



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ **De ce este
necesar Codul
insolvenței ?**
pag. 4

■ **Reducerea
creanțelor**
pag. 6

■ **Administratorul
judiciar**
pag. 11

■ **Reorganizarea
judiciară**
pag. 24

Nr. 47, ianuarie-martie 2014

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 47, ianuarie – martie 2014

sumar

	pag.
<input type="checkbox"/> INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
<input type="checkbox"/> RUBRICA PRACTICIANULUI	
DE CE ESTE NECESAR CODUL INSOLVENȚEI ?	4
TRATAMENT APLICABIL REDUCERII CREANȚELOR CREDITORILOR	6
<input type="checkbox"/> RUBRICA MAGISTRATULUI	
DESEMNAREA, CONFIRMAREA ȘI ÎNLOCUIREA ADMINISTRATORULUI JUDICIAR	11
OPORTUNITATEA ÎNCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI	18
<input type="checkbox"/> RUBRICA PRACTICIANULUI	
REORGANIZAREA JUDICIARĂ PRIN PRISMA PROIECTULUI CODULUI INSOLVENȚEI (I)	24

Editor
Mihai Dimonie

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

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță

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

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

Cuvântul președintelui



Primul număr din acest an al publicației "PHOENIX - revista de insolvență" ne oferă prilejul să reiterăm susținerea noastră pentru proiectul "Codului insolvenței" publicat pe site-ul Ministerului Justiției cu titlul "Proiectul de lege privind procedurile de preinsolvență și insolvență" și aflat în dezbaterile comisiilor parlamentare.

Sperăm că acest act normativ va depăși cât mai curând etapele aprobării parlamentare și promulgării, pentru a intra în vigoare în acest an cu parcurgerea unei etape corespunzătoare de pregătire a tuturor structurilor implicate în aplicarea legii.

În continuare mă voi referi la fondul de solidaritate instituit în conformitate cu prevederile art.91¹ din Statutul privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență.

Am convingerea că toți membri UNPIR cunosc condițiile care au determinat constituirea acestui fond la nivelul Uniunii.

În luna decembrie a anului trecut, Adunarea Reprezentanților Permanenți (ARP) a aprobat modalitatea de calcul a punctajului de departajare a cererilor privind redistribuirea sumelor colectate la nivel central pentru constituirea fondului de solidaritate destinat sprijinirii filialelor aflate în dificultate în vederea echilibrării deficitului temporar al fondului de lichidare aferent filialei respective. Redistribuirea din fond se va efectua semestrial și vizează primele 3 filiale clasate în funcție de punctajul realizat.

Hotărârea Reprezentanților Permanenți din 6 decembrie 2013, publicată și pe site-ul Uniunii, conține detaliile procedurii de redistribuire a sumelor din fondul de solidaritate.

Prima redistribuire a fost validată de către Consiliul național de conducere în ianuarie a.c., cu care ocazie - datorită clasificării mai multor filiale pe pozițiile eligibile - s-a apelat și la un criteriu de etapă, suplimentar, vizând ordinea de depunere a cererilor. Următoarea redistribuire a fondului de solidaritate va avea loc în luna iulie a.c. pe baza cererilor și declarațiilor depuse de către filiale în intervalul 15 - 30 iunie.

Sper că în acest mod să putem corecta situația delicată în care se află unele filiale la care sumele aferente fondului de lichidare nu acoperă în prezent obligațiile de distribuție către membrii.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

De ce este necesar *Codul insolvenței* ?



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

Unul dintre principiile procesului de legiferare*) este acela că reglementările dintr-un anumit domeniu, cărora le sunt aplicabile principiile comune, pot fi reunite în structuri unitare, sub formă de coduri, pentru a se asigura sistematizarea și concentrarea legislației.

Deși Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței („Legea”) – dreptul comun în materie - a reprezentat o reformă veritabilă a cadrului legal privind insolvența, actele normative ce reglementează insolvențele cu caracter special – insolvența instituțiilor de credit, a societăților de asigurări, insolvența transfrontalieră - nu au fost corelate cu prevederile comune.

Mai mult, perioada de aplicare până la demararea proiectului privind *Codul insolvenței* a fost suficientă pentru a se putea analiza eficacitatea prevederilor Legii, precum și necorelările și deficiențele acesteia.

Așadar a apărut o dublă necesitate: nevoia de amendare și corelare în interiorul Legii și nevoia de corelare a diverselor acte normative privind insolvența.

Identificarea nevoilor de corelare a legislației a reieșit din numeroase analize realizate, începând cu 2006, de către experți ai Băncii Mondiale, ai UNPIR, și din sesizări ale practicienilor în insolvență și judecătorilor-sindici.

Deficiențele Legii sunt atât de fond, substanțiale, cât și de formă. Dintre deficiențele de fond unanim considerate de specialiști ca reprezentând obstacole în derularea rapidă și fluentă a procedurii amintim:

- Asimetria dintre regimul deschiderii procedurii insolvenței la cererea debitorului versus la cererea

creditorilor. Reglementarea *de lege lata* permite debitorului să influențeze excesiv elemente esențiale ale deschiderii procedurii, uneori cu denaturarea scopului legii. Astfel, chiar dacă este înscrisă pe rolul instanței judecarea unei cereri de deschidere a procedurii la solicitarea creditorului, debitorul poate „deturna” cursul acesteia. Dat fiind ca cererea sa se judecă în termen de 5 zile, spre deosebire de cea a creditorului, care nu beneficiază de un termen urgent, debitorul va stabili administratorul judiciar provizoriu. În perioada critică ce se întinde până la prima adunare a creditorilor, când poate fi desemnat administratorul judiciar dorit de creditorii, cursul procedurii poate fi afectat în mod negativ prin compromiterea șanselor de reorganizare ori prin neluarea unor măsuri de conservare adecvată a patrimoniului.

- Judecarea cererilor contencioase în general la termenele de continuare a procedurii. Indiferent de urgența cererilor cu care au fost sesizați, majoritatea judecătorilor-sindici se prevalează de art. 21 din Lege, astfel că soluționarea acestora se prelungește semnificativ, mai ales că rareori cererile se judecă la primul termen.
- Posibilitatea creditorilor deținând un procentaj redus din masa credală de a aproba un plan de reorganizare, prin manipularea categoriilor de vot, neexistând condiția unui quantum minim

total din masa credală care să se adauge celorlalte condiții necesare pentru aprobarea unui plan.

- Lipsa posibilității judecătorului-sindic de a debloca unele decizii atunci când creditorii rămân în pasivitate. *De lege lata*, dacă nu se întrunește cvorumul necesar pentru luarea unor decizii în adunarea creditorilor, singura variantă la îndemâna administratorului judiciar sau lichidatorului este să reconvoace adunarea ori de câte ori e necesar pentru a se atinge cvorumul, ceea ce duce la tergiversarea nejustificată a procedurii.
- Lipsa definirii unor noțiuni, care conduce la interpretări divergente importante: supravegherea, extrasul raportului de activitate etc.
- Lipsa unui mecanism de finanțare și asigurare a priorității restituirii acesteia în perioada de observație. Deși Legea prevede acordarea unei superpriorități la restituire finanțării date în cadrul unui plan de reorganizare confirmat, lipsesc prevederi similare în cazul acordării unei finanțări în perioada de observație, perioada cea mai vulnerabilă de altfel din punct de vedere a asigurării continuității afacerii în vederea restructurării.
- Lipsa unei proceduri de contestare/refacere a evaluărilor, cu consecința prelungirii procedurii datorită neuniformității modalității de rezolvare a disensiunilor între participanții la procedură cu privire la evaluări.
- Lipsa obligativității de efectuare a inventarierii la deschiderea procedurii. Nu există nici o rațiune economică pentru a se face inventarierea doar la deschiderea procedurii de faliment. În lipsa inventarierii încă de la deschiderea procedurii administratorul judiciar nu poate exercita un control eficient asupra patrimoniului debitorului.
- Posibilitatea menținerii unor contracte chiar în lipsa fondurilor pentru plata creanțelor curente, ceea ce duce la majorarea masei credale.
- Lipsa unor prevederi privind adaptarea tabelului de creanțe la realitate. Se ajunge astfel la situații aberante în care, de exemplu, deși creanța a fost plătită, parțial sau total, în temeiul art. 15 alin. 2 din Lege, aceasta este încă luată în considerare la stabilirea cvorumului și votului.
- Lipsa unor reglementări privind grupul de societăți, ceea ce determină imposibilitatea redactării și implementarea unor planuri de reorganizare care să cuprindă mai multe societăți din același grup, cu consecința unor pierderi de valoare irecuperabile.
- Lipsa unor prevederi privind creanțele societăților de leasing, în condițiile în care acestea generează un volum însemnat de litigii.
- Lipsa unor prevederi privind situația sumelor de bani grevate de ipotecă mobiliare (*cash* colateral),

ceea ce a generat interpretări neuniforme și, pe cale de consecință, numeroase litigii.

- Lipsa unui termen limită pentru menținerea/denunțarea contractelor în derulare, cu consecința perpetuării unei stări de incertitudine și instabilitate, atât pentru debitor cât și pentru cocontractant.

Ca exemple ale deficiențelor de formă pot fi luate în considerare următoarele:

- Prevederea conform căreia se constituie un singur dosar pentru toate recursurile formulate împotriva hotărârilor judecătorului-sindic – art. 8 alin 6 din Lege - este în contradicție flagrantă pe de o parte cu logica intrinsecă și succesiunea hotărârilor ce pot fi atacate cu recurs și, pe de altă parte, cu un act normativ inferior ierarhic, respectiv Regulamentul de ordine interioară al instanțelor care prevede că pentru fiecare sentință atacată cu recurs se constituie câte un dosar separat, adăugându-se câte un indice diferit.
- Păstrarea, între atribuțiile judecătorului-sindic, a admiterii planului (art. 11 lit. j)), deși această etapă a fost eliminată prin Legea nr. 169/2010.
- Menținerea unor situații în care termenul de exercitare a contestațiilor curge de la depunerea la dosarul cauzei în loc de publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvență.

După intrarea în vigoare a noului Cod civil au apărut noi necorelări terminologice dintre care menționăm următoarele:

- dacă legea insolvenței continuă să se refere la comercianți în special, noul Cod civil înlocuiește această noțiune cu cea de profesionist, care însă are o sferă de cuprindere mult mai largă decât categoriile ce pot face subiectul insolvenței;
- creanțele garantate din legea insolvenței se regăsesc în noul Cod civil ca fiind creanțe ce beneficiază de drepturi de preferință, din nou un sens mai cuprinzător decât cel al creanțelor garantate

Dincolo de multiplele considerente practice, exemplificate mai sus, sistematizarea într-un singur act normativ a tuturor tipurilor de insolvență permite crearea și, ulterior, aplicarea unui set de principii și reguli unitare, aliniate celor mai bune practici în domeniu. Tratatul unitar aplicabil instituțiilor și noțiunilor specifice domeniului insolvenței este necesar pentru asigurarea uniformității și predictibilității regimului juridic al acestora.

Notă

*) A se vedea Legea nr.24/2000 privind Normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative (rep. în M.O. nr.260/21.04,2010) - art.18, referitor la sistematizarea și concentrarea legislației în coduri.

Tratamentul aplicabil reducerii creanțelor creditorilor

(remiterea de datorie sau hair-cut de creanțe)



Av. Simona Maria MILOȘ
Președinta Institutului Național de Pregătire
a Practicienilor în Insolvență

Statistic, una din principalele cauze ale ajungerii companiilor în procedură de insolvență o constituie supraîndatorarea; practic, societatea contractează datorii care depășesc capacitatea reală de plată a acesteia, fenomen des întâlnit mai ales în perioada ultimilor ani de criză financiară, când managementul marilor societăți a preferat să contracteze împrumuturi de la instituțiile financiare, în detrimentul unor vânzări rapide de active care ar fi asigurat lichiditatea, ajutând societatea să depășească dificultățile temporare survenite.

În contextul prăbușirii pieței imobiliare, valoarea estimată a activelor societăților a scăzut sub valoarea pasivului, determinând ajungerea societății nu numai în stare de insolvență – deci de imposibilitate de plată a datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile - ci chiar în stare de insolvabilitate, supraîndatorarea depășind nu numai capacitatea de plată a datoriilor din activitatea operațională a debitorului ci întreg patrimoniul acestuia, periclitan astfel șansele de redresare ale debitorului.

Odată stabilită care este cauza insolvenței, singurul remediu al supraîndatorării îl constituie bineînțeles, eliminarea așa numitului pasiv toxic, adică al aceluși surplus de creanțe ale creditorilor care împiedică debitorul să desfășoare o activitate profitabilă și să elimine pierderile.

În aceste condiții, este esențial pentru debitor, indiferent că este vorba despre o procedură judiciară sau extrajudiciară de redresare, să poată obține o reducere a masei credentiale care să-i permită continuarea activității în piața de profil din care face parte.

Reducerea acestor creanțe este posibilă – dar cu acordul creditorilor - în procedurile extrajudiciare de redresare – dar cel mai important, este posibilă fără acordul individual al creditorilor, în procedurile judiciare de redresare – cum sunt cele de concordat sau cele de reorganizare judiciară, în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege.

Procedurile formale de pre-insolvență: mandatul ad-hoc și concordatul preventiv.

Mandatul ad-hoc.

În conformitate cu prevederile art. 10(2) mandatul ad-hoc numit va avea ca obiectiv realizarea unei înțelegeri între întreprindere și unul sau mai mulți creditori ai săi, în vederea salvagărdării acesteia, păstrării locurilor de muncă și plății datoriilor.

Legea precizează și mijloacele de care se poate folosi mandatul pentru atingerea scopului său.

”Acesta va putea propune ștergeri, reșalonări sau reduceri parțiale de datorii, continuarea sau încetarea unor contracte în curs, reduceri de personal precum și orice alte măsuri considerate a fi necesare”

Putem constata că nu există o limitare a măsurilor pe care mandatarul le poate propune dar este absolut necesar ca acestea să fie acceptate de către debitor și creditorii săi, pentru că altfel nu se va putea realiza înțelegerea la care se referă textul de lege.

Concordatul preventiv.

Legiuitorul reglementează posibilitatea ca prin planul de redresare să se poată propune măsura reducerii datoriilor, cu mențiunea ca aceste reduceri sunt de maxim 50%.

Modificările aduse creanțelor prin proiectul de concordat preventiv – atât reeșalonările cât și reducerile de creanțe, devin opozabile și obligatorii tuturor categoriilor de creditori, inclusiv celor neconcordatari, de la momentul omologării concordatului.

Cum omologarea concordatului se face în condițiile acceptării acestuia de cel puțin 80% din totalul creanțelor, se justifică numărul redus de astfel de proceduri reușite.

Măsurile cuprinse în concordatul preventiv, inclusiv modificările creanțelor, profită și codebitorilor, fidejuserilor și terților garanți.

Această prevedere se deosebește, în mod categoric, de prevederile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței care, în art.102(2) stabilește faptul că și în cazul în care un plan de reorganizare confirmat conține modificări ale creanțelor (irevocabile), acestea nu profită codebitorilor și fidejuserilor debitorului, creditorul putând să-i urmărească pe aceștia pentru diferența neacoperită prin planul de reorganizare.

Dacă după trecerea termenului prevăzut de lege, de 18 până la 24 de luni (sau chiar anterior), se va constata că toate obligațiile asumate prin concordat au fost îndeplinite, judecătorul sindic va pronunța o încheiere prin care va constata „realizarea concordatului preventiv”.

Efectul principal al unei astfel de decizii constă în aceea că modificările, de orice natură, aduse creanțelor prin proiectul de concordat vor deveni irevocabile.

Dacă însă debitorul nu își respectă obligațiile asumate, creditorii acestuia au la îndemână acțiunea în rezoluțiune, principalul efect al admiterii definitive și irevocabile al acestei acțiuni va consta în desființarea concordatului preventiv, toate prevederile cu privire la modificarea, într-un fel sau altul, a creanțelor creditorilor vor fi desființate.

Reorganizarea judiciară.

De cele mai multe ori, diferența dintre faliment și reorganizare este dată tocmai de această posibilitate practică de a reduce serviciul total al datoriei debitorului.

Spre deosebire de procedurile formale de preinsolvență – mandat ad-hoc sau concordat preventiv - unde este necesar acordul unui procent semnificativ din total creanțe pentru a se obține o reducere a acestora, în

procedura reorganizării judiciare, reducerea creanțelor printr-un plan de reorganizare este mult mai facilă și uneori chiar nedreaptă, ceea ce constituie un mare avantaj pentru debitor și un mare neajuns pentru creditorii.

Principalul neajuns – din punctul de vedere al creditorilor – îl constituie tocmai posibilitatea debitorului de a propune un plan de reorganizare care prevede plata unui procent nesemnificativ din total creanțe iar cu toate acestea planul să poată fi confirmat.

Raționamentul pentru care este posibilă reorganizarea debitorului în condițiile eliminării unei părți însemnate din creanțe, rezidă în salvarea debitorului și în sacrificarea unei părți a creditorilor care oricum nu ar fi primit nimic în cazul falimentului debitorului.

În contrapartidă, avem o societate care își continuă existența, creează locuri de muncă, achită obligații la bugetul consolidat al statului. Această concepție își are originea în dreptul american, respectiv în US Bankruptcy Code.

În legislația română, potrivit transunerii din legislația americană, compania aflată în reorganizare va putea, prin planul de reorganizare, să elimine o parte din creanțe, acei creditori nemaiputând, după închiderea procedurii de reorganizare, să solicite debitorului reintrat în circuitul economic, recuperarea creanțelor anterioare confirmării planului de reorganizare.

Acest principiu este foarte bine conturat într-o decizie pronunțată de către Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii încă din anul 1934, prin care se sublinia faptul că procedura reorganizării „dă debitorului onest aflat într-o situație nefericită, o nouă oportunitate în viață și orizont liber viitoarelor sale eforturi, nemarcate de presiunea și descurajarea generate de debitele preexistente.”

Soluția – cel puțin teoretică - de salvare a unei companii sacrificând drepturile de creanță ale unor parteneri de afaceri este perfect justificată, dacă avem în vedere faptul că oricum, acei creditori nu ar fi primit nimic în cazul falimentului companiei.

Ceea ce trebuie însă urmărit este asigurarea unui procent rezonabil de reducere a masei credale pentru a nu produce un dezechilibru major între drepturile debitorului și interesele creditorilor iar salvarea debitorului să nu devină motiv de faliment în lanț al creditorilor săi.

Diferențele între legislația română privind reorganizarea judiciară și cea americană constau în principal, în condițiile impuse pentru confirmarea unui plan de reorganizare: în timp ce legea română prevede doar criteriul acceptării planului de reorganizare de către jumătate plus unu din categoriile de creanțe care participă la vot, legea americană prevede o dublă condiționare, de pondere a creanțelor care acceptă planul și a numărului de creditori.

Votul pe categorii de creanțe – potrivit legii române – fără nicio altă condiționare - cum ar fi ponderea din total creanțe - face ca planul de reorganizare să poată trece chiar atunci când categoriile care acceptă planul reprezintă doar 5% sau 10% din total creanțe, singura limitare fiind legată doar de respectarea principiului tratamentului echitabil și corect.

Spre deosebire de legea română, un plan va putea fi confirmat potrivit prevederilor Chapter 11 dacă acesta este aprobat de două treimi din totalul creanțelor și de 51% din totalul numărului de creditori.

Personal consider că cele două legislații se află oarecum la poluri opuse, cea americană fiind excesiv de restrictivă iar cea românească excesiv de permisivă, o soluție de mijloc fiind ideală.

Remediu:

Propunerea consultantului din Grupul de lucru al codului insolvenței, pentru a se evita situația enunțată, constă în introducerea unei cerințe suplimentare de confirmare a planului de reorganizare și anume ca acesta să fie acceptat de 30% din totalul creanțelor cu drept de vot, ceea ce ar asigura un echilibru în raporturile dintre debitor și creditorii săi.

Legat de aspectul reducerii creanțelor printr-un plan de reorganizare, am identificat câteva aspecte care au generat o practică neunitară a instanțelor:

1. Prima chestiune este cea legată de posibilitatea reducerii la zero a unor creanțe prin plan.

Pornind de la definiția creanței defavorizate prevăzute de art. 3 pct. 21 din lege, ca fiind acea creanță sau categorie de creanțe pentru care legea prevede ”o reducere a cuantumului creanței”, unele instanțe – într-o opinie minoritară ce-i drept – au apreciat că nu este posibilă reducerea la zero a creanțelor, aceasta constituind în fapt o eliminare a respectivelor creanțe. La această interpretare s-a adus și argumentul obligativității menționării în cuprinsul planului de reorganizare a *tratamentului categoriilor de creanțe defavorizate* (în acest sens art. 95 alin. (5) lit. b) și c) din lege), considerându-se că atâta vreme cât planul trebuie să prevadă tratamentul creanțelor defavorizate, este obligatoriu să li se acorde și ceva prin plan, nefiind posibilă reducerea la zero a acestora.

Opinia majoritară, căreia ne raliem, concretizată într-o practică extinsă la nivelul tuturor curților de apel este în sensul că este posibilă reducerea la zero a unor creanțe iar faptul că legea implică menționarea obligatorie, în cuprinsul planului, a tratamentului categoriilor de creanțe defavorizate, nu impune însă obligativitatea ca prin programul de plată a creanțelor să se prevadă acordarea către această categorie de creditori a vreunei despăgubiri, în ipoteza în care raportul de evaluare relevă că aceste

categorii de creditori nu ar putea primi, în caz de faliment, vreo despăgubire.

Astfel, potrivit dispoziției cuprinse în art. 101 alin. (1) lit. C) din Legea nr. 85/2006 *fiecare categorie defavorizată de creanțe care a respins planul va fi supusă unui tratament corect și echitabil prin plan.*

Potrivit art. 101 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, *tratament corect și echitabil există atunci când(...): a) niciuna dintre categoriile care respinge planul și nicio creanță care respinge planul nu primește mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului;*

Astfel, prevederile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței permit neincluderea unei/unor categorii de creanțe în programul de plată a creanțelor, cu respectarea unei cerințe legale – această categorie să fie supusă unui tratament corect și echitabil prin plan. Această categorie va avea regimul creanțelor defavorizate.

Prin urmare, condiția impusă de lege este ca fiecare categorie defavorizată de creanțe care a votat împotriva planului să fie supusă unui tratament corect și echitabil prin plan, respectiv să nu primească mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului, fără însă ca legea să impună acordarea unor despăgubiri superioare celei care putea fi primite în cazul falimentului.

Bineînțeles că această stare de lucruri a constituit un motiv permanent de frustrare din partea creditorilor eliminați prin planul de reorganizare - mai ales a furnizorilor - care se trezeau în situația aprovizionării debitorului cu mărfuri sau servicii iar ulterior, acesta solicita deschiderea procedurii insolvenței cu propunere de plan de reorganizare prin care le acordă acestor creditori despăgubiri - zero!

Cu toate acestea, planul este confirmat de către creditori prin mecanismele specifice ale procedurii insolvenței, chestiunea în discuție rămânând o problemă cel mult de moralitate și nu de legalitate.

Referitor la acest aspect, foarte bine reține instanța într-o decizie de speță (Tribunalul Bihor, sentința nr. 358/F/2011) că: *”Faptul că nu a fost alocată nicio sumă creditorilor chirografari nu poate conduce la o altă concluzie (n.b este vorba despre constatarea îndeplinirii condiției tratamentului echitabil și corect) atâta timp cât legiuitorul a permis sacrificarea unei categorii de creditori. Înțelesul pe care acesta l-a dat noțiunii de tratament corect și echitabil chiar dacă se îndepărtează fundamental de conceptul de echitate, el este rezultatul direct al viziunii de ansamblu asupra procesului de reorganizare judiciară. Or, judecătorul-sindic nu este chemat să sancționeze o lege care prin mecanismul ei de aplicare duce la suprimarea unei întregi categorii de creditori, ci este ținut să o aplice.*

Desigur că modul în care s-a înțeles conceperea planului de reorganizare duce la sacrificarea unei mase pasive de 77% însă în măsura în care legea permite prin mecanismul ei un asemenea efect, ea se impune a fi

aplicată. Redresarea unui debitor cu riscul dispariției unor creditori care au contribuit direct la atingerea cifrei de afaceri la care se face trimitere în planul de reorganizare, rămâne o chestiune asupra căreia legiuitorul ar trebui să reflecteze întrucât legea în esența ei ar trebui să rămână echitabilă pentru cei de bunăcredință.”

2. Problema acordării aceluiași tratament pentru fiecare creanță în cadrul aceleiași categorii de creanțe. (art. 96 alin. 2 și art. 124 din Legea nr. 85/2006)

Potrivit dispoziției legale cuprinse în art. 96 alin. 2 din lege, în cadrul fiecărei categorii de creanțe trebuie acordat același tratament, ignorându-se situația în care, deși aflate în aceeași categorie, creanțele pot avea rang diferit sau un obiect al garanției diferit, ceea ce determină un procent diferit de satisfacere a creanței.

Un exemplu concret dintr-un dosar de reorganizare îl reprezintă situația următoare: în cadrul categoriei creditorilor garantați, avem înscrise două creanțe garantate: o ipotecă convențională de rang I în favoarea unei bănci și o ipotecă legală de rang II în favoarea ANAF – înscriere sechestrului.

Potrivit raportului întocmit conform art. 95 alin. 5 lit. d) din lege valoarea estimativă a despăgubirilor ce ar putea fi primite de către cei doi creditori garantați în caz de faliment relevă o acoperire de 90% a creditorului bancar și de 0 % creditorului ANAF.

În acest context, se pune problema aplicabilității principiului tratamentului echitabil și corect care deși permite debitorului să ofere creditorilor nu mai puțin de cât ar primi aceștia în caz de faliment, prin aplicarea regulii derogatorii a acordării aceluiași tratament în categoria din care fac parte, prevăzută la art. 96 alin. 2 din lege, obligă debitorul să acorde creditorului garantat cu garanție de rang II, o despăgubire superioară celei pe care ar primi-o în caz de faliment, în cazul de față la nivelul a 90% din cât este îndreptățit creditorul cu rang prioritar de creanțe să primească.

Or, această prevedere încalcă principiile Codului civil în materia rangului ipotecilor, soluție reținută și în jurisprudență. Astfel, într-o decizie a Curții de Apel Mureș (nr.1512/22.10.2008) se rețin următoarele: ”Proportionalitatea nu se aplică și între creditorii cu garanții cu rang de prioritate diferit, rezultat din ordinea înscrierii dreptului de ipotecă în cartea funciară. Potrivit art. 1778 Cod civil, între creditori, ipoteca, fie legală fie convențională, nu are rang decât în ziua înscripției sale în registre.

Importanța rangului ipotecii constă în faptul că între doi creditori cu rang diferit, cel cu rang prioritar, deci cel care a înregistrat-o mai întâi, va avea dreptul să se despăgubească integral din prețul imobilului ipotecat și numai apoi din ceea ce rămâne urmează să se despăgubească și creditorul de rang subsecvent.”

Problema art. 96 alin. 2 din lege este aceeași și în cazul existenței unei ipoteci de același rang dar cu obiect diferit.

Spre exemplu, în categoria creditorilor garantați, figurează cinci bănci cu ipoteci asupra unor active diferite ce aparțin debitorului, unele garanții purtând asupra unor terenuri, altele asupra unor cladiri iar altele asupra unor utilaje.

În mod evident, fiecare tip de garanție asigură creditorului titular un anumit grad de acoperire al creanței. Într-un fel asigură o garanție asupra unei fabrici acoperirea creditului și altfel asigură acoperirea creanței de aceeași mărime, garanția asupra unui autoturism: consecința acestui fapt rezidă în procentul diferit de acoperire a creanței, în primul exemplu putând avea o garanție de 100% a creanței, în cel de-al doilea de nici 5%.

În acest context, se pune întrebarea cum pot fi respectate dispozițiile art. 96 alin 2 din lege și în același timp cum se poate beneficia de prevederile art. 101 alin. 2 lit. a) care permit acordarea unor despăgubiri care să se situeze la același nivel cu cele ce s-ar cuveni în procedura falimentului.

Remediu:

Propunerea consultantului din echipa de elaborare a noului cod al insolvenței va fi de eliminare a art. 96 alin. 2 din lege.

3. Chestiunea înregistrării în tabelul definitiv a creanței garantate la valoarea de evaluare a garanției, urmată de hair-cut pentru creanța negarantată

În cazul eșuării planului de reorganizare și intrării în faliment, creditorul garantat va fi în imposibilitate să își recupereze partea negarantată din creanță, chiar dacă bunul afectat garanției se vinde la o valoare superioară celei inițial evaluate.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 41 alin. 2 din lege, creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv și/sau în tabelul definitiv consolidat, după caz, la valoarea garanțiilor, rezultate în urma evaluării de către un evaluator autorizat (potrivit dispozițiilor art. 39 alin.1 lit. A) dar nu mai mult decât valoarea totală a creanței garantate de acea garanție.

Se prevede că dacă bunul se vinde la o valoare superioară celei inițial evaluate, diferența favorabilă se cuvine tot creditorului garantat, chiar dacă o parte a creanței sale fusese înscrisă drept creanță chirografară, până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor ce se vor calcula.

Întrebarea firească care se naște vis-a-vis de această prevedere legală este ce anume se întâmplă cu creanța creditorului garantat într-o procedură de reorganizare, în care odată trecută o parte a creanței în categoria creanțelor garantate, aceasta este valoarea cu care creditorul respectiv va fi considerat creditor garantat, diferența neacoperită de valoarea de evaluare fiind trecută în categoria creanțelor chirografare.

Dacă planul prevede o reducere a creanțelor chirografare sau chiar eliminarea acestei categorii (în condițiile în care raportul de evaluare stabilește că în faliment această categorie de creanțe nu ar fi primit oricum nimic) este evident că singurele sume de bani pe care creditorul garantat le va putea primi prin planul de reorganizare sunt cele cuprinse în programul de plăți, indiferent dacă ulterior, bunul afectat garanției se vinde la o valoare care ar fi acoperit integral creanța.

În această situație, dacă planul de reorganizare eșuează iar ulterior bunul se vinde în procedură de faliment la o valoare mai mare, creditorul garantat este prejudiciat, în ciuda dispoziției legale exprese care stabilește că în caz de vânzare a bunului la o valoare superioară, diferența favorabilă se cuvine creditorului garantat.

Această situație este consecința prevederii cuprinse în art. 137 alin. 2 din Legea nr. 85/2006 potrivit căreia, la data confirmării planului de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea cuprinsă în planul confirmat.

Practic, prin confirmarea planului de reorganizare, structura creanțelor este modificată conform graficului de plăți iar în caz de eșuare a planului de reorganizare și de intrare în faliment, planul confirmat are valențele unei hotărâri definitive și irevocabile împotriva debitorului, modificările de structură ale creanțelor fiind definitive. (în acest sens, a se vedea dispozițiile art. 102 alin. 1 din lege)

Cele două dispoziții legale enunțate, respectiv cea de la art. 137 alin 2 și cea de la art. 102 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, fac inaplicabilă dispoziția legală cuprinsă în art. 41 alin.2 care prevede posibilitatea creditorului garantat de a i se distribui diferența favorabilă în cazul în care bunul afectat garanției se vinde la o valoare superioară celei inițial evaluate.

Această stare de lucruri face ca în practică, debitorul să fie tentat să propună un plan de reorganizare doar pentru a reduce sumele pe care le datorează creditorului garantat și să beneficieze de hair-cut-ul de creanțe prin planul de reorganizare, operațiune urmată de falimentul companiei dar și de eliminarea unei părți importante din creanța creditorului garantat.

Remediu:

Propunerea consultantului din Grupul de lucru al codului insolvenței, pentru a se evita situația enunțată, constă în introducerea unei prevederi potrivit căreia, în caz de eșuare a planului și de intrare în faliment, să se revină la pasivul cuprins în tabelul definitiv de creanțe și nu la cel cuprins în planul confirmat, așa cum se prevede în momentul de față.

În concluzie, sub aspectul naturii juridice, observăm că planul de reorganizare îmbină atât elementele

acordului de voință contractual - prin obligațiile de plată asumate unilateral de către debitor - cât și pe cele ale actului jurisdicțional – hotărârea de confirmare a planului de reorganizare având valențele unei hotărâri irevocabile împotriva debitorului - și nu în cele din urmă caracterul legal, prin limitele și exigențele impuse de textul actului normativ.

Dacă vom căuta un corespondent în Codul civil al instituției reducerii de creanțe realizate printr-un plan de reorganizare, cea mai asemănătoare este instituția remiterii de datorie, reglementată de art. 1451, 1629 și urm. din noul Cod civil.

Într-adevăr, asemeni remiterii de datorie, reducerea creanțelor ce trebuie plătite de către debitor cuprinse în planul de reorganizare confirmat, descarcă debitorul de aceste obligații de plată, modificările de structură ale creanțelor aduse prin planul confirmat rămânând definitive, ceea ce conduce la concluzia că aceasta operațiune constituie un veritabil mijloc de stingere al obligațiilor.

Spre deosebire de remiterea de datorie însă, reducerea de creanțe nu se face cu acordul individual al creditorilor, așa cum prevede dreptul comun ci, dată fiind particularitatea procedurii concursuale și colective a reorganizării, acordul este exprimat prin votul colectiv al creditorilor, exprimat pe categorii de creanțe.

Nu în ultimul rand, trebuie precizat că prin prevederea legală cuprinsă în art. 102 alin. 2 din lege, care permite creditorului ca pentru diferența neacoperită prin plan de către debitorul principal să poată urmări pe codebitori și fidejutori, Legea nr. 85/2006 derogă de la principiul consacrat de Codul civil, potrivit căruia garanții și fidejursorii nu pot fi obligați să plătească mai mult decât debitorul principal.

Câtă vreme debitorul principal beneficiază de o remitere de datorie în privința creanțelor pe care le datorează, fidejursorul sau garantul ipotecar – care au un raport obligațional accesoriu față de creditorul principal - nu pot fi obligați să acopere întreg serviciul datoriei căci aceasta contravine principiului *accessorium sequitur principale*.

Remediu:

Propunerea consultantului din Grupul de lucru al codului insolvenței, pentru a se evita situația enunțată, constă în introducerea unei prevederi potrivit căreia să se reglementeze în mod expres că modificările aduse creanțelor prin planul de reorganizare confirmat, profită și codebitorilor fidejursorilor și garanților, dispoziție legală pe care o regăsim deja, în mod firesc, în procedura concordatului preventiv .

Desemnarea, confirmarea și înlocuirea administratorului judiciar



Judecător Mihaela Sărăcuț
Curtea de Apel Cluj

Cu ceva timp în urmă, prof. Gh. Piperea¹ afirma că „*In procedura reglementată de Legea privind procedura insolventei, practicianul în insolvență exercită un serviciu de interes public, fiind mandatarul judecătorului-sindic în relațiile cu participanții la procedură.*”

Practicianul în insolvență este interfața judecătorului-sindic cu ceilalți participanți la procedura colectivă. Din acest motiv, exercițiul atribuțiilor practicianului în insolvență presupune o relație permanentă de colaborare și coordonare cu judecătorul-sindic, bazată pe încredere. Suspiciunile la adresa tuturor practicienilor în insolvență, alimentate de unele disfuncționalități reale ale activității unor practicieni, sunt neproductive câtă vreme corpul practicienilor în insolvență este un organism matur, care are capacitatea de a impune sancțiunile profesionale necesare pentru consolidarea încrederii în această profesie.”

Poate vă veți întreba de ce am ales această introducere? Pentru simplul motiv că, pentru ca acest *serviciu de interes public, interfață a judecătorului-sindic* să funcționeze este necesar ca întreaga procedură să se deruleze, încă de la început cu respectarea tuturor dispozițiilor legale și în condiții de maximă transparență.

Așadar, încă de la momentul deschiderii procedurii și al desemnării administratorului judiciar este necesar ca toți participanții să aibă convingerea fermă că tot ce se întâmplă este în interesul realizării scopului procedurii, în condiții de legalitate și maximă transparență.

DESEMNAREA PROVIZORIE

Legea nr.85/2006, în cuprinsul acesteia, face distincție între *administratorul judiciar provizoriu* și *administratorul judiciar definitiv* și, similar identic pentru instituția lichidatorului judiciar.

Ca atare, vom discuta despre desemnarea provizorie a administratorului judiciar respectiv desemnarea definitivă a acestuia, desemnare provizorie care, în cadrul procedurii, revine judecătorului-sindic, în exercitarea atribuțiilor stabilite de legiuitor prin art.11 lit.c, într-o procedură clară, riguroasă și precisă.

Potrivit art.11 lit.c, una dintre principalele atribuții ale judecătorului-sindic este „*desemnarea motivată, prin sentința de deschidere a procedurii, dintre practicienii în insolvență compatibili care au depus oferta de servicii în acest sens la dosarul cauzei, a administratorului judiciar provizoriu sau, după caz, a lichidatorului care va administra procedura până la confirmarea ori, după caz, înlocuirea sa de către adunarea creditorilor sau creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor,(...).* Judecătorul-sindic va desemna administratorul judiciar provizoriu sau lichidatorul provizoriu solicitat de către creditorul care a solicitat deschiderea procedurii sau de către debitor, dacă cererea îi aparține. În situația în care cel care a introdus cererea de deschidere a procedurii **nu** solicită numirea unui administrator judiciar sau lichidator, numirea se va face de către judecătorul-sindic din rândul practicienilor

care au depus oferte la dosarul cauzei. În caz de conexare se va ține seama de cererile creditorilor în ordinea mărimii creanțelor sau de cererea debitoarei, dacă nu există o cerere din partea unui creditor.”

Așadar, judecătorul-sindic va desemna administratorul judiciar provizoriu solicitat de către **creditorul** care a cerut deschiderea procedurii sau **debitor** dacă cererea îi aparține; dacă nu există o solicitare a titularului cererii de deschidere a procedurii, desemnarea se va face dintre **practicienii care au depus oferte** la dosarul cauzei iar în caz de conexare, se va ține seama de **cererile creditorilor** în ordinea mărimii creanțelor respectiv de **cererea debitoarei** dacă **nu** există o cerere din partea unui creditor.

Afirmam mai sus că regulile de desemnare a administratorului judiciar sunt clare și precise. Probabil ca m-am grăbit în afirmații întrucât problemele care apar în jurisprudență sunt multiple și, din păcate, soluționate neunitar.

O primă problemă soluționată neunitar vizează oferta de preluare a poziției de administrator judiciar de către practicianul în insolvență solicitat prin chiar cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Altfel spus, **este necesară depunerea ofertei de preluare a poziției de administrator judiciar de către practicianul solicitat prin chiar cererea de deschidere a procedurii insolvenței debitoarei?**

Într-o primă opinie², se susține că pornind de la dispozițiile art.11 lit.c din lege, judecătorul-sindic va desemna:

- administratorul judiciar provizoriu sau lichidatorul provizoriu solicitat de către creditorul care a solicitat deschiderea procedurii sau de către debitor, dacă cererea îi aparține;
- dacă cel care a introdus cererea de deschidere a procedurii **nu** solicită numirea unui administrator judiciar sau lichidator, numirea se va face de către judecătorul-sindic din rândul practicienilor care au depus oferte la dosarul cauzei.

Așadar, doar în această ultimă variantă, dacă partea care a solicitat deschiderea procedurii insolvenței **nu a menționat** și persoana practicianului în insolvență care dorește să administreze procedura, judecătorul sindic este ținut în desemnare de **oferțele depuse la dosarul cauzei** întrucât primează **cererea formulată de către creditorul** care a solicitat deschiderea procedurii sau de către **debitor**, o interpretare contrară fiind apreciată drept excesiv de formalistă.

Într-o altă opinie³, se susține că prevederile art.11 lit.c nu pot fi aplicate decât în strictă corelare cu dispozițiile art.19 alin.1.

Conform dispoziției legale amintite anterior, **practicienii în insolvență interesați vor depune la dosar o oferta de preluare a poziției de administrator judiciar în dosarul respectiv, la care vor anexa dovada calității de practician în insolvență și o copie de pe polița de**

asigurare profesională. În ofertă, practicianul în insolvență interesat va putea arăta și disponibilitatea de timp și de resurse umane, precum și experiența generală sau specifică necesare preluării dosarului și buneii administrări a cazului. În cazul în care nu există nici o astfel de ofertă, judecătorul-sindic va desemna provizoriu, până la prima adunare a creditorilor, un practician în insolvență ales în mod aleatoriu din Tabloul U.N.P.I.R.

Prin urmare, dacă nici unul dintre practicienii în insolvență solicitați de către titularii cererii de deschidere a procedurii insolvenței nu au depus oferta de preluare poziției de administrator judiciar și nici documente din care să rezulte **dovada calității de practician și copia poliței de asigurare**, desemnarea acestora nu este posibilă, câtă vreme nu poate fi desemnat ca administrator judiciar al debitorului decât persoana care îndeplinește condițiile impuse de lege și face dovada în acest sens.

Sigur că în această variantă, cel puțin o întrebare nu își va găsi răspuns: atunci când are loc confirmarea administratorului judiciar de către adunarea creditorilor sau creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, la prima adunare a creditorilor, toate aceste documente se găsesc la dosar?

În practică apar și o serie de alte probleme care decurg din desemnarea practicianului în insolvență de către judecătorul sindic și care vizează criteriul de selecție a practicienilor în insolvență după care judecătorul-sindic trebuie să se ghideze pentru a putea desemna din oficiu un administrator judiciar sau un lichidator sau cum se poate asigura o competiție reală și loială între practicienii în insolvență care își oferă sau își pot oferi serviciile pentru a fi desemnați din oficiu drept administratori judicari sau lichidatori.

Legiuitorul nu ne-a oferit soluții pentru nici una dintre aceste probleme și, ca atare, revine jurisprudenței sarcina de a le găsi.

Motivarea judecătorilor-sindici, de regulă sumară, într-o frază, amintește de experiența profesională a practicianului ales, de complexitatea procedurilor anterioare derulate, de modul de îndeplinire a atribuțiilor în procedurile derulate, de costurile procedurii, etc.

DESEMNAREA DEFINITIVA A ADMINISTRATORULUI JUDICIAR

Mandatul administratorului judiciar provizoriu încetează la momentul **desemnării administratorului judiciar definitiv**. Când are loc această desemnare?

Soluția este oferită de art.19 alin.2 și 2¹. Astfel, potrivit art. 19 alin.2 din LPI, **la recomandarea comitetului creditorilor, în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor sau ulterior, creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor pot decide desemnarea unui administrator judiciar/lichidator, stabilindu-i**

și remunerația. (...). Creditorii pot decide să confirme administratorul judiciar sau lichidatorul desemnat provizoriu de către judecătorul-sindic.

Conform alin.2¹ din același act normativ, creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor poate să decidă, fără consultarea adunării creditorilor, desemnarea unui administrator judiciar sau lichidator în locul administratorului judiciar sau lichidatorului provizoriu ori să confirme administratorul judiciar provizoriu sau, după caz, lichidatorul provizoriu și să îi stabilească remunerația.

Coroborând dispozițiile legale enunțate, se poate conchide că **desemnarea definitivă** a administratorului judiciar are loc în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, la recomandarea comitetului creditorilor, sau ulterior, de către creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor, fără consultarea adunării creditorilor, când poate fi confirmat administratorul judiciar provizoriu sau poate fi desemnat un alt practician.

Ce se întâmplă, însă, dacă administratorul judiciar „ezită” convocarea adunării creditorilor în sensul că nu o convoacă deloc sau o convoacă după un mare interval de timp iar desemnarea provizorie devine una definitivă?

Practica judiciară⁴ a statuat că o atare atitudine nu poate fi, însă, tolerată întrucât refuzul administratorului desemnat din oficiu de a convoca prima adunare a creditorilor poate fi sancționat de judecătorul-sindic, aceasta inacțiune a administratorului judiciar putând fi contestată în condițiile art.21 cunoscut fiind că pot fi contestate în fața judecătorului sindic, pentru motive de nelegalitate, atât acțiunile derulate cât și inacțiunile acestuia, atunci când potrivit legii trebuia să facă ceva și nu a făcut.

Nu în ultimul rând, lipsa convocării adunării creditorilor de către administratorul judiciar provizoriu poate fi suplinită, potrivit art. 13 alin.3, de convocarea făcută de comitetul creditorilor sau la cererea creditorilor deținând creanțe în valoare de cel puțin 30% din valoarea totală a acestora.

Odată rezolvată problema primei ședințe a adunării creditorilor prin care s-a procedat la desemnarea administratorului judiciar urmează **confirmarea** acestuia în condițiile art.11 lit.d.

Astfel, ne spune art.11 lit.d, că între atribuțiile principale ale judecătorului sindic se află și **confirmarea administratorului judiciar sau a lichidatorului desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor.**

Confirmarea are loc în termen de 3 zile de la publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență a procesului-verbal al adunării creditorilor sau, după caz, a deciziei creditorului majoritar dacă nu există contestații împotriva hotărârii adunării creditorilor sau a

deciziei creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor.

De altfel, desemnarea de către adunarea creditorilor a unui administrator judiciar definitiv este posibilă și ulterior primei adunări, dacă prima adunare nu a făcut-o, însă, în toate situațiile, mandatul administratorului judiciar provizoriu durează până la desemnarea celui definitiv. Împrejurarea că prima adunare nu ia în discuție aceasta chestiune nu poate fi considerată ca o renunțare a adunării la dreptul de a-și desemna administratorul definitiv câtă vreme legea prevede că acesta poate fi desemnat și ulterior. De asemenea, nu se poate susține teza *confirmării tacite* a adunării creditorilor în privința administratorului provizoriu care să îndreptățească judecătorul sindic să-l desemneze pe acesta ca administrator definitiv.

Ce se întâmplă, însă, dacă hotărârea adoptată de către adunarea creditorilor sau a creditorului majoritar nu este publicată în BPI? Refuzul judecătorului sindic de a confirma administratorul judiciar desemnat în condițiile art.19 este justificat?

Răspunsul nu poate fi decât evident DA – refuzul este unul justificat - întrucât împrejurarea că hotărârea adunării creditorilor nu a fost publicată în BPI face ca termenul de 3 zile prevăzut de alin.3 al art.19 să nu fi început să curgă față de ceilalți creditori înscrși la masa credală, fiind fără relevanță juridică împrejurarea că infirmarea administratorului judiciar provizoriu și numirea unui alt practician nu a fost contestată de nici o persoană.

Și este așa întrucât dispozițiile art.19 alin.4 stabilesc fără echivoc faptul că *dacă în termenul stabilit la alin. (3) decizia adunării creditorilor sau a creditorului ce deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor nu este contestată, judecătorul-sindic, prin încheiere, va numi administratorul judiciar propus de creditori sau de creditorul ce deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, dispunând totodată încetarea atribuțiilor administratorului judiciar provizoriu pe care l-a desemnat prin sentința de deschidere a procedurii.*

Nepublicarea deciziei adoptate, s-a stabilit în jurisprudență⁵, denotă o oarecare pasivitate a practicianului, intenționată sau nu. Însă, creditoarea, constatând că administratorul judiciar a omis să-și îndeplinească această atribuție legală avea posibilitatea să solicite judecătorului-sindic fie obligarea practicianului la efectuarea respectivei publicări, fie să întreprindă chiar el (tribunalul) măsurile ce se impun în vederea transmiterii hotărârii creditorului majoritar în vederea publicării acesteia în BPI.

O altă problemă ce se impune a fi lămurită este aceea de a stabili care sunt condițiile de cvorum ale adunării

creditorilor pentru confirmarea administratorului judiciar?

Textul art.19 alin.2 din Legea nr.85/2006 cuprinde două ipoteze diferite respectiv cea în care la recomandarea comitetului creditorilor în prima ședință a adunării creditorilor se decide **confirmarea administratorului desemnat provizoriu de către judecătorul-sindic** precum și cea în care în această **primă ședință sau ulterior creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor pot decide desemnarea unui administrator judiciar** stabilindu-i și remunerația.

Prin urmare, **confirmarea** administratorului desemnat provizoriu de către judecătorul sindic urmează a fi realizată cu cvorumul stabilit în regulă generală de art.15 alin.1 din Legea nr.85/2006 în timp ce **desemnarea** administratorului judiciar, altul decât cel desemnat provizoriu de către judecătorul sindic poate fi realizată doar de către creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor.

Interpretarea textului în sensul că pentru ambele ipoteze este necesar cvorumul de 50% nu poate fi confirmată de conținutul acestuia întrucât așa cum s-a evidențiat anterior sunt vizate două ipoteze pentru **confirmarea** sau **desemnarea** administratorului judiciar.

ÎNLOCUIREA ADMINISTRATORULUI JUDICIAR

Este esențial să admitem că înlocuirea administratorului judiciar provizoriu cu cel definitiv este posibilă o singură dată întrucât după acest moment înlocuirea nu se poate realiza decât în condițiile art.22 alin.2 pentru motive temeinice sau dacă intervine refuzul justificat de a primi mandatul sau dacă au intervenit anumite decăderi sau incompatibilități.

Potrivit art.22 alin.2, *în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau la cererea comitetului creditorilor, îl poate înlocui pe administratorul judiciar, prin încheiere motivată, pentru motive temeinice. Încheierea de înlocuire se pronunță în camera de consiliu, de urgență, cu citarea administratorului judiciar și a comitetului creditorilor.*

Analizând conținutul legii se poate observa că legiuitorul a stabilit că, în derularea procedurii insolvenței debitoarei, înlocuirea administratorului judiciar poate fi culpabilă sau neculpabilă⁶.

Vom vorbi despre o **înlocuire neculpabilă** a practicianului în insolvență realizată în condițiile art.19 alin.2, atunci când administratorul judiciar refuză preluarea poziției pentru motive întemeiate, după comunicarea hotărârii de desemnare, transmitând refuzul său și motivele, în termen de 5 zile de la primirea hotărârii, potrivit art.22 alin.1, când practicianul nu îndeplinește condițiile de exercitare a profesiei (după desemnare, adm. a început să presteze o activitate salariată în cadrul altor profesii ce atrage incompatibilitatea, limitări ale

capacității de exercițiu, intervine vreun caz de nedemnitate, etc.).

Conținutul art. 22 alin.2 atestă că administratorul judiciar poate fi înlocuit de către judecătorul sindic, pentru *motive temeinice*, culpabile, așadar. Legiuitorul nu stabilește care sunt „ *motivele temeinice*” astfel că jurisprudența a evidențiat că acestea sunt legate de:

- neîndeplinirea corespunzătoare a atribuțiilor prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul sindic;
- refuzul nejustificat de preluare a poziției în cauză;
- diminuarea în mod direct sau indirect a valorii sumei asigurate prin contractul de asigurare.

Se susține în jurisprudență⁷ că înlocuirea administratorului sau lichidatorului judiciar reprezintă o formă a răspunderii sale, care intervine, în principal, pentru *dol sau culpă gravă*. Acest regim agravant al răspunderii profesionistului, consacrat de principiile răspunderii juridice din dreptul comun, se întemeiază pe natura profesională a activității desfășurate de administratorul judiciar/lichidator și pe diligența sporită pe care acesta trebuie să o manifeste în cursul exercitării calității sale.

Pentru a justifica admiterea cererii de înlocuire a lichidatorului desemnat la o societate aflată în procedura insolvenței este necesar să existe *motive temeinice*, care să impună luarea măsurii înlocuirii, justificate de culpa gravă sau dolul în îndeplinirea atribuțiilor.

Jurisprudența este unanimă în a recunoaște că reprezintă un *motiv temeinic* ce justifică înlocuirea administratorului/lichidatorului judiciar, neîndeplinirea culpabilă a atribuțiilor care îi revin în cadrul procedurii sau o omisiune a acestuia care prejudiciază sau pune în pericol grav interesele creditorilor sau pe cele ale debitoarei.

Așadar, atunci când vom analiza primul caz de înlocuire culpabilă a administratorului judiciar ne vom raporta evident la prevederile art.20 care stabilesc principalele atribuții ale acestuia.

Pornind de la soluțiile adoptate în practică, putem susține că poate constitui *motiv temeinic* care să justifice înlocuirea comportamentul administratorului judiciar de a nu respecta niciunul dintre termenele stabilite pentru depunerea raportului definitiv, a tabelului definitiv al creanțelor și a raportului complet privind situația economică a debitorului;

Însă, nu poate justifica înlocuirea în condițiile art.22 alin.2, de exemplu, activitatea desfășurată potrivit planului confirmat, de vânzare a unor active fără a solicita confirmarea încheierii tranzacțiilor; neachitarea datoriei față de creditorul care a formulat cererea de înlocuire, din sumele încasate în derularea procedurii de faliment, atât timp cât această procedură concursuală, colectivă și egalitară, are ca scop principal acoperirea întregului pasiv, fără preferințe⁸.

Poate, constitui, însă, motiv de înlocuire a administratorului judiciar desemnat, încheierea de către acesta a unui contract de mandat și delegare a atribuțiilor?

Pentru a răspunde acestei întrebări trebuie să stabilim dacă simpla activitate de încheiere a unui astfel de contract este un *motiv temeinic*, culpabil care să justifice înlocuirea.

Conform art. 41 alin. 1 din OG 86/2006, *atribuțiile legale ale practicianului în insolvență*, precum și cele stabilite exclusiv în sarcina sa de judecătorul-sindic în procedurile de insolvență **nu pot fi exercitate prin reprezentare**.

Doar cu titlu de excepție art. 41 alin.(3) permite ca practicianul în insolvență să poată fi totuși asistat *de avocat* în exercițiul acestor atribuții și poate da *mandat* de reprezentare, în condițiile legii, pentru încheierea sau exercitarea unor acte juridice ori procesuale ce nu presupun *exercițiul atribuțiilor exclusive* ale practicianului în insolvență.

Art. 41 alin. 4 enumeră expres care sunt atribuțiile cu privire la care practicianul în insolvență *nu poate fi asistat nici măcar de către avocat* între care: lit. b) *verificarea fiecărei creanțe și a documentelor justificative depuse, pentru a stabili legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe*, putând solicita părților, atunci când consideră necesar, orice alte explicații, informații și documente suplimentare; c) convocarea și prezidarea adunărilor creditorilor; d) valorificarea bunurilor și drepturilor din averea debitorului; l) elaborarea și susținerea rapoartelor periodice în procedurile de insolvență, etc.

Dacă, însă, administratorului judiciar al debitoarei nu i se impută neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor sale ci încheierea contractului de mandat, simpla încheiere a contractului nu poate fi apreciată drept o încălcare culpabilă a obligațiilor care-i revin.

Nu putem nega că desemnarea administratorului judiciar se face în considerarea calităților sale profesionale iar atribuțiile care îi revin în cadrul procedurii insolvenței trebuie exercitate întocmai, însă, încheierea unui contract de delegare a atribuțiilor, neurmat de executare nu poate fi apreciat drept *motiv temeinic* care să justifice înlocuirea.

Și este așa întrucât doar executarea efectivă a contractului de mandat și delegare de atribuții - spre exemplu, notificarea debitorului și a creditorilor, întocmirea tabelor de creanțe, formularea contestațiilor, convocarea și prezidarea adunărilor de creditori, etc. - ar îndritui persoanele interesate să susțină cu temei că administratorul judiciar al debitoarei nu și-a îndeplinit atribuțiile sale și a cauzat un prejudiciu creditorilor sau debitoarei sau amândurora.

Prin urmare, câtă vreme în procedura insolvenței debitoarei, administratorul judiciar a îndeplinit toate atribuțiile care îi reveneau potrivit legii și nu a dat eficiență contractului de mandat și delegare de atribuții încheiat cu un alt practician în insolvență, se poate susține cu temei că ipoteza normei legale instituite prin

art.22 alin.2 din LPI nu este întrunită astfel că cererea de înlocuire formulată nu este fondată.

Cine poate formula cererea de înlocuire, în lipsa unei sesizări din oficiu a judecătorului sindic? Un creditor poate formula singur o astfel de cerere?

Răspunsul trebuie nuanțat în funcție de condițiile concrete ale procedurii. Conform legii, înlocuirea administratorului judiciar poate fi dispusă la cererea comitetului creditorilor, însă, în lipsa acestui comitet, *orice creditor* indiferent de ponderarea valorii creanței sale în masa credală poate exercita atribuțiile comitetului creditorilor și poate solicita judecătorului sindic înlocuirea administratorului judiciar.

Un argument în plus în susținerea acestui punct de vedere conform căruia atribuțiile comitetului creditorilor pot fi exercitate și de către alți participanți la procedură în lipsa unui comitet al creditorilor îl oferă și prevederile art.16 fraza a doua din LPI potrivit cărora dacă din cauza numărului mic de creditori, judecătorul-sindic nu consideră necesară constituirea unui comitet al creditorilor, atribuțiile comitetului prevăzute la art. 17 alin. (1) lit. b) și f) vor fi exercitate de adunarea creditorilor.

Ce se întâmplă dacă administratorul judiciar se afla în stare de conflict de interese? Există „motive temeinice” în înțelesul art.22 alin.2 care să justifice înlocuirea?

Desigur, potrivit dispozițiilor art. 31 din O.U.G. nr. 86/2006, în procedura insolvenței, practicianul este obligat să se abțină dacă se află în stare de conflict de interese, astfel cum sunt acestea definite în Regulament și în Codul de etică profesională, precum și în unul dintre cazurile prevăzute la art. 27 C.proc.civ., cu excepția celui prevăzut la art. 27 pct. 7.

Actul normativ anterior citat, precum și legea procedurii insolvenței nu conțin, însă, dispoziții referitoare la *instituția recuzării administratorului judiciar și a lichidatorului*, așa încât, în situațiile în care practicianul încalcă obligația de abținere prevăzută în art. 31 din O.U.G. nr. 86/2006, acesta va putea fi înlocuit urmare a unei cereri adresate judecătorului sindic, în virtutea atribuțiilor conferite acestuia de dispozițiile art. 11 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 85/2006, considerându-se astfel că încălcarea obligației de a se abține constituie un *motiv temeinic* de înlocuire a sa.

Este permis creditorului majoritar să procedeze la înlocuirea administratorului judiciar desemnat altfel decât în condițiile art.22 alin.2? Altfel spus, atunci când un creditor majoritar, indiferent de numele acestuia, este deranjat de activitatea derulată de către practicianul în insolvență, poate proceda la înlocuirea acestuia, convocând o adunare a creditorilor și publicând decizia în BPI?

Răspunsul nu poate fi decât negativ întrucât *odată cu definitivarea administratorului judiciar, legea nu*

recunoaște dreptul creditorilor sau creditorului majoritar de a decide înlocuirea practicianului, aceasta fiind posibilă numai în condițiile art.22 alin.2 din Legea nr.85/2006.

Așadar, judecătorul sindic este ținut de deciziile creditorilor sub aspect managerial adoptate în condițiile și limitele stabilite de lege, însă, nu poate fi obligat, să ia act de o hotărâre ce nesocotește prevederile legale precizate, o astfel de hotărâre neavând pentru sindic caracterul obligatoriu al unei hotărâri adoptate de creditorii, care nu poate fi pusă în aplicare, chiar dacă nu a fost contestată și desființată.

Putem conchide, așadar, că nu este permisă înlocuirea administratorului judiciar oricând acesta aleargă și publică în BPI o decizie proprie prin care stabilește unilateral că administratorul judiciar este altul decât cel legal desemnat.

Nici chiar o decizie a adunării creditorilor, publicată în BPI, prin care aceștia declară că „se înlocuiește administratorul judiciar X cu administratorul judiciar Y începând de la data adoptării hotărârii” nu poate produce efecte juridice câtă vreme nu este urmată procedura instituită din art.22 alin.2, înlocuirea administratorului judiciar definitiv fiind atributul exclusiv al judecătorului sindic, pentru motive temeinice.

Pornind de la toate aceste neajunsuri în materia desemnării, confirmării și a înlocuirii administratorului judiciar, *Codul insolvenței* a încercat să aducă noi soluții sau cel puțin remedii pentru probleme vechi de când lumea.

Se păstrează ca atribuție principală a judecătorului sindic – art.45 - **desemnarea** motivată, prin sentința de deschidere a procedurii, dintre practicienii în insolvență compatibili care au depus ofertă de servicii în acest sens la dosarul cauzei, sau, în lipsă, din Tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România, a **administratorului judiciar provizoriu** sau, după caz, a lichidatorului judiciar care va administra procedura până la confirmarea ori, după caz, înlocuirea sa de către adunarea creditorilor sau de către creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, fixarea onorariului în conformitate cu criteriile stabilite de legea de organizare a activității practicienilor în insolvență, precum și a atribuțiilor acestuia pentru această perioadă (lit.d); **confirmarea**, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50 % din valoarea creanțelor. Dacă nu există contestații împotriva legalității hotărârii adunării creditorilor sau a deciziei creditorului care deține mai mult de 50 % din valoarea creanțelor, confirmarea se face în camera de consiliu, fără citarea părților, în termen de 5 zile de la sesizarea judecătorului sindic (lit.e); **înlocuirea**, pentru *motive temeinice*, prin încheiere, a

administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, conform art. 57 alin. (4)(lit. f).

Art.57 preia în mare măsură dispozițiile existente la art.19. Astfel alin.1 al art.57 corespunde vechiului alin.1 din art.19.

Alin.2 al aceluiași art.57 nu a mai păstrat întru totul alin.2 al art.19, mențiunea „la recomandarea creditorilor” fiind înlăturată. Așadar, potrivit noii legi „În cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, **creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot pot decide desemnarea unui administrator judiciar/lichidatorului judiciar, stabilindu-i și onorariul. În cazul în care onorariul se va achita din fondul constituit conform prevederilor art. 39 alin. (4), acesta va fi stabilit pe baza criteriilor prevăzute în OUG nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, cu modificările și completările ulterioare. Creditorii pot decide să confirme administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar desemnat provizoriu, stabilindu-i onorariul. În această din urmă situație nu va mai fi necesară confirmarea judecătorului sindic. Prima ședință a adunării creditorilor va avea în mod obligatoriu pe ordinea de zi atât confirmarea/desemnarea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, cât și stabilirea onorariului acestuia”.**

Ca element de noutate, Codul stabilește ce se va întâmpla în situația în care creditorii, la prima adunare confirmă administratorul judiciar desemnat provizoriu de sindic. Se menționează că în această ipoteză, confirmarea de către judecător nu mai este necesară iar creditorii stabilesc și onorariul practicianului.

Mai mult, s-a instituit prin lege, obligativitatea înscrierii pe ordinea de zi a primei ședințe a adunării creditorilor *atât confirmarea/desemnarea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, cât și stabilirea onorariului acestuia.*

Art.57 alin.4 a fost cred cel mai disputat text. De ce? Pentru că în forma sa inițială, sintagma „din oficiu” a fost eliminată, judecătorul sindic fiind desenat ca spectator în procedura insolvenței. Chiar dacă s-a menținut dispoziția cu privire la controlul de legalitate a procedurii s-a apreciat inițial că înlocuirea practicianului în insolvență, *pentru motive temeinice* nu trebuie să poată fi dispusă și la sesizarea sa, din oficiu.

Ministerul Justiției a fost cel care, urmare a divergențelor existente între grupul de experți și consultant a tranșat disputa iar textul are următorul conținut:

Alin.4 - În orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau urmare a adoptării unei hotărâri a adunării creditorilor în acest sens, cu votul a cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot, îl poate înlocui pe administratorul judiciar/lichidatorului judiciar, pentru motive temeinice. Înlocuirea se judecă în camera de consiliu, de urgență, cu citarea administratorului judiciar și a comitetului creditorilor. Împotriva

încheierii se poate formula apel în termen de 5 zile de la comunicare.

Un element de noutate adus de Cod este dispoziția referitoare la posibilitatea înlocuirii administratorului judiciar la cererea acestuia, în orice moment al procedurii, spune legiuitorul, pentru motive bine justificate.

Așadar, potrivit art.57 alin.5, în orice moment al procedurii, la cererea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, pentru motive bine justificate, judecătorul sindic poate încuviința înlocuirea acestuia, în urma analizei cererii. În acest caz, judecătorul sindic va desemna un alt administrator judiciar /lichidator judiciar provizoriu, în condițiile prevăzute de art. 45 alin. (1) lit. d.

Un element de noutate îl constituie **alin.11** din art.57 care prevede că „Practicianul în insolvență, în calitatea sa de organ care aplică procedura, nu va putea fi obligat la plata oricăror cheltuieli de judecată, amenzi, daune sau orice alte sume la care ar putea fi obligat debitorul de către instanța de judecată sau de orice altă autoritate, după caz”.

Iată, așadar, că la acest moment, odată cu intrarea în vigoare a Codului, discuțiile purtate în legătură cu diverse soluții jurisprudențiale cu privire la obligarea la plata cheltuielilor de judecată pentru formularea unor cereri – de anulare a transferurilor, de antrenare a răspunderii administratorilor, etc.- vădit nefondate încetează.

Art.57 prin alin. 12, 13 reglementează modul de stabilire și plată a onorariului în ipoteza:

● **înlocuirii administratorului judiciar înainte de a-i fi stabilit onorariul** - pentru activitatea desfășurată până la data înlocuirii onorariul va fi stabilit de către judecătorul sindic în conformitate cu criteriile stabilite de OUG nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, cu modificările și completările ulterioare. Din suma aprobată se va scădea onorariul aprobat cu titlu provizoriu prin hotărârea judecătorească privind desemnarea, dacă a fost încasat.

● **desființării pentru orice motive a hotărârii de deschidere a procedurii** - instanța care va desființa hotărârea va decide asupra onorariului practicianului, aplicându-se corespunzător alin. (1), iar plata acestui onorariu și a cheltuielilor de procedură vor fi suportate de pârât sau reclamant potrivit reglementărilor privitoare la cheltuielile de judecată din Codul de procedură civilă.

Alin.14 al art.57 reglementează pentru prima dată ce se întâmplă dacă practicianul în insolvență desemnat în procedură nu este de acord cu onorariul votat și acceptat de către creditorii.

În cazul în care adunarea creditorilor confirmă administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, dar nu aprobă oferta de onorariu a acestuia, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea accepta onorariul

votat de către creditorii sau va reconvoca adunarea într-un termen de maximum 30 de zile pentru negocierea cu creditorii și discutarea onorariului.

Dacă nici la această adunare **oferta administratorului judiciar/lichidatorului judiciar nu va fi acceptată** de către creditorii, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea declara că se retrage (iată, așadar, un alt caz de înlocuire neculpabilă a administratorului judiciar).

În caz de renunțare, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va convoca o nouă adunare în termen de maxim 30 de zile, în vederea desemnării noului administrator judiciar/lichidator judiciar. Dacă în cadrul acestei adunări, nu se desemnează un alt administrator judiciar/lichidator judiciar, președintele comitetului creditorilor sau, dacă nu a fost constituit, un creditor desemnat de adunarea creditorilor va solicita judecătorului sindic desemnarea unui administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu, în termen de maxim 5 zile de la data adunării. Judecătorul sindic va numi un administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu în termen de 5 zile de la sesizare, în camera de consiliu. Dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător.

Note

1. Pentru detalii, a se vedea www.piperealaw.ro/ro-48-181-Reconstructia-relatiilor-dintre-judecatorul-sindic-si-practicianul-in-insolventa.html

2. A se vedea, Curtea de Apel Cluj, decizia nr.14 din 13 ianuarie 2011, (nepublicată)

3. A se vedea, www.jurisprudencedo.com/desemnarea-administratorului/lichidatorului-judiciar-provizoriu.-Conditii.html

4. Pentru detalii, a se vedea, RRDJ nr.3/2012, p.85, (decizia civilă nr.2903, pronunțată în ședința publică din data de 09 aprilie 2012)

5. Detalii: <http://legeaz.net/spete-drept-comercial/insolventa-inlocuirea-administrator-judiciar-provizoriu-483-2010>

6. N. Țândăreanu, *Insolvența în reglementarea Legii nr.85/2006*, Editura Universul Juridic, 2012, p.76

7. Pentru detalii, C.A. C, secția comercială, maritimă și fluvială, decizia civilă nr. 490/ 2008, (nepublicată)

8. A se vedea, C.A. Cluj, secția comercială, decizia nr. 1727 din 27 noiembrie 2007, (nepublicată).

NR: Proiectul de lege privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicat pe site-ul Ministerului Justiției (supranumită și Codul insolvenței) utilizează fără a defini denumirea de "lichidator judiciar" inexistentă în actuala legislație (Legea nr.85/2006, Legea nr.31/1990, C.O.R. etc)

Oportunitatea închiderii procedurii insolvenței

Judecător dr. Petruța Micu
Curtea de Apel Timișoara

Rezumat: Închiderea procedurii insolvenței pentru motivul insuficienței fondurilor necesare cheltuielilor administrative ale procedurii, reprezintă un punct sensibil pentru creditori și în special pentru creditori bugetari care se văd în situația nerecuperării creanțelor. Pe de-o parte, creditorii nu vor să avanseze sumele necesare continuării procedurii, iar pe de altă parte, tot aceștia își doresc antrenarea răspunderii organelor de conducere ale debitorului pentru insolvența acestuia. Prin acest studiu se prezintă fațetele problemelor invocate anterior.

Cuvinte cheie: creditori bugetari, judecător-sindic, administrator judiciar/lichidator, închiderea procedurii.

Summary: Closure of the insolvency procedure for the reason of insufficient funds necessary to sustain the administrative costs of procedure is a sensitive point for the creditors and especially for the budgetary creditors who see themselves in the situation of not recovering their claims. On the one hand the lenders won't advance the amounts needed to continue the procedure, but on the other hand they really want to see the debtor's management bodies hold liable for the insolvency. This study try to present both perspectives mentioned above.

Key words: budgetary lenders, syndic judge, judicial administrator/liquidator, closure of the procedure.

Momentul oportun în care se poate solicita închiderea procedurii insolvenței este apreciat în mod diferit de către participanții la această procedură, căci lichidatorul sau administratorul judiciar formulează propunerea de închidere a procedurii atunci când apreciază că nu mai există șanse reale de continuare a acesteia, respectiv cheltuielile de procedură ar fi mai mari decât profiturile scontate, iar creditorii aflați „în opoziție” consideră aproape întotdeauna că pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii este prematură cât timp nu s-au făcut toate demersurile pentru recuperarea integrală a creanțelor înscrise la masa credală.

Așa cum am mai afirmat, procedura insolvenței se finalizează prin sentința de închidere a acesteia. După închiderea procedurii atât judecătorul-sindic cât și administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz, se dezinvestesc de întreaga procedură a insolvenței față de debitorul respectiv, aceștia nemaiavănd nici una din competențele sau atribuțiile prevăzute de Legea privind procedura insolvenței.

Totodată, prin închiderea procedurii numai subzistă nici unul din efectele deschiderii procedurii sau din litigiile specifice acesteia, de exemplu acțiunea în răspundere contra administratorilor sau contra asociaților cu răspundere nelimitată ai debitorului persoană juridică nu mai poate fi continuată după închiderea procedurii întrucât situația premisă a acestei răspunderi nu mai există. Practic acest gen de procese

sunt posibile numai pe durata existenței procedurii insolvenței și nu ulterior acesteia așa cum s-au întâlnit uneori situații în practica judiciară.

Există, însă, unele efecte ale procedurii insolvenței care-și păstrează valabilitatea și dincolo de închiderea procedurii, cum ar fi decăderile și interdicțiile profesionale, interdicția debitorului ce a fost supus unei proceduri de reorganizare judiciară de a mai solicita deschiderea unei astfel de proceduri pe o perioadă de 5 ani, ulterior închiderii procedurii, etc.

În același timp, închiderea procedurii generează și efecte patrimoniale posibile doar în situația în care anterior a fost deschisă procedura insolvenței față de un debitor, cum este cazul transferului dreptului de proprietate asupra bunurilor rămase în patrimoniul asociațiilor după închiderea procedurii sau al stingerii datoriilor prin dispariția debitorului persoană fizică sau descărcarea de datorii¹.

Practic, închiderea procedurii insolvenței a fost prevăzută de legiuitor ca fiind posibilă în 5 situații distincte², respectiv:

- insuficiența fondurilor necesare cheltuielilor administrative ale procedurii;
- executarea cu succes a planului de reorganizare;
- terminarea lichidării și a tuturor distribuțiilor în caz de faliment;
- acoperirea întregii mase credale chiar înaintea finalizării lichidării;

- neînregistrarea nici unei creanțe la masa credală după deschiderea procedurii la cererea debitorului, caz în care prin sentința de închidere a procedurii judecătorul sindic revocă hotărârea de deschidere a procedurii.

• Problema supusă analizei, se referă la situația cel mai des întâlnită în practica judiciară și anume, insuficiența fondurilor, caz în care, în baza 131 din Legea nr.85/2006 se poate dispune închiderea procedurii.

Practic, majoritatea covârșitoare a dosarelor de insolvență se închid în baza acestui temei legal, așa cum s-a constatat din practica judiciară a instanțelor care fac parte din raza de competență a Curții de Apel Timișoara, respectiv Tribunalele Timiș, Arad și Caraș-Severin.

Pentru închiderea procedurii în cazul în care se constată insuficiența fondurilor este irelevantă cauza care a provocat insolvența debitorului, fiind suficient să se constate că în lipsa bunurilor sau a fondurilor necesare procedura nu poate continua căci scopul acesteia, respectiv acoperirea datoriilor societății debitoare cu fondurile bănești sau bunurile disponibile nu este posibil de realizat.

Evident că se pune problema stabilirii momentului oportun pentru închiderea procedurii, respectiv a momentului în care judecătorul-sindic poate pronunța o sentință de închidere a procedurii în această situație, dat fiind vorba că legiuitorul folosește sintagma în „orice stadiu al procedurii”. În acest sens, este nevoie de o bună conlucrare între judecătorul-sindic și practicianul în insolvență desemnat, care trebuie să facă în permanență un raport între cheltuielile administrative și activul debitorului.

În cazul în care se constată că nu mai sunt bunuri nici pentru acoperirea cheltuielilor administrative, judecătorul-sindic sau practicianul în insolvență trebuie să informeze creditorii asupra acestei stări de fapt și să le solicite avansarea cheltuielilor necesare continuării procedurii, solicitare la care rareori creditorii dau curs.³ De asemenea, înainte de a se pronunța asupra închiderii procedurii în baza art.131 din Legea nr.85/2006, judecătorul-sindic trebuie să aprecieze dacă creanțele creditorilor și cheltuielile administrative nu pot fi acoperite fie ca urmare a executării silite asupra bunurilor asociațiilor cu răspundere nelimitată sau a membrilor grupurilor de interes economic, fie ca urmare a antrenării răspunderii membrilor organelor de conducere ale debitoarei.

Totodată, nu trebuie să fie omisă complet posibilitatea avansării sumelor necesare continuării procedurii din fondul special de lichidare creat conform art.4 alin. 4 din lege⁴, care poate fi accesat în lipsa disponibilităților în contul debitorului.

Astfel, deseori închiderea procedurii pe temeiul insuficienței fondurilor este contestată de către creditorii, care deși nu s-au oferit să avanseze nici măcar parțial cheltuielile necesare continuării procedurii consideră că nu s-au întreprins toate măsurile pentru a se descoperii bunurile aflate în patrimoniul debitoarei, conturile existente la bănci și, consideră de asemenea că indiferent de faptul că legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca procedura să poată fi închisă în orice stadiu datorită insuficienței bunurilor, ea nu poate fi închisă prematur până când nu

s-au epuizat toate căile de identificare a bunurilor debitoarei și nu s-a dispus asupra posibilității atragerii răspunderii personale patrimoniale a organelor de conducere ale debitoarei pentru ajungerea acestei societăți în stare de insolvență.

• De cele mai multe ori creditorii care și-au declarat creanțele în procedura insolvenței și se văd, cu prilejul aplicării art.131 din lege, în imposibilitatea recuperării creanțelor, critică din punct de vedere al activității judecătorului-sindic faptul că acesta nu a solicitat lichidatorului sau administratorului judiciar intensificarea demersurilor acestora pentru identificarea de bunuri și stabilirea cauzelor care au condus la ajungerea societății în încetare de plăți. De asemenea, administratorului judiciar sau lichidatorului i se impută deseori superficialitatea, lipsa de implicare și graba cu care solicită închiderea procedurii formulând în acest sens un raport de activitate lapidar prin care învederează instanței că nu a găsit la sediul debitoarei nici o persoană, a constatat că aceasta nu mai desfășoară activitate, că nu este înregistrată la organele fiscale cu bunuri impozabile, astfel că nu se mai impune continuarea procedurii, cu atât mai mult cu cât, neputând lua contact cu nici o persoană care să reprezinte societatea nu a putut intra în posesia actelor contabile ale acesteia, astfel că, pe cale de consecință, nu a putut formula un raport în care să identifice cauzele ajungerii societății în insolvență.

În practica judiciară⁵, instanțele se confruntă adesea cu situația în care închiderea procedurii, în baza art.131 din Legea nr.85/2006 este contestată de către creditorii, în special creditorii bugetari⁶, care invocă faptul că administratorul judiciar sau lichidatorul nu a făcut toate demersurile pentru identificarea bunurilor debitorului și că închiderea procedurii este nelegală deoarece dispozițiile art. 129 din Legea nr. 85/2006 nu au fost respectate, judecătorul-sindic neprocedând la convocarea adunării creditorilor în vederea formulării eventualelor obiecțiuni la raportul final. Aceștia consideră că întrucât instanța de fond nu a respectat prevederile legale, neprocedând la convocarea adunării creditorilor pentru formularea eventualelor obiecțiuni la raportul final, hotărârea pronunțată trebuie casată și trimisă spre rejudecare instanței de fond și arată că după întocmirea raportului final, lichidatorul era obligat să îl comunice, împreună cu bilanțul general, în temeiul art. 129 din Legea nr. 85/2006⁷ tuturor creditorilor pentru analiză și eventuale obiecțiuni, urmând a fi convocată adunarea creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la afișarea raportului, în vederea aprobării acestuia. Menționează că Legea nr. 85/2006 nu prevede o opțiune în acest sens, ci o cerință imperativă, lichidatorul neîndeplinindu-și atribuțiile și obligațiile legale prin aceste omisiuni.

• Cel de-al doilea motiv pentru care creditorii contestă închiderea procedurii în baza art.131 din Legea nr.85/2006 este acela că nu s-a dispus, chiar și în caz de inexistență a actelor și a bunurilor contabile, antrenarea răspunderii administratorilor societății care în opinia acestora se fac vinovați de ajungerea societății în stare de insolvență.⁸

Creditorii au susținut că potrivit art. 138 lit. d din Legea nr. 85/2006 – dispoziții aplicabile în mai toate situațiile de ine-

xistență a bunurilor, răspunderea administratorilor se poate dispune dacă aceștia au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea. Se mai arată că potrivit aceluiași text normativ, simplul fapt că administratorul falitului nu a ținut contabilitatea conform legilor contabile, atrage răspunderea acestuia, deoarece nu există posibilitatea de a se analiza activul patrimonial, modul cum a fost gestionat acesta, dacă debitorul a respectat dispozițiile legale privind inventarierea bunurilor, dacă a efectuat transferuri patrimoniale și în ce condiții, precum și felul în care administratorul a folosit veniturile obținute.⁹

În acest sens s-a arătat faptul că potrivit teoriei și practicii juridice în dreptul civil și în cel comercial operează două reguli principale: prima că răspunderea delictuală operează pentru cea mai ușoară culpă și a doua că indiferent de gravitatea vinovăției obligația de reparare a prejudiciului cauzat este integrală, în sensul că în fapt cuantumul despăgubirii depinde de întinderea prejudiciului și nu de gravitatea vinovăției.

În aceste cazuri s-a susținut că indiferent dacă administratorul falitului a încălcat din culpă sau cu intenție normele de drept care îi impuneau ținerea corectă a contabilității și gestionarea cu atenție a patrimoniului și activității, acesta se face vinovat de încălcarea legii (contabilității) situație care a determinat prejudicierea creditorilor și că obligația administratorilor de a ține evidența contabilă conform legii și de a o prezenta lichidatorului și experților contabili desemnați de instanță reiese cu claritate din dispozițiile art. 73 alin. 1 lit. c și alin. 2, art. 134 alin. 1 și 2, art. 181 din Legea nr. 31/1990 - Legea privind societățile comerciale, ale art. 11 alin. 4 din Legea nr. 82/1991 republicată – Legea contabilității.

Creditorii au solicitat să se aibă în vedere faptul că potrivit art. 73 alin. 1 lit. c din Legea nr. 31/1990, administratorii sunt solidar răspunzători față de societate pentru existența registrelor cerute de lege, iar potrivit art. 73 alin. 2, acțiunea în răspundere împotriva administratorilor aparține și creditorilor societății, însă aceștia o vor putea exercita numai în caz de faliment al societății. Art. 11 alin. 4 din Legea nr. 82/1991 republicată arată că răspunderea pentru organizarea și ținerea contabilității, potrivit prevederilor acestei legi, revine administratorilor, care au obligația gestionării patrimoniului.

În același context, s-a mai arătat că potrivit art. 72 din Legea nr. 31/1990, obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat, și că potrivit art. 1540 Cod civil¹⁰, mandatarul este răspunzător nu numai pentru dol, dar și de culpa comisă în executarea mandatului, precum și că potrivit alin. 2 al aceluiași ultim articol, în cazul în care mandatul are caracter oneros, răspunderea mandatarului se apreciază cu mai multă rigurozitate. Se mai arată că potrivit art. 374 Cod comercial, mandatul comercial este prezumat a fi cu caracter oneros, iar în speță administratorul nu a făcut dovada contrară.

S-a mai susținut, de asemenea, că răspunderea membrilor organelor de conducere ale societăților ajunse în încetare de plăți, așa cum este reglementată de prevederile art.138 din Legea

nr.85/2006, este o răspundere specială care pune la îndemâna creditorilor mijloace juridice adecvate pentru a asigura bunuri necesare acoperirii pasivului debitoarei aflate în insolvență¹¹.

Creditorii, în majoritatea lor creditori bugetari,¹² susțin că au suferit un prejudiciu a cărui existență certă s-a stabilit prin constatarea de către judecătorul-sindic nu numai a faptului că societatea a ajuns în încetare de plăți, ci și a împrejurării că obligațiile față de creditori nu pot fi plătite din averea debitorului.

Aceștia au invocat faptul că dispozițiile art. 35 alin. 3 și 4 din Decretul nr. 31/1954 prevăd că faptele ilicite săvârșite de organele sale obligă însăși persoana juridică, dacă au fost îndeplinite cu prilejul exercitării funcției lor și că faptele ilicite atrag și răspunderea personală a celui care le-a săvârșit, atât față de persoana juridică, cât și față de cel de-al treilea.

Totodată s-a susținut că pe tărâmul răspunderii contractuale, culpa administratorului falitei este prezumată potrivit art.1082 Cod civil raportat la art.138 din Legea nr.85/2006, că răspunderea trebuie apreciată în abstracto, cu mai multă rigurozitate, întrucât administratorul a acționat în temeiul unui mandat comercial¹³.

În conformitate cu dispozițiile art.1080 alin.1 Cod civil coroborate cu art.1600 Cod civil devine operativ criteriul obiectiv, care presupune compararea activității mandatarilor respectivi cu activitatea unei persoane diligente, care își subordonează măsurile luate exigențelor impuse de regulile de conviețuire socială.

Prejudiciul produs există, constând în însăși creanța declarată în cauză, aceasta având un caracter cert și nefiind recuperată¹⁴.

Menționăm că toate aceste dispoziții legale invocate de către creditori se raportează la legea aflată în vigoare la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii sau, după caz, a formulării căii de atac știut fiind că, în general, o procedură de insolvență durează mai multe luni sau ani.

Art.138 din Legea nr.85/2006 stabilește că prin săvârșirea de către administrator a uneia dintre faptele prevăzute la acest articol s-a angajat răspunderea civilă a acestuia, raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciul creat creditorilor fiind prezumat.

În opinia practicienilor în insolvență (administratori judicari sau lichidatori) în situații de acest gen se invocă în apărare faptul că susținerile creditorilor cu privire la încălcarea dispozițiilor art. 129 din Legea nr. 85/2006 nu sunt întemeiate, întrucât acest text de lege reglementează închiderea procedurii insolvenței și întocmirea unui raport final după ce bunurile din averea debitoarei au fost lichidate, dar în speță judecătorul-sindic a închis procedura la propunerea lichidatorului, în baza art. 131 din Legea nr. 85/2006, motivat de faptul că nu au fost găsite bunuri în averea debitoarei și nici un creditor, nu s-a oferit să avanseze sumele corespunzătoare continuării procedurii.

În același context lichidatorii consideră că străin de natura pricinii este și motivul de recurs potrivit căruia în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 138 alin. 1 lit. d din Legea nr. 85/2006 privind răspunderea administratorului societății aflate în insolvență întrucât prin acest articol se impune arătarea

concretă a faptei, a raportului de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu, respectiv demonstrarea acelor acțiuni care se încadrează în prevederile legale și care au dus la starea de insolvență.

Lichidatorii susțin că un raport juridic comercial poate duce la starea de insolvență a societății, fără a fi săvârșită vreo faptă din cele prevăzute la art. 138 din Legea nr. 85/2006, că nepredarea actelor contabile către lichidator nu echivalează cu aplicarea art. 138 lit. d¹⁵ față de administratorii debitoarei, întrucât nu se poate dovedi îndeplinirea condițiilor răspunderii civile delictuale față de aceste persoane.

Cu privire la susținerile creditorilor instanțele au reținut că acestea sunt nefondate deoarece închiderea procedurii s-a realizat în baza art. 131 din Legea nr. 85/2006, potrivit căruia „în orice stadiu al procedurii prevăzute de prezenta lege, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și nici un creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare, judecătorul-sindic va putea da o sentință de închidere a procedurii, prin care se dispune și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat”.

Din acest motiv, nu se pune problema convocării adunării generale a creditorilor în termenul fixat de art.129 al. 1 din Legea nr. 85/2006 și nici a comunicării cu creditorii a raportului final, dat fiind că nu erau aplicabile în cauză prevederile acestui articol.

Această dispoziție legală se aplică în condițiile în care a fost deschisă procedura simplificată a insolvenței și în această ipoteză lichidatorul nu întocmește raportul final asupra căruia statuează art.129 din Lege, dar procedura simplificată necesită totuși întocmirea unui raport de închidere a acesteia care să conțină atestarea îndeplinirii cerințelor prevăzute de art.131 din Legea nr.85/2006, precum și pronunțarea lichidatorului asupra cauzelor și împrejurărilor ce au condus la necesitatea închiderii procedurii pe acest temei și a oportunității antrenării răspunderii personale patrimoniale a organelor de conducere ale debitoarei.

Un astfel de raport trebuie adus la cunoștința creditorilor pentru ca aceștia din urmă să poată formula eventuale obiecțiuni sau, după caz, să solicite în condițiile prevăzute de art. 138 alin. 3 din Legea nr. 85/2006 autorizarea în vederea formulării unei cereri de antrenare a răspunderii în cazul în care lichidatorul a omis să formuleze o astfel de cerere. Sub aspect procedural, un astfel de raport având consecința închiderii procedurii simplificate a insolvenței are regimul juridic prevăzut de art. 54 alin. 3-5 din Legea nr. 85/2006, în sensul că trebuie pus în discuția părților în condițiile în care acestea au cunoștință de conținutul raportului, iar eventualele obiecțiuni sau cereri asupra raportului de închidere trebuie soluționate în condiții de contradictorialitate, nemijlocire, oralitate și în ședință publică. În funcție de existența unor astfel de obiecțiuni sau cereri de admitere sau respingere a acestora, judecătorul-sindic urmează să se pronunțe și asupra raportului de închidere.

Referitor la critica creditorilor în sensul că nu a fost atrasă răspunderea administratorului social al debitoarei și că nu au avut posibilitatea formulării unei cereri de autorizare a introducerii unei acțiuni în conformitate cu prevederile art. 138

din Legea nr. 85/2006 s-a reținut că și această critică este nefondată, deoarece potrivit art. 138 al. 1 din Legea nr. 85/2006, aceasta se poate face ca regulă numai la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului și numai ca excepție în condițiile art. 138 al. 3 din lege (conform căruia comitetul creditorilor poate cere judecătorului-sindic să fie autorizat să introducă acțiunea prevăzută la alin. 1, dacă administratorul judiciar sau lichidatorul a omis să indice, în raportul său asupra cauzelor insolvenței, persoanele culpabile de starea de insolvență a patrimoniului debitorului persoană juridică ori dacă acesta a omis să formuleze acțiunea prevăzută la alin. 1 și răspunderea persoanelor la care se referă alin. 1 amenință să se prescrie)¹⁶.

Întrucât potrivit art. 138 al. 1 din Legea nr. 85/2006, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de membrii organelor de conducere sau de supraveghere din cadrul societății, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului, iar creditorii nu mai au potrivit actualei reglementări calitatea procesuală activă de a solicita aplicarea prevederilor art. 138 față de membrii organelor de conducere ai debitoarei, criticile creditorilor legate de problema aplicării art. 138 din lege sunt nefondate, având în vedere și temeiul închiderii procedurii, respectiv art. 131 din Legea nr. 85/2006, aceștia neoferindu-se să avanseze sumele corespunzătoare continuării procedurii, în condițiile în care s-a constatat că nu există bunuri în averea debitoarei.

- Din analiza acestor susțineri se desprind mai multe concluzii cu privire la modul în care fiecare dintre participanții la procedura insolvenței au înțeles să-și îndeplinească atribuțiile prevăzute de Legea nr. 85/2006.

Astfel, judecătorul-sindic, potrivit dispozițiilor art. 11 alin. 2 din Legea nr. 85/2006, are atribuții limitate exclusiv la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar sau a lichidatorului, și la procesele și cererile aferente procedurii insolvenței, în timp ce atribuțiile manageriale aparțin administratorului judiciar sau lichidatorului, deciziile acestora putând fi analizate sub aspectul oportunității lor doar de creditori, prin organele de conducere ale acestora, și nu de către judecătorul-sindic, care are doar atribuții de control a legalității, nu și al oportunității.

Cât privește pe administratorul judiciar sau pe lichidator, potrivit art. 20 alin. (1) lit. i din Legea nr. 85/2006, acesta are ca atribuție principală sesizarea de urgență a judecătorului-sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului, ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative.¹⁷

Lipsa bunurilor în patrimoniul debitorului, fie și pentru acoperirea cheltuielilor administrative ale procedurii, justifică închiderea procedurii pentru lipsa obiectului lichidării în procedura falimentului, sau lipsa obiectului activităților debitorului în cadrul procedurii reorganizării.

Despre intervenirea acestei situații, administratorul judiciar sau lichidatorul este în măsură, prin prisma atribuțiilor ce îi revin să sesizeze judecătorul-sindic.

În acest caz, atribuțiile sale se restrâng în mod corespunzător închiderii premature a procedurii insolvenței, nefiind obligat să întocmească raportul final prevăzut de art. 129 din Legea nr. 85/2006.

Pe de altă parte, nici nu ar putea fi în măsură să întocmească un asemenea raport¹⁸, căci această atribuție a lichidatorului devine incidentă doar în cazul în care bunurile din averea debitorului au fost lichidate, când lichidatorul va supune judecătorului-sindic un raport final însoțit de situațiile financiare finale, iar copii de pe acestea vor fi comunicate tuturor creditorilor și debitorului și vor fi afișate la ușa tribunalului. În această situație, judecătorul-sindic va trebui să convoace adunarea creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la afișarea raportului final.

Așadar, în cadrul insuficienței bunurilor debitorului, deci a închiderii procedurii în baza art. 131, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 129 arătate mai sus.

De asemenea, printre atribuțiile administratorului judiciar sau lichidatorului se înscriu și cele prevăzute de art. 20 (1) lit. b din Legea nr. 85/2006, respectiv examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, și asupra existenței premiselor angajării răspunderii acestora, în condițiile art. 138, precum și asupra posibilității reale de reorganizare efectivă a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și supunerea aceluși raport judecătorului-sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului judiciar. Întocmirea oricărui gen de raport, fie acesta chiar mai puțin „amănunțit” decât a prevăzut legiuitorul, poate fi posibilă doar în situația depunerii actelor contabile ale societății debitoare, ori în lipsa acestora, majoritatea susținerilor din raportul pe care îl prezintă judecătorului-sindic sunt de fapt constatări proprii ale practicianului în insolvență, prin care se relevă în esență, că nu se poate întocmi un astfel de raport amănunțit în lipsa actelor societății sau în majoritatea situațiilor și în lipsa persoanelor care au condus societatea și de la care s-ar putea obține informații și date relevante.

Pe cale de consecință, numai după ce există date sau indicii clare că ajungerea societății în stare de insolvență s-ar datora activității culpabile a organelor de conducere ale acesteia, administratorul judiciar sau lichidatorul poate formula cerere de atragere a răspunderii, însă această cerere are rezultat cel puțin incert, dacă nu se dovedește în cuprinsul acesteia, care anume dintre faptele prevăzute expres și limitativ de art. 138 lit. a-g din lege au fost săvârșite și de către cine, și care este raportul dintre aceste fapte și prejudiciul produs creditorilor, în ce constă acest prejudiciu, etc.¹⁹

În acest sens, fără să fie vorba de omisiunea de a formula acțiunea în atragerea răspunderii personale patrimoniale a organelor de conducere ale societății, administratorul judiciar sau lichidatorul apreciază în mod realist, raportat la actele și lucrările dosarului și la situația de fapt constatată, că nu se impune formularea unei astfel de cereri, dat fiind că nu există

premisele admisibilității ei, ceea ce nu creează însă, legitimarea procesuală a creditorilor de a formula o astfel de cerere, din moment ce legiuitorul a înțeles să prevadă posibilitatea formulării respectivei cereri numai ca excepție, astfel că în actuala reglementare a legii, creditorii nu mai au calitatea procesuală activă de a solicita antrenarea răspunderii.

În subsidiar, este de remarcat că aspectele legale invocate ce aparțin dreptului comun, cum ar fi dispozițiile Codului de procedură civilă, ale Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, sau altor acte normative, nu pot fi reținute, decât în măsura în care se circumscriu dispozițiilor legii speciale în materia insolvenței – Legea nr. 85/2006, căci, în raport de toate aceste dispoziții legale invocate, Legea nr.85/2006 are caracter de normă specială, iar în concursul dintre mai multe legi, primează în aplicare norma specială, după principiul *specialia generalibus derogant*.

Pe de altă parte, în felul în care au procedat creditorii invocând aplicarea concomitentă a unor dispoziții legale din mai multe legi diferite s-a ajuns, practic, la invocarea unei *lex tertia*, adică o a treia lege, ceea ce nu poate fi admisibil în sistemul nostru de drept. Cererea de atragere a răspunderii personale patrimoniale întemeiată pe normele cuprinse în Legea privind procedura insolvenței este o acțiune specială cu caracter derogator de la dreptul comun și cu un regim juridic aparte, dovadă fiind în acest sens, printre altele, împrejurarea că titularul dreptului la acțiune are o calitate specială, respectiv administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz, și doar în subsidiar Comitetul creditorilor, în condiții anume determinate de lege (art. 138 alin. 3 din Legea nr.85/2006²⁰). În același timp, competența de soluționare a unei astfel de cereri este specializată, căci doar judecătorul-sindic poate fi sesizat cu soluționarea acesteia.

În concluzie, referitor la argumentele pe care creditorii le susțin ca temeiuri ale acțiunii în răspundere personală patrimonială ale organelor de conducere ale societății debitoare, apreciem că acestea sunt nefondate căci în cauză este vorba de o răspundere de excepție, dispozițiile care o reglementează fiind de strictă interpretare și aplicare, ele neputând fi înlocuite sau cumulate cu prevederi de drept comun din Legea societăților comerciale sau ale Codului civil, Codului comercial, Legii contabilității, ori ale altei legi, care nu pot fi invocate ca atare decât pe calea unei acțiuni comerciale de drept comun, iar nu în contextul unei căi de atac împotriva hotărârii de închidere a procedurii insolvenței care este de competența exclusivă a judecătorului-sindic desemnat să gestioneze dosarul de insolvență al debitorului.

Nu în ultimul rând, se poate face vorbire și despre culpa creditorilor care, deși, sunt informați de către practicianul în insolvență că în patrimoniul debitorului nu au fost identificate bunuri care prin valorificare să poată fi de natură a acoperi cel puțin cheltuielile curente ale procedurii, nu se oferă să avanseze nici măcar în parte aceste cheltuieli pentru a se putea continua de către practicianul în insolvență demersurile în vederea identificării de bunuri mobile sau imobile, conturi bancare, etc.,

invocându-se posibilitatea accesării fondului special de lichidare constituit în temeiul art.4 alin.4 din Legea nr.85/2006²¹. Aceste cheltuieli minime, notificări, taxe poștale, etc., ar fi putut rezolva impasul în care s-a aflat derularea procedurii insolvenței la un moment dat și ar fi sporit șansele de a se identifica eventuale bunuri ale debitorului, ceea ce ar fi fost în interesul tuturor participanților la procedură.

Potrivit art.2 din Legea nr.85/2006, scopul procedurii insolvenței este acoperirea pasivului debitorului, dar evident că acest scop poate fi realizat doar în măsura în care debitorul este „solvabil” – are bunuri sau disponibilități bănești și poate plăti cel puțin cheltuielile de administrare ale procedurii. Beneficiarii sumelor plătite cu acest titlu devin practic tot creditori ai procedurii și ai debitorului, aceste creanțe urmând a fi plătite cu prioritate în procedură, conform art.4 alin.1 din Legea nr.85/2006.

Pe cale de consecință, dacă debitorul nu deține bunuri atunci scopul procedurii nu se mai poate realiza și în principiu, aceasta trebuie închisă în orice stadiu s-ar afla nu înainte, însă, de a se da posibilitatea, neobligatorie pentru creditor, de a se oferi să suporte cheltuielile necesare continuării procedurii.

Faptul că există posibilitatea legală a accesării fondului special de lichidare nu trebuie să ducă la concluzia că acesta ar trebui obligatoriu accesat în orice situație de inexistență a bunurilor în patrimoniul debitorului, căci se impune accesarea sa cu prudență, mai ales în actualele condiții socio-economice și totodată, în condițiile în care nu există posibilitatea ca sumele avansate din acest fond să fie restituite ulterior din vânzarea bunurilor debitorului.

Oricum în cazul inexistenței bunurilor tot din fondul special de lichidare se vor achita cheltuielile efectuate până la momentul închiderii procedurii, constând în onorariu lichidator, cheltuieli administrative etc.

Așadar, în acord și cu alți autori²² considerăm că în situația în care au fost parcurse toate etapele prevăzute de lege cu privire la desfășurarea procedurii și se constată lipsa bunurilor în patrimoniul debitoarei, concomitent cu neavansarea sumelor de către creditori, procedura insolvenței se poate închide deoarece omisiunea formulării acțiunii în antrenarea răspunderii patrimoniale a organelor de conducere nu poate determina respingerea cererii de închidere a procedurii insolvenței atâta timp cât cei îndreptățiți să introducă acțiune nu au optat pentru promovarea acesteia.

Note

¹ Gheorghe Piperea, Insolvența: Legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 715.

² Capitolul VI art.131-137 din Legea nr. 85/2006.

³ Decizia nr. 1035/16.05.2011 a Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

⁴ Decizia nr. 1040/16.05.2011 a Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

⁵ Sentința civilă nr.1509/11.09.2008 pronunțată în dosarul nr.5122/30/2007 al Tribunalului Timiș

⁶ A.V.A.S., A.F.P., D.G.F.P., Direcția Fiscală formulează recurs în toate situațiile închiderii procedurii, chiar și atunci când au fost prezenți

la Adunarea creditorilor la care lichidatorul judiciar a propus închiderea procedurii insolvenței și nu sau opus acestei propuneri.

⁷ Art. 129 din Legea 85/2006 arată că: „(1) După ce bunurile din averea debitorului au fost lichidate, lichidatorul va supune judecătorului-sindic un raport final însoțit de situațiile financiare finale; copii de pe acestea vor fi comunicate tuturor creditorilor și debitorului și vor fi afișate la ușa tribunalului. Judecătorul-sindic va convoca adunarea creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la afișarea raportului final. Creditorii pot formula obiecții la raportul final cu cel puțin 5 zile înainte de data convocării.

(2) La data ședinței, judecătorul-sindic va soluționa, prin încheiere, toate obiecțiunile la raportul final, îl va aproba sau va dispune, dacă este cazul, modificarea corespunzătoare a acestuia.

(3) Creanțele care la data înregistrării raportului final vor fi încă sub condiție nu vor participa la ultima distribuție.”

⁸ Decizia nr. 179/19.10.2009 a Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

⁹ Decizia nr. 1341/02.11.2009 a Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

¹⁰ Trimiterile la dispozițiile Codului civil vizează versiunea anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil cu modificările și completările ulterioare.

¹¹ Decizia civilă nr.567/13.04.2009 din dosar nr.3457/2007 al Curții de Apel Timișoara

¹² Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Statului București, Administrațiile Finanțelor Publice, Direcțiile Generale ale Finanțelor Publice, etc.

¹³ Decizia civilă nr.568/13.04.2009 din dosar nr.4697/2007 al Curții de Apel Timișoara

¹⁴ Decizia civilă nr.528/06.04.2009 din dosar nr.9765/30/2008 al Curții de Apel Timișoara

¹⁵ (1) În cazul în care în raportul întocmit în conformitate cu dispozițiile art. 59 alin. (1) sunt identificate persoane cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență a debitorului, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului, prin una dintre următoarele fapte:

d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea;

¹⁶ Decizia civilă nr.569/13.04.2009 din dosar nr.589/2008 al Curții de Apel Timișoara

¹⁷ Decizia nr. 1416/R/09.11.2009 pronunțată de Curții de Apel Timișoara, nepublicată.

¹⁸ Decizia nr. 1420/R/09.11.2009 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, nepublicată.

¹⁹ Decizia nr. 1423/R/09.11.2009 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, nepublicată.

²⁰ Art.138 alin.(3) Comitetul creditorilor poate cere judecătorului-sindic să fie autorizat să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1), dacă administratorul judiciar sau lichidatorul a omis să indice, în raportul său asupra cauzelor insolvenței, persoanele culpabile de starea de insolvență a patrimoniului debitorului persoană juridică ori dacă acesta a omis să formuleze acțiunea prevăzută la alin. (1) și răspunderea persoanelor la care se referă alin. (1) amenință să se prescrie.

²¹ Art.4 alin.(4) În lipsa disponibilităților în contul debitorului, se va utiliza fondul de lichidare, plățile efectuându-se pe baza unui buget previzionat pe o perioadă de cel puțin 3 luni, aprobat de judecătorul-sindic.

²² Stanciu D. Cărpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, *Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței - comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, 2008

REORGANIZARE JUDICIARĂ prin prisma proiectului *Codului insolvenței*

(Partea I)



Av. Vasile Godâncă – Herlea
Membru UNPIR filiala Cluj

“Europe needs a ‘rescue and recovery’ culture for viable business and individuals in financial difficulties” - Viviane Reding -

I. Preliminarii.

Relativ recent exista o preocupare majoră la nivelul Comisiei Europene și a celorlalte organe ale U.E. în ceea ce privește insolvența companiilor. Sunt organizate consultări publice în legătură cu ceea ce se dorește a fi o nouă abordare europeană asupra eșecului în afaceri și a insolvenței – „*A new European approach to business failure and insolvency*”¹. S-a constatat că la nivel european aproximativ jumătate din companiile înființate nu supraviețuiesc primilor 5 ani de existență, ceea ce se traduce în falimentul anual a 200.000 de companii și pierderea a 1,7 milioane locuri de muncă.² Aceste preocupări și consultări vor avea drept rezultat modificarea Regulamentului nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență.

Unul dintre obiectivele de bază ce urmează a fi regăsit în reglementările viitoare, printre altele³, este și cel privitor la crearea condițiilor care să permită sprijinirea proceselor de redresare și recuperare a afacerilor viabile, acordându-se o nouă șansă debitorului onest. Se insistă pe necesitatea accelerării și eficientizării procedurilor în interesul atât al debitorului, cât și al creditorilor, pe necesitatea protecției locurilor de muncă, a protecției interesului furnizorilor de a-și păstra clienții, precum și a interesului acționarilor de a proteja valoarea din cadrul afacerilor viabile. Toate acestea având menirea creării unei culturi a salvagărdării și restructurării companiei în detrimentul falimentului⁴.

La nivel european, prin reglementări moderne în materie de insolvență se înțelege crearea suportului necesar supraviețuirii afacerilor viabile, precum și încurajarea antreprenorilor în asumarea resetării și relansării acestora. Nu mai puțin importante în urmărirea acestei direcții sunt și reglementările care permit accesul la creditare, această permisiune traducându-se în fapt în reguli clare de protecție și siguranță a recuperării sumelor împrumutate.

Legiuitorul român a prefigurat și a anticipat aceste tendințe europene, ca dovadă fiind consacrarea principiilor care conglomerează ideea centrală de priorizare a restructurării, în maniera prevăzută de **Proiectul de lege privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență** (denumit în continuare Codul insolvenței), pentru a evita necesitatea modificării acesteia într-un termen relativ scurt de la intrarea în vigoare și așadar de a evita intervențiile legislative ulterioare.

II. Principalele modificări propuse de Proiectul de lege privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență în materie de reorganizare.

În ceea ce privește noutățile majore survenite în materia procedurii reorganizării, vom face referire la cele ale căror implicații necesită discuții, fie în sensul explicitării mecanismelor de funcționare, fie în sensul formulării unor recomandări pentru o eventuală revizuire a noului Cod al insolvenței până la intrarea acestuia în vigoare, evident de fiecare dată creând o paralelă cu Legea nr. 85/2006.

Deși există, ca și în Legea nr. 85/2006, un capitol expres rezervat reorganizării, modificări importante care influențează propunerea și executarea unui plan se regăsesc încă din capitolele preliminare de principii și definiții, precum și în reglementările privind perioada de observație.

1. Principiile fundamentale ale procedurilor de prevenire a pre-insolvenței și insolvenței.

O serie de principii ale insolvenței au fost decantate în doctrină încă de la formele anterioare ale legislației în domeniu. Cu toate

acestea, nu s-au bucurat de o reglementare expresă așa cum se întâmplă în Codul insolvenței.

a. Acordarea unei șanse de redresare eficientă și efectivă a afacerii față de debitorii onești⁵

Noutatea reprezentată de principiul consacrat de art. 4 alin. pct. 1, derivă inclusiv din schimbarea opticii legiuitorului european cu privire la utilitatea și finalitatea procedurilor de insolvență⁶ – optică deja prezentă în legislația și practica autohtonă⁷ – în sensul de a acorda prioritate reorganizării în defavoarea falimentului. În mod vădit, acest principiu se regăsește în conținutul prevederilor Titlului preliminar al Codului insolvenței și, în continuare, menționăm câteva prevederi din titlurile următoare care întruchiează expresia clară a acestuia:

(1) Art. 132 alin. (2) prevede posibilitatea prelungirii termenului pentru depunerea planului de reorganizare (desigur, pentru motive temeinice). Utilitatea acestuia constă în faptul că ridică din presiunea pusă pe umerii celor cu vocație pentru a depune un plan, presiune datorată termenului limită impus. De asemenea, implică avantajul propunerii unui plan de reorganizare bine gândit și cu grad sporit de eficiență, pentru ipotezele în care timpul este relevant pentru calitatea acestuia, dat fiind gradul de complexitate a afacerii ce se cere a fi regândită și restructurată.

(3) Art. 139 alin. (5) stabilește posibilități largi ale celor cu vocație de a propune un plan de reorganizare, de a propune și vota o *modificarea* a planului. Desigur, toate aceste modificări trebuie să opereze în limitele perioadei de reorganizare.

Cu toate acestea, acest principiu este relativ ușor sabotat de către prevederile art. 75 alin. (6) și (8) care permit creditorilor deținători ai unei garanții în numerar, sau a unei ipotece mobiliare, să ceară distribuirea sumelor obiect al acestora. Această posibilitate este de natură a duce la o decapitalizare prematură a debitorului, dat fiind exercitarea acestui drept *la simpla cerere* a creditorilor, fără a impune expres rigorile și condițiile art. 78 din Codul insolvenței, sau cel puțin a impune o obligație de notificare a debitoarei, pentru ca aceasta să fie în cunoștință de cauză despre reducerea capitalului avut inițial la îndemână (și de ce nu, poate relevant pentru reorganizare).

b. Principiul asigurării accesului la surse de finanțare în perioada de pre-insolvență, observație și reorganizare⁸

Un al doilea principiu generos introdus de art. 4 completează în mod natural principiul menționat la punctul a) din prezenta lucrare. Printre cauzele binecunoscute ale eșuării planurilor de reorganizare, sau chiar de nedepunere a acestora se numără, în principal, lipsa de finanțare a activității debitoarei. Această lipsă se datorează reacției firești de a nu avea apetit pentru a finanța o afacere insolventă, precum și absenței unor mecanisme adecvate de garantare a finanțărilor acordate în perioada de observație și reorganizare (indiferent dacă finanțările vizează finanțări și creditări directe sau acordarea de finanțare prin credit furnizor).

Principiul este tradus în lege prin mecanismul „*super-priorității*”, existent și în Legea 85/2006⁹ și care presupune un mecanism de garantare prioritară a finanțărilor acordate debitoarei în perioada de insolvență, înființând o cauză de preferință care se impune ca rang peste garanțiile reale anterioare deschiderii procedurii. Deși Codul insolvenței reglementează mai reușit față de Legea 85/2006 modul de constituire a acestei priorități, domeniul

de aplicabilitate pare să fie din păcate limitat doar la perioada de observație,¹⁰ contrar intenției inițiale derivate din principiul analizat, așa cum îl regăsim transpus în cadrul art. 87 alin. (4) și art. 159 alin. (1) pct. 2.

c. Principiul tratamentului corect și echitabil acordat creditorilor atât în privința votului la plan, cât și în privința recuperării creanței prin plan¹¹

Regula tratamentului corect și echitabil prin plan nu este nouă, impunându-se și în cadrul Legii 85/2006. Noutatea constă însă în ridicarea acesteia la rang de principiu al procedurii și completarea ei cu necesitatea stabilirii unor criterii clare de vot.

Un mecanism de aplicare a acestui principiu se regăsește complet în dispozițiile art. 139 care menține consacrarea celor 5 categorii de creanțe, însă clarifică modul în care acestea votează în funcție de numărul total de categorii existente. În considerarea aceluiași principiu intervine și cerința unui vot de minim 30% din totalul creanțelor, ca și condiție complementară asupra votului majorității categoriilor de creanțe. Acest aspect important este în măsură a înlătura unele anomalii apărute în practică sub imperiul Legii 85/2006, prin care se ajungea la votarea unui plan cu procente infime raportat la masa credală, camuflat sub condiția criteriului unic al votului majorității acestor categorii.

2. Definiții.

Codul insolvenței aduce o serie de clarificări unor noțiuni controversate în practica actuală și care vor contribui, sperăm noi, la apropierea cu încă un pas de un deziderat major în acest domeniu și anume, uniformizarea practicii judiciare.

a. Controlul¹²

Consacrarea și definirea controlului cu ocazia Codului insolvenței, nu poate fi decât binevenită, dat fiind jurisprudența neunitară care a fost generată de interpretarea art. 100 alin. (5) din Legea nr. 85/2006, care prevede: *creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul, în sensul legislației pieței de capital, pot participa la ședință, dar pot vota cu privire la plan doar în cazul în care acesta le acordă mai puține decât ar primi în cazul falimentului.*

Există așadar discuții cu privire la trimiterea „*în sensul legislației pieței de capital*” pentru stabilirea sensului și definiției **controlului**, și anume dacă se are în vedere doar societățile pe acțiuni care sunt obiect al Legii nr. 297/2004 privind piața de capital – exclusiv societățile pe acțiuni listate pe o piață reglementată, sau se aplică oricărui creditor al debitorului, atât timp cât sunt îndeplinite condițiile cu privire la control.

De asemenea, s-au întâlnit decizii¹³ în practică care au considerat că votul fostului administrator, actualmente administrator special, dar și asociat majoritar în cadrul societății, nu intră sub incidența art. 100 alin. (5). S-a considerat a fi un vot valabil dacă a fost ridicat dreptul de administrare al debitoarei, întrucât persoana în cauză nu mai exercită controlul asupra acesteia.

Un reproș care i s-ar putea aduce reglementării este faptul că prezumția de control creează aparența că se aplică doar în cazul în care cel susceptibil de a deține controlul este o societate, excluzând așadar persoanele fizice.

b. Creditorii indispensabili¹⁴

Definiția *creditorilor indispensabili* aduce două noutăți: denumirea acestei categorii de creditori (în practica judiciară categoria prevăzută de art. 100 alin. (3) din Legea insolvenței, era denumită categoria chirografarilor „speciali”, „esențiali”, „de neînlocuit”, etc.), precum și furnizarea criteriilor clarificatoare cu privire la creditorii care vor putea face parte din această categorie.

Pe de-o parte, legea menține condiția ca în absența acestor furnizori activitatea debitoarei să nu se poată desfășura. Cu toate acestea, nuanțează constructiv condiția imposibilității înlocuirii. În Legea 85/2006 creditorii indispensabili erau cei care pur și simplu „nu pot fi înlocuiți”, reglementarea rezultând în interpretarea uneori absurdă cum că această categorie este imposibil de constituit din moment ce nu există furnizori de neînlocuit¹⁵. Din perspectiva Codul insolvenței, creditorii sunt indispensabili dacă nu pot fi înlocuiți „... în aceleași condiții financiare”. Completarea este esențială întrucât deschide calea aprecierii *in concreto* a caracterului de neînlocuit raportat la activitatea debitoarei și la condițiile de furnizare existente pe piață, astfel încât un furnizor va fi indispensabil atâta vreme cât livrează servicii, materii prime, materiale sau utilități către debitoare în cele mai bune condiții financiare.

De asemenea, definiția trebuie corelată cu prevederile art. 67 alin. (2) din Codul insolvenței care prevede necesitatea depunerii listei creditorilor indispensabili odată cu cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

În ceea ce privește trimiterea la prevederile art. 67 alin. (2), constatăm că Codul insolvenței nu instituie o sancțiune pentru nedepunerea listei la acel moment. Așadar, apelând la dreptul comun – art. 185 alin. (1) Cod Procedură Civilă - nu putem decât susține că nedepunerea acestei liste la momentul depunerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței atrage sancțiunea decăderii. Astfel, debitorul nu mai dispune de posibilitatea creării unei astfel de categorii în vederea votării planului de reorganizare (art. 138 alin. (3)). Nu putem extrapola sancțiunea *respingerii cererii*, prevăzută la art. 67 alin. (2), și pentru nedepunerea acelei liste. Trimiterea s-a făcut doar în ceea ce privește momentul depunerii listei, dar nu și a sancțiunii incidente. În plus, ar fi discordant și complicat să ne imaginăm respingerea unui cereri de deschidere a procedurii insolvenței pentru nedepunerea listei, când acești creditorii indispensabili s-ar putea nici să nu existe.

Trimiterea la art. 67 alin. (2) nu instituie un mecanism prin care și creditorul să poată depune o listă a creditorilor indispensabili. Deși dreptul de a depune un plan este acordat atât creditorilor, cât și administratorului judiciar, posibilitatea de a depune și crea o categorie separată de creanțe aparține *exclusiv debitorului*. Ar trebui create mecanisme ca această listă să poată fi depusă și de către administratorul judiciar, având în vedere că de foarte multe ori votarea unui plan, dar și punerea lui în aplicare, depinde de această categorie separată de creditori indispensabili. Nu vedem de ce ar fi justificat ca un creditor introductiv să fie privat de această posibilitate dat fiind vocația de a depune un plan de reorganizare. Ar avea sens să i se acorde toate drepturile prevăzute în beneficiul debitorului în ceea ce privește planul de reorganizare, și anume posibilitatea să propună și acesta din urmă lista creditorilor indispensabili, categorie care devine relevantă în ceea ce privește votarea planului de reorganizare.

c. Dreptul de supraveghere¹⁶

Dat fiind multele discuții jurisprudențiale cu privire la conținutul dreptului de supraveghere, consacrară acestuia nu putea

fi decât binevenită. După cum se știe, supravegherea se exercită atât în perioada de observație, când dreptul de administrare nu este ridicat, cât și în perioada de reorganizare, când aplicarea planului este atributul administratorului special. Astfel, lipsa unor criterii concrete în funcție de care să fie stabilite cu precizie atribuțiile de supraveghere înregistrează la nivel general o diversitate de practică. De aceea, este imperativă clarificarea atribuțiilor practicienilor în acest domeniu, dat fiind continua dispută între administratorul special al debitoarei, care ar dori limitarea lor cât mai mult și creditorii, care ar dori extinderea lor inclusiv până la preluarea *de facto* a conducerii.

Din altă perspectivă, reglementarea dreptului de supraveghere are relevanță considerabilă pentru stabilirea întinderii răspunderii administratorului judiciar privitor la actele debitorului efectuate pe durata supravegherii - o definire a dreptului de supraveghere fiind de ajutor și din această privință.

Din analiza propunerii de articol reiese că dreptul de supraveghere se concretizează în două tipuri de activități:

Analiza permanentă a activității debitoarei, care se va traduce cel mai probabil în emiterea periodică a unor rapoarte de activitate și financiare, care nu privesc doar activitatea și măsurile administratorului judiciar, ci și activitatea și evoluția debitoarei;

Avizarea măsurilor de gestionare a patrimoniului societății. Se poate observa că dreptul de conducere al debitoarei, prin introducerea acestor avize, s-ar putea considera în oarecare măsură limitat/influențat.

Ca și deficiență a reglementării, se poate observa că legea nu reglementează o procedură de avizare concretă și un termen în care avizul pozitiv sau negativ trebuie acordat. Această lacună ar putea produce unele disfuncționalități în activitatea debitoarei prin întârzierea avizării de către administratorul judiciar. În privința sancțiunii, considerăm că deși aparent nu avem prevăzută o sancțiune pentru lipsa avizului administratorului judiciar, având în vedere art. 84 alin. (1) în coroborare cu art. 87, în această ipoteză actele, operațiunile și plățile efectuate de către debitor ulterior deschiderii procedurii, care depășesc *activitatea curentă* și care nu au fost autorizate de către judecătorul sindic sau avizate de către administratorul judiciar, sunt lovite de nulitate (*nule de drept*).

În altă ordine de idei, necesitatea avizării tuturor activităților debitoarei va antrena o creștere a costurilor de procedură, în condițiile în care atribuțiile practicienilor se majorează substanțial, mai ales raportat la procedurile cu activitate curentă complexă.

În cadrul definiției dreptului de supraveghere ar trebui să facem trimitere și la articolul 56 alin. (1) lit. d)¹⁷, care vine să pună capăt interpretărilor flexibile în ceea ce privește administrarea activității debitorului după confirmarea planului. Dacă *prin sentința de deschidere* a procedurii insolvenței sau ulterior a fost ridicat dreptul de administrare a debitoarei, atunci după confirmarea planului conducerea acesteia se va exercita tot de către administratorul judiciar.

Propunerea se bazează pe rationamentul ca, dacă judecătorul sindic a considerat debitoarea – prin administratorul special - inaptă sau incompetentă managerial de a deține dreptul de administrare, este cât se poate de consecvent a presupune că în intervalul dintre deschiderea procedurii insolvenței și confirmarea planului de reorganizare debitoarea nu a suferit o schimbare de paradigmă în ceea ce privește capacitatea de a-și conduce propria activitate curentă.

d. Testul creditorului privat¹⁸

Consacrarea conceptului de *testul creditorului privat* reprezintă o inovație legislativă extrem de importantă și utilă, în special în ipotezele frecvent întâlnite în practică, anume în cazul creditorilor bugetari, cu referire la problematica semnificației *ajutorului de stat* raportat la *hair-cut*-ul creanțelor acestora. În context, comparația între ce distribuiri primește acest creditor în perioada de pre-insolvență sau reorganizare *versus* faliment vine să asigure un criteriu suficient de explicit pentru natura acestor reduceri de creanțe, în perfectă concordanță cu concluziile Comisiei Europene.¹⁹

Conform jurisprudenței CJUE,²⁰ *testul creditorului privat* se utilizează pentru a stabili condițiile de rambursare a unei creanțe bugetare, ca ulterior să se verifice dacă această rambursare constituie sau nu ajutor de stat.²¹ Testul vine să analizeze dacă Statul, în calitatea sa de creditor privat, urmărește să își maximizeze pe cât posibil șansele de a recupera întreaga sumă care îi este datorată.²² Se consideră așadar că nu sunt îndeplinite condițiile *testului creditorului privat*, și așadar o renunțare a datoriei din partea statului constituie *ajutor de stat* în sensul art. 107 alin. (1) TFUE, dacă un alt creditor privat, în aceleași condiții financiare, nu ar fi acceptat sau nu ar fi făcut această renunțare.²³

Așadar, reținem următoarele: o reducere de creanță a unui creditor bugetar nu va constitui ajutor de stat dacă ce primește prin plan este superior raportat la ce ar primi în faliment. Prin intermediul Codului insolvenței, legiuitorul român n-a făcut decât să consacre concluziile derivate din deja constanta practică a Comisiei Europene²⁴ cu privire la noțiunea de ajutor de stat. Practic, se consideră necesară clarificarea faptului dacă Statul, prin organele sale, a utilizat toate mijloacele pe care le-a avut la dispoziție pentru a obține cea mai ridicată rată de recuperare a creanțelor sale, așa cum ar face un creditor în economia de piață.²⁵ Această chestiune tranșată de către noua reglementare nu face decât să se regăsească în criteriul foarte clar impus de noua definiție – superioritatea gradului de îndestulare prin plan raportat la faliment.

3. Perioada de observație

a. Finanțarea activității curente.

În cadrul acestui subpunct trebuie să avem în vedere atât propunerea din cadrul art. 75 alin. (6) și (9), cât și prevederile art. 87 alin. (4).

Art. 75²⁶ alin. (6) presupune că în măsura în care asupra sumelor de bani existente în conturile debitoarei la data deschiderii procedurii sunt instituite garanții reale, acestea vor trebui distribuite la cererea creditorului în termen de 5 zile. Alin. (9) permite utilizarea acestor sume în vederea continuării activității curente numai cu acordul creditorului titular al garanției.

În maniera în care este prevăzut, aplicarea alin. (6) al articolului citat, riscă să aibă ca și consecință o decapitalizarea prematură a debitorului. Această posibilitate a creditorului, de valorificare la simpla cerere a sumelor vizate, este de natură să îngreuneze o reorganizare eficientă, prin faptul că își aduce contribuția la reducerea disponibilului bănesc al debitoarei, exact în perioada cea mai critică - în perioada de observație.

Așadar, această prevedere intră parțial în conflict cu principiul enunțat la art. 4 pct. 1 din Codul insolvenței, reducând semnificativ șansele de reorganizare a debitorului.

În schimb, art. 87 alin. (4)²⁷ este o noutate în privința posibilităților de finanțare a activității debitoarei și se referă la faptul că finanțările acordate în perioada de observație pentru susținerea activității curente sunt garantate și beneficiază de o cauză de preferință la distribuire, garanție în primul rând asupra bunurilor libere de sarcini, și în subsidiar, asupra bunurilor afectate deja de garanții. Chiar și în acest din urmă caz, rangul de prioritate la restituire al acestor finanțări va fi unul superior garanțiilor anterioare deschiderii procedurii.

Asupra acestui aspect ne vom concentra mai atent în ultima parte a lucrării.

b. Situația furnizorilor de utilități²⁸

În esență, prevederea este binevenită pentru că impune o sancțiune pentru nerespectarea obligațiilor contractuale de furnizare a utilităților, aspect care lipsea în cadrul Legii 85/2006.

Cu toate acestea, prevederea este deficitară din două puncte de vedere: în primul rând, termenul maxim de 10 zile prevăzut pentru lipsa remedierii încălcării obligațiilor sau neexecutarea obligației de reluare a furnizării utilităților este mult prea mare. Există activități la care și doar o simplă întrerupere a furnizării anumitor utilități poate produce consecințe iremediabile și în consecință, pierderi majore. Lipsa acestora pentru un termen de 10 zile poate fi de-a dreptul dezastruoasă (de exemplu, întreruperea curentului electric la un depozit frigorific). S-ar recomanda în acest sens stipularea unui termen de maximum 24 de ore, pentru a se evita astfel de prejudicii perfect previzibile.

De asemenea, exista șanse deloc neglijabile ca sancțiunea amenzii să fie inefficientă, dat fiind că ne putem imagina ipoteze în care datoriile pe care le are debitoarea către furnizorul de servicii să reprezinte sume enorme comparativ cu cuantumul amenzii prevăzute de Codul insolvenței, și așadar, să ne vedem în situații în care acest furnizor de servicii găsește mult mai rentabilă economic acceptarea sancțiunilor decât furnizarea serviciilor. Pentru acest motiv, utilă ar fi reglementarea unei proceduri judiciare prin care judecătorul sindic să fie competent a emite într-o procedură de urgență și fără citare, ordonanțe de obligare la reluarea furnizării serviciilor și a utilităților.

4. Cu referire la Perioada de reorganizare

În ceea ce privește secțiunea Reorganizarea, Codul insolvenței propune mai multe noutăți dintre care vom aminti următoarele:

a. Dreptul creditorilor care propun planul de reorganizare la informare²⁹.

Reglementarea nouă este perfect binevenită eficientizând prevederea din Legea nr. 85/2006 cu privire la propunerea unui plan de reorganizare de către creditorii. Chiar dacă și în vechea reglementare creditorii făceau parte din categoria persoanelor cu vocație de a propune un plan de reorganizare, în practică sunt aproape inexistente cazurile în care aceasta s-a și întâmplat efectiv.

Așadar, în lumina viitorului cod al insolvenței, legiuitorul pune la dispoziția creditorului un *mecanism* clar și eficient pentru ca aceștia să poate propune efectiv planul de reorganizare, și anume – obligă administratorul special sau judiciar, după caz, să pună la dispoziția acestora *toate informațiile existente și necesare pentru redactarea acestuia*.

b. Prelungirea termenului de depunere a planului de reorganizare³⁰

Prevederea are caracter de noutate în ceea ce privește prelungirea termenului de depunere a planului – cu 30 zile – noutate utilă, mai ales că nu reprezintă o prelungire arbitrară, ci una ocazionată de *motive temeinice*. Or, prin motive temeinice putem avea în vedere inclusiv nerespectarea de către administrator a obligației de punere la dispoziția creditorilor a informațiilor necesare ca aceștia să poate redacta planul, și așadar nu ar fi echitabil ca datorită lipsei diligenței administratorului, aceștia din urmă să fie privați de posibilitatea de a propune un plan de reorganizare. În acest sens, o prelungire a acestei perioade este cât se poate de oportună.

De asemenea, această posibilitate este cu adevărat utilă în contextul reorganizării unor afaceri complexe, ridicând presiunea timpului de pe umerii celor cu vocație de a propune un plan de reorganizare și oferindu-le un mecanism pentru a se asigura că depun un plan de reorganizare care să aibă șanse cât mai mari de reușită.

c. Durata planului de reorganizare – trei ani³¹

Codul insolvenței prevede o perioadă de 3 ani pentru executarea planului de reorganizare, perioadă ce începe odată cu confirmarea sa.

O.U.G. nr. 91/2013 s-a dorit a fi mijlocul de introducere a Codului insolvenței în circuitul juridic, mijloc care însă a eșuat prin declararea acesteia neconstituțională prin decizia Curții Constituționale nr. 447/2013³². Această Ordonanță prevedea o durată diferită de executare a planului de reorganizare.

Probabil cea mai controversată inovație adusă de către O.U.G. nr. 91/2013 era prevederea de la art. 133 alin. (3) care institua durata planului de reorganizare ca fiind de **un an**.

Problema generată de această reglementare este faptul că impunea un termen mult prea scurt și așadar insuficient pentru o reorganizare de succes, diminuând premisele favorabile pentru depunerea unui plan de reorganizare de către cei cu vocație în acest sens.

Nu putem să trecem cu vederea faptul că alte legislații în materia insolvenței nu concep un termen atât de scurt pentru o reorganizare realistă. Legiuitorul francez, de exemplu, a prevăzut că durata maximă unui plan de reorganizare (care este stabilită de către judecător) nu poate depăși 10 ani (15 ani dacă debitorul activează în domeniul agricol).³³

În cadrul procedurii de reorganizare din *common-law*-ul american dimpotrivă, nu avem stabilită absolut nici o limită în acest sens,³⁴ unica restrângere indirectă vizând creanțele bugetare negarantate, plata cărora nu poate fi prevăzută pentru o perioadă mai mare de 5 ani de la data stabilirii acestor obligații printr-un titlu executoriu. De asemenea, nici legiuitorul german nu a prevăzut vre o durată limită în context³⁵.

d. Divizarea - o noua modalitate de reorganizare³⁶

Consacrarea expresă a posibilității reorganizării prin *divizare*, nu doar prin fuziune, cum era prevăzut la art. 95 alin. (6) pct. D în vechea reglementare, deschide noi perspective de redresare. În context, practica judiciară de până acum nu a înregistrat ipoteze de reorganizare prin divizare, tocmai pe motivul că nu era clar dacă la art. 95 alin. (6) lit. C), care viza doar transferul de *bunuri* și nu de parte din *patrimoniu* avem o recunoaștere a posibilității de aplicare a divizării. De asemenea, nici art. 95 alin. (6) lit. I) nu a fost invocat

în practică în sensul justificării divizării, cu toate că o divizare, din perspectiva legii societăților comerciale, nu este decât o modificare de act constitutiv. Așadar, s-a creat o falsă aparență că este imposibilă divizarea în cadrul reorganizării, date fiind prevederile din Legea nr. 31/1990, și cele din Legea nr. 85/2006.

Desigur, reglementarea nu este perfectă în sine, din moment ce nu explicitează condițiile în care să opereze divizarea și mai exact, de competență cărui judecător este verificarea legalității și oportunității divizării – exclusiv a judecătorului sindic, sau și a judecătorului delegat?

Mențiunea cu privire la inaplicabilitatea art. 241 indice 1 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, tranșează chestiunea răspunderii solidare. Nu se mai pune problema răspunderii solidare atât timp cât repartizarea elementelor de pasiv se face în totalitate. Așadar, chiar dacă un creditor al societății-mamă nu reușește recuperarea integrală a creanței sale, acesta nu se poate întoarce pentru diferență împotriva societății beneficiare, nici măcar în limita activului net, întrucât legea nu prevede expres solidaritatea în altă ipoteză decât nerepartizarea tuturor elementelor de pasiv. Or, raportându-ne la reglementările de drept comun – art. 1445 Cod Civil – solidaritatea între debitori (cele două societăți avute în vedere) *nu se prezumă, aceasta fie se stipulează expres, fie este prevăzută expres de lege*. Din moment ce în lumina noii reglementări nu avem o mențiune expresă, atât timp cât are loc repartizarea tuturor elementelor de pasiv, aceasta nu operează. Dacă însă nu se repartizează în maniera prevăzută de lege, considerăm că avem în vedere o răspundere solidară, dar care nu este limitată la activul net preluat prin divizare.

e. Distribuirea obligatorie către creditorul garantat a sumelor obținute din vânzarea bunurilor supuse garanției³⁷

Ceea ce prezintă interes în analiza acestei prevederi, este teza a doua a acesteia, care reprezintă o noutate interesantă, dar care ridică anumite probleme. În concret, avem în vedere distribuirea **obligatorie** a sumelor de bani rezultate din vânzarea de bunuri asupra cărora creditorii au anumite cauze de preferință.

Considerăm că interpretarea construcției acestui articol trebuie făcută prin trimitere la art. 75 alin. (9), care prevede că *pentru asigurarea resurselor în vederea continuării activității curente a debitorului în perioada de observație, sumele de bani care fac obiectul garanțiilor menționate la acest articol vor putea fi folosite de către administratorul judiciar cu acordul creditorului titular al garanției*. Or, dacă mergem pe același raționament, dacă o sumă de bani poate fi folosită de către administratorul judiciar *cu acordul creditorului titular al garanției*, în mod evident acest creditor dispune de prerogativa liberă de a folosi această sumă în orice mod, *inclusiv* de a renunța la distribuirea obligatorie a acesteia către el și, așadar, a fi folosită pentru activitatea curentă. În mod evident, aceste două articole vizează garanții diferite, dar ceea ce am dorit să accentuăm este faptul că unui creditor nu îi poate fi impusă o anume distribuire, acesta fiind liber să *renunțe* la ea.

f. Votul asupra planului de reorganizare³⁸

Cea mai de impact noutate legislativă care vine să clarifice unele discuții doctrinare este cea relativă la condițiile de vot ale planului de reorganizare. Dat fiind complexitatea prevederii art. 139, vom supune pe rând analizei fiecare aspect relevant.

(1) În primul rând, avem cu titlu de noutate legislativă introdus un cvorum minim de vot de 30% din masa credală, chestiune care

face evitabilă situația în care planul de reorganizare este votat și cu doar 1% din masa credală, dacă în cadrul acestui procent erau suficiente categorii de creanță care să respecte numărul de voturi pe categorii de creanță.

(2) Avem reglementate expres toate situațiile cu privire la numărul minim și maxim de categorii de creanță, chestiune care pune capăt dezbatărilor doctrinarilor și practicienilor asupra a ce însemna potrivit Legii 85/2006 „*jumătate plus unu din numărul total de categorii de creanță*”,³⁹ considerându-se în unele opinii că în cazul a 5 categorii de creanțe jumătate plus unu din categorii necesare pentru votarea planului nu înseamnă necesitatea votului a trei, ci a patru dintre categorii de creanță (pentru că aritmetic, jumătate din 5 înseamnă 2,5 și prin urmare 2,5 plus 1 nu reprezintă 3).

(3) În ceea ce privește lit. E) a alin. (1) din art. 139, creanțele prevăzute prin plan a se achita în 30 de zile sunt prezumate că au votat planul numai dacă nu au votat în sens contrar. Opinăm că ar trebui menținută reglementarea Legii nr. 85/2006, cu considerarea ca votante a categoriilor a căror creanță este acoperită în termen de 30 de zile. Acești creditori nu pot justifica un interes real în a vota împotriva planului, câtă vreme creanța lor va fi satisfăcută prin plan în 30 de zile, înaintea celorlalți creditori.

(4) Cu referire la alin. (5) al art. 139 precizăm că în comparație cu vechea reglementare, aceasta vizează orice modificare de plan, nu doar prelungirea acestuia. Extrem de importantă este posibilitatea ca indiferent de cine a propus planul, ca să poată iniția modificarea să fie suficient să aibă *vocație de a propune planul*.

g. Eșuarea planului – revenirea la tabelul definitiv⁴⁰

Spre deosebire de actuala lege a insolvenței în care ștergerea datoriilor prin planul confirmat este ireversibilă, în lumina noului cod, eșuarea planului va avea drept consecință „renașterea” datoriilor șterse. Pasivul debitorului în caz de faliment va fi cel din tabelul definitiv existent înainte de confirmarea planului din care vor fi scăzute, bineînțeles, creanțele achitate prin plan.

Schimbarea va avea consecințe în plan contabil și fiscal atât în cazul debitoarei, cât și al creditorilor. Din punctul nostru de vedere aceasta schimbare nu avantajează neapărat în vreun fel creditorii, întrucât în toate cazurile reducerile de creanță se fac prin raportare la situația de faliment. Astfel, o creanță va fi redusă la zero doar în ipoteza în care și în caz de faliment această creanță ar fi avut un grad de recuperare zero.

În acest caz, renașterea creanței creditorului în caz de faliment (când prin ipoteză speranțele lui de recuperare sunt de asemenea, zero) va duce doar la nașterea unor obligații de rectificare a evidențelor contabile care pot influența obligațiile sale fiscale.

h. Reglementarea atât a dreptului creditorului anterior deschiderii procedurii, cât și a celui curent din procedură, de a cere falimentul debitorului⁴¹

Alin. (1) al art. 143 din Codul insolvenței revine și precizează *calitatea procesuală activă a creditorului anterior deschiderii procedurii de a solicita* oricând judecătorului-sindic dispunerea falimentului. În mod evident, această solicitare nu are consecințe automate, judecătorul având posibilitatea să analizeze oportunitatea și gradul de justificare al acestei cereri. Creditorul poate cere deschiderea falimentului în 3 cazuri: (1) debitorul nu se conformează planului, (2) desfășurarea activității sale aduce pierderi, sau (3) acumulează noi datorii către creditorii procedurii. Din moment ce

nu există criteriile precum cuantumul acestor datorii, este evident că i se recunoaște judecătorului un drept de apreciere în context.

Alin. (3) al art. 143 consacră o *calitate procesuală activă a creditorului curent*, stipulând condițiile în care acesta poate la rândul lui cere deschiderea procedurii falimentului – aici deja fiind stipulată o valoare-prag și exigibilitatea creanței de cel puțin 30 de zile, precum și condițiile în care această cerere devine lipsită de obiect: (1) creanța nu este datorată; (2) creanța este achitată; (3) se încheie o convenție de plată cu acest creditor.

De asemenea, cu titlu de inovație este și obligația administratorului judiciar de a sesiza judecătorul sindic cu o cerere de deschidere a procedurii falimentului în cazul în care acesta constată pierderi sau acumulare de datorii. Ne întrebăm în context dacă administratorul judiciar poate avea un drept de apreciere cu privire la sesizarea judecătorului, dacă pierderea sau datoria este nesemnificativă. În plus, această obligație pare să nu subziste dacă vorbim despre o neconformare a debitorului la planul de reorganizare, alta decât acumularea de datorii.

Note

1. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – *A new European Approach to business failure and insolvency*, COM (2012) 742.

2. <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=InsolvencyTwo>

3. Printre obiectivele principale care vor sta la baza propunerilor de modificare a Regulamentului nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență, se numără: promovarea salvării întreprinderilor aflate în dificultate; includerea în aria de acoperire a Regulamentului și a procedurilor pre-insolvență sau de prevenție a insolvenței; adoptarea de reguli pentru evitarea relocării abuzive a COMI, sau așa numitul *forum-shopping*; găsirea de mecanisme eficiente de control și aliniere între procedura principală și cea/cele secundare; reglementarea publicității la nivel național și european a procedurilor de insolvență prin înființarea de registre naționale și a unui registru european privind insolvența; necesitatea reglementării privind insolvența grupului de companii.

4. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-655_en.htm

5. Art. 4, Codul insolvenței:

Prevederile prezentei legi se bazează pe următoarele principii:

1. *Acordarea unei șanse de redresare eficientă și efectivă a afacerii față de debitorii onești, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare.*

6. http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-regulation_en.pdf, relevanță având pct. 1.2, p. 2.

7. În susținerea preeminenței reorganizării asupra falimentului debitorului intervine inclusiv argumentul modului de organizare a Titlurilor și Capitolelor din conținutul Legii nr. 85/2006. Pentru o opinie contrară, în sensul naturii excepționale a procedurii de reorganizare în raport cu procedura falimentului, a se vedea Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 637.

8. Art. 4, Codul insolvenței: *Prevederile prezentei legi se bazează pe următoarele principii: (...) 8. Asigurarea accesului la surse de finanțare în perioada de pre-insolvență, observație și reorganizare, cu asigurarea unui regim adecvat pentru protejarea acestora.*

9. Art. 121 alin. (1) pct. 1 indice 1 din Legea nr. 85/2006.

(1) *Fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipotecă, gajuri sau alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine:*

1. *taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24; 1^1. creanțele creditorilor garantați născute în timpul procedurii de insolvență după confirmarea planului de reorganizare, ca parte*

componentă a acestui plan. Aceste creanțe cuprind capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel;

2. creanțele creditorilor garanți, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile, pentru creanțele născute înainte de deschiderea procedurii.

10. Alte legislații recunosc acest rang superior de prioritate raportat la noile finanțări acordate, inclusiv începând cu perioade de pre-insolvență, nu doar reorganizare, denumindu-l informal „new money”: legislația din Italia (A. Novarese, P. Donati, *Italian Bankruptcy Law: another step forward in restructuring regulation*, în *Banker's Law*, vol. 4, nr. 1, p. 39), legislația din Franța (<http://uk.practicallaw.com/1-501-6905#a83823>), sau legislația din Spania (Loan Market Association LMA News July 2012, p. 22).

11. Art. 4, Codul insolvenței:

Prevederile prezentei legi se bazează pe următoarele principii: (...) 9. Fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament echitabil între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment.

12. Art. 5, Codul insolvenței: 9. Controlul este capacitatea de a determina sau influența în mod dominant, direct sau indirect, politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare. O societate va fi considerată ca deținând controlul atunci când:

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

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

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

13. Curtea de Apel Cluj, decizia civilă nr. 7843/05.10.2012, dosar 6738/1285/2010/a4.

14 Art. 5, Codul insolvenței:

23. Creditorii indispensabili sunt creditorii chirografari care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități, fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți de niciun alt furnizor care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel, în aceleași condiții financiare.

15. Tribunalul Comercial Cluj, sentința comercială nr. 2761/C/2010 din 21 iunie 2010, dosar 563/1285/2009.

16. Art. 5, Codul insolvenței: 65. Supravegherea, în condițiile în care nu s-a ridicat dreptul de administrare al debitorului, consta în analiza permanentă a activității acestuia și avizarea prealabilă a măsurilor care implică patrimoniul debitorului, cat și a celor menite să conducă la restructurarea/reorganizarea acesteia. Supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului se face prin avizul prealabil acordat, cel puțin asupra următoarelor operațiuni:

a. avizarea plăților, atât prin contul bancar cât și prin casierie; aceasta se poate realiza fie prin avizarea fiecărei plăți, fie prin instrucțiuni generale cu privire la efectuarea plăților;

b. avizarea contractelor societății încheiate în perioada de observație;

c. avizarea tuturor operațiunilor juridice în litigiile în care este implicat debitorul, avizarea măsurilor propuse privind recuperarea creanțelor;

d. avizarea operațiunilor contabile care implică diminuarea patrimoniului, precum casări, reevaluări etc.

e. avizarea tranzacțiilor propuse de către debitor;

f. avizarea situațiilor financiare și raportului de activitate atașat acestora;

g. avizarea măsurilor de restructurare propuse de către debitor prin administrator special, cât și a eventualelor decizii de concediere, modificări propuse în cadrul contractului colectiv de muncă;

h. avizarea mandatelor pentru adunările și comitetele creditorilor ale societăților aflate în insolvență la care societatea debitoare deține calitatea de creditor, precum și în adunările generale ale acționarilor la societățile la care debitorul deține participații;

i. în cazul în care se propune înstrăinarea de active imobilizate din patrimoniul societății la care debitorul deține participații sau grevearea de

sarcini ale acestora, este necesară, pe lângă avizul administratorului judiciar, și parcurgerea procedurii prevăzute de art. 87 alin. (2) și (3);

17. Articolul 56 alin. (1) lit. d), Proiectul Codului insolvenței: (1) Administratorul special are următoarele atribuții: (...) d) Administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului, doar în situația în care nu s-a ridicat debitorului dreptul de administrare;

18. Art. 5, Codul insolvenței: 70. Testul creditorului privat reprezintă analiza comparativă a gradului de îndestulare a creanței bugetare prin raportare la un creditor privat diligent, în cadrul unei proceduri de pre-insolvență sau reorganizare, comparativ cu o procedură de faliment. Analiza are la bază un raport de evaluare întocmit de către un evaluator autorizat membru ANEVAR și se raportează inclusiv la durata unei proceduri de faliment comparativ cu programul de plăți propus. Nu constituie ajutor de stat situația în care Testul creditorului privat atestă faptul că distribuțiile pe care le-ar primi creditorul bugetar în cazul unei proceduri de pre-insolvență sau reorganizare sunt superioare celor pe care le-ar primi într-o procedură de faliment.

19. Decizia Comisiei din 7 iunie 2006 privind ajutorul de stat C 25/2005 pus în aplicare de Republica Slovacă în favoarea Frucona Kosice a.s., 2007/254/CE, alin. (74-54) din pct. 2, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 112/14 din 30.04.2007.

20. GC, Cauza T-152/99 Hamsa/Comisia [2002] ECR, II-3049, para. 167; Cauza T-36/99, Lenzing/Comisia [2004] ECR II-3597, paras 137 ff.

21. U. Soltesz, *General Court Tightens Judicial Review when Commission Applies „Private Creditor Test”*, în *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, nr. 6, 2011, p. 557.

22. Idem.

23. Ibidem.

24. Decizia Comisiei din 26 septembrie 2006 privind ajutorul de stat C 42/2005 pusă în aplicare de Republica Slovacă pentru Konas s.r.o., 2007/204/CE, alin. (49-70) din pct. 2, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 91/42 din 31.03.2007.

25. Idem.

26. Articolul 75 Codul insolvenței: (6) Sumele de bani existente în contul debitorului la data deschiderii procedurii și asupra cărora este constituită o ipotecă mobilă, precum și garanțiile în numerar (cash colateral), vor fi distribuite la simpla cerere a creditorului, de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar creditorului titular al ipotecii mobiliare, pentru acoperirea creanțelor exigibile ale acestuia, în termen de 5 zile de la cererea creditorului. În cazul sumelor aferente unui cont escrow, în caz de opoziție, acestea vor fi transferate în contul prevăzut la art. 39 după verificarea, de către judecătorul sindic, a îndeplinirii condițiilor de fond ale contractului. (9) Pentru asigurarea resurselor în vederea continuării activității curente a debitorului în perioada de observație, sumele de bani care fac obiectul garanțiilor menționate la acest articol vor putea fi folosite de către administratorul judiciar cu acordul creditorului titular al garanției. Prevederile art. 87 alin. (3) devin în acest caz aplicabile.

27. Articolul 87 alin. (4), Codul insolvenței: (4) Finanțările acordate debitorului în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, cu acordul comitetului creditorilor, exprimat în condițiile alineatului (2), beneficiază de prioritate la restituire în conformitate cu art. 159 alin. (1) pct. 2. Aceste finanțări se vor garanta, în principal, prin afectarea unor bunuri sau drepturi care nu formează obiectul unor cauze de preferință, iar în subsidiar, dacă nu există astfel de bunuri sau drepturi disponibile, cu acordul creditorilor beneficiari ai respectivelor cauze de preferință. În ipoteza în care acordul acestor creditori nu va fi obținut, prioritatea la restituire instituită de acest alineat va diminua regimul de îndestulare al creditorilor beneficiari ai cauzelor de preferință, proporțional, prin raportare la întreaga valoare a bunurilor sau drepturilor care formează obiectul acestor cauze de preferință.

28. Articolul 77 alin. (2), Codul insolvenței: (2) Nerespectarea obligațiilor contractuale de furnizare a utilităților; în caz de menținere a contractului în condițiile prezentei legi, atrage răspunderea pentru acoperirea prejudiciilor aduse averii debitorului și aplicarea unei amenzi judiciare de 10.000-30.000 lei pentru fiecare încălcare a obligațiilor. Lipsa remedierii încălcării obligațiilor sau neexecutarea obligației de reluare a furnizării utilităților în termen de maxim 10 zile calendaristice de la

notificarea primită de la administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar constituie în sine o nouă încălcare și se va sancționa cu o nouă amendă.

29. Articolul 132 alin. (1) lit. c), Codul insolvenței: *Următoarele categorii de persoane vor putea propune un plan de reorganizare: (...) c) unul sau mai mulți creditori, deținând împreună cel puțin 20 % din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; administratorul judiciar este obligat să pună la dispoziția acestor informațiile existente și necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, în măsura în care acesta din urmă le deține, dacă dreptul de administrare i-a fost ridicat debitorului, au obligația ca, în termen de maxim 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziția creditorului actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a, b și e, actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanțe. De asemenea, se va pune la dispoziția creditorului și lista tuturor creanțelor născute în timpul procedurii, precum și orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare.*

30. Articolul 132 alin. (2), Codul insolvenței: (2) *La cererea oricărei părți interesate, sau a administratorului judiciar, judecătorul sindic poate prelungi cu maxim 30 de zile, pentru motive temeinice, termenele de depunere a planului prevăzute la alin. (1).*

31. Articolul 133 alin. (3), Codul insolvenței: *Executarea planului de reorganizare nu va putea depăși un an, socotit de la data confirmării. Termenele de plată stabilite prin contracte - inclusiv de credit sau de leasing - pot fi menținute prin plan, chiar dacă depășesc perioada de un an. Aceste termene pot fi și prelungite, cu acordul expres al creditorilor, dacă inițial erau mai scurte de un an. După realizarea tuturor obligațiilor din plan și închiderea procedurii de reorganizare, aceste plăți vor continua conform contractelor din care rezultă.*

32. Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 674 din data de 1 noiembrie 2013

33. A se vedea

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte>

34. <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1129> și

http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/507#a_8

35. http://www.insol-europe.org/%2Fdownload%2Ffile_%

35. Articolul 133 alin. (5) lit. D), Codul insolvenței: (5) *Planul va specifica măsurile adecvate pentru punerea sa în aplicare, cum ar fi: (...) D. - fuziunea sau divizarea debitorului, în condițiile legii, inclusiv cu respectarea obligațiilor de notificare a operațiunilor de concentrare, potrivit legislației în domeniul concurenței. În cazul divizării, dispozițiile art. 241¹ alin. (3) din Legea societăților nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu se aplică;*

37. Articolul 133 alin. (5) lit. F), Codul insolvenței: (5) *Planul va specifica măsurile adecvate pentru punerea sa în aplicare, cum ar fi: (...) F. lichidarea parțială sau totală a activului debitorului în vederea executării planului. Sumele de bani obținute după vânzarea unor bunuri asupra cărora poartă cauze de preferință, conform Codului civil, vor fi distribuite, obligatoriu, creditorilor titulari ai acelor cauze de preferință, cu respectarea art. 159 alin. (1) și (2);*

38. Articolul 139, Codul insolvenței:

(1) *Judecătorul sindic va stabili termenul pentru confirmarea planului în termen de 15 zile de la depunerea la tribunal de către administratorul judiciar a procesului-verbal al adunării creditorilor prin care acesta a fost aprobat. Judecătorul sindic poate să ceară unui specialist să își exprime o opinie privind posibilitatea de realizare a planului, înainte de confirmarea lui. Planul va fi confirmat dacă vor fi îndeplinite cumulativ următoarele condiții:*

A. *În cazul în care sunt cinci categorii, planul se consideră acceptat dacă cel puțin trei dintre categoriile de creanțe menționate în programul de plăți, dintre cele menționate la art. 138 alin. (3) acceptă planul cu condiția ca minimum una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 50% din totalul valoric al masei credale să accepte planul;*

B. *În cazul în care sunt trei categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care cel puțin două categorii votează planul, cu condiția ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 50% din totalul valoric al masei credale să accepte planul;*

C. *În cazul în care sunt două sau patru categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care este votat de cel puțin jumătate din numărul de*

categorii, cu condiția ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 50% din totalul valoric al masei credale să accepte planul;

D. *Fiecare categorie defavorizată de creanțe care a respins planul va fi supusă unui tratament corect și echitabil prin plan;*

E. *Cu excepția cazului în care votează în mod contrar, vor fi considerate creanțe nedefavorizate și vor fi considerate că au acceptat planul creanțele ce se vor achita integral în termen de 30 de zile de la confirmarea planului ori în conformitate cu contractele de credit sau de leasing din care rezultă;*

F. *Planul respectă, din punct de vedere al legalității și viabilității, prevederile art. 133.*

(2) *Tratament corect și echitabil există atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:*

a) *nicuna dintre categoriile care resping planul și nicio creanță care respinge planul nu primesc mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului;*

b) *nicio categorie sau nicio creanță aparținând unei categorii nu primește mai mult decât valoarea totală a creanței sale;*

c) *în cazul în care o categorie defavorizată respinge planul, nici o categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante, astfel cum rezultă din ierarhia prevăzută la art. 138 alin. (3), nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului.*

(3) *Doar un singur plan de reorganizare va fi confirmat.*

(4) *Confirmarea unui plan de reorganizare împiedică confirmarea oricărui alt plan.*

(5) *Modificarea planului de reorganizare, inclusiv prelungirea acestuia cu o perioadă de până la 12 luni se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși o durată totală maximă a derulării planului de 2 ani, calculați de la confirmarea inițială. Modificarea poate fi propusă de către oricare dintre cei care au vocația de a propune un plan, indiferent dacă au propus sau nu planul. Votarea modificării de către adunarea creditorilor se va face cu creanțele rămase în sold, la data votului, în aceleași condiții ca și la votarea planului de reorganizare. Modificarea planului va trebui să fie confirmată de judecătorul sindic.*

39. Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, decizia civilă nr. 580/2013.

40. Articolul 140 alin. (1) și alin. (2), Codul insolvenței:

(1) *Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător; creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan. În cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului prevăzut la art. 112 alin. (1) la prezenta lege, scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare.*

(2) *Dacă după confirmarea planului de reorganizare se vor recupera sume suplimentare din acțiuni introduse în temeiul art. 117, acestea se vor distribui în modul prevăzut de art. 163.*

41. Articolul 143 alin. (1) și alin. (3), Codul insolvenței:

(1) *Dacă debitorul nu se conformează planului sau desfășurarea activității sale aduce pierderi sau se acumulează noi datorii către creditorii din cadrul procedurii, oricare dintre creditorii sau administratorul judiciar pot solicita oricând judecătorului sindic să dispună intrarea în faliment a debitorului. Dacă pierderile sau acumularea de noi datorii sunt constatate de administratorul judiciar, acesta este obligat să sesizeze judecătorul sindic cu o cerere de deschidere a procedurii de faliment. Cererea se va judeca de urgență și cu precădere. (...)*

(3) *Titularul unei creanțe curente (născute în perioada planului de reorganizare sau în perioada de observație), lichide, având o exigibilitate mai mare de 30 de zile și o valoare peste valoarea-prag, poate solicita, oricând în timpul planului de reorganizare sau după îndeplinirea obligațiilor de plată asumate în plan, trecerea la faliment. Cererea sa va fi respinsă de către judecătorul sindic în situația în care creanța nu este datorată, este achitată, sau debitoarea încheie o convenție de plată cu acest creditor.*

– Continuarea în numărul viitor –