

	pag.
INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
RUBRICA PRACTICIANULUI	
EXECUTAREA SILITĂ A MEMBRILOR ORGANELOR DE CONDUCERE	4
RUBRICA ANALISTULUI	
REGIMUL FISCAL AL COMERCIANȚILOR AFLAȚI ÎN LICHIDARE VOLUNTARĂ SAU JUDICIARĂ (II)	7
RUBRICA MAGISTRATULUI	
ADUNAREA CREDITORILOR. COMITETUL CREDITORILOR	15
CONSIDERAȚII PRIVIND CREAMENȚELE SALARIALE ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI	18
JURISPRUDENȚĂ COMENTATĂ	
POATE JUDECĂTORUL SINDIC SĂ DISPUNĂ RESTITUIREA UNEI PLĂȚI NEDATORATE?	23
OPINIA SPECIALISTULUI	
REFORMA DREPTULUI SOCIETAR ROMÂNESC (II)	26
LICHIDAREA BUNURILOR DIN AVEREA DEBITORULUI	29

Editor
Mihai Dimonie
Redactor șef
Nicolae Șarambei
Consultant științific
prof. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adina Apostol
Adrian Ciochirdel
Tehnoredactare computerizată
Anca Vergulescu

Editare și imprimare
Redacția Publicațiilor pentru Străinătate

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

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

Cuvântul președintelui



Urmare eforturilor depuse de către toate structurile organizatorice ale Uniunii, au fost finalizate acțiunile determinate de punerea în aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr.86/20.11.2006.

Astfel pe baza opțiunilor exprimate au fost înregistrate 757 de cabinete individuale și 306 societăți civile profesionale (dintre care 32 SPPI, 120 SPRL și 154 IPURL).

Din numărul total de 1960 membri-persoane fizice 644 de membri sunt înscrși în secțiunea „incompatibili”. Este de menționat faptul că în această categorie au fost înscrși 173 de membri care nu și-au comunicat opțiunile și a căror situație va fi clarificată după expirarea termenului legal pentru achitarea cotizației anuale.

Pentru modul în care marea majoritate a membrilor a înțeles să îndeplinească obligațiile rezultate din noul act normativ privind organizarea activității practicienilor în insolvență, țin să le transmit mulțumirile mele.

De asemenea, mulțumesc comitetelor de conducere ale filialelor și președinților acestora pentru activitatea depusă, precum și personalului secretariatelor

filialelor și al Secretariatului general al Uniunii care au permis realizarea, într-un timp relativ scurt, a noii formule organizatorice a Uniunii.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr.86/2006 se află în examinare în Comisia juridică a Camerei Deputaților, unde am participat la mai multe ședințe. Dintre amendamentele luate în discuție este de subliniat cel privind renunțarea la personalitatea juridică pentru societățile civile profesionale de practicieni în insolvență, menținându-se răspunderea limitată la patrimoniul aferent aportului asociaților și impozitarea la nivelul venitului realizat, ceea ce corespunde dezideratului membrilor activi ai Uniunii.

Legea pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.86/20.11.2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență va fi afișată pe site-ul Uniunii www.unpir.ro de îndată ce va fi publicată în Monitorul Oficial al României.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Executarea silită a membrilor organelor de conducere sau de supraveghere din cadrul societății supuse procedurii insolvenței potrivit reglementărilor Legii nr.85/2006



Ec. Viorica Munteanu
Vicepreședinte UNPIR

Debitorii cărora li se aplică procedura răspunderii

Procedura stabilită de art. 138 din Legea nr.85/2006 se aplică următoarelor categorii de debitori persoane juridice:

- societăți comerciale;
- societăți agricole;
- grupuri de interes economic.

Această procedură nu se aplică următoarelor categorii de persoane juridice:

- asociații;
- fundații;
- persoane juridice civile.

Persoane responsabile

Pot fi declarate răspunzătoare pentru ajungerea debitorului, persoană juridică în stare de insolvență, următoarele categorii de persoane (art.138 alin. (1):

- o administratorii debitorului;
- o directorii debitorului;
- o cenzorii debitorului;
- o orice altă persoană care a contribuit prin săvârșirea

faptelor stabilite expres de art. 138 alin.(1) lit.a-g la ajungerea patrimoniului debitorului persoană juridică în stare de insolvență (de exemplu administratorul de fapt).

Răspunderea prevăzută de art. 138 alin. (1) din Legea privind procedura insolvenței are natura juridică a unei **răspunderi civile delictuale**.

Condiții: prejudiciul cauzat creditorilor, fapta ilicită, raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu, vinovăție.

Faptele pentru care poate fi antrenată răspunderea

- o folosirea bunurilor sau a creditului debitorului în folos propriu sau cel al unei alte persoane;
- o efectuarea unor acte de comerț în interes personal sub acoperirea debitorului;
- o dispunerea în interes personal a continuării unei activități care aducea în mod vădit patrimoniul debitorului în stare de insolvență;
- o ținerea unei contabilități fictive sau cu nerespectarea prevederilor legale, ori ascunderea unor documente contabile;
- o deturnarea sau ascunderea unei părți din activul debitorului ori mărirea în mod fictiv a pasivului acesteia;
- o folosirea unor mijloace ruinătoare în vederea procurării unor fonduri pentru a întârzia intervenția stării de încetare de plăți;
- o plata preferențială a creanțelor unor creditori în dauna celorlalți creditori în luna precedentă stării de încetare de plăți.

Momentul introducerii cererii de stabilire a răspunderii

Cererea de stabilire a răspunderii va trebui să fie introdusă după întocmirea de către administratorul judiciar sau lichidatorul a raportului asupra cauzelor insolvenței, cu menționarea expresă a persoanelor cărora această stare a patrimoniului debitorului persoană juridică le este imputabilă, dar înainte de pronunțarea de către judecătorul-sindic a hotărârii de închidere a procedurii.

Introducerea unei cereri de stabilire a răspunderii potrivit art. 138 alin. (1) după momentul pronunțării sentinței de închidere a procedurii insolvenței, este inadmisibilă deoarece este făcută în afara procedurii.

Conținutul cererii de stabilire a răspunderii

Elemente obligatorii

- datele de identificare a reclamantului (datele de identificare a administratorului judiciar, lichidatorului, creditorului care introduce cererea)

- datele de identificare a pârâtului (pârâților) (datele de identificare a membrilor organelor de conducere și/sau a altor persoane cărora le este imputabilă ajungerea debitorului în stare de insolvență)

- datele de identificare a reprezentantului dacă cererea nu este introdusă în nume propriu de reclamant (datele de identificare a avocatului sau al juristului care introduce cererea în numele reclamantului)

- cererea expresă de stabilire a responsabilității potrivit art. 138 al.1 și instituirea unui sechestrul asigurător asupra patrimoniului pârâților potrivit prevederilor art.141 din Legea privind procedura insolvenței (măsuri asigurătorii asupra patrimoniului pârâților se pot lua din oficiu și de către judecătorul-sindic competent să judece cererea)

- motivele (faptele ilicite) pentru care pârâții pot fi declarați răspunzători

- dovezile pentru susținerea cererii (de exemplu: raportul administratorului judiciar sau al lichidatorului asupra cauzelor insolvenței, alte înscrisuri, martori, etc.)

Efectele stabilirii responsabilității

- se declanșează executarea silită potrivit prevederilor Codului de procedură civilă asupra patrimoniului persoanelor declarate responsabile (art.142 din legea privind procedura insolvenței)

- bunurile asupra cărora a fost instituit sechestrul asigurător vor fi scoase la vânzare publică, potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, iar sumele de bani obținute din vânzarea acestor

bunuri vor fi folosite:

- în caz de reorganizare a debitorului pentru completarea fondurilor necesare reușitei reorganizării,
- în caz de faliment al debitorului pentru plata pasivului acesteia,
- după închiderea procedurii falimentului - sumele rezultate din executarea silită a patrimoniului persoanelor responsabile vor fi repartizate de către executorul judecătoresc, în temeiul tabelului definitiv consolidat pus la dispoziția sa, de către lichidator.

În condițiile în care cererea de antrenare a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere din cadrul societății supuse procedurii insolvenței, formulată potrivit reglementărilor Legii nr.85/2006, este soluționată printr-o hotărâre care dobândește caracterul de titlu executoriu, în înțelesul art. 372 și următoarele din C. pr. civ., aceasta urmează a fi pusă în executare, potrivit art. 142 din legea insolvenței, și a Cărții a V-a din Codul de procedură civilă, la care face referire articolul menționat.

Astfel, art. 142 din Legea nr.85/2006, prevede la alin. (1) *“Executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 138 alin. (1) se efectuează de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă.”*; iar la alin. (2) *“După închiderea procedurii falimentului, sumele rezultate din executarea silită vor fi repartizate de către executorul judecătoresc, în conformitate cu prevederile prezentei legi, în temeiul tabelului definitiv consolidat de creanțe pus la dispoziția sa de către lichidatorul judiciar.”*

Executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 138 se efectuează de către executorul judecătoresc, în conformitate cu prevederile Codului de procedură civilă, în materie.

Aparent foarte clar, textul de lege citat a dat naștere unei practici foarte diverse și contradictorii.

Executarea silită, demers ulterior închiderii procedurii insolvenței

În practică, unele instanțe, la cererea creditorilor pun în vedere practicianului în insolvență să procedeze la punerea în executare a sentinței obținute în atragerea răspunderii, anterior închiderii procedurii, sau, mai mult, la finalizarea executării silite, ca și condiție prealabilă și obligatorie pentru închiderea procedurii.

Este greșită practica acestor instanțe de a admite obiecțiunile formulate de către creditori, împotriva raportului final al lichidatorului și de respingere a cererii de închidere a procedurii, cu aplicarea art. 142 alin. (2) din legea insolvenței, pe motivul nepunerii în executare a sentinței prin care s-a dispus antrenarea răspunderii organelor de conducere sau supraveghere a debitoarei, sau pe motivul nefinalizării executării silite a persoanelor a căror obligație de stingere parțială sau totală a pasivului societății a fost stabilită prin titlu executoriu.

Practica aceasta a fost susținută, o bună perioadă de timp, de cererile de recurs formulate de creditori, împotriva unor sentințe de închidere a procedurii, dispuse în aplicarea art. 142 alin. (2) din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței (precum și a fostului art. 140 alin. (2) din Legea nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și falimentului, abrogată în prezent, soluționate de curțile de apel, prin admitere.

Însă, pe bună dreptate, practica judiciară a instanțelor de recurs s-a reorientat, în ultimul timp, spre o jurisprudență destul de unitară, în sensul respingerii, unor astfel de cereri, în aplicarea art. 142 alin. (2) în spiritul legii.

Astfel, în mod corect Curtea de Apel Brașov reține printr-o decizie¹ că **punerea în executare, sau chiar executarea silită a titlului obținut în atragerea răspunderii patrimoniale nu este o condiție preliminară, obligatorie pentru închiderea procedurii și aplicarea art. 142 alin. (2) din legea insolvenței, statuând în acest sens:**

“În mod greșit recurenta – creditoare arată că executarea silită a membrilor de conducere ai debitoarei trebuie realizată înainte de închiderea procedurii insolvenței. Niciun text din lege nu dispune în acest sens, dimpotrivă, prevederile art. 140 din lege (n. n. actualul art. 142 din Legea nr.85/2006) permit ca executarea silită să se realizeze după închiderea procedurii insolvenței.”

Natura juridică de normă de trimitere a art. 142 alin. (2) din Legea nr.85/2006

Ca natură juridică, art. 142 alin. (2) din Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței, reprezintă o normă de trimitere la prevederile Codului de procedură civilă *“Executarea silită ... se efectuează de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă”*, cu indicarea persoanei care are calitate pentru punerea în executare a titlului executoriu obținut.

Prin aceeași decizie citată și mai sus, și în aplicarea art. 142 alin. (2) se reține: *“...susținerile recurente privind nerespectarea de către lichidatorul judiciar a obligației de punere în executare a hotărârii de atragere a răspunderii fostului administrator nu sunt întemeiate, întrucât față de această hotărâre, obligația de punere în executare revine creditorului parte în cauză și nu lichidatorului judiciar.”*

De asemenea, *“În baza art. 373¹ și art. 371¹ C. pr. civ., se constată că cererea de executare se depune la executorul judecătoresc de către creditor, iar cheltuielile de executare se suportă de partea care solicită îndeplinirea actelor de executare, sau în cazul actelor dispuse din oficiu, cheltuielile se avansează de creditor.”*

De altfel, instanța de executare, în cazul unei cereri de executare silită² formulată de lichidatorul societății aflate în insolvență, în vederea punerii în executare a sentinței prin care s-a admis cererea unei creditoare din dosarul de faliment, privind antrenarea răspunderii fostului administrator al societății, a fost respinsă, pentru lipsa calității procesuale active a celui care a formulat cererea.

Astfel, instanța de executare a reținut: *“În condițiile art. 129 /130 C.pr.civ, instanța a solicitat creditoarei să facă dovada identității între reclamantă și creditoare.*

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 371 alin. (1) C. pr. civ. pot fi puse în executare obligațiile stabilite în titlul executoriu, iar în cauză nu s-a făcut dovada imputernicirii date de judecătorul-sindic lichidatorului în vederea executării silite a titlului executoriu.

Față de aceste considerente, în temeiul art. 372 C. pr.civ., instanța va respinge cererea de încuviințare a executării silite având ca obiect recuperare de creanță, ca fiind formulată de o persoană ce nu și-a justificat calitatea de reprezentant al reclamantei.”

Admisibilitatea unor cereri privind încuviințarea executării silite a titlului obținut în atragerea răspunderii, de către creditori.

Este inadmisibilă și nelegală practica creditorilor bugetari de a solicita judecătorului-sindic încuviințarea executării silite prin organele de executare proprii.

Este adevărat că, din structura de organizare a instituțiilor bugetare, fac parte și organe execuționale, dar activitatea acestora este guvernată de acte normative distincte și reguli proprii, care derogă de la prevederile cărții a V-a a Codului de procedură civilă.

În aprecierea nelegalității unor astfel de cereri, trebuie să pornim de la caracterul de procedură colectivă al Legii nr.85/2006, precum și de la scopul acestei proceduri: de acoperire a pasivului.

Pasivul societății comerciale aflate în insolvență, fiind constituit din toate creanțele cuprinse în tabelul creditorilor, trebuie acoperit - în cazul executării silite a sentinței de atragere a răspunderii devenită titlu executoriu - printr-o executare silită, care să respecte principiul distribuției sumelor atrase la masa

credală, în ordinea stabilită de lege.

Executarea silită, prin organele proprii de executare ale instituțiilor bugetare, nu face decât să încalce aceste principii imperative ale procedurii insolvenței, întrucât distribuirea sumelor obținute pe această cale, se va face unilateral către cel care execută.

Obligatoritatea desemnării executorului judecătoresc de către judecătorul-sindic, anterior închiderii procedurii

În practică se întâlnesc numeroase cereri ale creditorilor, care au obținut sentințe privind antrenarea răspunderii organelor de conducere/supraveghere a societății aflate în insolvență, având ca obiect desemnarea de către judecătorul-sindic a executorului judecătoresc, anterior închiderii procedurii, această practică fiind nelegală.

Nici actuala Lege nr.85/2006 privind procedura insolvenței, și nici Legea nr.64/1995, abrogată prin actul normativ menționat anterior, nu conțin în cadrul lor vreun temei legal care să reglementeze expres, sau care să facă trimitere la vreun act normativ, care să stabilească obligația de desemnare de către judecătorul-sindic, în particular, sau de către instanță, în general, a executorului judecătoresc, învestit cu executarea silită a unei sentințe, în cazul nostru, a titlului obținut în procedura reglementată de art.138.

Singurele acte normative care stabilesc condițiile și persoanele care pot desemna executorul judecătoresc sunt Codul de procedură civilă și Legea nr.188/2000 privind executorii judecătorești.

Este, astfel, corectă practica instanțelor³ prin care se reține, că art. 142 alin. (1) nu stabilește în sarcina judecătorului-sindic obligația de a desemna executorul judecătoresc, înainte de închiderea procedurii, ci din contră sentința de obligare a foștilor administratori la plata pasivului, constituie titlu executoriu și urmează a fi pusă în executare conform procedurii de executare silită de drept comun. Doar sumele urmează a fi repartizate de către executorul judecătoresc, în conformitate cu prevederile Legii nr.85/2006, potrivit tabelului definitiv consolidat pus la dispoziția sa de către lichidator.

Prin formularea art. 142 legiuitorul nu a înțeles să instituie în sarcina judecătorului-sindic obligația desemnării executorului înainte de închiderea procedurii, ci, dimpotrivă, transferând către executorul judecătoresc (desemnat cu respectarea dispozițiilor Codului de procedura civilă și ale Legii nr. 188/2000 privind executorii judecătorești, cu modificările ulterioare) sarcina repartizării sumelor recuperate pe calea executării silite (potrivit tabelului definitiv consolidat) tocmai în considerarea celor stabilite în alin. (1) al art. 142 din Legea nr.85/2006.

Natura juridică a obligației de transmitere a tabelului definitiv consolidat către executorul judecătoresc, în vederea efectuării distribuției

Este adevărat că, potrivit art. 136, lichidatorul și orice persoane care l-au asistat sunt descărcate de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și avera lui. Însă, obligația de a comunica a tabelului definitiv consolidat către executorul judecătoresc nu intră în contradicție cu prevederile art. 136, întrucât, această obligație are, mai degrabă, caracterul unei măsuri administrative, potrivit mai multor opinii avansate în doctrina de specialitate⁴ pentru asigurarea finalizării acestei etape, cu respectarea dispozițiilor speciale privind efectuarea plății datoritorilor.

În același sens stabilește și jurisprudența recentă a Tribunalului Brașov, apreciind că obligația de comunicare a tabelului definitiv consolidat către executor are caracterul unei măsuri administrative, care poate fi îndeplinită și ulterior închiderii procedurii.

În opinia noastră, nu caracterul de măsură administrativă al acestei obligații, este determinant, pentru închiderea procedurii, într-un moment sau altul: înainte sau după îndeplinirea sa. O mare parte din obligațiile practicianului în insolvență, în procedura

Legii nr.85/2006 au caracter administrativ, fără a determina și închiderea procedurii.

În schimb, determinantă pentru admiterea unei cereri de închidere a procedurii anterior comunicării tabelului definitiv consolidat către executorul judecătoresc, poate fi doar interpretarea normei juridice conținute de art. 142 în considerarea scopului pentru care a fost edictată de legiuitor, respectiv închiderea procedurii, fără condiția îndeplinirii oricăror formalități pentru punerea în executare a titlului obținut în baza art. 138 din Legea nr. 85/2006.

De altfel, nimic nu împiedică lichidatorul ca, odată sesizat de către executorul judecătoresc, sau de creditorul interesat, să procedeze la comunicarea tabelului definitiv al creanțelor, în vederea efectuării distribuției. Din acest punct de vedere, obligația arătată poate fi interpretată ca o simplă excepție, și singura, de la descărcarea lichidatorului de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, potrivit art. 136.

Aplicabilitatea art. 142 în condițiile formulării cererii de atragere a răspunderii organelor de conducere sau supraveghere ale persoanei juridice aflate în insolvență. Soluții actuale și propuneri de lege ferenda

Dacă sub imperiul Legii nr.64/1995, republicată creditorii erau cei care formulau acțiunea în atragerea răspunderii patrimoniale a organelor de conducere sau supraveghere ale societății debitoare, art. 138 din Legea nr. 85/2006 conferă calitate procesuală activă administratorului judiciar/lichidatorului, în principal, și comitetului creditorilor, în subsidiar, în măsura autorizării acestora de către judecătorul-sindic în condițiile art. 138 alin. (3).

Lichidatorul promovează o astfel de cerere, în interesul tuturor creditorilor, iar scopul explicit reglementat de legea insolvenței pentru formularea acestei acțiuni, este același cu scopul întregii proceduri: respectiv, acoperirea pasivului societății debitoare.

Nemodificarea art. 142, la intrarea în vigoare a Legii nr.85/2006, în forma actuală, în vederea corelării cu conținutul art. 138 și prevederile Codului de procedură civilă, în materia executării silite, impune cu necesitate crearea unei practici unitare a instanțelor române, în sensul însărcinării creditorilor cuprinși în tabelul definitiv al creanțelor, prin intermediul sentinței de atragere a răspunderii, pentru punerea în executare a titlului executoriu obținut, după închiderea procedurii, în chiar considerarea interesului acestora și a scopului pentru care se formulează acțiunea prevăzută de art. 138.

De lege ferenda, se impune completarea legii insolvenței, în sensul inserării unei prevederi exprese, care să confere creditorilor aflați în tabelul definitiv consolidat al creanțelor, legitimarea procesuală pentru îndeplinirea tuturor demersurilor necesare pentru punerea în executare a sentinței obținute în atragerea răspunderii.

NOTE

¹ Dec. nr. 413/R/25.08.2006 a Curții de Apel Brașov - dos. com. nr. 444/C/R/2006

² Încheierea Judecătoriei Brașov din data de 28.04.2006, pronunțată în dos. nr. 409/2006, nepublicată

³ Dec. nr. 190/R/16.01.2006 a Curții de Apel București, Secția a VI-a comercială – și Dec. nr. 2419/R/22.11.2005 a Curții de Apel București Secția a VI-a comercială publicată în Ileana Izabela Dolache și Cosmin Horia Mihăianu – *“Reorganizarea judiciară și falimentul. Practica judiciară”* Ed. Hamangiu, 2006, p. 342-348

⁴ Ileana Izabela Dolache și Cosmin Horia Mihăianu – *“Reorganizarea judiciară și falimentul. Practica judiciară”* Ed. Hamangiu, 2006, p. 342-348 și *“Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații”* – Ioan Adam, Codrut Nicolae Savu, ed. C.H.Beck, 2006, p.815

Regimul fiscal al comercianților aflați în lichidare voluntară sau judiciară

– Partea a II-a –

Prof. univ. dr. Radu Bufan
Universitatea din Timișoara

Cons. jur. Vladimir Marinescu

II. REGIMUL FISCAL AL LICHIDĂRII VOLUNTARE

1. Cadrul legal

Cadrul legal al lichidării voluntare este prevăzut de Legea nr. 31/1990¹. Regimul fiscal al lichidării este reglementat de Codul fiscal ale cărui texte necesită precizări pentru evitarea unor confuzii.

● Art. 7 „Definiții” stabilește foarte clar că din operațiunea de lichidare nu pot rezulta dividende, acesta fiind sensul neechivoc al definiției de la pct. 12. De aceea Codul fiscal nu face vorbire despre impozitul pe dividende în Titlul II „Impozit pe profit”; impozitul pe dividende este reglementat doar în Titlul III ca venit impozabil din investiții al persoanelor fizice.

● Surplusul din lichidare, respectiv suma primită de către asociați (acționari) peste capitalul subscris și vărsat la societate are o reglementare proprie. Acest „*bonis de liquidation*” constituie un venit „din orice sursă” al persoanei juridice române sau un venit impozabil din investiții al persoanei fizice rezidente (art. 65, al. (1), lit. e), Cod fiscal).

Deoarece acest surplus nu era impozitat dacă beneficiarul venitului este un nerezident, modificările Codului fiscal intrate în vigoare de la 1.01.2007 completează această omisiune introducând la art. 115, al. (1) lit. g) un text corespunzător.

● Textul de principiu aplicabil pare a fi art. 27, al. (2) Cod fiscal care dispune că „distribuirea de active de către o persoană juridică română către participanții săi, fie sub formă de dividend, fie ca urmare a operațiunii de lichidare, se tratează ca transfer impozitabil, exceptându-se cazurile prevăzute la al. (3)”. Pe baza acestui text „transferul impozabil” respectiv valoarea activului net distribuit se va impozita cu titlu de „*bonis de liquidation*”.

2. Impozitarea profitului și rezervelor

Dacă în cursul operațiunilor de lichidare se vor obține venituri superioare cheltuielilor, această diferență constituie profit și se impozitează fără a fi necesar alt text decât cel de principiu al art. 19 și 21 din Codul fiscal. Totuși pentru a se evita orice confuzii, Normele metodologice prevăd, la pct. 81, următoarele: „Profitul impozabil în cazul lichidării se calculează ca diferență între veniturile și cheltuielile efectuate pentru realizarea acestora, calculate cumulativ de la începutul

anului fiscal, luându-se în calcul: profitul din lichidarea patrimoniului, sumele din anularea provizioanelor, sumele înregistrate în conturi de capitaluri proprii constituite din profitul brut și care nu au fost impozitate la data constituirii, alte elemente similare veniturilor și cheltuielilor.”

În interpretarea art. 81 din Norme trebuie făcute următoarele precizări. Enumerarea aceasta are următoarea semnificație:

- profitul din lichidarea patrimoniului rezultă din compararea prețului de vânzare al bunurilor cu valoarea la care sunt înregistrate în contabilitate (valoarea rămasă);

- sumele rezultate din anularea provizioanelor constituie venituri impozabile, în cazul în care cheltuielile cu provizioanele au fost deductibile fiscal la data constituirii lor sau la o dată ulterioară;

- sumele înregistrate în conturi de capitaluri proprii constituite din profitul brut și care nu au fost impozitate la data constituirii sunt, în principal, rezervele legale (5% din profitul brut). Baza teoretică a impozitării rezervelor legale la lichidare o constituie lipsirea lor de rolul de „tampon” în acoperirea pierderilor înainte de a afecta capitalul, rol ce nu mai poate fi îndeplinit datorită lichidării societății.

Deși Codul fiscal a intrat în vigoare la 1.01.2004, o reglementare la nivel corespunzător de act normativ (lege, ordonanță) a existat și în Legea nr. 414/2002; art. 9, alin. (5), al acestui act normativ dispunea următoarele: „*Schimbarea destinației rezervelor și a fondurilor care au fost deductibile din profitul impozabil, potrivit prevederilor legale, prin distribuirea către acționari, sub orice formă, cu ocazia lichidării, divizării, fuziunii, dizolvării societății sau a retragerii unui acționar/asociat, va atrage impunerea sumelor respective cu impozit pe profit și impozit pe dividende, conform prevederilor legale în vigoare. Fac excepție sumele transferate în cazul dizolvării fără lichidare, dacă succesorul de drept al contribuabilului menține sistemul de impunere conform prezentei legi.*”

Pe baza textelor constituționale referitoare la neretro-activitatea legii (art. 15, al. (2)) putem conclua că rezervele legale constituite înainte de 30.06.2002 nu sunt impozabile cu impozit pe profit nici la lichidare.

Această concluzie se impune deoarece în lipsa unui text legal expres, în vigoare la data constituirii rezervelor, regimul acestora rămâne reglementat de către legile aplicabile la data nașterii lor.

Această aplicație a principiului supremației legii (art. 138 alin. (2) din Constituție) poate fi pusă în discuție apelând la identificarea scopului rezervei legale neimpozabile, a cărei

existență însăși nu se mai justifică la încetarea existenței societății. Acceptând acest raționament, am accepta că, oricând, o reglementare ulterioară poate modifica regimul fiscal care conduce la nașterea unor drepturi în patrimoniul contribuabilului cu mult înainte.

În lumina doctrinei franceze și belgiene, acest tip de reglementare este considerat a fi o normă retroactivă, deoarece „atentează” la drepturi definitiv stabilite, la drepturi „dobândite” definitiv (*acquis*).

Deci, trebuie rezolvat „conflictul” dintre norma constituțională a neretroactivității și raționamentul ce ia în considerare scopul rezervei legale; considerăm că soluția este indiscutabil în favoarea normei constituționale care nu permite nici o excepție. Situația este retroactivă deoarece, impozitând rezerve – create în 1995 spre exemplu, la lichidare – în 2007, ar însemna ca acel contribuabil să fi putut prevedea, la data constituirii rezervei, că aceasta va fi impozitată în viitor.

3. Regimul fiscal al rezervelor provenite din reevaluarea imobilizărilor corporale

● Art. 22, al. (5) Cod fiscal, ca text de principiu, dispune următoarele: *„Reducerea sau anularea oricărui provizion ori a rezervei care a fost anterior dedusă se include în veniturile impozabile, indiferent dacă reducerea sau anularea este datorată modificării destinației provizionului sau a rezervei, distribuirii provizionului sau rezervei către participanți sub orice formă, lichidării, divizării, fuziunii contribuabilului sau oricărui alt motiv. Prevederile prezentului alineat nu se aplică dacă un alt contribuabil preia un provizion sau o rezervă în legătură cu o divizare sau fuziune, reglementările acestui articol aplicându-se în continuare aceluși provizion sau rezervă.”*

În interpretarea acestui text sunt necesare următoarele precizări:

- rezervă (sau provizion) anterior dedusă înseamnă, în sens larg nu doar constituirea unui provizion fiscal deductibil dar și spre ex., includerea în costuri, sub forma amortizării, a unei părți din valoarea reevaluată (impactul reevaluării) înregistrată în conturile de imobilizări;

- provizionul sau rezerva nu sunt active ci pasive, și deci nu se pot distribui către participanți (asociați/acționari), neîntrând, într-o interpretare literală, în câmpul de aplicare al art. 27, al. 2 Cod fiscal în aplicarea căruia au fost emise normele metodologice de la pct. 80, 81 și 82. La lichidare mai degrabă suntem în situația modificării destinației rezervei (provizionului) *latu sensu*, datorită lichidării.

● Pct. 57¹ din Normele metodologice dispune următoarele: *„În aplicarea prevederilor art. 22, alin. (5), corelate cu dispozițiile art. 19 din Codul fiscal, surplusul din reevaluarea imobilizărilor corporale, care a fost anterior deductibil, evidențiat potrivit reglementărilor contabile în contul „Rezultatul reportat” sau în contul „Alte rezerve”, analitice distincte, se impozitează la momentul modificării destinației rezervei, distribuirii rezervei către participanți sub orice formă, lichidării, divizării, fuziunii contribuabilului sau oricărui alt motiv, inclusiv la folosirea acestuia pentru acoperirea pierderilor contabile. Pentru calculul profitului impozabil aceste sume sunt elemente similare veniturilor.”*

● Acest text fiscal, chiar dacă foarte neplăcut pentru practicienii fiscali, este în concordanță cu normele ce reglementează contabilitatea reevaluării, din reevaluare neputând rezulta consecințe fiscale.

● Prin reevaluare se majorează valoarea de înregistrare (de inventar) a activelor imobilizate, concomitent cu creșterea de aceeași mărime a pasivului în conturile de rezerve (rezerve din reevaluare). La vânzarea acestor imobilizări, practica contabilă curentă debitează valoarea amortizată și ca diferență până la valoarea de inventar înregistrează cheltuieli, adică valoarea rămasă neamortizată.

Un tratament contabil corect constă însă în debitarea contului de rezerve (contul 105 sau 106.5) din reevaluare cu suma aferentă rezervelor constituite la fiecare reevaluare (din 1990 până la zi) pentru respectivul mijloc fix vândut. Astfel, efectul fiscal dispare, deoarece pe costuri se va înregistra doar valoarea rămasă neamortizată (foarte mică), calculată ca diferență între prețul de vânzare pe de o parte și suma dintre diferențele din reevaluare și amortizarea cumulată, pe de altă parte. În acest sens, prin Normele de aplicare a H.G. nr. 403/2000 s-au precizat și înregistrările contabile ce trebuie făcute la reevaluare dar și ulterior, la ieșirea mijlocului fix respectiv din patrimoniul societății.

Acest mod de evidențiere a reevaluărilor este în concordanță cu OMFP nr. 94/2001 care armonizează reglementările contabile române cu Standardele Internaționale de Contabilitate, valabile în economii stabile, cu rata redusă a inflației și, în prezent cu cele ale OMFP nr. 1752/2005.

O încercare de ameliorare a efectelor fiscale ale acestor operațiuni s-a manifestat prin modificările din 2004 care prevedeau că profiturile (câștigurile) din vânzarea de imobilizări se impozitează cu doar 10 %, comparativ cu cota normală de impozit pe profit de 25 % existentă la acea dată ; (art. 30 alin. 5 Cod fiscal, abrogat la 30.03.2005).

● Impozitarea rezervelor din reevaluare are și o logică economică și fiscală evidentă: dacă s-a majorat activul și efectul reevaluării a fost trecut în costuri, pentru a contribui la constituirea fondurilor de înlocuire a imobilizărilor, odată cu încetarea activității *principiul on going concern* nu mai acționează, deci dispare premisa pe care s-a admis deductibilitatea acestor sume, și anume, înlocuirea mijloacelor fixe existente cu altele noi.

● Pe teren strict juridic, nu este însă clar de când produce efecte această dispoziție, având în vedere că normele de înregistrare contabile standard ce prevăd debitarea ct. 105 la ieșirea din patrimoniu a mijloacelor fixe datează oficial din anul 2000. Dacă admitem că aceasta este baza legală, este aplicabilă doar reevaluărilor efectuate începând cu H.G. nr. 403/2000; dacă însă admitem că logica contabilă ce prevede debitarea mai întâi a rezervelor (la vânzarea/ieșirea mijlocului fix) este în vigoare încă de la data apariției Legii nr. 82/1991, dispoziția fiscală s-ar aplica pentru toate reevaluările efectuate ulterior intrării în vigoare a respectivei legi.

Orice artificii contabile și orice subtilități juridico – fiscale am întreprinde, surplusul de valoare realizat (concretizat) odată cu vânzare mijloacelor fixe, conduce la obținerea unui profit și la determinarea impozitului aferent.

4. Regimul fiscal al rezervelor și fondurilor provenite din facilități fiscale

Textul art. 22, al. (6) Cod fiscal dispune următoarele: *„Sumele înregistrate în conturi de rezerve legale și rezerve reprezentând facilități fiscale nu pot fi utilizate pentru majorarea capitalului social sau pentru acoperirea pierderilor. În cazul în care nu sunt respectate prevederile prezentului alineat, asupra acestor sume se recalculează impozitul pe profit și se stabilesc dobânzi și penalități de întârziere, de la data aplicării facilității respective, potrivit legii.”*

Acest text a fost introdus în dreptul nostru fiscal prin Legea nr. 232/31 mai 2003 de aprobare a O.G. 36/30 ianuarie 2003, și anume art. II, pct. 2 care modifică art. 2, alin. (7) al Legii nr. 414/2002.

În aplicarea acestui text legal, pct. 58 din Normele metodologice dispune că „*Intră sub incidența art. 22, alin. (6) din Codul fiscal următoarele sume înregistrate în conturi de rezerve sau surse proprii de finanțare, în conformitate cu reglementările privind impozitul pe profit:*

a) *sumele reprezentând diferențele nete rezultate din evaluarea disponibilului în devize, în conformitate cu actele normative în vigoare, care au fost neimpozabile;*

b) *scutirile și reducerile de impozit pe profit aplicate asupra profitului investit potrivit prevederilor legii, inclusiv suma profitului investit, diferența dintre cota redusă de impozit pentru exportul de bunuri și/sau servicii și cota standard, precum și cele prevăzute în legi speciale.”*

O aplicare a acestor texte intervine în lichidare doar când societatea a înregistrat pierderi și contul de pierderi este „închis” (soldat) prin diminuarea contului de pasiv care evidențiază rezervele provenite din facilitățile fiscale.

● Totuși, dispozițiile severe ale pct. 58 par a fi contrazise de dispozițiile pct. 82 din Norme care dispun că „*La calculul impozitului pe profit datorat de contribuabilii care își încetează existența în urma operațiunilor de lichidare nu sunt impozitate rezervele constituite din profitul net, inclusiv sumele aferente unor reduceri ale cotei de impozit, repartizate ca surse proprii de finanțare pe parcursul perioadei de funcționare, potrivit legii, acestea fiind tratate în conformitate cu prevederile art. 22”*. Din acest text reținem că singurul caz în care nu se contrazice cu pct. 58 este cel în care societatea în lichidare nu are pierderi, în acest caz rezerva fiind neimpozabilă, textul legal aplicabil fiind art. 22, al. (6) Cod fiscal.

Și în cazul în care rezervele ar fi utilizate pentru acoperirea pierderilor, dispozițiile pct. 58 nu sunt aplicabile decât acelor facilități fiscale (scutiri și reduceri ale impozitului pe profit) constituie după intrarea în vigoare a Codului fiscal (2004). Aceste dispoziții nu pot fi aplicabile facilităților fiscale acordate înainte de 02.02.2003 deoarece se încalcă principiul constituțional al neretroactivității legii consacrat la art. 15 al. (2) din Constituția României.

S-ar putea totuși susține că ar fi suficiente - pentru a impozita rezervele provenite din facilități fiscale - și textele deja invocate din legile anterioare, respectiv art. 9, al. (5) din Legea nr. 414/2002. Această interpretare extrem de largă pare totuși excesivă față de textul care este supus interpretării și care nu permite o astfel de extensie, pe nici o metodă de interpretare rațională. și dacă am admite că textul – citat anterior – al Legii nr. 414/2002 ar putea fi interpretat în sensul că se referă și la schimbarea destinației reducerilor de impozit pe profit, în orice caz această interpretare nu poate retroactiva înainte de 01.07.2002, deoarece în nici o variantă a O.G. nr. 70/1994 nu există o prevedere în acest sens.

III. FISCALITATEA PROCEDURII INSOLVENȚEI

1. Fiscalitatea perioadei anterioare deschiderii procedurii

1.1. Recalcularea profitului/pierderii

a) În perioada anterioară deschiderii procedurii, regimul fiscal al comerciantului este cel de drept comun. Odată însă cu deschiderea procedurii administratorul desemnat are atribuția și obligația de a verifica operațiunile încheiate în perioada

suspectă de 3 ani anteriori, putând anula unele acte făcute în paguba creditorilor. În cazul în care va proceda la anularea unor astfel de acte, în general transferuri de bunuri la prețuri derizorii, va corecta rezultatele financiare ale perioadei și baza impozabilă aferentă cu aceste ajustări, operațiuni din care pot rezulta obligații mai mari către stat, datorită „repunerii” unor operațiuni caracterizate prin venituri mai mici (preț vânzare derizoriu) și cheltuieli deductibile mai mari (valoare rămasă) sau anulării actelor „comutative dezechilibrate”.

În acest caz obligațiile fiscale mai mari, stabilite pentru perioade anterioare, vor atrage accesorii (dobânzi, majorări) care vor conduce la creșterea masei pasive.

b) Pentru a nu se denatura ordinea legală a distribuirii administratorul judiciar va verifica regularitatea și sinceritatea situațiilor financiare din cei 5 ani anteriori; de regulă, în perioada anterioară încetării plăților, comercianții încearcă să mascheze pierderile, înregistrând ca active bilanțiere anumite sume ce ar fi trebuit înregistrate pe cheltuieli, astfel: cheltuieli în avans, sume în curs de clarificare, producție neterminată supraevaluată, etc. Probabilitatea de a identifica astfel de manopere este foarte mare, deoarece de regulă, insolvența este expresia insolvabilității, a preponderenței pasivului față de activ; în majoritatea cazurilor de societăți insolvente, lipsa de cash este consecința unei activități deficitare, a pierderilor acumulate, ori menținerea artificială în viață a acestor societăți prin credite bancare înseamnă inclusiv „cosmetizarea” bilanțului pentru a le putea obține. În acest caz, va modifica corespunzător contul de profit și pierderi al exercițiului financiar în care au fost identificate, pentru a aplica corespunzător dispozițiile art. 26, alin. (1) Cod fiscal, ce dispune că „pierderea anuală stabilită prin declarația de impozit pe profit, se recuperează din profiturile impozabile obținute în următorii 5 ani consecutivi”.

În cazul în care se descoperă astfel de erori sau alterări ale situațiilor financiare, profitul declarat se va diminua sau se va transforma în pierdere, cu consecința diminuării masei credale atât cu diferența de impozit (pe profit și dividende) cât și cu accesorii (majorări, dobânzi, etc.) aferente.

Din punct de vedere al procedurii fiscale, este posibil ca, deși administratorul judiciar să fi identificat pierderi în exercițiile anterioare societatea debitoare, care declarase profituri nereale, să fi constituit obiectul verificării fiscale, iar decizia de impunere emisă în urma inspecției fiscale să nu fi fost contestată. În acest caz, decizia de impunere neatacată în termenul legal rămâne definitivă iar practicianul în insolvență se va vedea nevoit să impute sumele reprezentând impozit pe profit, dividende, accesorii, etc, persoanelor vinovate și anume administratorul, directorul financiar și cenzorii/auditorii care au semnat și certificat situațiile financiare și declarațiile fiscale.

Totuși, în baza dispozițiilor art. 103 alin. (3) Cod procedură fiscală, considerăm că organul fiscal competent ar trebui sesizat cu o cerere de reverificare a perioadei deja controlate pe baza apariției unor elemente noi (date suplimentare și erori), respectiv a pierderilor mascate. **În aceste cazuri, deși textul legal lasă aprobarea la latitudinea conducătorului organului fiscal respectiv, considerăm că acesta are obligația de a aproba reverificarea; aplicarea legii trebuie să fie făcută pe bază de principii, de reguli, iar descoperirea unor elemente care au afectat sinceritatea și realitatea situațiilor financiare constituie motiv de reverificare indiferent dacă rezultatul ar fi „favorabil” sau „nefavorabil” fiscalului. Nu se poate lua o decizie de reverificare doar când se așteaptă creșterea masei impozabile, ci în toate cazurile în care nu s-au respectat principiile contabilității; în caz contrar, am fi în prezența „statului bunului plac al funcționarilor”, nu al statului de drept.**

Creanțele bugetare reprezentând impozite și taxe datorate diferențelor bugetare vor fi declarate și înscrise la masa credală, calculate până la data deschiderii procedurii.

1.2. Regimul majorărilor, dobânzilor, penalităților

În sensul utilizat în prezent, calcularea de accesorii unei creanțe (în sensul Codului de procedură fiscală art. 22 lit. d) înseamnă a-i adăuga dobânzi, majorări și penalități; pentru identificarea acestor accesorii, legea fiscală folosește denumiri diferite, variabile în timp (penalități de întârziere, etc.).

Rolul economic esențial al acestor accesorii constă în aceea că ele reprezintă o modalitate de conservare a valorii unei creanțe, punând la adăpost pe creditorul ce le poate invoca împotriva erodării valorii reale a creanței sale datorită inflației, etc.

Aceste accesorii au și un rol educațional important, reprezentând o sancțiune pentru încălcarea obligației legale de plată a debitului principal la termenul legal.

Pentru societățile comerciale aflate sub incidența dispozițiilor Legii nr. 85/2006 republicată, următoarele texte legale sunt pertinente:

Art. 41: (1) Nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii.

(2) Prin excepție de la alin. (1), creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv și/sau în tabelul definitiv consolidat, după caz, la valoarea garanțiilor, evaluată în conformitate cu art. 39 alin. (1) lit. A, dar nu mai mult decât valoarea totală a creanței garantate de acea garanție. La distribuția prețului garanției, creditorul garantat va fi îndreptățit să calculeze accesoriile la creanța garantată până cel mult la data vânzării bunului, cu condiția ca prețul bunului să fie corespunzător mai mare decât valoarea inițial evaluată. În cazul în care prețul va fi inferior valorii evaluate, la distribuție se va ajusta corespunzător raportul dintre partea garantată și cea negarantată a creanței.

(3) În cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, dobânzile, majorările ori penalitățile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligațiile născute ulterior datei deschiderii procedurii generale se achită în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți. În cazul în care planul eșuează, prevederile alin. (1) și (2) se aplică corespunzător pentru calculul accesorilor cuprinse în programul de plăți, la data intrării în faliment.

(4) Nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute ulterior datei deschiderii atât a procedurii simplificate, cât și a celei generale, în cazul în care nici un plan de reorganizare nu este confirmat.

Aceste dispoziții se coroborează cu cele ale Codului de procedură fiscală; în urma modificărilor din 2006, textul acestuia este în concordanță cu textul Legii nr. 85/2006 abrogându-se art. 118 alin. (4) care era în contradicție cu reglementarea din Legea privind procedura insolvenței.

Din textele citate rezultă următoarele concluzii:

- este permisă calcularea de accesorii, ca principiu, la orice creanță garantată, indiferent de faza procedurii în care ne găsim, cu singura condiție ca prețul evaluat și respectiv cel obținut din vânzare să acopere integral valoarea creanței și a accesorilor. Data limită până la care se pot calcula aceste accesorii este data vânzării bunului, suma încasată nemaiproducând accesorii până la data distribuirii;

- o altă regulă este aceea că, pentru celelalte creanțe, inclusiv pentru creanțele fiscale care nu sunt garantate nu se mai

calculează accesorii de la data deschiderii procedurii; regula este valabilă atât pentru creanțele născute anterior deschiderii procedurii, cât și pentru cele născute după deschiderea procedurii, respectiv în perioada de observație sau în procedura de faliment;

- singura excepție de la această regulă o constituie aprobarea unui plan de reorganizare; în acest caz, creanțele născute după deschiderea procedurii vor beneficia de calcularea de accesorii în măsura în care programul de plăți le prevede, deci în măsura în care creditorii au aprobat închiderea lor în plan.

Observăm că, din aplicarea concomitentă a celor 2 excepții, rezultă că se calculează accesorii atât la creanțele garantate, dacă suma de valorificare a bunului o permite, cât și la creanțele pentru care planul de reorganizare aprobă aceasta. Excepțiile se aplică concomitent, astfel că planul nu poate prevedea că nu se calculează accesorii la creanțele garantate, dacă valoarea reală a bunurilor garantate o permite; cu alte cuvinte, condiția de la alin. (3) nu se aplică și asupra excepției de la alin. (2).

2. Fiscalitatea perioadei de observație

2.1. Principalele repere

Perioada de observație este cea care începe odată cu deschiderea procedurii și se încheie fie la începerea reorganizării, fie la intrarea în faliment consecutivă neaprobării niciunui plan.

Până la stabilirea de către adunarea creditorilor a modalității de continuare a procedurii, în cursul perioadei de observație activitatea societății poate continua. În cazul în care activitatea societății continuă în perioada de observație, exploatarea poate genera profit, în sensul că veniturile sunt în cuantum mai mare decât cheltuielile efectuate pentru realizarea acestora. Orice profituri însă trebuie să servească satisfacerii creditorilor societății, dar dată fiind intrarea acestora în procedura reorganizării judiciare și falimentului, nu se mai pot face plăți decât în condițiile legii, orice distribuție trebuind să respecte ordinea de prioritate a creanței și proporționalitatea gradului de îndestulare a creditorilor din aceeași categorie. În acest fel, nu s-ar putea susține că societatea realizează profit dacă activitatea de după deschiderea procedurii produce venituri mai mari decât cheltuielile, și dacă în cursul aceluiași exercițiu financiar au fost angajate cheltuieli, care nu au fost efectuate (plătite), iar creditorii care au finanțat respectivele cheltuieli sunt înscrși la masa credală și nu pot recupera creanța decât înscriindu-se la masa credală. Profitul realizat de societate la sfârșitul exercițiului financiar trebuie însă calculat luându-se în considerare și aceste datorii neplătite, care se constituie în cheltuieli ale exploatării aferente respectivului an.

Pe de altă parte, conform art. 26, al. 1 din Codul fiscal, pierderea anuală, stabilită prin declarația de impozit pe profit, se recuperează din profiturile impozabile obținute în următorii 5 ani. Datoriile neonorate ale societății din anii anteriori intrării în procedură vor genera pierdere fiscală care se va imputa asupra profitului realizat în anul intrării în procedura legii insolvenței.

2.2. Clasificarea obligațiilor fiscale pentru distribuire

Obligațiile fiscale născute în această perioadă și neplătite pot fi calificate diferit din punct de vedere al priorității lor la o viitoare distribuție, astfel:

- impozitele și taxele pe clădiri, terenuri, mijloace de transport, etc. vor fi considerate cheltuieli de conservare și administrare a bunurilor;

- impozitele și taxele aferente continuării activității (ex: impozit pe salarii, TVA, etc.) vor fi considerate cheltuieli clasificate la prioritatea prevăzută de art. 123, pct. 3.

În această optică, practic toate creanțele fiscale, născute după deschiderea procedurii, nu vor mai fi clasificate la art. 123, pct. 4, aici urmând a fi incluse, *per a contrario*, doar cele născute înaintea deschiderii procedurii.

Practica nu a consacrat o anumită orientare în ce privește alocarea acestor datorii fiscale la pozițiile de la art. 123, pct. 1, pct. 2 sau pct. 4, în funcție de natura lor; considerăm însă că o analiză a acestor datorii pe naturi este utilă pentru a preveni spre exemplu, perseverarea într-o reorganizare fără șanse, etc. Argumentul principal în favoarea acestei teze îl constituie egalitatea de tratament a creditorilor care susțin activitatea societății debitoare după deschiderea procedurii; în acest „concurș” fiscal nu trebuie să fie nici prioritizat dar nici dezavantajat ci trebuie să aibă același regim ca și ceilalți creditor care susțin (creditează) activitatea debitoare.

3. Fiscalitatea reorganizării

3.1. Principalele repere

Considerațiile expuse la analiza creanțelor fiscale născute în perioada de observație referitoare la clasificarea lor de drept, cheltuielile de conservare și administrare respectiv de continuare a activității sunt valabile și pentru perioada de reorganizare.

Atât în perioada de observație cât și în reorganizare, societatea debitoare este prezumată a se comporta ca orice alt agent economic (comerciant) într-o activitate normală, plătind impozitele prevăzute de lege, TVA, accize, etc.

Cu toate acestea, unele dispoziții de natură fiscală par a nu mai recunoaște această stare de „normalitate”, spre ex. dispozițiile art. 185 Cod fiscal care pot conduce la retragerea autorizației de antrepozit fiscal societăților împotriva cărora s-a deschis procedura legii insolvenței.

3.2. Veniturile din remiterile de datorie

În situația în care, în baza planului de reorganizare confirmat de creditor, activitatea societății continuă iar o parte din creanțele asupra acesteia au fost reduse, ca urmare a unor remiteri de datorie consimțite de către creditor, scăderea cuantumului obligațiilor se evidențiază ca un venit impozabil al societății. Astfel, societatea beneficiază de prestația sau bunul achiziționat, fără a plăti în schimb echivalentul bănesc pe care s-a obligat prin contract să-l plătească, datorită faptului că creditorii au consimțit, prin intermediul planului de reorganizare, o remitere de datorie.

4. Fiscalitatea falimentului (lichidarea judiciară)

4.1. Particularități ale procedurii falimentului care au consecințe de natură fiscală

În procedura falimentului – în care ajung și majoritatea comercianților ce încep o reorganizare – există o serie de aspecte particulare ce vor influența modul de aplicare a reglementărilor fiscale, dintre care amintim pe cele mai importante :

- restrângerea treptată și apoi încetarea activității de exploatare ; această regulă este consecința principiului capacității restrânse de folosință, care dispune că o societate în

lichidare poate face doar acele operațiuni necesare pentru activitatea de lichidare nemaiputând începe operațiuni comerciale noi ;

- începerea de noi operațiuni poate fi aprobată doar în mod excepțional de către creditor, când lichidatorul demonstrează documentat că pierderea pentru avera debitorului astfel înregistrată este inferioară comparativ cu cea la care se ajunge în ipoteza opririi activității.

Prin urmare, în faliment, majoritatea veniturilor vor proveni din activități financiare (dobânzi din sumele păstrate în bănci, în depozite la termen) și din activități „excepționale”, care constau în vânzarea bunurilor debitoare.

- restrângerea și schimbarea structurii cheltuielilor, astfel:

o nu se mai justifică cheltuieli cum ar fi cele de protocol, sponsorizare/mecenat, etc.

o cheltuielile de publicitate ar trebui să fie suportate de către lichidator, dacă acesta este remunerat și cu o retribuție variabilă (onorariu de succes)

o calculul amortizării nu mai este necesar în perspectiva lichidării societății.

- separarea clară a cheltuielilor înregistrate pe conturile debitoare, de cele suportate de către lichidator; având în vedere că lichidatorul conduce activitatea debitorului, sunt frecvente cazurile în care salariați ai debitorului sunt însărcinați cu executarea bunurilor – cel puțin în cazurile în care se acordă onorariu de succes - activitate care trebuie realizată exclusiv cu personalul plătit de către lichidator.

- activitatea lichidatorului trebuie să se desfășoare în așa fel încât acesta să nu producă prejudicii debitoare; spre exemplu, tot ceea ce vinde trebuie încasat imediat sau cu documente asiguratorii. În consecință, nu sunt admisibile cheltuielile cu provizioane pentru creanțe născute în timpul lichidării. De asemenea, cheltuielile cu dobânzile pot fi admise doar pentru creanțele garantate înscrise la tabelul definitiv al creanțelor.

4.2. Impozitul pe profit

A. Sediul materiei

Dispozițiile legale pertinente pentru profitul realizat în această fază a procedurii sunt următoarele:

a) Cod fiscal, art. 27, alin. (2): „Distribuirea de active de către o persoană juridică română către participanții săi, fie sub formă de dividend, fie ca urmare a operațiunii de lichidare, se tratează ca transfer impozabil, exceptându-se cazurile prevăzute la alin. (3).”

În aplicarea acestei ultime prevederi legale, Normele metodologice dispun următoarele:

Pct. 80: „Distribuirea de active de către o persoană juridică română către participanții săi se poate realiza în cazul lichidării” .

Pct. 81: „Profitul impozabil în cazul lichidării se calculează ca diferență între veniturile și cheltuielile efectuate pentru realizarea acestora, calculate cumulativ de la începutul anului fiscal, luându-se în calcul: profitul din lichidarea patrimoniului, sumele din anularea provizioanelor, sumele înregistrate în conturi de capitaluri proprii constituite din profitul brut și care nu au fost impozitate la data constituirii, alte elemente similare veniturilor și cheltuielilor.”

Pct. 82: „La calculul impozitului pe profit datorat de contribuabilii care își încetează existența în urma operațiunilor de lichidare nu sunt impozitate rezervele constituite din profitul net, inclusiv sumele aferente unor reduceri ale cotei de impozit, repartizate ca surse proprii de finanțare pe parcursul perioadei de funcționare, potrivit legii, acestea fiind tratate în conformitate cu prevederile art. 22. Același tratament se aplică

și rezervelor constituite din diferențe de curs favorabile capitalului social în devize sau din evaluarea, în conformitate cu actele normative în vigoare, a disponibilului în devize, dacă legea nu prevede altfel.”

Interpretarea dispozițiilor legale citate conduce la ideea că sunt aplicabile și la lichidarea voluntară (administrativă) și la faliment deoarece textele nu disting.

Singurul text care, în baza principiului legalității, poate produce efecte în materia fiscală, este textul art. 27 care pune ipoteza distribuirii de active către acționari sau asociați; deci evident doar cazul lichidării voluntare.

Pct. 81 din Norme, în maniera în care este redactat, duce însă la concluzia că în orice lichidare se va obține profit dacă veniturile provenite din lichidare sunt superioare cheltuielilor efectuate pentru realizarea veniturilor. Deci textul pct. 81 constituie un adaos nefericit la textul art. 27, alin. (2), singurul text legal în materie fiscală.

În aceeași ordine de idei, se remarcă faptul că în Cod nu se mai reiau dispozițiile anterioare ale art. 14, alin. (1) din Legea 412/2002, care arată expres că, „în situația lichidării /dizolvării unui contribuabil, pentru determinarea profitului impozabil se ia în calcul și profitul rezultat din lichidarea patrimoniului acestuia”.

Putem oare aprecia că legiuitorul fiscal a considerat că nu mai este necesar un text distinct, fiind „acoperitor” pentru toate situațiile textul art. 19 care definește profitul impozabil ca diferență între veniturile realizate din orice sursă și cheltuielile efectuate în scopul realizării de venituri? Dacă avem în vedere că acest text figurează la „reguli generale”, putem accepta această ipoteză, însă ar fi fost mai bine ca surplusul din lichidare să fie caracterizat expres ca „profit” („boni de liquidation”) și pentru cazul falimentului, printr-un text al Codului fiscal și nu prin norme.

Această precizare ar fi binevenită deoarece la un moment dat legiuitorul a acordat expres un regim mai favorabil vânzării de active, taxându-se cu doar 10%, surplusul („profitul”) obținut din această activitate.

b) Art. 27 alin. (5) din Legea contabilității nr. 82/1991, care dispune că: „Exercițiul financiar al unei persoane juridice care se lichidează începe la data încheierii exercițiului financiar anterior și se încheie în ziua precedentă datei când începe lichidarea. Perioada de lichidare este considerată un exercițiu financiar, indiferent de durata sa”.

Acest text a fost introdus pentru a se asigura echilibrul dintre creditori pe parcursul procedurii, în următoarea situație:

- contribuabilul (societate comercială) este în insolvență, înregistrând pierderi majore pe perioada anterioară deschiderii procedurii (în anii precedenți);
- procedura de lichidare durează un interval apreciabil (3 – 5 - 7 ani);
- în timp, valoarea de piață a bunurilor ce se vând din averea debitorului crește și astfel se obține, în perioada de lichidare un profit,
- acest profit riscă însă să nu se mai poată compensa cu pierderile anterioare, depășind limita de 5 ani stabilită la art. 26 Cod fiscal; în această situație, am putea avea chiar creditori garantați de la masa credală care nu sunt integral plătiți în vreme ce fiscalul „drenează”, sub forma impozitului pe profit din perioada lichidării, aceste sume înspre el;

- prin interpretarea combinată a dispozițiilor art. 26 alin. (1) Cod fiscal cu dispozițiile art. 27 alin. (5) din Legea contabilității tragem concluzia că pierderea de la data deschiderii procedurii, calculată pe fiecare an anterior acestui moment, se recuperează din profiturile obținute în următorii 5 ani consecutivi, perioada lichidării (falimentului) reprezentând, în acest sens, un singur an; deci, se colectează întreg profitul din perioada de lichidare,

se scad pierderile din cei 5 ani anteriori falimentului și se plătește impozit pe diferență.

Această interpretare care nu este la adăpost de o critică formală, are la bază intenția legiuitorului manifestată expres prin modificarea Legii contabilității, lege specială la care face trimitere Codul fiscal.

Faptul că, și în această situație, trebuie depuse anual situații financiare, în virtutea Legii contabilității, nu constituie un argument împotriva tezei expuse mai sus; raportările financiar-contabile au scopul lor, cel de a contribui la „controlul” public asupra oricăror agenți economici, de a furniza date pentru statisticile obligatorii, etc.

C. Profitul din vânzarea activelor

După cum este cunoscut, patrimoniul, la începerea lichidării, include bunuri materiale (imobilizări corporale și necorporale, stocuri, etc) și drepturi de creanță.

În ce privește bunurile mobile – atât stocuri de materiale, mărfuri, etc, cât și creanțele, este evident că acestea pot fi valorificate la valori superioare sau inferioare prețului de achiziție, respectiv pot genera atât profit cât și pierdere.

Pentru aceste valori, care au o rotație mai rapidă, adică o vechime redusă, comparația dintre prețul de achiziție și cel de valorificare este pe deplin justificabilă în vederea determinării profitului.

O problemă apare însă la imobilizările corporale, care, de regulă, reprezintă o parte considerabilă a activului și sunt înregistrate la prețurile „istorice” de achiziție, de cele mai multe ori neaduse la zi prin reevaluare.

În acest caz profitul – dispun normele contabile - se stabilește ca diferență între prețul de vânzare și valoarea rămasă neamortizată a acestor bunuri.

Ori, valoarea contabilă (de achiziție și cea neamortizată) nu poate fi reevaluată în caz de faliment; Penultimul act normativ în materie – dar ultimul aflat la rang de hotărâre a Guvernului, și anume H.G. 403/2000 privind reevaluarea imobilizărilor corporale prevede, la art.1 alin. (7) că: „agenții economici care se află în procedura de dizolvare sau de lichidare administrativă conform Legii nr. 31/1990...sau în procedura de lichidare judiciară conform Legii nr. 64/1995... nu vor proceda la reevaluarea activelor imobilizate”.

Ultimul temei „legal”, în materia reevaluării îl constituie OMFP nr. 1553/2003; despre aplicabilitatea sa se poate susține că aceasta a putut fi efectuată doar la momentul 31 decembrie 2003 dar nu și ulterior, pentru alte date de referință.

Considerăm însă că admisibilitatea reevaluării nu constituie, din punct de vedere fiscal decât o falsă problemă: aplicând strict normele contabile, din reevaluare nu pot rezulta consecințe fiscale, deoarece, la ieșirea mijlocului fix din patrimoniu, se vor debita mai întâi rezervele din reevaluare și doar apoi, pentru diferență, se vor înregistra costurile aferente vânzării.

D. Calcularea amortizării la societățile în faliment

Deși legea fiscală nu prevede explicit, considerăm că în faliment imobilizările nu mai sunt amortizabile, deci nu se mai poate admite deductibilitatea fiscală a acestui tip de cheltuieli.

Principalele argumente în acest sens sunt:

- textul de principiu al art. 19 din Codul fiscal care consideră deductibile cheltuielile efectuate în scopul realizării veniturilor; ori, cum în faliment veniturile se obțin în principal din vânzarea bunurilor societății, producția (activitatea) fiind oprită sau

desfășurându-se doar operațiunile în curs de finalizare, amortizarea nu constituie o cheltuială aferentă veniturilor ;

- principiul continuității activității nu mai acționează, societatea urmând a-și înceta existența în viitorul previzibil ;

- textul Codului fiscal (titlul II, art. 24, al. 2) care arată că una dintre condițiile ce trebuie îndeplinite de un mijloc fix amortizabil este că acesta „este deținut și utilizat în producția sau livrarea de bunuri sau în prestarea de servicii, pentru a fi închiriat terților sau în scopuri administrative, ori o societate în faliment nu se încadrează în aceste condiții ;

- prevederile art. 17 din Legea nr. 15/1994 referitoare la compensarea valorii neamortizate a mijloacelor fixe scoase din funcțiune; din interpretarea dispozițiilor acestui articol rezultă că legea este concepută a fi aplicată doar societăților în funcțiune ;

- profitul contabil este irelevant în faliment, ceea ce contează fiind excedentul operațiunilor de lichidare, deci încasări minus cheltuieli ; această sumă se distribuie creditorilor, și nu profitul. Ori, cum amortizarea este o cheltuială dar nu și o plată (o ieșire de cash), calcularea sau recalcularea ei nu afectează distribuția.

Singurul „impediment ” în necalcularea amortizării apare când trebuie casate bunuri fără valoare, de piață nevandabile, etc, care n-au mai fost amortizate ; „valoarea ” lor poate părea mare pentru creditori – deoarece nu s-a diminuat cu amortizarea din perioada falimentului – și aceștia ar putea deveni reticenți la propunerile de scoatere din funcțiune.

4.3. Taxa pe valoare adăugată

Introducerea recentelor modificări ale Codului fiscal, este în măsură să reglementeze regimul TVA aplicabil societăților aflate în procedura lichidării, dizolvării fără lichidare și a falimentului.

Astfel, prima prevedere incidentă de mare importanță este cea a art. 128 ce introduce în sfera livrărilor de bunuri efectuate cu plată, deci în sfera operațiunilor impozabile **„Orice distribuire de bunuri din activele unei persoane impozabile către asociații sau acționarii săi, inclusiv o distribuire de bunuri legată de lichidarea sau de dizolvarea fără lichidare”**.

În acest sens subliniem faptul că textul Codului fiscal introduce o condiție a cărei respectare este esențială pentru ca distribuirea de bunuri din activele societății să fie considerată operațiune impozabilă, și anume deducerea anterioară, totală sau parțială, a taxei aferente bunurilor respective.

Așadar, interpretând *per a contrario* textul legal în discuție putem concluziona că **distribuiri de bunuri din activele unei persoane către asociați sau acționari în timpul lichidării sau a dizolvării fără lichidare nu vor fi considerate operațiuni impozabile** dacă la achiziționarea acestor bunuri **taxa nu a fost dedusă**.

Deși mare parte a bunurilor aflate în prezent în patrimoniul societăților comerciale au fost achiziționate cu TVA, există câteva situații ce pot apărea frecvent, în care pentru aceste bunuri nu s-a dedus TVA la cumpărare, astfel :

■ Bunurile au fost achiziționate înainte de data de 1 iulie 1993

Această ipoteză face referire la bunurile ce au intrat în patrimoniul societății, **prin cumpărare**, înainte de data intrării

în vigoare a O.G. 3 /1992, ordonanța ce a introdus TVA în sistemul fiscal românesc.

Analiza situației în discuție trebuie realizată ținând cont de faptul că, în conformitate cu prevederile art. 145 al Codului fiscal **„orice persoană impozabilă are dreptul să deducă taxa aferentă achizițiilor”**, ori la data achiziționării acestor bunuri operațiunea **nu îndeplinea condiția grevării cu taxă pe valoarea adăugată**.

În concluzie din coroborarea dispozițiile legale sus – enunțate cu cele ale art. 147¹ Cod fiscal ce prevede faptul că exercitarea dreptului de deducere a taxei se materializează prin **„scăderea din totalul taxei colectate valoarea totală a taxei pentru care....a luat naștere și poate fi exercitat dreptul de deducere”** rezultă faptul că pentru bunurile achiziționate înainte de data de 1 iulie 1993, **nu se datorează TVA colectat deoarece nu a fost dedus la data achiziției și, prin urmare, vânzarea acestor bunuri nu va fi o operațiune impozabilă**.

■ Bunurile au intrat în patrimoniul societății ca aport de capital

Legislația taxei pe valoarea adăugată din 1993 până în 2006, inclusiv, a prevăzut de regulă că aportul de bunuri la capitalul social nu este purtător de TVA.

Această situație ce se întâlnește frecvent în practică are ca rezultat, din punct de vedere al exercitării dreptului de deducere al TVA, același regim cu cel al bunurilor achiziționate de societate înaintea de data de 1 iulie 1993.

Astfel, **distribuirea bunurilor ce au intrat în patrimoniul societății ca aport în natură**, nu poate îndeplini condițiile prevăzute de lege pentru exercitarea dreptului de deducere va fi considerată, în temeiul prevederilor art. 128 Cod fiscal, **operațiune neimpozabilă**.

Tot un element de noutate incident, adus de legea 343/2006 în ceea ce privește regimul TVA, îl constituie introducerea, în sfera operațiunilor cărora li se aplică măsurile de simplificare – taxarea inversă - a livrărilor de bunuri și a prestărilor de servicii efectuate **de sau către persoanele aflate în stare de faliment**.

În concret, articolul Art. 160 alin (1) și (2) lit. b precizează faptul că operațiunile, ce au ca furnizor/prestator sau beneficiar o persoană aflată în stare de faliment ce în mod **necesar trebuie declarat printr-o hotărâre definitivă și irevocabilă**, vor fi facturate utilizând taxarea inversă. Astfel, poate fi observat faptul că prevederea legală în discuție **include pentru prima dată, chiar dacă în mod indirect** operațiunile realizate de sau către persoanele aflate în faliment **în sfera operațiunilor impozabile**.

Cu toate acestea, subliniem faptul că pentru a fi impozabile, livrările/prestările efectuate de sau către persoanele aflate în faliment trebuie să îndeplinească **în mod cumulativ** condițiile esențiale instituite de art. 126 Cod fiscal, respectiv:

- să fie efectuate cu plată;
- să aibă ca loc de prestare/livrare România;
- să fie desfășurate de persoane impozabile de acționează ca atare;
- să rezulte din operațiuni economice.

Concluzionând, putem afirma că, în conformitate cu dispozițiile Codului fiscal, **vânzarea bunurilor și prestarea serviciilor realizate de către persoanele aflate în faliment** îmbracă, din punct de vedere alt TVA, același regim cu cel ce ar fi fost aplicabil în condițiile în care activitatea s-ar fi desfășurat în condiții normale.

4.4. Problema deductibilității provizioanelor. Ajustarea bazei de impozitare a TVA

a) Prevederi legale aplicabile „prin ricoșeu” sunt cele referitoare la deductibilitatea provizioanelor constituite pentru creanțele deținute de către debitorii în insolvență asupra propriilor săi debitori. Aceste prevederi cunosc permanente modificări, în prezent fiind următoarele:

● art. 21, alin. (2) lit n) Cod fiscal: „sunt cheltuieli efectuate în scopul realizării de venituri și pierderile înregistrate la scoaterea din evidență a creanțelor neîncasate, în următoarele cazuri:

1. procedura de faliment a debitorilor a fost închisă pe baza hotărârii judecătorești;

2. debitorul a decedat și creanța nu poate fi recuperată de la moștenitori;

3. debitorul este dizolvat, în cazul societății cu răspundere limitată cu asociat unic, sau lichidat, fără succesor;

4. debitorul înregistrează dificultăți financiare majore care îi afectează întreg patrimoniul ”.

● art. 21, alin. (4): „Următoarele cheltuieli nu sunt deductibile:

lit. o) pierderile înregistrate la scoaterea din evidență a creanțelor incerte sau în litigiu, neîncasate, pentru partea neacoperită de provizion, potrivit art. 22, precum și pierderile înregistrate la scoaterea din evidență a creanțelor incerte sau în litigiu, neîncasate, în alte situații decât cele prevăzute la art. 21, al. (2) lit. n). În această situație, contribuabilii care scot din evidență clienții neîncasați sunt obligați să comunice în scris acestora scoaterea din evidență a creanțelor respective, în vederea recalculării profitului impozabil la persoana debitoare, după caz”;

● art. 22: „Provizioane și rezerve”:

Alin. (1) lit. c): sunt deductibile „provizioanele constituite în limita unui procent de 20% începând cu data de 1 ianuarie 2004, 25% începând cu data de 1 ianuarie 2005, 30% începând cu data de 1 ianuarie 2006, din valoarea creanțelor asupra clienților, înregistrate de către contribuabili, altele decât cele prevăzute la lit. d), f) g) și i), care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:

1. sunt înregistrate după data de 1 ianuarie 2004

2. sunt neîncasate într-o perioadă ce depășește 270 zile de la data scadenței;

3. nu sunt garantate de altă persoană

4. sunt datorate de o persoană care nu este persoană afiliată contribuabilului

5. au fost incluse în veniturile impozabile ale contribuabilului

Art. 22 alin. (1) lit. j): „provizioanele constituite în limita unui procent de 100% din valoarea creanțelor asupra clienților, înregistrate de către contribuabili, altele decât cele prevăzute la

lit. d), f), g) și i), care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:

1. sunt înregistrate după data de 1 ianuarie 2007;

2. creanța este deținută la o persoană juridică asupra căreia este declarată procedura de deschidere a falimentului, pe baza hotărârii judecătorești prin care se atestă această situație;

3. nu sunt garantate de altă persoană;

4. sunt datorate de o persoană care nu este persoană afiliată contribuabilului;

5. au fost incluse în veniturile impozabile ale contribuabilului”.

Din interpretarea acestor dispoziții legale rezultă că devin deductibile provizioanele doar dacă clienții debitorului sunt și ei în faliment iar procedura a fost închisă; deci trebuie așteptat până la închiderea procedurii, deși, din rapoartele lichidatorului rezultă că nu mai rămâne nimic de distribuit creditorilor chirografari. Pentru atenuarea acestor efecte și pentru deductibilitatea rapidă a acestor provizioane, noile dispoziții legale privind procedura simplificată pot conduce la efecte pozitive.

b) Noua reglementare fiscală prevede chiar și posibilitatea recuperării TVA aferente facturilor neîncasate emise asupra clienților în faliment; în acest sens, art. 138, lit. d) din Cod prevede posibilitatea ajustării (diminuării) bazei de impozitare cu contravaloarea bunurilor livrate sau a serviciilor prestate care nu se poate încasa din cauza falimentului beneficiarului, ajustarea fiind permisă cu data la care se declară falimentul.

Pentru a amâna momentul reducerii bazei impozabile, Comisia Centrală Fiscală a emis o extrem de bizară decizie (nr. 10/2004) în care interpretează textul legal referitor la declararea falimentului respectiv intrarea în faliment (conform noțiunilor utilizate de Legea nr. 64) asimilându-l cu închiderea falimentului; evident că această decizie nu are nici o forță legală, deși ar putea beneficia de o bază rațională.

Cu toate acestea, și oricare ar fi fost voința reală a legiuitorului fiscal, în sensul de a lega ajustarea bazei de impozitare de închiderea procedurii falimentului și nu de deschiderea acesteia, dispozițiile Legii nr. 343/ 2006 clarifică chestiunea prin introducerea condiției existenței unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile referitoare la declararea stării de faliment a debitorului. Mai mult decât atât, modificările aduse Normelor metodologice de aplicare a Codului fiscal, precizează în mod expres faptul că ajustarea bazei de impozitare, „...este permisă numai în situația în care data declarării falimentului beneficiarilor a intervenit după data de 1 ianuarie 2004, inclusiv pentru facturile emise înainte de această dată...”.

NOTĂ

¹ Modificată recent prin Legea nr. 414 din 2006.



Adunarea creditorilor. Comitetul creditorilor. Rol și perspectivă

Mihaela Sărăcuț
Judecător, Curtea de Apel Cluj

Perspectiva aderării României la Uniunea Europeană a declanșat un amplu proces de armonizare a legislației în toate domeniile de reglementare inclusiv în cel juridic.

În acest context și în domeniul reglementat de Legea privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului se impunea adoptarea unei noi legislații care să corespundă și să asigure transpunerea în legislația română a acquis-ului comunitar. Pentru a răspunde acestor necesități, legiuitorul român – după multe ezitări – a adoptat o nouă lege în materia insolvenței, care după toate aparențele pare să răspundă acestor deziderate¹.

Noua lege urmărește, în principal, să asigure celeritatea procedurilor prin introducerea unor concepte juridice noi sau perfecționarea unor instituții deja existente; definirea unor termeni apreciați ca fiind semnificativi, urmărindu-se în același timp și o corelare terminologică a întregului text; redefinirea rolului judecătorului-sindic, prin înlăturarea atribuțiilor care vizează analiza aspectelor necontencioase din procedură; asigurarea transparenței procedurii și prin sporirea rolului creditorilor în supravegherea activităților și operațiunilor cu caracter comercial efectuate de către administratorul judiciar sau lichidator și, pe cale de consecință, prin transferarea controlului procedurii, de la judecătorul-sindic la comitetul creditorilor; uniformizarea practicii instanțelor judecătorești și a practicienilor în reorganizare și lichidare prin clarificarea aspectelor care au condus la abordări diferite, etc.

Nu ne propunem să analizăm toate modificările noii legi – ar fi, practic, și imposibil – ci doar unele aspecte care vizează **adunarea și comitetul creditorilor, rolul** care le revine din perspectiva Legii privind procedura insolvenței și **atribuțiile** acestora.

După cum am susținut anterior, Legea privind procedura insolvenței a urmărit revoluționarea acestor categorii de participanți la procedură prin extinderea rolului și al atribuțiilor care revin atât *adunării creditorilor* cât și *comitetului creditorilor* cu scopul de a asigura atât celeritatea procedurii cât și o creștere a transparenței acesteia.

Sediul materiei îl regăsim în dispozițiile art.13-17 din Legea privind procedura insolvenței.

Potrivit art.13 din Legea nr.85/2006, *adunarea creditorilor* va putea fi convocată - alături de persoanele menționate de

vechea reglementare (administrator/lichidator, creditorii care dețin creanțe în valoare de cel puțin 30% din valoarea totală a acestora) – și de către *comitetul creditorilor*, iar deliberările acestuia se vor desfășura în afara instanțelor de judecată, urmând ca procesul verbal al ședințelor, semnat de președintele ședinței, membrii comitetului creditorilor și administratorul judiciar/lichidatorul (art.14 alin.6), să cuprindă toate hotărârile adoptate pentru problemele aflate pe ordinea de zi și să fie depus la dosar, asigurându-se astfel posibilitatea adoptării oricăror hotărâri urgente, într-un termen scurt cu contribuția comitetului creditorilor și din inițiativa acestuia, fără ingerința judecătorului-sindic.

La o primă analiză a textului art. 14 alin. 4 din lege, se poate observa că acesta instituie condiții relativ flexibile pe care trebuie să le îndeplinească votul prin corespondență, legiuitorul statuând ca *scrisoarea* prin care se exprimă votul să fie semnată de creditor, iar semnătura trebuie legalizată de notarul public ori certificată și atestată de către un avocat iar pentru *înscrișul în format electronic* este necesară semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat valabil, care poate fi comunicată prin orice mijloace și înregistrată la administratorul judiciar/lichidator, cu cel puțin 5 zile înainte de data fixată pentru exprimarea votului.

Din redactarea art.14 alin.3 din lege, se deduce că reprezentarea creditorilor la adunarea creditorilor, prin împuterniciți cu procură specială și legalizată este posibilă *doar* pentru a asigura cvorumul de prezență. Că este așa o demonstrează textul alin.3 și 4. Astfel, potrivit alin.3, creditorii pot fi reprezentați în adunare prin împuterniciți, pentru fiecare adunare, cu procură specială și legalizată (...), iar conform alin.4, creditorii vor putea vota și prin corespondență, dacă legea nu interzice în mod expres. Rezultă, așadar, că creditorii pot participa la adunare *personal* sau *prin reprezentanți* cu procură specială și legalizată – fiind posibilă deci asigurarea cvorumului de prezență – însă, nu pot vota decât personal sau dacă legea nu interzice expres, prin corespondență, votul prin reprezentant cu procură chiar specială și legalizată nefiind admis și prin urmare *cvorumul de vot* nu poate fi asigurat decât personal de către creditorul cu drept de vot sau prin votul prin corespondență.

Se va putea ajunge astfel de nenumărate ori în situația de a nu se putea adopta hotărâri valabile tocmai pentru că creditorii

nu sunt prezenți sau sunt prezenți prin reprezentanți, însă, nu pot vota prin acești reprezentanți deoarece textul legii nu le permite.

Un argument în plus în acest sens îl oferă și prevederile art.14 alin.7 din Legea privind procedura insolvenței care statuează că hotărârile adoptate de către adunarea creditorilor pot fi desființate de către judecătorul-sindic pentru *nelegalitate* la solicitarea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul verbal al adunării precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, care au lipsit motivat.

Se poate observa, așadar, că aceste dispoziții legale - similare cu cele cuprinse în art. 132 din Legea nr.31/1990 republicată - permit judecătorului să analizeze doar motivele de *nelegalitate* care justifică eventual anularea acestei hotărâri adoptate (nu și cele de oportunitate) și poate constitui un astfel de motiv, de exemplu, nerespectarea normelor imperative care vizează convocarea, cvorumul de prezență și cel de vot, etc.

Se poate conchide, așadar, că exercitarea dreptului de vot de către creditorii în cadrul adunării generale prin mandat și nu personal sau prin corespondență poate constitui temei pentru anularea hotărârii adoptate.

Legiuitorul a stabilit prin art.16 alin.4 din lege că una din *atribuțiile esențiale* ale adunării creditorilor este aceea de a alege, în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, un comitet format din 3 sau 5 creditorii care se oferă voluntar dintre cei cu creanțe garantate și cei chirografari, dintre primii 20 de creditorii în ordinea valorii, încercându-se și astfel responsabilizarea creditorilor în cadrul procedurii insolvenței. Mai mult, se acordă prioritate comitetului desemnat de către adunarea creditorilor față de cel desemnat de către judecătorul-sindic, legiuitorul statuând că acest comitet îl va înlocui pe cel desemnat anterior. Dacă, însă, în adunarea creditorilor nu se poate realiza majoritatea necesară pentru a susține această alegere a comitetului, judecătorul-sindic poate opta între menținerea comitetului pe care l-a desemnat el anterior sau desemnarea comitetului, dacă anterior nu l-a desemnat.

Analizând dispozițiile art.16 din Legea nr.85/2006 se poate observa că desemnarea comitetului creditorilor se poate face în două *modalități*: prin *hotărârea judecătorului-sindic* (3-7 creditorii) fie prin hotărârea de deschidere a procedurii, fie printr-o hotărâre ulterioară, după întocmirea tabelului preliminar de creanțe sau prin *hotărârea adunării creditorilor* (3-5 creditorii).

Deși textul art.16 din lege pare a fi imperativ “*va desemna*”, apreciez că totuși legiuitorul a lăsat la aprecierea magistratului desemnarea acestui comitet “*în raport de proporțiile cazului*”; este absurd să considerăm că sintagma “*în raport de proporțiile cazului*” se referă la numărul membrilor comitetului întrucât în această interpretare nu ar fi acoperită situația debitorului în insolvență care are unul sau doi creditorii; *per a contrario*, în raport de proporțiile cazului, determinat de numărul mare al creditorilor, răspândirea geografică a acestora, numărul mare al activelor debitorului sau al debitelor de recuperat, etc., judecătorul-sindic *poate* desemna comitetul ușurând astfel demersurile judiciare ale procedurii. În același scop, judecătorul-sindic poate desemna pentru necesitățile procedurii, pe baza propunerii creditorilor *un președinte* al comitetului creditorilor care va fi citat în

procedură și doar în lipsa acestuia va fi citat oricare dintre membrii comitetului.

S-ar putea susține, nu fără temei, că o serie de reglementări ale Legii insolvenței *impun* desemnarea formală a acestui comitet al creditorilor. Astfel, legiuitorul a stabilit ca unele demersuri judiciare din procedură să aparțină exclusiv acestei entități și ne referim aici, spre exemplu, la cererile care privesc angajarea răspunderii membrilor organelor de conducere ale debitoarei care pot fi promovate doar de către comitetul creditorilor și nu de către unul sau doi creditorii ai procedurii (art.138 alin.3 din Legea nr.85/2006).

Deși acest argument de text pare seducător, totuși, nu este suficient. Apreciez că pentru ipoteza procedurii de insolvență în care există doar unul sau doi creditorii – ipoteză care nu este acoperită de dispozițiile art.16 din lege – nefiind posibilă desemnarea comitetului creditorilor, aceste cereri în care este recunoscută legitimare procesuală activă doar comitetului creditorilor vor putea fi promovate de creditor (unul sau doi) revenind judecătorului-sindic sarcina de a stabili că *acești participanți* la procedură, fiind singurii creditorii ai debitoarei, sunt abilitați în promovarea cererilor și că practic există o identitate între creditorul/creditorii semnatori ai acțiunii și comitetul creditorilor astfel cum este definit de lege.

Legea privind procedura insolvenței stabilește prerogativele recunoscute comitetului creditorilor și instituie un set de *atribuții* pentru acesta, prin care se urmărește mobilizarea și eficientizarea rolului acestuia în cadrul procedurii, reglementările evidențiind *rolul activ* atribuit acestui participant la procedură, astfel că o atitudine pasivă este practic exclusă.

Potrivit art.17 lit.a-f din lege, comitetul creditorilor va beneficia de următoarele *prerogative*:

- a) să analizeze situația debitorului;
- b) să negocieze cu administratorul judiciar sau cu lichidatorul care dorește să fie desemnat de către creditorii în dosar condițiile numirii și să recomande adunării creditorilor astfel de numiri;
- c) să asculte rapoartele întocmite de administratorul judiciar sau de lichidator și să aprobe sau să facă contestații la judecătorul-sindic în legătură cu activitatea sau inactivitatea administratorului judiciar sau a lichidatorului, după caz;
- d) să întocmească rapoarte pe care să le prezinte adunării creditorilor privind măsurile luate de administratorul judiciar sau de lichidator și efectele acestora și să propună, motivat, și alte măsuri;
- e) atunci când debitorul nu și-a declarat intenția de reorganizare în condițiile art.33, respectiv art.39, ori nu a fost propus de debitor sau nu a fost confirmat un plan de reorganizare, poate să ceară judecătorului-sindic să ridice debitorului dreptul de administrare;

f) să introducă acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial – făcute de debitor în dauna creditorilor – atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de administratorul judiciar sau de lichidator.

Se poate observa, așadar, că *principalul rol* al comitetului creditorilor este acela de a reprezenta interesul concursual al adunării creditorilor în procedură și de a-i informa pe membrii adunării creditorilor conform unor reguli stabilite de către aceasta, despre eventualele incidente de procedură care le pot

afecta interesul, iar deciziile vor fi luate cu majoritatea simplă din totalul numărului de membri ai acestuia.

Alături de atribuțiile enumerate de legiuitor la art.17, în cuprinsul Legii insolvenței se regăsesc și alte prerogative recunoscute pe seama comitetului creditorilor. Astfel, spre exemplu, art.47 alin.5 din lege prevede posibilitatea comitetului creditorilor de a solicita ridicarea dreptului de administrare al debitorului, având ca justificare pierderile continue din averea acestuia sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate. De asemenea, conform art.49 alin.2, actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile activității curente care pot fi exercitate de debitor după deschiderea procedurii sunt supuse aprobării comitetului creditorilor, la propunerea administratorului judiciar. Apoi, art.81 alin.3 și art.86 alin.3 din lege prevăd posibilitatea menținerii contractelor de credite și a modificării clauzelor, cu acordul cocontractanților, astfel încât acestea să asigure echivalența viitoarelor prestații ale debitorului, însă, modificările “vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor, care va avea în vedere dacă acestea sunt atât în folosul averii debitorului, cât și în cel al averii creditorilor”.

Pentru a asigura îndeplinirea acestor atribuții, legiuitorul a reglementat prin norme juridice imperative și modalitatea de întrunire, deliberare și de adoptare a deciziilor.

Astfel, comitetul creditorilor se va întruni ori de câte ori va fi necesar, din inițiativa a cel puțin doi membri ai săi, dar cel puțin o dată pe lună la convocarea administratorului judiciar pentru a dezbate raportul lunar prevăzut de art.21, iar deliberările vor avea loc în prezența acestuia și vor fi consemnate într-un proces verbal care va reține pe scurt conținutul deliberărilor și hotărârile luate, deciziile urmând a fi luate cu majoritatea simplă din totalul numărului de membri ai acestuia.

Se poate observa că această convocare a comitetului se poate realiza ușor, fiind necesară inițiativa unui număr redus de membri, pentru a înlătura orice divergențe apărute sau pentru a soluționa orice problemă intervine, legiuitorul necondiționând convocarea de dezbaterăa unor anumite categorii de probleme sau care au o anumită complexitate.

Pentru prima dată în această materie, legiuitorul a reglementat și *conflictul de interese*. Astfel, la alin.5 din art.17

se prevede că dacă un membru al comitetului creditorilor este - datorită interesului propriu - în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se va abține de la vot. De remarcat, însă, că textul nu prevede și sancțiunea care intervine pentru ipoteza nerespectării acestor prevederi referitoare la conflictul de interese astfel că nu este exclusă aplicarea prin analogie a prevederilor art.79 alin.2 din Legea nr.31/1990 republicată în sensul că această persoană este răspunzătoare pentru daunele cauzate dacă fără votul său nu s-ar fi obținut majoritatea necesară adoptării hotărârii.

De asemenea, legiuitorul a stabilit prin alin.6 al art.17 din lege, că orice creditor nemulțumit de acțiunile, măsurile și deciziile luate de comitetul creditorilor, poate formula *contestație la adunarea creditorilor*, însă, condiționează acest demers de sesizarea prealabilă a comitetului creditorilor cu privire la măsurile contestate, precum și de existența unei soluții adoptate de acesta și care nu răspunde intereselor creditorului.

Efectuarea acestei proceduri nu echivalează cu o procedură prealabilă similară celei reglementate de Legea nr.554/2004 și nici nu poate fi asimilată celei administrativ-jurisdicționale; cu toate acestea, însă, hotărârea adoptată de către adunarea creditorilor în soluționarea acestei contestații poate fi desființată de către judecătorul-sindic în condițiile art.14 alin.7 urmare a exercitării controlului de legalitate.

Analizând ansamblul modificărilor propuse se poate conchide, așadar, că acestea se circumscriu principiilor și îndrumărilor Băncii Mondiale pentru edificarea unui sistem eficient de insolvență și de exercitare a drepturilor creditorilor care consacră drept principiu că *interesele creditorilor trebuie apărute prin constituirea unui comitet al creditorilor care să le ofere acestora posibilitatea de a participa activ la procedura de insolvență, comitetul putând monitoriza corectitudinea și integritatea procedurii*.

NOTE

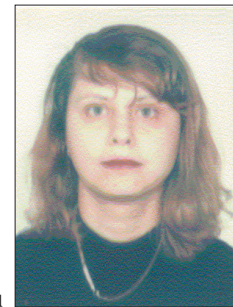
¹ Legea nr.85 privind procedura insolvenței a fost adoptată la data de 05 aprilie 2006 și publicată în Monitorul Oficial nr.359 din 21 aprilie 2006



Considerații privind creanțele salariale în procedura insolvenței



Lect. univ. drd. Florin Moțiu



Lect. univ. drd. Daniela Moțiu

Problematica situației debitorului ajuns în imposibilitatea de a face față pasivului exigibil cu sumele de bani disponibile a constituit o preocupare constantă a legiuitorului care, în încercarea de a găsi soluții care să satisfacă în manieră optimă și cât se poate de echilibrată interesele celor implicați, a implementat cinci reforme importante în acest domeniu¹ într-o perioadă de numai zece ani, cea mai recentă fiind concretizată prin Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței².

Din acest punct de vedere arătăm că una dintre problemele vizate de Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței, dar fără a realiza o analiză în detaliu și în mod distinct în acest sens, se referă la creanțele salariale și titularii acestora. Remarcăm atenția acordată de legiuitor salariaților și drepturilor lor pe tot parcursul derulării unei proceduri de insolvență, indiferent că debitorul este supus procedurii reorganizării judiciare sau falimentului ori procedurii generale sau celei simplificate.

În acest sens, prezența și rolul salariaților sunt incidente nu numai în etapele principale ale procedurii, dar și pe parcursul derulării acestora. Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței stabilește în privința salariaților nu numai drepturile și obligațiile corespunzătoare oricărui creditor, dar și anumite facilități.

Din analiza textelor legale incidente în materie, se pot distinge anumite particularități ale creanțelor salariale în procedura insolvenței:

- debitorul are întotdeauna o calitate specială, respectiv cea de angajator, putând fi o persoană juridică sau o persoană fizică, antrenând în felul acesta incidența fie a procedurii generale, fie a procedurii simplificate;
- în calitate de creditorii declanșatori ai procedurii pot figura fie un singur salariat, fie mai mulți, în situația în care îndeplinesc condițiile legale referitoare la valoarea-prag;
- creditorii fac parte întotdeauna din categoria creditorilor cunoscuți și, în consecință, ușor de informat cu privire la situația debitorului lor;
- valoarea-prag necesar și suficient de atins în privința cuantumului creanțelor salariale în vederea deschiderii procedurii se reduce aproximativ la jumătate din valoarea creanțelor celorlalți creditori;
- salariații sunt desemnați de către judecătorul-sindic sau aleși de către creditorii în comitetul creditorilor doar în situația în care creanțele salariale fac parte dintre cele mai mari, ca valoare;
- creanțele salariale sunt creanțe chirografare, ca natură juridică;
- existența unor facilități prevăzute de legiuitor față de categoria salariaților: neobligativitatea depunerii în mod

personal de către salariați a declarațiilor de creanță; realizarea controlului asupra creanțelor salariale într-o măsură mai ridicată și certă prin votul acordat de delegații salariaților în adunarea creditorilor, într-o relativă independență de celelalte categorii de creanțe; creanțele salariale se plătesc cu prioritate, potrivit rangului prevăzut de lege.

Precizăm că salariații debitorului au, potrivit art. 3 pct. 7 din Legea nr.85/2006, calitatea de creditori³. De data acesta, legiuitorul are în vedere una sau mai multe persoane fizice, ce dețin un drept de creanță asupra averii debitorului și care au solicitat, în mod expres, instanței să le fie înregistrată creanța în tabelul definitiv de creanțe sau în tabelul definitiv consolidat de creanțe și care pot face dovada creanței lor față de patrimoniul debitorului, în condițiile legii speciale în materie⁴. Privilegiul acordat prin lege acestei categorii de creditori constă în scutirea acestora de obligația de a depune personal declarațiile de creanță în vederea îndeplinirii de către administratorul judiciar sau lichidator a acestei atribuții. Prin acesta trebuie să înțelegem că legiuitorul a urmărit ca salariații debitorului să nu aibă îndatorirea de a depune personal declarații de creanță, la fel ca oricare alt creditor. Prin urmare, fiecare salariat, în parte, nu este obligat să depună în mod personal declarație de creanță pentru a fi admisă la masa credală, fără a fi însă împiedicat în acest sens. În măsura în care salariații nu fac cerere de admitere a creanțelor, interesele lor în procedură sunt reprezentate de către administratorul judiciar sau de către lichidator, care au obligația de a înregistra creanțele salariale, din oficiu, în tabelul de creanțe.

Rațiunea instituirii acestei derogări a legiuitorului este aceea că aceste creanțe beneficiază de un grad de certitudine foarte ridicat, nivelul obligațiilor datorate de debitor propriilor salariați fiind stabilit cu ușurință pe baza evidențelor contabile, astfel încât îngreunarea rolului instanței prin înregistrarea unor sute sau chiar mii de cereri din partea salariaților nu își găsește rostul. De asemenea, salariații sunt scutiți implicit și de obligația de a achita taxa judiciară de timbru și timbrul judiciar stabilite de lege pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor.

Însă, pentru a dobândi calitatea de creditor, și deci pentru a avea drept la salariu, salariații sunt obligați să-și îndeplinească atribuțiile ce le revin potrivit legislației muncii. Dacă salariul este definit ca fiind prețul muncii prestate, exprimat în bani⁵, atunci este evident că, pentru ca salariații să devină creditori ai muncii prestate, este necesar ca ei să presteze munca, potrivit fișei postului stabilită de angajator. Este suficient ca angajatorul să nu-și fi onorat obligațiile salariale față de un singur salariat, chiar dacă față de ceilalți și le-a îndeplinit, cu condiția ca retribuția cuvenită acestuia să fie în cuantum de 6

salarii medii pe economie, ceea ce reprezintă aproximativ 5000 lei. Se observă îngăduința legiuitorului în legătură cu posibilitatea acordată salariatului (unul sau mai mulți) de a solicita instanței de judecată declanșarea procedurii de insolvență față de angajator, indiferent în care dintre modalitățile acestuia s-ar realiza. Astfel, dacă pentru un creditor ordinar⁶ valoarea-prag stabilită de lege pentru deschiderea procedurii este de 10.000 lei, pentru salariați aceasta, în condițiile actuale ale economiei de piață din țara noastră, se reduce în principiu la jumătate.

Facem precizarea că, în dispozițiile sale, Legea nr.85/2006 a avut în vedere, în mod expres, cuantumul unui salariu mediu pe economie, care are o valoare fixă, prin raportare la o anumită unitate de timp, stabilită prin hotărâre de Guvern. Însă, atunci când instanța de judecată apreciază îndeplinirea condițiilor legale pentru deschiderea procedurii insolvenței unui debitor, aceasta realizează calculul aritmetic prin simpla adunare a sumelor datorate salariatului sau salariaților pentru munca prestată și neplătită. În atare caz, instanța de judecată va fi obligată să ia în calcul nu numai salariul de bază⁷ al angajatului, ci și celelalte indemnizații, adaosuri și sporuri la salariu⁸ cuvenite acestuia.

În calitate de creditori, salariații debitorului au dreptul de a exercita oricare dintre drepturile acestora în măsura în care îndeplinesc condițiile prevăzute de lege. Astfel, salariații au dreptul de a introduce la instanță cerere introductivă pentru deschiderea procedurii insolvenței, în cazul în care îndeplinesc condițiile arătate de art. 26 coroborat cu art. 31 din Legea nr.85/2006, respectiv atunci când cuantumul minim al creanțelor lor atinge cel puțin valoarea-prag, în cuantum de 6 salarii medii pe economie.

Noțiunea de creanțe salariale este definită în art. 3 alin. 9 din Legea nr.85/2006 ca fiind acele creanțe ce izvorăsc din raporturi de muncă între debitor și angajații acestuia. Raportul de muncă dintre o persoană fizică, în calitate de salariat și o persoană fizică sau juridică, în calitate de angajator există și se desfășoară prin intermediul contractului individual de muncă.

Potrivit art. 31 din Legea nr.85/2006, salariații-creditori care formulează cerere introductivă pentru declanșarea procedurii insolvenței debitorului prezumat în insolvență trebuie să precizeze în cuprinsul acesteia următoarele:

- cuantumul și temeiul creanței;
- declarația privind eventuala intenție de a participa la reorganizarea debitorului, caz în care va trebui să precizeze, cel puțin la nivel de principiu, modalitatea în care înțelege să participe la reorganizare.

Apreciem că elementele menționate de legiuitor la art. 31 lit. b) și c) prezintă în practica judiciară aplicabilitate restrânsă⁹, fiind posibil a se întâlni doar atunci când unitatea – persoană juridică, respectiv patronul – persoană fizică consimte de bună-voie, dar oricum ulterior scadenței termenului de plată a salariilor, la constituirea unor astfel de garanții.

Conform alin. 2 din același articol, creditorul este obligat să anexeze documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de garanții. Pentru salariați, documentele justificative ale creanțelor constau, de regulă, în statele de plată nesemnate de aceștia.

Atunci când cuantumul creanței este atins, apreciem că salariații pot dobândi statutul de creditor declanșator al procedurii și, implicit, pe cel de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței. Dacă este să ne raportăm la definiția formulată de legiuitor în art. 3 pct. 7¹⁰ din Legea nr.85/2006, putem constata că, din moment ce salariatul/salariații au dreptul să solicite instanței deschiderea procedurii insolvenței, acesta/aceștia au dreptul și de a formula și de a le fi admisă, total sau în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe

tabelul definitiv al creanțelor împotriva averii debitorului, de a participa și de a vota în adunarea creditorilor, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară admis de judecătorul-sindic, de a fi desemnat în calitate de membru al comitetului creditorilor, de a participa la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii debitorului, de a fi informat ori notificat cu privire la desfășurarea procedurii și de a participa la orice altă procedură reglementată de prezenta lege.

În ceea ce privește natura juridică a creanțelor salariale, apreciem că acestea fac parte din categoria creanțelor chirografare, potrivit izvorului juridic care a stat la baza nașterii acestora, și anume, contractul individual de muncă încheiat între angajator și salariații săi. Nu se poate susține că contractul de muncă ar conferi salariatului un statut privilegiat, care să-i asigure acestuia o poziție prioritară în repartizarea activului debitorului. Însă, la fel ca și creditorii bugetari, salariații beneficiază de o poziție chirografară privilegiată. În plus, salariații nu trebuie să formuleze în mod obligatoriu cereri de admitere a creanțelor lor.

Dacă salariații angajatorului, în calitate de creditori chirografari ai acestuia, fac parte de drept din adunarea creditorilor, indiferent de valoarea creanțelor deținute, aceștia vor putea fi desemnați de către judecătorul-sindic în comitetul creditorilor doar în situația în care creanțele salariale se situează spre vârful piramidal al ierarhiei valorii creanțelor dintre categoriile indicate în mod expres de către legiuitor (dintre cele mai mari, prin valoare) sau vor putea fi aleși de către creditori în comitetul creditorilor în mod liber, fără restricție în cuantumul creanțelor, prin simpla calitate de deținători de creanțe. Aceasta deoarece, potrivit art.16 alin. 1 din Legea nr.85/2006, judecătorul-sindic va desemna, în raport cu proporțiile cazului, un comitet format din 3 - 7 creditori dintre cei cu creanțe garantate, bugetare și chirografare cele mai mari, prin valoare, iar potrivit art.16 alin. 4, în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, aceștia vor putea alege un comitet format din 3 sau 5 creditori dintre cei cu creanțe garantate și cei chirografari. Prin urmare, din comitetul creditorilor pot face parte doar anumiți creditori, care se disting fie prin categoria de creanță pe care o dețin și cuantumul creanței deținute, fie numai prin categoria de creanță.

Cu toate acestea, potrivit art. 14 alin. 5, la ședințele adunării creditorilor vor putea participa 2 delegați ai salariaților debitorului, votând pentru creanțele reprezentând salariile și alte drepturi bănești. Conținutul acestui text legal ar putea fi interpretat în sensul că, atunci când împotriva averii debitorului există și creanțe de natură salarială, un număr fix de salariați (doi, și în nici un caz mai mare) pot participa, în calitate de delegați ai tuturor salariaților¹¹, la ședințele adunării creditorilor, având drept de vot doar cu privire la creanțele ce reprezintă salariile și alte drepturi bănești.¹²

Interpretarea de mai sus ar fi în contradicție cu afirmațiile anterior făcute. Din această cauză, suntem de părere că, din moment ce natura juridică a creanțelor salariale este cea de creanțe chirografare și în măsura în care respectivele creanțe fac parte dintre cele mai mari prin valoare sau chiar creditorii debitorului doresc, salariații creditori chirografari au dreptul nu numai de a participa la ședințele adunării creditorilor și de a vota, prin delegații lor, asupra creanțelor ce reprezintă salariile și alte drepturi bănești, ci și de a fi desemnați sau aleși în comitetul creditorilor și de a exercita toate atribuțiile prevăzute de lege în această situație¹³.

Cu atât mai mult cuvânt își găsește aplicabilitatea art. 14 alin. 7, astfel încât salariații debitorului, în calitate de creditori îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, au dreptul să solicite judecătorului-sindic anularea, pentru nelegalitate, a

hotărârii adunării creditorilor, în situația în care, participând la ședință, au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării sau dacă au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor.

În ceea ce privește cererea de admitere a creanțelor, Legea nr.85/2006 prevede, de asemenea, anumite facilități pentru salariați. În acest sens, art. 64 alin. 1) stabilește că toți creditorii, ale căror creanțe sunt anterioare datei de deschidere a procedurii, au obligația de a depune cererea de admitere a creanțelor în termenul fixat în sentința de deschidere a procedurii, cu excepția salariaților ale căror creanțe vor fi înregistrate de administratorul judiciar conform evidențelor contabile. Prin urmare, salariații debitorului, în vederea recuperării creanțelor lor din masa credală, nu sunt obligați să depună cerere de admitere a creanțelor lor pentru cuprinderea acestora în tabelul de creanțe, ci administratorul judiciar/lichidatorul, din oficiu și pe baza verificărilor evidențelor contabile ale debitorului, va înregistra creanțele aparținând acestei categorii în tabel. Nimic nu îi împiedică însă pe salariați să formuleze însă astfel de cereri, situație când cererea de admitere a creanței salariale formulate de către salariat va avea aceeași valoare cu cea formulată de administratorul judiciar/lichidator.

Ce se întâmplă însă în situația în care, din eroare, administratorul judiciar/lichidatorul nu a înregistrat astfel de creanțe în tabelul de creanțe? Faptul că administratorul judiciar/lichidatorul este pasibil de aplicarea sancțiunilor de către judecătorul-sindic sub forma amenzilor nu este încurajator pentru salariați, deoarece aceștia vor fi lipsiți de posibilitatea de a-și recupera creanțele de la angajatorul-debitor. Cum legiuitorul scutește pe salariați de obligația de a depune cereri de admitere a creanțelor lor și aceștia, deși în fapt cunosc cu certitudine situația debitorului lor, dar rămân în pasivitate datorită prezumției că interesele lor patrimoniale în procedură vor fi apărute de cei obligați prin lege la aceasta, rămâne ca judecătorul-sindic să-l oblige pe administratorul judiciar/lichidator la repararea integrală a prejudiciului provocat salariaților prin neîndeplinirea corespunzătoare a atribuțiilor legale.

Mai mult, aceștia vor fi obligați la reparare prin încheierea judecătorului-sindic, dată în cursul desfășurării procedurii și deci nu printr-un proces separat, pornit de către salariați împotriva persoanelor culpabile. Acest lucru este însă cu puțință doar dacă sesizarea judecătorului-sindic cu privire la neîndeplinirea obligațiilor de către administratorul judiciar/lichidator se realizează până la momentul închiderii procedurii, mai exact până la momentul întocmirii tabelului definitiv consolidat de creanțe și distribuirea fondurilor din averea debitorului potrivit acestuia.

Potrivit art. 64 alin. 3, cererea de admitere a creanțelor trebuie făcută chiar dacă acestea nu sunt stabilite printr-un titlu. Este evident că, pentru salariați, singura probă care demonstrează că sunt în situația de a deveni creditori ai angajatorului lor, rezidă în existența statelor de plată (evidențele contabile ale debitorului) care nu sunt semnate de către ei. Cum este însă și firesc, statele de plată ale unui angajator nu reprezintă titluri executorii, susceptibile prin ele însele de a fi puse în executare, fără intervenția instanței de judecată. Cu toate acestea, legiuitorul facilitează soarta salariaților, scutindu-i de obligația de a solicita instanței constatarea caracterului cert, lichid și exigibil al creanțelor salariale. Prin simpla evidență contabilă, salariații vor intra în concursul distribuirii de fonduri din averea debitorului, în măsura în care aceasta corespunde realității, aspect verificabil eventual printr-o expertiză contabilă solicitată de cei care contestă caracterul real al acestor documente cu caracter economic.

Astfel, în practica judiciară¹⁴ s-a decis că nu poate fi admisă creanța unui salariat, posesor al unui contract de muncă nesemnat de către conducătorul unității, în condițiile în care acesta nu a făcut dovada prestării muncii, nu a fost trecut în statele de plată și nu are fișe de pontaj care să ateste prezența sa la locul de muncă.

Pe de altă parte, verificarea cererilor de admitere a creanțelor și a documentelor depuse de fiecare creditor în parte este o obligație care incumbă administratorului judiciar; verificarea trebuie să aibă un caracter amănunțit și este menită să permită stabilirea legitimității, valorii exacte și a priorității fiecărei creanțe.

Legitimitatea reprezintă însuși «fondul dreptului de creanță al creditorului, respectiv validitatea actului sau faptului juridic pe care se bazează»¹⁵.

Procedura de verificare a creanțelor este complexă, iar administratorul judiciar va avea un rol activ, în sensul că va purta discuții cu creditorii și va solicita acestora lămuriri suplimentare și documente justificative ale pretențiilor formulate, în cazul în care analiza actelor depuse împreună cu cererea de admitere a creanței nu permite formularea unei opinii clare asupra legitimității, valorii sau priorității creanței.

Conținutul unei cereri de admitere a creanțelor este stabilit de art. 65 alin. 1, astfel încât acesta trebuie să cuprindă: numele/denumirea creditorului, domiciliul/sediul, suma datorată, temeiul creanței, precum și mențiuni cu privire la eventualele drepturi de preferință sau garanții. De asemenea, atunci când este cazul, se vor anexa documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de garanții.

Deși salariații-creditori sunt scutiți de obligația de a depune cereri de admitere a creanțelor lor, apreciem că aceștia, atunci când formulează cereri de admitere a creanțelor, trebuie să respecte întru-totul dispozițiile legale imperative privitoare la data înregistrării cererilor și conținutul lor. Mai mult, în această situație, cererea de admitere a creanței introdusă de salariat urmează regimul de drept comun al unei cereri de admitere formulată de orice alt creditor în ceea ce procedura de verificare din partea administratorului judiciar/lichidatorului.

Intrarea unui debitor într-o procedură generală de insolvență ridică problema sorții contractelor individuale de muncă ale salariaților. În acest caz, potrivit art. 86 alin. 5 din Legea nr.85/2006, contractele individuale de muncă ale salariaților vor putea fi desființate doar cu respectarea termenelor legale de preaviz. Luând în considerare și dispozițiile Codului muncii referitoare la concediere¹⁶, distingem între concedierea individuală și concedierea colectivă.

Din perspectiva angajatorului, concedierea individuală poate fi dispusă de acesta pentru motive care țin de persoana salariatului și pentru motive care nu țin de persoana salariatului. În acest ultim caz, concedierea reprezintă, conform art. 65 Codul muncii, încetarea contactului individual de muncă determinată de desființarea locului de muncă ocupat de salariat, din unul sau mai multe motive fără legătură cu persoana acestuia¹⁷, iar când sunt îndeplinite condițiile art. 68 din Codul muncii, vorbim de concediere colectivă¹⁸.

În ambele situații, potrivit art. 67 Codul muncii, salariații concediați pentru motive care nu țin de persoana lor beneficiază de măsuri active de combatere a șomajului și pot beneficia de compensații în condițiile prevăzute de lege și de contractul colectiv de muncă aplicabil.

În afara facilităților prevăzute de art. 67 Codul muncii, salariații concediați pentru motive care nu țin de persoana lor beneficiază de dreptul la un preaviz ce nu poate fi mai mic de 15 zile lucrătoare sau numărul de zile prevăzut expres în contractul colectiv de muncă. De asemenea, prin contractul de muncă aplicabil, salariații pot beneficia pe perioada

preavizului de un program redus de muncă, fără ca absențele de la locul de muncă să le afecteze în vreun mod salariul și celelalte drepturi, tocmai în vederea căutării unui loc de muncă nou.

În caz de concediere colectivă, legiuitorul a prevăzut în art. 68-72 Codul muncii o serie de obligații în sarcina angajatorului, precum și o modalitate procedurală, descrisă în etape¹⁹ bine conturate și ordonate logic într-o ordine prestabilită.

Se observă că legiuitorul utilizează, în art. 86 alin. 5 din lege, termenul de denunțare atunci când face referire la soarta contractelor individuale de muncă ale unui debitor aflat în procedura de insolvență. Este vorba evident de o încetare a contractului individual de muncă a salariatului, din inițiativa angajatorului, la care salariatul nu are nici un temei legal pentru a se opune, printr-o eventuală contestație în instanță, în cazul respectării condițiilor legale imperative. În consecință, singura obligație a angajatorului constă doar în respectarea termenului legal de preaviz de 15 zile lucrătoare. În privința măsurilor active de combatere a șomajului, apreciem că acestea sunt de competența instituțiilor statului, abilitate în acest scop, angajatorului revenindu-i doar obligația morală a înfăptuirii salariatului în legătură cu posibilitățile legale în a-și căuta și găsi un nou loc de muncă. Însă, certitudine nu i se poate conferi, nici din partea angajatorului, nici din partea acestor organe ale statului. Pe de altă parte, deși Codul muncii face vorbire de compensații, care se exprimă în bani, cu condiția prevederii acestora de către o lege specială sau de contractul colectiv de muncă, respectivele sume de bani îndeplinesc rolul de susținere materială a fostului salariat, într-o perioadă de timp limitată, însă angajatorul nu poate fi obligat, în procedura insolvenței, la acordarea acestora.

Termenul legal de preaviz²⁰ de cel puțin 15 zile lucrătoare trebuie respectat atunci când angajatorul-debitor este supus procedurii generale de insolvență. Legislația falimentului nu face vreo referire la celelalte facilități stabilite de legislația muncii.

Cu toate acestea, importanța și semnificația facilităților certe de care poate beneficia un salariat al unui debitor intrat în procedura generală de insolvență este foarte bine surprinsă de Legea nr.85/2006, prin art. 86 alin. 6, care prevede că, prin derogare de la prevederile Legii nr. 53/2003 - Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare, în procedura simplificată, precum și în cazul intrării în faliment în procedura generală, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitorului se va face de urgență de către lichidator, fără a fi necesară parcurgerea procedurii de concediere colectivă. Lichidatorul va acorda personalului concediat doar preavizul de 15 zile lucrătoare²¹.

Prin urmare, atunci când angajatorul-debitor este supus procedurii simplificate sau când din procedura generală intră în faliment, tot termenul legal de preaviz este reținut de către legiuitor a fi respectat, fiind o măsură prevăzută în sprijinul salariatului. Concedierea colectivă realizată de către angajatorul-debitor într-o procedură generală îl obligă la respectarea tuturor etapelor din procedura impusă sub sancțiunea nulității absolute de legislația muncii, pe lângă necesitatea respectării termenului legal de preaviz.

Precizăm că creanțele salariale participă la distribuire, în caz de faliment, în ordinea de prioritate prevăzută de actualul art.123 din Legea nr.85/2006, și anume la poziția a 2-a, imediat după achitarea tuturor taxelor, timbrelor sau oricăror alte cheltuieli aferente procedurii instituite prin prezenta lege, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19

alin. (2), art. 23, 24 și ale art. 98 alin. (3), sub rezerva celor prevăzute la art. 102 alin. (4).

Conform art. 123 pct. 2 din lege, la această ordine de prioritate vor fi înregistrate toate drepturile salariaților provenite din raporturi de muncă.

Desigur, nimic nu împiedică salariatul nemulțumit de nivelul creanței cu care a fost înscris în tabelul preliminar al creanțelor să conteste înscrierea făcută de administratorul judiciar pe baza evidențelor contabile, la fel ca și creditorii din restul categoriilor.

Se observă că creanțele izvorâte din raportul de muncă sunt prevăzute de legiuitor, practic, pe prima poziție (cu excepția așa numitelor cheltuieli administrative ale procedurii), ceea ce demonstrează importanța acestor categorii de creanțe și a statutului titularilor lor pentru activitatea angajatorului-debitor în principal în concepția Legii 85/2006.

De remarcat, că, în legislația anterioară²², erau prioritare doar creanțele salariale ce reprezentau salariile cumulate pe ultimele 6 luni de zile anterioare deschiderii procedurii insolvenței, iar în situația în care salariile sunt datorate de angajator pe o perioadă mai mare de 6 luni de zile, restul creanțelor figurau la poziția a 8-a, în ceea ce privește ordinea de distribuție.

Această interpretare a fost confirmată și de practica judiciară²³, unde s-a decis că salariatul care trebuia reîncadrat în muncă, conform dispozițiilor unei hotărâri judecătorești, va fi înscris în tabelul creditorilor la ordinea de prioritate prevăzută de art.108 pct. 3, pentru creanța reprezentând salariile datorate, inclusiv dobânzi (inflație), pentru 6 luni anterioare deschiderii procedurii și la ordinea de prioritate prevăzută de art. 108 pct. 8 pentru restul creanței constând în salarii neachitate, nemaiputând calcula nici o majorare după deschiderea procedurii.

Însă, suma de bani solicitată de fostul director care a fost suspendat și care a solicitat reîncadrarea în muncă, va fi stabilită ținând seama de dispozițiile art. 41, potrivit căruia nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuielă, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, și avându-se în vedere deducerile ce trebuie reținute de angajator și virate în fondurile speciale (pensie, sănătate, impozit etc.), pentru perioada ulterioară deschiderii procedurii.

De asemenea, și în cazul creanțelor salariale trebuie respectate prevederile art. 125 alin. 1 și 2, potrivit cărora titularilor de creanțe dintr-o categorie li se vor putea distribui sume numai după deplina îndeplinire a titularilor de creanțe din categoria ierarhic superioară, potrivit ordinii prevăzute la art. 123, iar în cazul insuficienței sumelor necesare acoperirii valorii integrale a creanțelor cu același rang de prioritate, titularii acestora vor primi o cotă falimentară, reprezentând suma proporțională cu procentul pe care creanța lor îl deține în categoria creanțelor respective.

În cadrul procedurii insolvenței, Legea nr.85/2006 acordă o atenție specială salariaților debitorului, în calitate de creditori ai acestuia, atenție evidențiată prin particularitățile creanțelor salariale. Salariaților debitorului le sunt instituite în cadrul procedurii insolvenței o serie de facilități, comparativ cu alte categorii de creditori, dar și anumite obligații, pe care sunt obligați imperativ să le aducă la îndeplinire. Legiuitorul nu numai că definește noțiunea de creanțe salariale, dar implicit impune anumite caractere particulare privind cererea de admitere a creanței și documentele justificative pe care se întemeiază, posibilitatea participării salariaților în cadrul adunării creditorilor sau comitetului creditorilor, etc.

Natura juridică a creanțelor salariale este cea de creanțe chirografare, dar cu o poziție privilegiată, subliniată și prin

poziția deținută de această categorie de creanțe în situația distribuirii sumelor obținute din averea debitorului.

Nu în ultimul rând, interesează soarta contractelor individuale de muncă în situația intrării debitorului în procedura insolvenței, caz în care legiuitorul stabilește anumite particularități, prin derogare de la dispozițiile Legii 53/2003, cu modificările și completările ulterioare.

NOTE

¹ Pentru o analiză critică privind reforma legislativă în domeniul insolvenței începând din anul 1995 și până în anul 2004, a se vedea I. Turcu, Planul de redresare – o simplă relicvă istorică?, în RDC nr. 3/2005, pag. 9-14

² Legea nr. 85/2006 a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 359 din 25 aprilie 2006 și a intrat în vigoare, potrivit art. 156 din lege, în 90 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial

³ Prin creditor se înțelege, potrivit art. 3 pct. 7 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, persoana fizică sau juridică ce deține un drept de creanță asupra averii debitorului și care a solicitat, în mod expres, instanței să îi fie înregistrată creanța în tabelul definitiv de creanțe sau în tabelul definitiv consolidat de creanțe și care poate face dovada creanței sale față de patrimoniul debitorului, în condițiile prezentei legi. Au calitatea de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului

⁴ A se vedea și I. Turcu, M. Stan, Legea privind procedura insolvenței – o nouă etapă în reforma legislativă, în RDC nr. 6/2006, pag. 15-16

⁵ Al. Țiclea, Dreptul muncii. Contractul individual de muncă, Ed. Lumina Lex, București, 2003, pag. 193

⁶ Prin creditor ordinar desemnăm în acest context orice altă persoană care deține un drept patrimonial împotriva averii debitorului, cu excepția salariaților

⁷ Salariul de bază reprezintă partea principală a salariului, cuvenită fiecărui salariat, prin raportare la nivelul studiilor, calificarea și pregătirea profesională, importanța postului, caracteristicile sarcinilor și competențele profesionale. A se vedea în acest sens, I. T. Ștefănescu, Tratat de dreptul muncii, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 2003, pag. 121 și urm.

⁸ Indemnizațiile constituie sumele de bani plătite salariatului peste salariul de bază, cu scopul de a compensa cheltuielile pe care trebuie să le efectueze în îndeplinirea sarcinilor de serviciu sau în alte condiții de muncă, distingându-se indemnizații pentru persoanele care îndeplinesc funcții de conducere, indemnizații pentru detașare, pentru delegare, indemnizații de instalare, indemnizații pentru personalul trimis în misiune permanentă în străinătate etc. Adaosurile și sporurile la salariu se plătesc numai în raport cu performanțele individuale ale fiecărui salariat, pentru timpul în care munca este prestată în anumite condiții deosebite, dacă experiența dobândită pe durata vechimii în muncă se deosebește în creșterea economică a muncii prestate. Indemnizațiile, adaosurile și sporurile constituie partea variabilă a salariului cuvenit fiecărei persoane care are calitatea de salariat. A se vedea în acest sens, Al. Țiclea, op. cit., pag. 194-195

⁹ Potrivit art. 31 lit. b) și c), cererea creditorului trebuie să cuprindă: existența unei garanții reale, constituite de către debitor sau instituite potrivit legii și existența unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului

¹⁰ Art. 3 pct. 7 din Legea nr. 85/2006 definește noțiunea de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței ca fiind acel creditor care a formulat și i-a fost admisă, total sau în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe tabelul definitiv al creanțelor contra debitorului și care are dreptul de a participa și de a vota în adunarea creditorilor, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară admis de judecătorul-sindic, de a fi desemnat în calitate de membru al comitetului creditorilor, de a participa la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii debitorului, de a fi informat ori notificat cu privire la

desfășurarea procedurii și de a participa la orice altă procedură reglementată de prezenta lege

¹¹ Apreciem că salariații ale căror creanțe nu au fost plătite de către angajator au libertate deplină în ceea ce privește desemnarea persoanelor care să le reprezinte interesele în adunarea creditorilor. Aceștia nu trebuie să întrunească condițiile privind reprezentativitatea din dreptul muncii. Pe de altă parte, Legea nr. 85/2006 nu cere ca delegații salariaților să fie aceleași persoane, pe tot parcursul desfășurării procedurii. Mai mult, legiuitorul nu impune în sarcina salariaților obligația de a da socoteală cu privire la persoanele desemnate în calitate de delegați, nici față de ceilalți salariați, nici în fața judecătorului-sindic (cu atât mai mult cuvânt față de angajator). În consecință, atunci când îndeplinesc atribuțiile prevăzute de Legea nr. 85/2006, salariații angajatorului participă la procedură în baza unui contract de mandat, al cărui conținut este prestabilit de lege

¹² Prin sintagma "creanțe reprezentând salarii și alte drepturi bănești", legiuitorul a avut în vedere nu numai salariul fix al angajatului, ci toate celelalte indemnizații, sporuri și adaosuri ce se cuvin respectivului angajat, potrivit contractului individual de muncă

¹³ Drepturile salariaților există potrivit acestei interpretări doar atunci când, îndeplinind condițiile legale, salariații participă, de bună-voie, prin delegații lor, la desfășurarea unei proceduri de insolvență. Nimeni nu le poate dirija voința în mod silit, în sensul de a participa sau de a nu participa într-o procedură de insolvență la care este supus angajatorul lor, în poziția de debitor

¹⁴ Tribunalul Alba - Sentința nr. 58 din 29 martie 2005, în "Manualul de bune practici", ediție îngrijită sub egida Price Water House Coopers

¹⁵ R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pag. 266

¹⁶ A se vedea art. 65 și următoarele din Legea 53/2003, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 72 din 05.02.2003, cu modificările și completările ulterioare (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 65/2005 și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 55/2006)

¹⁷ Prin raportare la art. 65 Codul muncii, prin concediere individuală, datorată unor motive care nu țin de persoana salariatului, se înțelege încetarea contractului individual de muncă a unui număr mai mic de 10 salariați, determinată de desființarea locului de muncă ocupat de salariații respectivi, din unul sau mai multe motive, fără legătură cu persoana acestora

¹⁸ Potrivit art. 68 din Codul muncii: alin. 1) prin concediere colectivă se înțelege concedierea, într-o perioadă de 30 de zile calendaristice, din unul sau mai multe motive care nu țin de persoana salariatului, a unui număr de: a) cel puțin 10 salariați, dacă angajatorul care disponibilizează are încadrați mai mult de 20 de salariați și mai puțin de 100 de salariați; b) cel puțin 10 % din salariați, dacă angajatorul care disponibilizează are încadrați cel puțin 100 de salariați, dar mai puțin de 300 de salariați; c) cel puțin 30 de salariați, dacă angajatorul care disponibilizează are încadrați cel puțin 300 de salariați; alin. 2) la stabilirea numărului efectiv de salariați concediați colectiv, potrivit alin. 1), se iau în calcul și acei salariați cărora le-au încetat contractele individuale de muncă din inițiativa angajatorului, din unul sau mai multe motive, fără legătură cu persoana salariatului, cu condiția existenței a cel puțin 5 concedieri

¹⁹ A se vedea pentru analiza în detaliu a obligațiilor angajatorului în caz de concediere colectivă, precum și a modalității procedurale prevăzută de legiuitor, N. Voiculescu, Dreptul muncii. Reglementări interne și comunitare, Ed. Rosetti, București, 2003, pag. 71-78; I. T. Ștefănescu, Tratat de dreptul muncii, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2003, pag. 516 și urm; Al. Țiclea, Tratat de dreptul muncii, Ed. Rosetti, București, 2006, pag. 494 și urm.

²⁰ Codul muncii face vorbire doar de un sigur termen de preaviz, de cel puțin 15 zile lucrătoare, atunci când încetarea contractului individual de muncă are loc din inițiativa angajatorului

²¹ Apreciem că, în mod corect, art. 86 alin. 6 din Legea nr. 85/2006 a stipulat că termenul de preaviz este de 15 zile lucrătoare, aceste prevederi coroborându-se cu cele din Codul muncii

²² Respectiv sub imperiul Legii nr. 64/1995

²³ Tribunalul Iași - Sentința nr. 133 din 13 martie 2003, în "Manualul de bune practici", ediție îngrijită sub egida Price Water House Coopers

Poate judecătorul-sindic să dispună restituirea unei plăți nedatorate?



Judecător Csaba Bela Nasz
Curtea de Apel Timișoara

1. Starea de fapt

În temeiul Contractului de livrare C.L. 323/13.06.2005 încheiat cu S.C. B S.R.L. reclamanta S.C. NM C S.R.L. a procedat, conform art. 52 din contractul amintit, la plata sumei de 200.000 lei (47.000 euro + TVA) către această societate. Din eroare, plata a fost redirecționată către contul pârâtei S.C. B PAS S.A.. Această greșală este motivată de faptul că societatea reclamantă derulează relații comerciale atât cu S.C. B PAS S.A., cât și cu S.C. B S.R.L., existând o asemănare foarte mare între denumirile celor două societăți. Mai mult, plata a fost efectuată prin sistem electronic (e-bank) și chiar dacă conducerea reclamantei a sesizat imediat eroarea nu s-a mai putut reveni asupra acesteia deoarece modalitatea de plată electronică nu permite acest lucru (plata intrând în sistemul de operare al serverului).

Astfel, a doua zi după efectuarea plății eronate, reclamanta s-a adresat băncii societății pârâte – Bk prin adresa nr. 2512/06.07.2005, solicitându-i redirecționarea plății către destinatarul de drept al sumei de 200.000 lei. Totodată, ea s-a adresat și către S.C. B PAS S.A. prin adresa nr. 2513/06.07.2005 arătându-i eroarea survenită și cerându-i restituirea sumei, fiind vorba de o plată necuvenită. Acceptarea plății de către banca pârâtei s-a făcut în data de 06.07.2005. În atare situație, societatea reclamantă s-a adresat băncii sale, care prin adresa nr. 9779 din aceeași zi i-a confirmat acceptul său de transferare a sumei de 200.000 lei, îndrumând-o spre terțul poprit – banca Bk – la care era intrată deja suma în contul S.C. B PAS S.A. .

Sumele din contul pârâtei S.C. B PAS S.A. deschis la banca Bk erau indisponibilizate, întrucât, la cererea creditorului S.C. I S.A., începuse executarea silită prin poprirea contului acesteia, pârâta fiind debitor în dosarul execuțional nr. 216/2005 al Biroului Executor Judecătoresc JC, situație în care executorul a și procedat la poprirea acestei sume, cu toate că între timp, prin adresa nr. 1649/20.07.2005, reclamanta i-a comunicat acestuia că respectiva sumă reprezintă o plată nedatorată. Nici executorul judecătoresc nu a reținut argumentele societății și nici banca Bk nu a înțeles să răspundă solicitării reclamantei, chiar dacă pârâta S.C. B PAS S.A., prin adresa nr. 403/23.08.2005, a recunoscut că reclamanta nu îi datorează această sumă, iar S.C. B S.R.L., prin adresa nr. 09/23.08.2005, confirmă faptul că este creditoarea acesteia.

Față de această situație, reclamanta, în calitate de terț, a promovat o contestație la executare prin care a solicitat anularea popririi instituite asupra sumei de 200.000 lei și

obligarea terțului poprit – banca Bk – la virarea acestei sume din contul pârâtei S.C. B PAS S.A. în contul S.C. B S.R.L., beneficiarul ei de drept.

Prin Sentința civilă nr. 7516/16.08.2005¹ Judecătoria Timișoara a respins apelul reclamantei, dar Tribunalul Timiș, ca instanță de apel, a admis apelului declarat de reclamantă, a schimbat hotărârea atacată și a admis cererea introductivă anulând poprirea înființată asupra sumei de 200.000 lei din contul S.C. B PAS S.A. și obligând terțul poprit – banca Bk – la virarea acesteia în contul S.C. B S.R.L.. Creditorul S.C. I S.A. a promovat recurs împotriva acestei decizii și, cu toate că la termenul din 30.03.2006 lichidatorul S.C. B PAS S.A. a solicitat suspendarea judecății motivat de faptul că această societate a intrat în procedura de reorganizare judiciară și faliment reglementată de Legea nr. 64/1995, republicată, prin Decizia civilă nr. 857² din 06.04.2006 Curtea de Apel Timișoara a respins atât cererea de suspendare formulată de lichidator, cât și recursul promovat de creditor.

În aceste condiții, societatea reclamantă a solicitat judecătorului-sindic să dea curs cererii sale, respectiv deciziei definitive și irevocabile a Curții de Apel Timișoara, și să dispună virarea sumei de 200.000 lei din contul S.C. B PAS S.A. – societate aflată în faliment – deschis la banca Bk în contul S.C. B S.R.L., însă prin Încheierea de ședință³ din 25 mai 2006 Tribunalul Timiș a respins cererea societății reclamante împotriva acestei hotărâri, reclamanta declarând recurs.

2. Motivarea instanței

Curtea de Apel Timișoara, prin Decizia civilă nr. 897⁴ din 26 septembrie 2006, a respins recursul declarat de reclamanta S.C. NM C S.R.L. împotriva încheierii civile din 25 mai 2006 a judecătorului-sindic din cadrul Tribunalului Timiș.

Pentru a hotărî astfel instanța de recurs a reținut că prin încheierea atacată Tribunalul Timiș a respins ca neîntemeiată cererea formulată de reclamanta S.C. NM C S.R.L. privind virarea de S.C. B PAS S.A. a sumei de 200.000 lei către S.C. B S.R.L., cererea fiind întemeiată pe dispozițiile art. 992 Cod civil – plata nedatorată. Din dispozitivul Deciziei civile nr. 884⁵ din 14 decembrie 2005 a Tribunalului Timiș judecătorul sindic a constatat că instanța a admis contestația la executare formulată de contestatoarea S.C. NM C S.R.L. vizând dosarul nr. 216/2005 al B.E.J. CJ și, în consecință, a fost anulată poprirea înființată asupra sumei de 200.000 lei din contul intimății S.C. B PAS S.A., terțul poprit – banca Bk – fiind

obligat să vireze suma respectivă în contul S.C. B S.R.L., astfel că potrivit acestei decizii nu debitoarea falită S.C. B PAS S.A. a fost obligată la virarea sumei pretinse, ci terțul poprit, situație în care, sub acest aspect, debitoarea S.C. B PAS S.A. aflată în procedura falimentului nu poate fi obligată la virarea sumei.

Împotriva acestei hotărâri a declarat recurs reclamanta S.C. N.M. C. S.R.L., criticând-o pentru netemeinicie și nelegalitate raportat la dispozițiile art. 304 pct. 7, 8 și 9 și art. 304¹ Cod procedură civilă.

Cu privire la încălcarea dispozițiilor art. 304 pct. 9 Cod procedură civilă reclamanta recurentă a arătat că judecătorul-sindic nu a reținut faptul că instanța de apel – Tribunalul Timiș, în judecarea contestației sale la executare, a procedat la suspendarea executării silite până la soluționarea apelului (19.10.2005). Totodată, nu a reținut nici împrejurarea că în cadrul judecării recursului (la Curtea de Apel Timișoara) lichidatorul a formulat o cerere de suspendare a judecării pe considerentul că față de societatea debitoare a fost declanșată procedura falimentului, solicitare care a fost respinsă cu motivarea că „(...) suma în litigiu nu face parte din bunurile debitorului urmărit”. Față de aceste cereri de suspendare instanța de fond nu a făcut nici o referire, cu toate că atât executorul judecătoresc, cât și lichidatorul nu au respectat dispozițiile instanțelor și că plata nu putea pleca de la executor la lichidator fără o încuviințare prealabilă expresă a judecătorului-sindic, raportat la dispozițiile art. 11, art. 17 și art. 23 din Legea nr. 64/1995, republicată.

În altă ordine de idei, recurenta a arătat că dacă lichidatorul considera că plata sumei de 200.000 lei nu se încadrează în prevederile art. 52 din legea amintită, respectiv în condițiile de exercitare a activității curente, judecătorul sindic ar fi fost obligat să admită cererea sa și să dispună restituirea sumei. Recurenta a specificat că sunt de neînțeles atât poziția lichidatorului – prin opunerea la restituirea sumei de 200.000 lei, cât și cea a judecătorului-sindic – prin respingerea cererii sale, în condițiile în care Decizia civilă nr. 857/06.04.2006 a Curții de Apel Timișoara poartă mențiunea „irevocabilă”, ea stabilind cu putere de lucru judecat că suma de 200.000 lei aparține societății recurente, plata acesteia către falita S.C. B PAS S.A. fiind făcută din eroare.

În ceea ce privește încălcarea dispozițiilor art. 304 pct. 7 Cod procedură civilă s-a arătat că motivarea încheierii atacate privește soluția pronunțată de prima instanță în judecarea contestației la executare (Sentința civilă nr. 7516/16.08.2005 a Judecătoriei Timișoara), fără ca judecătorul-sindic să se raporteze la data notificărilor adresate băncii Bk (adresa nr. 2512/06.07.2005), S.C. B PAS S.A. (adresa nr. 2513/06.07.2005), băncii reclamantei (adresa nr. 2514/07.07.2004) și executorului judecătoresc (adresa nr. 1649/20.07.2005) cu privire la plata eronată efectuată în contul S.C. B PAS S.A.. De asemenea, se critică nemotivarea susținerilor reclamantei privitoare la plata nedatorată recunoscută de intimata S.C. B PAS S.A. prin adresa nr. 2442/23.08.2005, inexistența unui raport juridic între cele două societăți în litigiu și la decizia irevocabilă a Curții de Apel Timișoara nr. 857/06.04.2006 prin care a fost admisă contestația la executare anulându-se poprirea.

Cu privire la încălcarea dispozițiilor art. 304 pct. 8 Cod procedură civilă reclamanta a învederat că prima instanță a apreciat greșit actul dedus judecării și nu a observat faptul că era investită cu restituirea unei sume de bani care nu constituie o creanță în sensul prevederilor Legii nr. 64/1995, republicată, ci, în lipsa unui raport juridic dintre părți, restituirea plății nedatorate trebuie interpretată în raport cu dispozițiile art. 992 și art. 1092 Cod civil, așa cum a fost reținut în mod irevocabil și de Curtea de Apel Timișoara.

Prin întâmpinarea formulată, pârâta intimată S.C. B PAS S.A., prin lichidator judiciar, a solicitat respingerea recursului ca fiind netemeinic și nelegal, cu consecința menținerii încheierii recurate.

Instanța de recurs a apreciat că în mod corect prima instanță a respins cererea formulată de reclamanta S.C. NM C S.R.L. privind obligarea pârâtei S.C. B PAS S.A. la virarea sumei de 200.000 lei către S.C. B S.R.L. cu titlu de plată nedatorată, cu motivarea că prin Decizia civilă nr. 884/A/14.12.2005 a Tribunalului Timiș, rămasă irevocabilă prin Decizia civilă nr. 857/6.04.2006 a Curții de Apel Timișoara, intimatul terț poprit – banca Bk – a fost obligat să vireze această sumă în contul S.C. B S.R.L.. Astfel, prin decizia civilă nr. 884/A/14.12.2005 s-a admis contestația la executare formulată de contestatoarea S.C. NM C S.R.L. vizând dosarul nr. 216/2005 al B.E.J. CJ, a fost anulată poprirea înființată asupra sumei de 200.000 lei din contul intimatului S.C. B PAS S.A. și terțul poprit a fost obligat să vireze această sumă în contul S.C. B S.R.L.. S-a mai reținut că prin hotărârile judecătorești pe care reclamanta și-a întemeiat recursul obligația de virare a sumei amintite se instituie în sarcina terțului poprit în conformitate cu cele solicitate de reclamantă prin contestația la executare înregistrată la data de 20.07.2005 pe rolul Judecătoriei Timișoara, nefiind instituită nici o obligație în acest sens în sarcina societății în faliment S.C. B PAS S.A. sau a lichidatorului judiciar. Împrejurarea învederată de reclamanta recurentă în sensul că la momentul formulării contestației la executare nu a cunoscut starea de insolvență a pârâtei nu are relevanță întrucât singurul care putea fi obligat la virarea sumei pretinse era terțul poprit și nu debitoarea S.C. B PAS S.A. aflată în procedura falimentului.

În dezacord cu opinia majoritară, unul dintre membrii completului a considerat că recursul declarat de reclamanta S.C. NM C S.R.L. împotriva încheierii judecătorului-sindic este fondat și ar fi trebuit admis ca atare, cu consecința modificării în tot a hotărârii atacate în sensul admiterii cererii reclamantei și obligarea pârâtei S.C. B PAS S.A. la virarea sumei de 200.000 lei către S.C. B S.R.L..

Notă

În opinia noastră această decizie este discutabilă și considerăm corectă opinia separată formulată în cauză, în sensul că judecătorul-sindic desemnat să gestioneze dosarul de faliment al debitoarei S.C. B PAS S.A. ar fi trebuit să primească solicitarea reclamantei privind recuperarea sumei de 200.000 lei plătită din eroare în contul societății debitoare. În opinia separată s-a arătat că prima instanță a pronunțat o hotărâre netemeinică și nelegală, în cauză fiind incident motivul de recurs prevăzut de pct. 9 al art. 304 Cod procedură civilă invocat de recurentă, fiind de necontestat că reclamanta S.C. NM C S.R.L., din eroare, a dispus plata sumei de 200.000 lei către debitoarea falită S.C. B PAS S.A. în condițiile în care această plată nu-și are corespondentul într-o obligație corelativă.

Orice plată presupune existența unei datorii. Dacă această datorie nu există, consecința este logică, plata trebuie să fie restituită celui ce a făcut-o, fiind fără cauză, adică nedatorată. În acest sens, art. 1092 alin. 1 teza finală Cod civil statuează fără echivoc că „ceea ce s-a plătit fără să fie debit este supus repetițiunii”. Dacă restituirea nu se face voluntar, benevol de cel ce a primit plata nedatorată, creditorul poate recurge la o acțiune în justiție, întrucât faptul plății nedatorate dă naștere unui raport de obligații în temeiul căruia cel care a plătit este creditor al obligației de restituire a prestației executate, iar cel care a primit plata este debitorul aceleiași obligații. Dreptul creditorului de a cere restituirea plății nedatorate este

consacrat expres în art. 993 Cod civil, unde se prevede că „aceia care, din eroare, crezându-se debitor, a plătit o datorie, are drept de repetițiune în contra creditorului”. Tot astfel este prevăzută și obligația de restituire a debitorului în art. 992 Cod civil: „cel ce, din eroare sau cu știință, primește ceea ce nu-i debit, este obligat a-l restitui aceluia de la care l-a primit”.

În speță, deși prin adresa nr. 403/23.08.2005 înregistrată la recurentă sub nr. 2442/23.03.2005 S.C. B PAS S.A. recunoaște fără rezerve că suma de 200.000 lei plătită de S.C. NM C S.R.L. a intrat în contul său și că este „necuvinită” (adică nedatorată), restituirea ei benevolă nefiind posibilă întrucât societatea accipiens avea la acea dată contul poprit, judecătorul-sindic a respins în mod nejustificat solicitarea reclamantei pentru repetițiunea acestei sume.

S-a considerat că în mod greșit s-a reținut că cererea reclamantei de a se dispune virarea sumei de 200.000 lei către S.C. B S.R.L. nu poate fi primită dat fiind faptul că reclamanta, în calitate de solvens, dacă în temeiul art. 1092 alin. 1 Cod civil poate cere restituirea plății nedatorate, ea are și dreptul de a solicita virarea acestei sume direct către S.C. B S.R.L., creditor al său și beneficiar de drept al acesteia. Pe de altă parte, împrejurarea, reală de altfel, că prin hotărârile judecătorești depuse la dosar – Decizia civilă nr. 884/A/14.12.2005 pronunțată de Tribunalul Timiș în dosar nr. 9341/2005 rămasă irevocabilă prin Decizia civilă nr. 857/06.04.2006 a Curții de Apel Timișoara pronunțată în dosar nr. 812/C/2006 – obligația de virare a sumei de 200.000 lei a fost instituită în sarcina terțului poprit – banca Bk – și nu în sarcina debitoare falite S.C. B PAS S.A. sau a lichidatorului său judiciar nu are nici o relevanță juridică în cauză. Aceasta, având în vedere că potrivit dispozițiilor art. 3 din Legea nr. 64/1995, republicată, cu modificările și completările ulterioare „în înțelesul prezentei legi, averea debitorului cuprinde totalitatea bunurilor și drepturilor patrimoniale ale acestuia – inclusiv cel dobândite în cursul procedurii stabilite de prezenta lege – care pot face obiectul unei executări silite, în condițiile Codului de procedură civilă”. Articolul 3 pct. 2 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, act normativ care a abrogat expres Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, a preluat această definiție legală a noțiunii de „avere a debitorului”.

Cu toate că la data de 04.11.2005 debitoarea S.C. B PAS S.A. a intrat sub incidența Legii nr. 64/1995, republicată, suma de 200.000 lei virată din eroare în contul său de reclamanta S.C. NM C S.R.L. la 05.07.2005 nu poate fi considerată ca făcând parte din averea debitoare și, în consecință, ea nu poate fi folosită de lichidatorul judiciar pentru îndestularea creditorilor înscrși la masa credală.

S-a mai arătat că în mod eronat s-a reținut de către ceilalți membri ai completului de judecată că „singurul care putea fi obligat la virarea sumei pretinse este terțul poprit și nu debitoarea S.C. B PAS S.A. aflată în procedura de faliment” motivat de împrejurarea că, tocmai datorită faptului că debitoarea – accipiens se afla sub incidența procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995, republicată, reclamanta – solvens s-a adresat cu o cerere de „repetițiune” judecătorului-sindic, care are atribuții de supraveghere a activității lichidatorului. Din caracterul exemplificativ al enumerării cuprinse în fostul art. 11 din Legea nr. 64/1995, referitor la atribuțiile judecătorului-sindic, rezultă fără dubiu competența deplină a acestuia. În consecință pot fi adăugate și alte atribuții care decurg din efectuarea procedurii, atâta timp cât judecătorul-sindic are un control nelimitat în ceea ce privește legalitatea actelor și operațiilor efectuate de lichidator/administratorul judiciar în cadrul procedurii de insolvență.

Din această cauză în opinia separată s-a considerat că judecătorul-sindic desemnat să gestioneze dosarul de faliment al S.C. B PAS S.A. avea căderea să se pronunțe asupra cererii reclamantei S.C. NM C S.R.L. privind recuperarea sumei de 200.000 lei plătită din eroare în contul debitoare falite și, mai mult decât atât, ar fi trebuit să și primească această solicitare, altfel creându-i-se recurenței o situație absolut dezavantajoasă și înjustă, întrucât în acest moment, pentru a putea încerca recuperarea acestei sume, ea este nevoită să se înscrie la masa credală și să intre în concurs cu ceilalți creditori care și-au declarat creanțele și să suporte concursul eventualilor creditori garantați, privilegiați etc., în condițiile în care această sumă nu face parte din averea debitoare falite.

De asemenea, nici una dintre instanțe nu a considerat, ca în multe alte situații, că cererea reclamantei trebuia adresată mai întâi lichidatorului judiciar și numai împotriva refuzului acestuia de a-i restitui suma solicitată partea avea deschisă calea de atac a contestației adresată judecătorului-sindic, respectiv a recursului dacă soluția dată de sindic i-ar fi fost nefavorabilă.

În privința calificării cererii inițiale și a identificării participantului din cadrul procedurii de insolvență care avea competența să o soluționeze, considerăm că soluția ce se impunea a fi luată în cauză era casarea hotărârii judecătorului-sindic și trimiterea „contestației” spre soluționare mai întâi practicianului și apoi, în cazul nerezolvării favorabile, partea interesată având deschisă calea contestației la judecătorul-sindic și, ulterior, a recursului la Curtea de Apel, pentru identitate de rațiune cu situația declarațiilor de înregistrare a creanțelor (art. 67 și art. 73 din Legea privind procedura insolvenței). În sprijinul acestei susțineri credem că sunt următoarele dispoziții legale: art. 11 - principalele atribuții ale judecătorului-sindic, atât în forma dată de Legea nr. 64/1995, republicată, cât și în forma menținută de Legea nr. 85/2006⁶ și art. 29 - principalele atribuții ale lichidatorului - din Legea nr. 64/1995, reluat de art. 25 din Legea nr. 85/2006⁷ privind procedura insolvenței..

NOTE

¹ Sentința civilă nr. 7516/16.08.2005 a Judecătoriei Timișoara a fost pronunțată în dosarul nr. 10.405/2005, nepublicată;

² Decizia civilă nr. 857/06.04.2006 a Curții de Apel Timișoara a fost pronunțată în dosarul nr. 812/C/2006, nepublicată;

³ Încheierea de ședință din 25.05.2006 a judecătorului-sindic a fost pronunțată în dosarul nr. 144/S/2005 al Tribunalului Timiș, nepublicată;

⁴ Decizia civilă nr. 897 din 26.09.2006 a Curții de Apel Timișoara a fost pronunțată în dosarul nr. 4116/59/COM/2006, nepublicată;

⁵ Decizia civilă nr. 884/A/14.12.2005 a fost pronunțată de Tribunalul Timiș în dosarul nr. 9341/2005, nepublicată;

⁶ Art. 11 alin. 1 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M.O. al României Partea I nr. 359/21.04.2006, statuează următoarele: "Principalele atribuții ale judecătorului-sindic, în cadrul prezentei legi, sunt: (...) i) judecarea contestațiilor debitorului, ale comitetului creditorilor ori ale oricărei persoane interesate împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar sau de lichidator(...)"

⁷ Art. 25 din Legea nr. 85/2006 prevede că "principalele atribuții ale lichidatorului, în cadrul prezentei legi, sunt: (...) j) încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fidejursorilor, renunțarea la garanții reale sub condiția confirmării de către judecătorul-sindic; k) sesizarea judecătorului-sindic cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta (...)"

Reforma dreptului societar românesc prin prisma noii reglementări legislative a Legii nr. 441/2006

– Partea a II-a –



Jurist drd. Florentina Folea

Având în vedere faptul că Legea nr.441/2006¹ a modificat în mod substanțial prevederile Legii nr.31/1990 privind societățile comerciale, vom continua demersul început în numărul precedent al revistei prin prezentarea noutăților semnificative în această materie, având în vedere totodată și noul Proiect de modificare a Legii nr.31/1990 care, la data întocmirii prezentului material, se găsește pe pagina web a Ministerului Justiției.²

1. Sistemul dualist de administrare a societăților comerciale pe acțiuni

1.1. Precizări prealabile

Dacă sistemul unitar (monist) de administrare preia – cu modificările impuse de necesitățile de armonizare cu directivele comunitare – concepția clasică, al cărei model este cel francez, principala noutate adusă de noua reglementare în materia administrării societăților pe acțiuni este preluarea, din dreptul german, a sistemului dualist de administrare a societății pe acțiuni prin directorat și consiliu de supraveghere.

1.2. Directoratul

Reglementat în Secțiunea a III-a subsecțiunea a II-a din Legea nr.441/2006, **directoratul** reprezintă un organism de conducere al societății pe acțiuni, care îndeplinește actele necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate al societății, mai puțin actele rezervate de lege în sarcina consiliului de supraveghere și a adunării generale a acționarilor.

În **componența** directoratului se regăsesc unul sau mai mulți membri – persoane fizice (art.153¹³ PL) - numărul acestora fiind, la fel ca și în cazul consiliului de administrație, impar, cu precizarea făcută prin art.153¹ 5 PL cu privire la societățile pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare, caz în care directoratul este format din cel puțin 3 membri.

În condițiile în care activitatea directoratului se desfășoară sub **controlul** consiliului de supraveghere, și desemnarea, respectiv revocarea, membrilor directoratului este o atribuție ce revine tot acestui organism. Actul constitutiv poate prevedea că aceștia să poată fi revocați și de către adunarea generală ordinară a acționarilor; în toate cazurile însă, dacă revocarea este făcută fără justă cauză, membrii directoratului sunt îndreptățiți la plata unor daune-interese.

Pentru exercitarea eficientă a atribuțiilor de control, noua reglementare dispune în mod imperativ **interdicția cumulului** calităților de membru al directoratului și de membru al consiliului de supraveghere.

În caz de **vacanță** a unui post de membru al directoratului, consiliul de supraveghere este îndrituit să procedeze de îndată la desemnarea unui nou membru, pe durata rămasă până la expirarea mandatului directoratului.

La fel ca și în cazul administratorilor, membrii directoratului nu pot încheia cu societatea un contract de muncă, iar dacă un asemenea contract există, acesta se va suspenda pe perioada mandatului.

De asemenea, prevederile referitoare la instituirea obligației de loialitate și a regulii « business judgement rule » (art.144¹ 1 PL) se aplică în mod corespunzător și membrilor directoratului.

Directoratului îi sunt conferite, prin noul art. 153³ PL, **atribuții de reprezentare** a societății în raport cu terții și în justiție.

În lipsa unei stipulații contrare în actul constitutiv, membrii directoratului reprezintă societatea doar acționând împreună ; în aceasta situație, aceștia pot împuternici pe unul dintre ei să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni.

În raporturile dintre societate și directorat, dreptul de reprezentare revine consiliului de supraveghere.

Pentru a asigura îndeplinirea formalităților de publicitate, directoratul înregistrează la registrul comerțului numele persoanelor împuternicite să reprezinte societatea, menționând dacă ele acționează împreună sau separat. Acestea, la fel ca și membrii consiliului de administrație, au obligația de a depune la registrul comerțului specimene de semnătură.

Activitatea desfășurată de membrii directoratului cu privire la conducerea societății - și posibilele evoluții - viitoare va trebui consemnată în cuprinsul unor **rapoarte scrise, trimestriale**, prezentate consiliului de supraveghere.

De asemenea, independent de această raportare periodică, directoratului îi revine obligația de a comunica consiliului de supraveghere orice informație cu privire la evenimentele ce ar putea avea o influență semnificativă asupra situației societății, iar consiliul de supraveghere la rândul său poate solicita directoratului orice informații pe care le consideră necesare

pentru exercitarea atribuțiilor sale de control și poate efectua verificări și investigații corespunzătoare.

Între atribuțiile directoratului se numără și înaintarea de propuneri consiliului de supraveghere cu privire la distribuirea profitului rezultat din bilanțul exercițiului financiar și pe care intenționează să le prezinte adunării generale.

1.3. Consiliul de Supraveghere

Numirea membrilor consiliului de supraveghere – persoane fizice sau juridice - se face de către adunarea generală a acționarilor, în baza nominalizărilor făcute de membrii existenți ai consiliului sau de către acționari. (art.153⁶ 1 din Legea nr.441/2006).

Numărul membrilor consiliului de supraveghere este stabilit prin actul constitutiv, acesta încadrându-se însă între o limită minimă (trei) și una maximă (unsprezece) prevăzută de lege.

Revocarea membrilor consiliului de supraveghere poate fi făcută **oricând** de către adunarea generală a acționarilor, cu o majoritate de cel puțin două treimi din voturile acționarilor prezenți.

În cazul **vacanței unui post de membru** în consiliul de supraveghere, consiliul poate proceda la numirea unui membru provizoriu, până la întrunirea adunării generale. Dacă din acest motiv, numărul membrilor consiliului de supraveghere scade sub minimul legal, *directoratului* îi revine obligația de a convoca de îndată adunarea generală pentru completarea locurilor vacante.

Membrii consiliului de supraveghere nu pot **cumula** această calitate cu cea de membri ai directoratului și nici cu cea de salariați ai societății. Criteriile prevăzute la art.138² 1 din Legea nr.441/2006 cu privire la independența administratorilor se aplică și membrilor consiliului de supraveghere.

Principalele **atribuții ale consiliului de supraveghere** sunt enumerate în art.153⁹ din Legea nr.441/2006 astfel:

- a) exercită controlul permanent asupra conducerii societății de către directorat;
- b) numește și revocă membrii directoratului;
- b) verifică conformitatea cu legea, cu actul constitutiv și cu hotărârile adunării generale a operațiunilor de conducere a societății;
- d) raportează cel puțin o dată pe an adunării generale a acționarilor cu privire la activitatea de supraveghere desfășurată.

Deși regula este că, potrivit noii reglementări, consiliului de supraveghere nu îi pot fi transferate atribuții de conducere a societății, acționarii pot prevedea, prin actul constitutiv, că anumite tipuri de operațiuni nu pot fi efectuate decât cu acordul consiliului. În absența acestui acord, directoratul poate cere acordul adunării generale ordinare care se va pronunța cu majoritate de trei pătrimi din voturile acționarilor prezenți.

Consiliul de supraveghere poate crea **comitete consultative**, formate din cel puțin doi membri ai consiliului și însărcinate cu desfășurarea de investigații și cu elaborarea de recomandări pentru consiliu, în domenii precum auditul, remunerarea membrilor directoratului și ai consiliului de supraveghere și a personalului, sau nominalizarea de candidați pentru diferitele posturi de conducere. Comitetele vor înainta consiliului în mod regulat rapoarte asupra activității lor. Cel puțin un membru al fiecărui astfel de comitet trebuie să fie membru independent al consiliului de supraveghere. Cel puțin un membru al comitetului de audit trebuie să dețină experiență relevantă în aplicarea principiilor contabile sau în audit financiar.

Consiliul de supraveghere **se întrunește** cel puțin o dată la trei luni, ședințele fiind convocate și prezidate de consiliul de supraveghere (art.153¹¹ din Legea nr.441/2006). La ședințele consiliului de supraveghere pot participa, fără drept de vot, membrii directoratului. Concluziile deliberărilor se vor consemna în procese-verbale semnate de președintele de ședință și de cel puțin un membru prezent al consiliului.

2. Adunările generale ale acționarilor

2.1. Adunarea generală ordinară

Adunarea generală ordinară se întrunește cel puțin o dată pe an, în cel mult 5 luni de la încheierea exercițiului financiar (art.111 alin.2), spre deosebire de vechea reglementare care prevedea un termen de 4 luni în acest scop.

Competențele adunării generale ordinare sunt menținute în cadrul stabilit de reglementarea anterioară, cu precizarea că sunt actualizate pentru cazurile în care societatea optează pentru sistemul dualist de administrare.

În privința condițiilor de cvorum și majoritate cerute pentru adoptarea hotărârilor, art.112 din lege prevede necesitatea prezenței acționarilor care să dețină cel puțin o pătrime din numărul total de drepturi de vot, hotărârile urmând să fie luate cu majoritatea voturilor exprimate, sub condiția ca actul constitutiv să nu prevadă cerințe mai ridicate. În cazul în care adunarea nu poate lucra datorită neîndeplinirii condițiilor prevăzute mai sus, aceasta se va întruni la o a doua convocare și va putea să delibereze asupra punctelor de pe ordinea de zi a celei dintâi adunări, indiferent de cvorumul întrunit, luând hotărâri cu majoritatea voturilor exprimate, cu precizarea că pentru adunarea generală întrunită la a doua convocare, actul constitutiv nu poate prevedea un cvorum minim sau o majoritate mai ridicată.

2.2. Adunarea generală extraordinară

Competențele adunării sunt extinse prin noua reglementare a art.113, în sensul completării acestora cu conversia acțiunilor nominative în acțiuni la purtător sau a acțiunilor la purtător în acțiuni nominative.

Adunarea va putea delega consiliului de administrație al societății doar atribuțiile privind mutarea sediului societății, schimbarea obiectului de activitate (dar nu a obiectului principal de activitate), înființarea sau desființarea de sedii secundare și majorarea capitalului social, fiind eliminată posibilitatea delegării atribuțiilor privind reducerea capitalului social și a celor privind conversia acțiunilor dintr-o categorie în alta.

Pentru validitatea deliberărilor adunării generale extraordinare este necesară la prima convocare prezența acționarilor deținând cel puțin o pătrime din numărul total de drepturi de vot, iar la convocările următoare, prezența acționarilor reprezentând cel puțin o cincime din numărul total de drepturi de vot, hotărârile fiind luate cu majoritatea voturilor deținute de acționarii prezenți, cu excepția deciziilor privind modificarea obiectului principal de activitate al societății, reducerea sau majorarea capitalului social, schimbarea formei juridice, fuziune, divizare sau dizolvare care se iau cu o majoritate de cel puțin două treimi din drepturile de vot deținute de acționarii prezenți sau reprezentați. Legea permite acționarilor să stabilească prin actul constitutiv cerințe de cvorum și majoritate mai mari.

2.3. Cerințe privind convocarea adunărilor generale

Adunarea generală este convocată de consiliul de

administrație, respectiv de directorat, la

inițiativa proprie, a acționarilor reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social sau de cenzori sau auditori.

Termenul de întrunire al adunării nu poate fi mai mic de 30 de zile de la publicarea convocării în Monitorul Oficial al României Partea a IV-a, față de 15 zile în vechea reglementare (art.117).

Modalitatea de convocare cea mai uzuală este publicarea convocatorului în Monitorul Oficial al României Partea a IV-a și în unul dintre ziarele de largă răspândire din localitatea în care se află sediul societății sau din cea mai apropiată localitate.

În cazul în care toate acțiunile sunt nominative, convocarea poate fi făcută și numai prin scrisoare recomandată sau, dacă actul constitutiv permite, prin scrisoare transmisă pe cale electronică având încorporată semnătura electronică extinsă, expediată cu cel puțin 30 de zile înainte de data ținerii adunării, la adresa acționarului înscrisă în registrul acționarilor.

Convocarea trebuie să conțină informații privind locul și data ținerii adunării, precum și ordinea de zi, cu menționarea explicită a tuturor problemelor care vor face obiectul dezbaterilor adunării. În cazul în care pe ordinea de zi figurează propuneri pentru modificarea actului constitutiv, convocarea trebuie să cuprindă textul integral al propunerilor, în timp ce atunci când acționarii intenționează discutarea numirii administratorilor, în convocare trebuie menționat că lista cuprinzând informații cu privire la numele, localitatea de domiciliu și calificarea profesională ale persoanelor propuse pentru funcția de administrator se află la dispoziția acționarilor, putând fi consultată și completată de aceștia.

Potrivit art.129 alin.7, nu pot fi adoptate hotărâri asupra unor puncte de pe ordinea de zi care nu au fost publicate conform legii, cu excepția cazului în care toți acționarii au fost prezenți sau reprezentați și niciunul dintre aceștia nu s-a opus sau nu a contestat această hotărâre.

Conform art.117 ^ 2 din lege, situațiile financiare anuale, raportul anual al consiliului de administrație, respectiv raportul directoratului și cel al consiliului de supraveghere, precum și propunerea cu privire la distribuirea de dividende trebuie puse la dispoziția acționarilor la sediul societății, de la data convocării adunării generale.

În cazul în care societatea deține o pagină de internet proprie, convocarea, orice alt punct adăugat pe ordinea de zi la cererea acționarilor, precum și documentele menționate la art.117 ^ 2 din lege se publică și pe pagina de internet a societății, pentru liberul acces al acționarilor.

2.4. Adoptarea hotărârilor în cadrul adunărilor generale

Potrivit noului art.123 al.1 din lege, la adunările generale, acționarii care posedă acțiuni la purtător au drept de vot numai dacă le-au depus în locurile arătate prin actul constitutiv sau prin înștiințarea de convocare, cu cel puțin 10 zile înainte de adunare.

Consiliul de administrație, respectiv directoratul, va stabili o dată de referință pentru acționarii îndreptățiți să fie înștiințați și să voteze în cadrul adunării generale, dată ce va rămâne valabilă și în cazul în care adunarea generală este convocată din nou din cauza neîntrunirii cvorumului. Data de referință astfel stabilită trebuie să fie ulterioară publicării convocatorului și nu va depăși 60 de zile înainte de data la care adunarea generală este convocată pentru prima oară.

Hotărârile în cadrul adunărilor generale se iau prin vot deschis, cu excepția votului privind alegerea, revocarea și antrenarea răspunderii membrilor consiliului de administrație, respectiv a membrilor consiliului de supraveghere și a cenzorilor/auditorilor interni, când votul secret este obligatoriu.

Pentru a fi opozabile terților, hotărârile adunării generale trebuie depuse în termen de 15 zile la oficiul registrului comerțului, spre a fi menționate în registru și publicate în Monitorul Oficial Partea a IV-a.

La cerere, fiecare acționar trebuie informat cu privire la rezultatele votului, pentru hotărârile luate în cadrul adunării generale. Dacă societatea deține o pagină de internet proprie, rezultatele se vor publica și pe această pagină, în termen de cel mult 15 zile de la data adunării generale.

3. Auditul financiar, auditul intern și cenzorii

Textul noului art.160 aduce clarificări importante în materia auditării societăților comerciale,

făcând distincție între obligațiile impuse societăților ale căror situații financiare sunt supuse obligației de auditare conform legii și cele privind societățile ai căror acționari au optat pentru aplicarea auditului financiar.

Contractarea în mod obligatoriu a auditului financiar revine în sarcina societăților ale căror situații financiare sunt supuse obligației legale de auditare, în timp ce organizarea auditului intern revine deopotrivă în sarcina societăților supuse auditului financiar, indiferent dacă aceasta este urmarea îndeplinirii unei obligații legale sau a deciziei acționarilor.

Prin excepție, societățile pe acțiuni care optează pentru sistemul dualist de administrare vor fi supuse obligatoriu auditului financiar.

Orice acționar are dreptul să reclame cenzorilor și respectiv auditorilor faptele pe care le consideră că ar trebui cenzurate, iar aceștia sunt obligați să le cuprindă în raportul întocmit către adunarea generală, potrivit art.164¹ din lege.

În cazul în care reclamația este făcută de către acționarii reprezentând individual sau împreună cel puțin 5% din capitalul social sau o cotă mai mică, dacă actul constitutiv prevede astfel, cenzorii – sau auditorii interni, în cazul societăților care au organizat auditul intern, conform legii - sunt obligați să o verifice, iar dacă apreciază că reclamația este întemeiată și urgentă, aceștia sunt obligați să convoace de îndată adunarea generală și să prezinte observațiile lor.

4. Lichidarea societăților comerciale

În materia societăților comerciale cu răspundere limitată cu asociat unic, abrogarea art.236 din lege privind transmiterea universală a patrimoniului către asociatul unic, fără lichidare, are drept consecință transformarea acestor societăți în adevărate societăți cu răspundere limitată.

Totodată, noul art.252¹ din lege prevede că în cazul în care un asociat răspunde nelimitat pentru obligațiile societății pe durata funcționării acesteia, răspunderea sa pentru aceste obligații va fi nelimitată și în faza lichidării societății.

Asociatul care, în fraudă creditorilor, abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale și de personalitatea juridică distinctă a societății, în special prin fapta de a dispune de bunurile societății ca și cum ar fi bunurile sale proprii sau de a diminua activul societății în beneficiul personal sau al unor terți, cunoscând sau trebuind să cunoască faptul că în acest mod societatea nu va mai fi în măsură să își execute obligațiile, va răspunde nelimitat pentru obligațiile neachitate ale acesteia.

NOTE

¹ Legea nr.441/2006 pentru modificarea și completarea Legii nr.31/1990 privind societățile comerciale, republicată, și a Legii nr.26/1990 privind Registrul comerțului, republicată, a fost publicată în Monitorul Oficial cu numărul 955 din 28 noiembrie 2006

²http://www.just.ro/files/societati_comerciale_08022007/pl%20modific%20L%2031.doc

Lichidarea bunurilor din averea debitorului în lumina noilor reglementări legale



Av. Ștefan Dumitru

Preambul

Lichidarea bunurilor din averea debitorului reprezintă o etapă extrem de importantă în cadrul procedurii insolvenței, de succesul acestei etape depinzând, în foarte multe cazuri, gradul mai mare sau mai mic de recuperare de către creditori a creanțelor acestora împotriva debitorului. Conform dispozițiilor legale incidente, lichidarea bunurilor din averea debitorului este efectuată de către lichidator sub controlul judecătorului-sindic.

Dispoziții legale incidente

În prezent, lichidarea bunurilor din averea debitorului nu mai este reglementată de dispozițiile art. 114-120 din Legea nr. 64/1995, republicată, ci de dispozițiile art. 116-120 din Legea nr. 85/2006, publicată în Monitorul Oficial nr. 359/21.04.2006.

În prezentul material urmează să tratez, în lumina noilor reglementări, metoda de vânzare a bunurilor (negociere, licitație, etc.), modalitățile de vânzare (vânzare în bloc, individuală, directă) precum și rolul creditorilor în cadrul acestei etape, în fiecare caz urmând să mă opresc asupra eventualelor probleme care pot apărea precum și asupra modificărilor aduse de noua reglementare.

I) Metodele de vânzare a bunurilor

Inventarierea bunurilor debitorului constituie etapa imediat premergătoare lichidării. Astfel, conform art. 116 alin. 2 din Legea nr. 85/2006: „lichidarea va începe îndată după finalizarea de către lichidator a inventarierii bunurilor din averea debitorului”.

i) alegerea metodei de vânzare a bunurilor

Având în vedere faptul că una dintre principalele preocupări ale lichidatorului este aceea de a maximiza valoarea averii debitorului, actuala reglementare (art. 116 alin.2 din Legea nr. 85/2006) prevede o foarte mare flexibilitate în alegerea metodei de vânzare a bunurilor ce constituie averea debitoarei.

Astfel, bunurile pot fi vândute fie la licitație publică, fie prin negociere directă, fie se poate utiliza o combinație a celor două. În funcție de condițiile specifice fiecărui caz, lichidatorul propune creditorilor metoda de vânzare și prezintă și un regulament de vânzare corespunzător care trebuie să cuprindă, în principal, descrierea modului în care se va realiza vânzarea.

Metoda de vânzare a bunurilor este aprobată de către adunarea creditorilor pe baza propunerii lichidatorului și a

recomandării comitetului creditorilor. Alegerea uneia dintre metodele de vânzare prevăzute trebuie să urmărească, în primul rând, obținerea celui mai bun preț pentru bunurile ce urmează a fi scoase la vânzare. și atunci când ne referim la „cel mai bun preț” trebuie să ținem cont și de modalitatea în care urmează a se achita acest preț precum și de costurile procedurii pentru că este posibil ca un preț mai mare, așteptat o perioadă îndelungată de timp, să genereze costuri mai mari decât diferența de preț obținut.

ii) probleme ce pot apărea și diferențe între fosta și actuala reglementare

O problemă poate apărea atunci când se hotărăște că bunurile se vor valorifica prin licitație publică în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă, fără a se face nici o derogare de la acele reguli.

Prin aplicarea întocmai a dispozițiilor din Codul de procedură civilă, creditorii pot fi prejudiciați. Spre exemplu, în cazul bunurilor mobile, art. 443. alin.3 C.pr.civ. stipulează că: “dacă nu se obține prețul de începere la licitație, la același termen, bunul va fi vândut la cel mai mare preț oferit”. Astfel, în cazul în care nu se prevede expres că bunurile nu pot fi vândute la un preț inferior celui de evaluare, se poate ajunge la situația în care un bun mobil să fie adjudecat la un preț foarte mic.

O situație asemănătoare, o regăsim și în cazul bunurilor imobile. Conform art. 509 alin. 5 din C.pr.civ., în cazul în care nu se obține nici prețul la care imobilul a fost evaluat, vânzarea se va amâna la un alt termen, de cel mult 60 de zile, pentru când se va face o nouă publicație (de remarcat că, așa cum am arătat, în cazul bunurilor mobile bunul este vândut la același termen la cel mai mare preț oferit). La acest termen, licitația va începe de la prețul de 75% din cel la care imobilul a fost evaluat. Dacă nici în acest caz nu se obține prețul de începere a licitației, atunci bunul va trebui să fie vândut la cel mai mare preț oferit. Cu toate acestea, dacă se prezintă o singură persoană, atunci aceasta va trebui să ofere prețul de la care începe licitația. Astfel, și în cazul bunurilor imobile, în cazul în care nu se prevede expres că acestea nu pot fi vândute la un preț inferior celui de evaluare, se poate ajunge la situația în care un bun imobil să fie adjudecat la un preț foarte mic, prejudiciind astfel creditorii.

Cu privire la diferențe, arătăm că alin. 2 al art. 114 din Legea 64/1995, republicată, prevedea că dacă bunurile nu se pot vinde prin licitație publică, atunci se vor valorifica prin negociere directă. Așa cum am arătat, în actuala reglementare,

(art. 116 alin.2 din Legea nr. 85/2006), bunurile pot fi vândute fie la licitație publică, fie prin negociere directă, fie se poate utiliza o combinație a celor două.

O altă diferență constă în aceea că, în cazul în care bunurile urmează a fi vândute la licitație, lichidatorul nu va mai încheia contracte de vânzare-cumpărare ca în prezent, procesul-verbal de adjudecare semnat de lichidatorul judiciar va constitui titlu de proprietate și va fi înscris, în cazul imobilelor, în registrele de publicitate imobiliară. În acest caz, este de preferat ca actul de adjudecare să fie întocmit, pe baza procesului-verbal de licitație, după plata integrală a prețului. Dacă totuși actul de adjudecare se încheie înainte de plata integrală a prețului (spre exemplu, în cazul în care plata prețului se face în rate), este absolut necesar ca lichidatorul să înainteze un exemplar biroului de carte funciară pentru a se înscrie în cartea funciară interdicția de înstrăinare și grevare a imobilului până la plata integrală a prețului și a dobânzii corespunzătoare.

II) Modalitățile de vânzare a bunurilor

În funcție de condițiile specifice fiecărui caz și în vederea obținerii celui mai bun preț, lichidatorul trebuie să propună creditorilor cea mai bună modalitate de vânzare a bunurilor ce alcătuiesc averea debitorului.

i) vânzarea în bloc

Bunurile pot fi vândute în bloc – ca un ansamblu în stare de funcționare – sau individual. Conform art. 116 alin. 4 din Legea nr. 85/2006: „prin bloc, ca ansamblu funcțional, se înțelege o parte sau toate bunurile debitorului, necesare pentru desfășurarea unei afaceri, pentru care un cumpărător oferă un preț nedefalcat pe bunurile componente”.

În cazul în care lichidatorul consideră că cea mai bună modalitate de valorificare a bunurilor debitorului este vânzarea în bloc, acesta întocmește un raport pe care-l prezintă comitetului creditorilor. În acest raport vor fi indicate, descrise și evaluate bunurile ce urmează a fi vândute împreună, precizându-se și sarcinile de care, eventual, sunt însoțite. De asemenea, acest raport trebuie să cuprindă propuneri privind modalitatea de vânzare în bloc, precum:

- vânzare prin negociere directă către un cumpărător deja identificat, cu precizarea condițiilor minime ale contractului, cum ar fi prețul și modalitatea de plată;
- vânzarea prin negociere directă fără cumpărător identificat, cu precizarea prețului minim propus;
- vânzarea la licitație.

În termen de cel mult 20 de zile de la data ședinței comitetului creditorilor, lichidatorul va convoca adunarea generală a creditorilor, înștiințându-i pe aceștia despre posibilitatea de a studia raportul și procesul-verbal al ședinței comitetului creditorilor. În cazul în care adunarea generală a creditorilor aprobă raportul, judecătorul-sindic, prin încheiere, va da dispoziție lichidatorului să efectueze actele și operațiunile de lichidare (art. 117 alin. 3 și 4 din Legea nr. 85/2006).

În cazul în care creditorii nu aprobă raportul, atunci bunurile urmează fie a fi vândute individual (în cazul în care creditorii nu sunt de acord cu vânzarea în bloc) fie a fi vândute în bloc dar printr-o altă modalitate de vânzare (spre exemplu vânzare la licitație în loc de vânzare prin negociere directă), în cazul în care creditorii sunt de acord cu vânzarea în bloc însă nu și cu modalitatea de vânzare.

Dar ce se întâmplă în situația în care, deși hotărârea adunării creditorilor este nelegală, judecătorul-sindic, neinvestit încă cu o cerere de desființare a hotărârii adunării creditorilor, dă dispoziție lichidatorului, prin încheiere, să efectueze actele și operațiunile de lichidare.

Solicitarea unuia sau unora dintre creditorii, în temeiul art. 14 alin. 7 din Legea nr. 85/2006 de desființare a hotărârii adunării creditorilor pentru nelegalitate nu poate atrage și desființarea hotărârii judecătorului-sindic prin care a dat dispoziție lichidatorului să efectueze actele și operațiunile de lichidare, întrucât nu este posibil ca judecătorul-sindic să-și desființeze propriile hotărâri. În acest caz, este absolut necesar ca, în termenul de recurs, creditorul să formuleze recurs împotriva acelei încheieri prin care judecătorul-sindic, luând act de hotărârea adunării creditorilor, a dispus vânzarea bunurilor.

Cu privire la *diferențe*, arătăm că alin. 1 și 3 al art. 115 din Legea nr. 64/1995, republicată, prevedea că raportul cu privire la vânzarea în bloc se prezintă judecătorului-sindic care, în cel mult 20 de zile de la data la care a fost sesizat, convoacă adunarea creditorilor. Așa cum am arătat, în actuala reglementare, (art. 117 alin. 1 și 3 din Legea nr. 85/2006), raportul cu privire la vânzarea în bloc se prezintă comitetului creditorilor (nu judecătorului-sindic) urmând ca în cel mult 20 de zile de la data ședinței comitetului creditorilor (și nu de la data sesizării judecătorului-sindic), lichidatorul (nu judecătorul-sindic) să convoace adunarea creditorilor.

ii) vânzarea directă

Cu privire la imobile, art. 118 din Legea nr. 85/2006 reglementează vânzarea directă a acestora către un cumpărător care promite să facă achiziția la un preț ferm ce reprezintă prețul minim de plecare pentru o licitație de supraofertare.

Propunerea lichidatorului de vânzare directă a imobilelor trebuie să identifice imobilul, să arate sarcinile de care este grevat și să indice pasul de supraofertare și data până la care, în caz de aprobare a vânzării, sunt acceptate supraoferte (alin. 2 al art. 118 din Legea nr. 85/2006).

Lichidatorul trebuie să convoace adunarea generală a creditorilor în termen de maxim 20 de zile de la data propunerii, să notifice propunerea administratorului special, creditorilor cu garanții reale asupra imobilelor, titularilor unor drepturi de retenție și comitetului creditorilor și va supune propunerea de vânzare votului adunării generale a creditorilor (alin. 3 al art. 118 din Legea nr. 85/2006).

În cazul în care adunarea generală a creditorilor aprobă propunerea lichidatorului, vânzarea imobilului nu poate fi făcută, sub sancțiunea nulității, decât după trecerea unei perioade de „30 de zile de la data ultimei publicări făcute de lichidator în ziar a anunțului privind condițiile de supraofertare.”

Cu privire la *diferențe*, arătăm că art. 116 din Legea nr. 64/1995, republicată, prevedea că raportul cu privire la vânzarea directă este aprobat de către judecătorul-sindic, care va convoca o ședință, în termen de 20 de zile de la data primirii cererii, înștiințându-i pe creditorii cu garanții reale asupra bunului și pe debitor asupra posibilității de a face contestații. În cadrul ședinței convocate, judecătorul-sindic va soluționa toate contestațiile și va decide, prin încheiere, asupra propunerii formulate de către lichidator. Vânzarea se poate realiza, sub sancțiunea nulității, numai după 20 de zile de la data ultimei publicări în ziar.

Așa cum am arătat, în actuala reglementare, (art. 118 din Legea nr. 85/2006), raportul cu privire la vânzarea directă este supus votului adunării creditorilor, urmând ca vânzarea să se realizeze după trecerea unei perioade de „30 de zile de la data ultimei publicări făcute de lichidator în ziar a anunțului privind condițiile de supraofertare.”

În toate cazurile, indiferent de metoda și de modalitatea de vânzare pentru care se optează, este absolut necesar să se prevadă expres, chiar în cuprinsul regulamentului de vânzare, condițiile în care se va realiza vânzarea, modalitățile de

achitare a prețului precum și sancțiunile care intervin în cazul în care adjudecatarul nu-și îndeplinește obligațiile.

III) Rolul creditorilor în cadrul lichidării bunurilor

Rolul creditorilor în cadrul lichidării bunurilor este unul esențial, ei fiind cei care, în ultimă instanță, hotărăsc modalitatea, condițiile în care urmează să se realizeze această etapă extrem de importantă. Acest lucru este absolut normal, ținând cont de faptul că scopul legii insolvenței este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, iar gradul de acoperire al pasivului depinde de succesul operațiunilor de lichidare.

Cele mai importante hotărâri cu privire la lichidarea bunurilor se iau de către adunarea generală a creditorilor. Conform art. 15 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, cu excepția cazurilor în care se solicită o majoritate specială, ședințele adunării creditorilor au loc în prezența titularilor de creanțe însumând cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor și un număr de membrii ai comitetului creditorilor care reprezintă majoritatea simplă a acestora, iar deciziile se adoptă cu votul titularilor unei majorități, prin valoare, a creanțelor prezente.

Așa cum rezultă din dispozițiile legale prezentate anterior, creditorii au, în cadrul lichidării, următoarele atribuții:

- adunarea generală a creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului și a recomandării comitetului creditorilor,

aprobă metoda de vânzare a bunurilor, respectiv licitație publică, negociere directă, sau o combinație a celor două;

- în scopul evaluării bunurilor din averea debitorului în conformitate cu standardele internaționale de evaluare, lichidatorul poate apela la un evaluator propriu, dar numai în ipoteza în care are acordul comitetului creditorilor;

- raportul cu privire la vânzarea în bloc se prezintă comitetului creditorilor, iar aprobarea acestui raport trebuie să se facă de către adunarea generală a creditorilor;

- în cazul vânzării prin negociere directă fără cumpărător identificat cu precizarea prețului minim propus, dacă acest preț nu se poate obține, adunarea generală a creditorilor se întrunește pentru a stabili dacă prețul minim inițial scade sau urmează să se treacă la vânzarea individuală a bunurilor;

- de asemenea, propunerea lichidatorului de vânzare directă a bunurilor imobile trebuie să fie aprobată de către adunarea generală a creditorilor.

În concluzie, putem spune că reglementarea din Legea nr. 85/2006 a introdus o foarte mare flexibilitate în ceea ce privește lichidarea bunurilor din averea debitoare, precizând în mod clar rolul creditorilor în cadrul acestei etape, fapt ce poate conduce la o maximizarea a valorii averii debitorului.

