți cooperative reglementate de Legea nr.1/2005

(continuare în numărul viitor)

Note

¹ În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Editura Universul Juridic, București, 2011, pg.724. I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2006, pg.10, E. Tănăsica, *Reorganizarea judiciară – o șansă acordată debitorului aflat în procedura generală de insolvență*, Editura Hamangiu, București, 2008, pg.48, St. D. Cârpenaru, *Condițiile aplicării procedurii reorganizării și lichidării judiciare*, publicată în R.D.C. nr.5/1995, pg.41

² În același sens C.A. București, s. a-V-a com, dec. nr.534/29.03.2010, publicată în E. Roșu, *Procedura insolvenței. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2011, pg.54-58 și C.A. Timișoara, s. com. dec. nr.338/08.04.2008, publicată în V. Calimachi Cartaș, D. Tufan, *Insolvență. Practică judiciară*, Editura Moroșan – Nicora, București, 2009, pg.20-25 În realitate, așa cum vom demonstra ulterior într-un alt capitol, aceste cerințe reprezintă o

condiție de exercițiu a cererii de deschidere, mai precis calitatea procesual activă în cazul unei cereri introductive formulată de debitor și calitatea procesual pasivă în situația cererii de deschidere înregistrate de creditorul definit de art.3 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006

³ În înțelesul acordat acestui termen de prevederile art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil raportat la art.8 al.1 din Legea nr.71/2011 de punere în aplicare a noului Cod civil și de art.2 al.1 lit.a și lit. f și art.4 al. 1 lit.a și lit. b din O.G. 44/2008

⁴ În stabilirea listei acelor persoane juridice de drept privat profesionist care pot figura în calitate de debitor autorii legii au păstrat intact regulile stabilite deja de ultima formă a Legii nr.64/1995, care prin introducerea în calitate de debitor a "oricărei alte persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice..." a încercat să se îndepărteze de concepția tradițională care nu recunoștea aplicabilitatea acestei proceduri decât față de comercianți. În acest sens a se vedea I. Turcu, *Falimentul. Actuala procedură*, Editura Lumina Lex, București, 2005, pg.191, M. Pașcanu, *Dreptul falimentar român*, Editura Cugetarea, București, 1926, pg.68

⁵ persoanele juridice de drept privat enumerate de art.1 al.1 pct.1-5 din Legea nr.85/2006, cu excepția societății agricole, sunt comercianți, în înțelesul acordat acestei noțiuni de art.6 al.1 din Legea nr.71/2011 și astfel profesioniști, conform prevederilor art.8 din Legea nr.71/2011. Pe de altă parte și societatea agricolă trebuie considerată profesionist, întrucât îndeplinește cerințele stabilite de art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil. Chiar dacă textul art.1 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006 nu stabilește expres, din interpretarea textului "care desfășoară și activități economice" rezultă în mod evident că acesta nu poate fi decât un profesionist, care în principal exercită acte fără scop lucrativ și în mod subsidiar pentru realizarea obiectului principal și acte de producție, comerț sau prestări servicii cu scop lucrativ. Pe de altă parte, având în vedere că textul art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006 se referă în mod expres la persoane juridice de drept privat este evident că procedura insolvenței nu poate fi deschisă față de acele entități care pot fi considerate profesioniști, în înțelesul art.3 al.2 și 3 din noul Cod civil, însă nu beneficiază de personalitate juridică și potrivit art.188 din noul Cod civil nici nu pot fi asimilate acestora (de exemplu asociațiunea în participațiune, societățile comerciale create și devenite în fapt). Parțial în același sens Gh. Piperea *Introducere în dreptul contractelor profesionale*, Editura, C. H. Beck, București, 2011, pg.34-35 și Gh. Piperea, *Concepția monistă a noului Cod civil, între intenție și realitate sau despre noul Cod (Civil) Comercial*, publicată în colecția *Noile Coduri ale României*, Editura Universul Juridic, București, 2011, pg.23 În final vom menționa faptul că în opinia noastră nu pot exista persoane juridice neprofesionist, care să nu îndeplinească cerințele stabilite de art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil, întrucât acestea sunt create pentru realizarea sistematică și în mod organizat a unei activități de producție, comerț sau prestări servicii, cu sau fără scop lucrativ.

⁶ În același sens I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.91. În conformitate cu art.189 din noul Cod civil pot exista două categorii de persoane juridice: de drept public sau de drept privat. Așa cum arată un autor Gh. Piperea *Introducere*, op.cit., pg.22, potrivit definiției date de art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil pot fi considerați profesioniști, dacă îndeplinesc cerințele stabilite de dispoziția mai sus citată, nu numai persoanele juridice de drept privat ci și persoanele juridice de drept public, indiferent dacă aceștia au sau nu un scop lucrativ.

⁷ Art.2 al.2 din noul Cod civil a stabilit expres că dispozițiile acesteia reprezintă dreptul comun în raporturile patrimoniale dintre subiecții de drept civil. În consecință, în condițiile în care în noul Cod civil a fost introdus un întreg Titlu, împărțit pe mai multe capitole, prin care sunt reglementate, ca și regulă de drept comun, modalitățile de înființare, de înregistrare, de funcționare, de încetare a persoanei juridice de drept public și de drept privat, considerăm că prevederile Legii nr.31/1990, a Legii nr.161/2003, a Legii nr.36/1991, sau a Ordonanței de Guvern nr.26/2000 au rolul unor dispoziții cu caracter special.

⁸ Această schimbare de optică a legiuitorului rezultă din textul art.10 al.1 din Legea nr.71/2011 care a modificat art.1 din Legea nr.31/1990 și a arătat că "în vederea desfășurării unor activități de scop lucrativ persoanele fizice și juridice se pot asocia și pot constitui societăți

comerciale..."

⁹ Prevederile art.10 din noul Cod civil arată că legile (normele) care derogă de la o dispoziție (regulile) generale se aplică numai în cazurile (situațiile) expres și limitativ prevăzute de legea specială

¹⁰ În doctrină I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.35 s-a exprimat și opinia că enumerarea conținută de art.1 al.1 din Legea nr.85/2006 nu ar avea un caracter limitativ ci doar unul enunțativ în condițiile în care pct.6 stabilește că procedura este aplicabilă oricărei persoane de drept privat care desfășoară și activități economice. În opinia noastră această părere este discutabilă, pentru două argumente. În primul rând, textul art.3 al.1 pct.5 din Legea nr.85/2006 arată că procedura insolvenței nu se aplică în mod general, oricărei persoane juridice de drept privat, ci doar celor care pot fi încadrate într-una din categoriile stabilite de art.1 al.1 din aceeași act normativ (astfel suntem martorii unei limitări primordiale). În al doilea rând, potrivit art.1 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006 procedura nu poate fi aplicată decât acelor persoane juridice de drept privat profesionist, care pe lângă obiectul principal de activitate caracterizat prin lipsa unui scop lucrativ, desfășoară în mod regulat și activități economice, respectiv realizează în mod sistematic și organizat acte de producție, comerț și prestări servicii cu scop lucrativ (cea de a doua limitare). În același sens s-a pronunțat jurisprudența, respectiv C.A. București, s. a-VI-a com., dec. nr.642/R/2007, citată în St. D.Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.727, care a arătat că procedura se aplică în mod exclusiv societăților agricole nu și celorlalte forme de asociere (persoane juridice de drept privat) reglementate de Legea nr.36/1991

¹¹ În același sens Tr. Olt, s.com. dec. nr.27/19.01.2009, publicată în V. Calimachi Cartaș, D Tufan, *Insolvența*, op.cit. pg.25-26. Speța prezentată are relevanță întrucât tribunalul a respins cererea de deschidere formulată față de o asociație de proprietari, motivat de faptul că acesta nu se încadrează printre categoriile de debitori expres enumerate de art.1 al.1 din Legea nr.85/2006 întrucât este o persoană juridică de drept privat fără scop lucrativ și nu exercită în mod accesoriu dar sistematic și organizat acte de producție, comerț și prestări servicii cu scop lucrativ.

¹² Noțiunea de persoană juridică cu scop lucrativ își păstrează valabilitatea și pentru viitor având în vedere dispozițiile imperative ale art.212 al.4 din Legea nr.71/2011

¹³ Această denumire își păstrează valabilitatea și pentru viitor, în condițiile în care potrivit art.8 al.1 din Legea nr.71/2011 categoria de profesioniști reglementată de art.3 al.1-3 din noul Cod civil include și comercianții definiți de art.6 al.1 din Legea nr.71/2011

¹⁴ În același sens Gh. Piperea, *Introducere*, op.cit., pg.31

¹⁵ În prezent prin noțiunea de profesionist – comerciant, potrivit art.6 al.1 din Legea nr.71/2011 trebuie să înțelegem toate persoanele fizice sau juridice care sunt supuse înregistrării în registrul comerțului. Prin urmare, raportat la noua definiție a profesionistului comerciant, este evident, că nefiind supuse înmatriculării în acest registru, nu vor avea această calitate: societățile agricole, asociațiile sau fundațiile, sindicatele și patronatele. Cu toate acestea în doctrină, Gh. Piperea, *Dreptul civil comercial, o specie a dreptului civil*, publicată în Curierul Judiciar nr.7-8/2011, pg.364 s-a afirmat că procedura insolvenței nu ar fi aplicată decât profesioniștilor comercianți. Nu putem fi de acord cu această opinie, deoarece este evident că în ciuda faptului că societatea agricolă și asociația/fundația sunt profesioniști în înțelesul art.3 al.2 și al.3 din noul Cod civil fără însă a avea și calitatea de comerciant, pot fi supuse prevederilor legii insolvenței.

¹⁶ Potrivit art.212 al.4 din Legea nr.71/2011 persoanele juridice de drept privat care nu urmăresc obținerea unui profit vor purta denumirea de persoane juridice fără scop lucrativ

¹⁷ În opinia noastră, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, în temeiul art.213 din Legea nr.71/2011 (care arată că termenele și expresiile din legislația comercială trebuie înlocuite cu cele corespondente din noul Cod civil) prin noțiunea de activitate economică trebuie să înțelegem potrivit art.8 al.2 din Legea nr.71/2011 activitatea de producție, comerț sau prestări servicii

¹⁸ Chiar și anterior intrării în vigoare a noului Cod civil era evident că procedura insolvenței nu putea fi aplicată oricărei persoane juridice de drept privat, care încheiau doar în mod accidental, acte de comerț, ci numai aceluia care pe lângă obiectul principal de activitate și ca un accesoriu al acesteia efectuau asemenea acte, în mod regulat și sistematic, în condițiile existenței unei întreprinderi. Prin urmare, dacă avem în vedere dispozițiile art.213 din Legea nr.71/2011 și art.3

al.3 din noul Cod civil considerăm că textul art.1 al.1 pct.6 din Legea nr 85/2006 trebuie interpretat ca făcând referire la persoanele juridice de drept privat fără scop lucrativ dar care exercită sistematic o activitate organizată care constă în producerea, administrarea sau vânzarea de bunuri ori prestări servicii (așa cum arată și art.8 al.2 activități de producție, comerț și prestări servicii)

¹⁹ Spre deosebire de persoanele juridice de drept privat, care nu pot fi decât profesioniști, persoanele juridice de drept public pot fi profesioniști sau lipsiți de această calitate. De exemplu prima categorie putem încadra regiile autonome și instituțiile publice fără scop lucrativ, iar în cea de a doua statul sau unitățile administrative teritoriale.

²⁰ Prin dispozițiile unei legi speciale pot fi instituite cazuri de excepție

²¹ Publicată în Monitorul Oficial nr.618/18.07.2006

²² În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.725

²³ Publicată în Monitorul Oficial nr.83/30.01.2004

²⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr.1193/14.12.2004

²⁵ În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.725

²⁶ M. Pașcanu, *Drept falimentar*, op.cit., pg.59. Gh. Piperea, *Insolvența. Legea, Regulile, Realitatea*, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, pg.45, Pe de altă parte, în doctrină, St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.726, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.11, s-a arătat că în privința calității de comerciant este irelevantă, natura provenienței capitalului, respectiv dacă înființarea și constituirea patrimoniului inițial a avut loc din fonduri/bunuri publice sau private. Veridicitatea și aplicabilitatea acestei concluzii rezultă și în condițiile reglementărilor actuale, întrucât din analiza art.11 al.1 din Legea nr.71/2011 rezultă că sunt supuse înmatriculării în registrul comerțului (și astfel au/dobândesc calitatea de comerciant): societățile comerciale cu capital integral de stat (textul nu face distincție în privința provenienței capitalului), companiile naționale, societățile naționale și regiile autonome.

²⁷ În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.725, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.11

²⁸ M. Pașcanu, *Drept falimentar*, op.cit., pg.60.

²⁹ În același sens I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.16, Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit., pg.46, I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*. Editura C.H. Beck, București, 2008, pg.34, R. Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2001, pg. 72, A. Avram, *Procedura insolvenței. Partea generală*. Editura Hamangiu, București, 2008, pg.47, Pentru doctrina franceză a se vedea C. Saint-Alary-Houin, *Droit de entreprise en difficultes*, Editions. Monthcrestien, Paris, 2006 pg.196, J. Vallansan, *Difficultes des entreprises. Commentaire article par article du livre VI du code de commerce.*, Editions Litec, Paris, 2006, pg.39, A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultes*, Editions Litec, Paris, 2007 pg.82, M. Jeantin, P. Le Canu, *Droit commercial. Entreprises en difficultes*, Editions Dalloz, Paris, 2006 pg.163, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, *Droit du commerce et des affaires. Droit de entreprises en difficulte*, Editions Sirey Universite, Paris, 2006, pg.45..

³⁰ societatea comercială în curs de constituire, potrivit art.1889 al.4 din noul Cod civil are natura unei societăți simple fără personalitate juridică, care însă nu va putea fi asimilată unei persoane juridice în baza art.188 din noul Cod civil, întrucât raportat la prevederile art.11 din Legea nr.71/2011 și art.202 al.1 din noul Cod civil nu respectă condiția de a fi legal înființat (entitățile care dobândesc personalitate juridică ca urmare a înregistrării definite de art.200 al.2 din noul Cod civil nu pot fi considerate legal înființate până în momentul îndeplinirii acestei cerințe). Cererea de deschidere formulată împotriva acesteia trebuie respinsă de judecătorul-sindic ca fiind introdusă împotriva unei persoane lipsite de capacitate procesuală.

³¹ Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit. pg.47-48, St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.725, I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței*, op.cit., pg. 33, R. Bufan, *Reorganizarea*, op.cit. pg. 70, A. Avram, *Partea generală*, op.cit., pg.50. Pentru doctrina franceză a se vedea C. Saint-Alary-Houin, *Droit de entreprise*, op.cit., pg.197, J. Vallansan, *Difficultes des entreprises*, op.cit., pg.39, A. Jacquemont, *Droit des entreprises*, op.cit., pg.83, M. Jeantin, P. Le Canu, *Droit commercial*, op.cit., pg.165, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, *Droit du commerce*, op.cit., pg.45

³² În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.725, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.19, N. Țândăreanu, *Procedura*

reorganizării judiciare, Editura All-Beck, București, 2000. pg.23

³³ societăți care nu au fost înmatriculate în registrul comerțului și astfel nu au personalitate juridică, capacitate de folosință/de exercițiu și patrimoniu propriu, dar care acționează, în fapt, față de terți ca și cum ar deține în mod legal aceste atribute – în același sens Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit., pg.47.

³⁴ Reprezintă aceea categorie de societăți comerciale ale căror nulitate a fost declarată printr-o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă, dar ale căror acționari/asociați, înțeleg să continue față de terți, chiar și după acest moment activitățile comerciale menționate în fostul obiect de activitate – în același sens Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit., pg.48.

³⁵ În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.725, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.19, V. Pățulea, *Sfera de aplicare a prevederilor Legii nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, publicată în Dreptul nr.2/2005, pg.29

³⁶ O cerere de deschidere formulată împotriva societăților comerciale create sau devenite "în fapt" trebuie respinsă ca fiind introdusă față de o persoană lipsită de capacitate procesuală. Ca atare ar trebui respinsă și cererea formulată împotriva sucursalelor, reprezentanțelor sau a altor sedii secundare, chiar dacă acestea au organe proprii de conducere și astfel pot figura în calitate de părât. În același sens C.A. București, s. a-VI-a com. dec. nr.642/R/17.04.2007, publicată în M. M. Pivniceru, C. A. Susanu, M. Susanu, *Procedura insolvenței, Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2009, pg.16-17. (cu mențiunea că în acest mod s-a respins cererea de deschidere formulată față de o asociație agricolă, fără personalitate juridică). Prin excepție doctrina, Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit., pg.48, admite că în situația existenței pe teritoriul României a unui sediu secundar al unei societăți față de care într-un stat străin a fost deschisă o procedură principală, în baza regulilor referitoare la insolvența transfrontalieră, respectiv Regulamentul 1346/2002/CE privind procedurile de insolvență, față de sediul aflat în România se poate deschide o procedură secundară.

³⁷ Potrivit art.11893 din noul Cod civil societățile comerciale create în fapt și devenite în fapt sunt considerate a fi societăți simple fără personalitate juridică. Pe de altă parte însă, din punct de vedere al tratamentului juridic nu pot fi asimilate în temeiul art.188 și art.187 din noul Cod civil persoanei juridice, întrucât acesta, în lipsa înregistrării stabilite de art.11 din Legea nr.71/2011 nu respectă condiția de a fi legal înființat. În consecință, pentru aceste motive apreciem că în prezent, nici ca urmare a intrării în vigoare a noului Cod civil față de aceste entități nu poate fi deschisă procedura insolvenței, în temeiul art.1 al.1 pct.6 din Legea nr.85/2006, cu toate că ar putea exista dovada că acestea realizează cu scop lucrativ, în mod organizat și sistematic o activitate având ca obiect producția, comerțul sau prestările de servicii. În cea ce privește însă sucursalele, reprezentanțele și celelalte sedii secundare situația stă oarecum diferit. Astfel aceste entități îndeplinesc condiția legalei înființări, în condițiile în care înregistrarea lor urmărește doar un scop de opozabilitate față de terți. În continuare, de regulă acestea îndeplinesc și cerința existenței unei organizări proprii, însă ceea ce le lipsește pentru a fi asimilat persoanei juridice este patrimoniul, întrucât potrivit art.31 al.1 din noul Cod civil, doar persoanele pot fi titularii acestuia.(așa cum arată doctrina, St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.230 sucursala este dotată doar cu anumite bunuri necesare bunei desfășurări a activității sale și astfel nu poate fi titular de drepturi și obligații – caracter pe care-l are doar societatea mamă). Cu toate acestea rămâne discutabilă posibilitatea asimilării acestora cu o persoană juridică de drept privat în condițiile în care admitem că textul art.188 raportat la art.187 din noul Cod civil se referă la patrimoniul de afecțaiune. Cu toate acestea chiar dacă am accepta această ultimă opinie, procedura insolvenței nu poate fi deschisă față de sedii secundare în temeiul art.1 al.1 pct.6, întrucât acestea nu realizează în mod secundar, ci cu titlu principal și cu scop lucrativ activități de producție, comerț și prestări servicii.

³⁸ Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit., pg.46, St. D. Cârpenaru, *Tratat*, op.cit., pg.726, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.19 I. Turcu, *Legea procedurii*, op.cit., pg. 33 A. Avram, *Partea generală*, op.cit., pg. 48-49, R. Bufan, op.cit. pg. 73, E. Tănăsică, *Reorganizarea*, op.cit., pg.53, Pentru doctrina franceză a se vedea C. Saint-Alary-Houin, *Droit de entreprise*, op.cit., pg.197, J. Vallansan, *Difficultes des entreprises*, op.cit., pg.39, A. Jacquemont, *Droit des entreprises*, op.cit., pg.82, M. Jeantin, P. Le Canu, *Droit commercial* op.cit.,

pg.164, P. M. Le Corre, E. Le Corre-Broly, *Droit du commerce*, op.cit., pg.46, Gh. Piperea, *În legătură cu aplicabilitatea procedurii reorganizării și lichidării judiciare în unele situații speciale*, publicat în R.D.C. nr.7-8/1996, pg.68-69

³⁹ Există mai multe motive care susține acest argument. Astfel, în primul rând, din analiza textului de mai sus rezultă că societatea se consideră regulat constituită până în momentul în care nulitatea nu a fost declarată printr-o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă. În al doilea rând efectul nulității, constând în dizolvarea societății, nu afectează personalitatea juridică a societății, acesta rămânând valabilă pentru actele necesare lichidării. În al treilea rând, dizolvarea având efecte doar pentru viitor, creditorii de bună-credință pot continua executarea silită începută, motiv pentru care trebuie recunoscută aceeași posibilitate și pentru formularea unei cereri introductive, în condițiile în care potrivit art.1 al.2 lit.e din Legea nr.85/2006, în acest caz se poate deschide direct falimentul în procedura simplificată. Pentru o argumentare parțial asemănătoare a se vedea, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.19. Pe de altă parte apreciem că aceste considerații rămân valabile chiar și în cazul instituirii prin prevederile art.196-art.199 din noul Cod civil a unei reglementări cu caracter general privind cazurile de nulitate a oricărei persoane juridice. Putem invoca două motive în acest sens. În primul rând faptul că reglementările Legii nr.31/1990 au un caracter special. În al doilea rând din analiza art.196-art.199 din noul Cod civil putem vedea că atât cazurile de anulare cât și efectele nulității sunt aproape identice cu cele stabilite de Legea societăților comerciale. Dispozițiile legii societăților comerciale sunt cu atât mai importante cu cât în lipsa acestora constatarea nulității înființării având efecte retroactive ar fi atras nu numai pierderea personalității juridice ci și imposibilitatea asimilării în temeiul art.188 raportat la art.202 din noul Cod civil a acestei entități cu o persoană juridică de drept privat. (nu se putea constata că a fost legal înființată)

⁴⁰ În același sens, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.15

⁴¹ Aceeași opinie a fost exprimată în doctrină de I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.17, I. Turcu, *Legea procedurii*, op.cit., pg.34 și R. Bufan, *Reorganizarea*, op.cit., pg. 72. Pe de altă parte, în doctrină, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.15 s-a observat în mod corect că, în cazul în care există premisele unei reorganizări, pentru a evita deschiderea falimentului, oricare dintre creditorii îndreptățiți să participe la procedura insolvenței poate introduce o acțiune în regularizare reglementată de art.48 al.2 din Legea nr.85/2006. În opinia noastră observația autorilor este corectă cu mențiunea că acest demers este posibil numai în condițiile respectării termenului stabilit de art.48 al.2 din Legea nr.85/2006.

⁴² În același sens Gh. Piperea, *Introducere*, op.cit., pg.32. În cazul acestora cererea trebuie respinsă ca fiind introdusă față de o persoană lipsită de capacitate procesuală și nu ca fiind introdusă față de o persoană lipsită de calitate procesual pasivă, așa cum în practică (Tr. Neamț, s. com. și de cont. adm. și fiscal, sent.com. nr.386/F/18.06.2008, publicată în V. Calimachi-Cartaș, D. Tufan, *Insolvența*, op.cit.pg.163-168) s-a mai afirmat. În sensul celor învederate de noi a se vedea C.A. București, s. a-VI-a com. dec. nr.642/R/17.04.2007 și C.A. București, s. a-VI-a com. dec. nr.381/R/13.03.2007, C.A. Alba-Iulia, s. com. dec. nr.1264/04.10.2006, publicate în M. M. Pivniceru, C. A. Susanu, M. Susanu, *Procedura insolvenței*, op.cit., pg.15-16 și 24-25, 25-27

⁴³ În acest sens Tr. Neamț, s. com. și de cont. adm. și fiscal, sent.com. nr.386/F/18.06.2008, publicată în V. Calimachi-Cartaș, D. Tufan, *Insolvența*, op.cit.pg.163-168

⁴⁴ Constatarea intervenției nulității se realizează de către judecătorul-sindic în considerentele hotărârii de deschidere. A se vedea în acest sens Tr. Neamț, s. com. și de cont. adm. și fiscal, sent.com. nr.386/F/18.06.2008, publicată în V. Calimachi-Cartaș, D. Tufan, *Insolvența*, op.cit.pg.163-168

⁴⁵ Fiind vorba de societăți comerciale dizolvate anterior deschiderii procedurii. În același sens Tr. Neamț, s. com. și de cont. adm. și fiscal, sent.com. nr.386/F/18.06.2008, publicată în V. Calimachi-Cartaș, D. Tufan, *Insolvența*, op.cit.pg.163-168

⁴⁶ Pentru această formă de asociere prevederile art.11 din Legea nr.71/2011 stabilesc în mod expres obligativitatea înmatriculării în registrul comerțului în vederea dobândirii calității de comerciant. Până în acel moment potrivit art.1893 din noul Cod civil, societatea cooperatistă având la bază un contract de societate va fi asimilată

societății simple. Acesta nu poate fi însă asimilată din punct de vedere juridic persoanei juridice în condițiile în care până la data înmatriculării nu poate fi considerată legal înființată

⁴⁷ Încadrarea acestei persoane în categoria debitorilor nu a avut loc fără disensiuni doctrinare, deoarece Legea nr.64/1995 în forma ei inițială, stabilea aplicabilitatea procedurii doar față de organizații cooperatiste. Pentru a înlătura neajunsurile acestei reglementări, doctrina (Gh. Piperea, *În legătură*, op.cit., pg.66, St. D. Cârpenaru, *Condițiile aplicării procedurii reorganizării și lichidării judiciare*, R.D.C., nr.6/1995, pg.49, R. Bufan, *Reorganizarea*, op.cit., pg.80) a demonstrat că în acest caz a fost vorba de o greșeală de redactare imputabilă legiuitorului, având în vedere că societățile cooperative sunt profesioniști-comercianți în înțelesul prevederilor art.1 din Legea nr.26/1990. Dezbaterile pe această temă s-au încheiat odată cu adoptarea O.G. 38/2002 care a încadrat expres societățile cooperatiste în categoria debitorilor. Pe de altă parte trebuie să arătăm că și potrivit reglementărilor actuale, respectiv art.6 al.1 și art.11 din Legea nr.71/2011, societățile cooperative își păstrează condiția de profesioniști comercianți în condițiile în care cele nou înființate sunt obligate să se înmatriculeze în registrul comerțului.

⁴⁸ Anterior apariției acestui act normativ constituirea și funcționarea societăților cooperatiste a fost reglementată de Decretul Lege nr.66/1990 privind organizarea și funcționarea cooperativelor meșteșugărești (publicată în Monitorul Oficial nr.23/08.02.1990) și Legea nr.109/1996 privind organizarea și funcționarea cooperativei de consum și a cooperativei de credit (publicată în Monitorul Oficial nr.252/18.10.1996). În același sens E. Tănăsică, *Reorganizarea*, op.cit., pg.54. Legea nr.1/2005 a fost publicată în Monitorul Oficial nr.172/28.02.2005

⁴⁹ În același sens St. D. Cârpenaru, *Tratat.*, op.cit., pg.726

⁵⁰ ambele forme ale societății cooperative, în vederea dobândirii personalității juridice, trebuie înmatriculate în registrul comerțului

⁵¹ forma scrisă este o condiție *ad validitatem*, iar nerespectarea acesteia atrage nulitatea absolută a constituirii, (nu este acceptată dovada cu un început de dovadă scrisă) însă înscrisul care stă la baza acesteia poate fi întocmit și în forma actului autentic. Pe de altă parte, așa cum arată art.12 al.1 din Legea nr.71/1991, actul constitutiv trebuie întocmit în formă autentică dacă printre bunurile aportate în natură se află și un imobil.

⁵² În același sens a se vedea St. D. Cârpenaru, *Tratat.*, op.cit., pg.727, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.28-29, Gh. Piperea, *Insolvența*, op.cit., pg. 49, B. Ștefănescu, *Considerații de ansamblu referitoare la Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței*, publicat în Dreptul nr.10/2006, pg.14., E. Tănăsică, *Reorganizarea*, op.cit., pg.55, G. Ungureanu, D. Rohnean, *Considerații teoretice privind modificările legislative intervenite în procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, publicată în R.D.C. nr.4/2006 pg.53-62. Unii dintre autori, I. Adam, C.N. Savu, *Legea*, op.cit., pg.28, au motivat inadvertența legiuitorului prin faptul că societățile cooperative sunt o specie a organizațiilor cooperatiste. Din păcate aceeași confuzie între societăți și organizații cooperatiste a fost păstrată de legiuitor și în textul art.11 din Legea nr.71/2001, întrucât acestea din urmă sunt menționate printre categoriile de persoane juridice profesionist comercianți supuși înmatriculării în registrul comerțului.

⁵³ Publicată în Monitorul Oficial nr.1236/22.12.2004, fiind ulterior completă și modificată prin Legea nr.32/2007, publicată în Monitorul Oficial nr.47/22.01.2007

⁵⁴ Astfel, textul art.117 al.1 din Legea nr.85/2006, a stabilit în sarcina organizațiilor cooperatiste obligația ca în termen de 9 luni de la data intrării în vigoare a acestui act normativ să procedeze reorganizarea lor în forma unei societăți cooperative. Realizarea în concret a acestui demers a presupus pe de o parte modificarea statutului astfel încât să corespundă celor stabilite de Legea nr.1/2005 în privința unei societăți cooperative, iar pe de altă parte, în baza acestui statut nou, înmatricularea în registrul comerțului. Nerespectarea acestei obligații sau a termenului stabilit expres pentru aducerea la îndeplinire, în conformitate cu aceeași dispoziție, avea ca efect dizolvarea de drept a organizației cooperatiste. Aceeași obligație, termen și sancțiune a fost stabilit de prevederile art.120 al.1 din Legea nr.1/2005 și în sarcina asociațiilor de organizații cooperatiste.