

Phoenix, revista de insolvență

Nr. 19, ianuarie-martie 2007

sumar

	pag.
□ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
□ INTEGRARE EUROPEANĂ	
TRATATUL DE ADERARE A ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ	4
□ RUBRICA ANALISTULUI	
REGIMUL FISCAL AL COMERCIANȚILOR AFLAȚI ÎN LICHIDARE VOLUNTARĂ SAU JUDICIARĂ (I)	9
□ RUBRICA MAGISTRATULUI	
PROCEDURA COLECTIVĂ – PARADOXURI ȘI CAPCANE ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI	18
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
EVALUAREA GARANȚIILOR REALE ÎN INSOLVENȚĂ	25
□ OPINIA SPECIALISTULUI	
REFORMA DREPTULUI SOCIETAR ROMÂNESC (I)	28

Editor
Mihai Dimonie

Redactor șef
Nicolae Șarambei

Consultant științific
prof. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)

Secretar general
Alexandru Frumosu

Secretariat de redacție
Adina Apostol
Adrian Ciochirdel

Tehnoredactare computerizată
Anca Vergulescu

Editare și imprimare
Redacția Publicațiilor pentru Străinătate

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

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

ISSN: 1583-2368

Cuvântul președintelui

Stimați colegi,

La sfârșitul anului 2006, așa după cum vă este cunoscut, a avut loc Congresul extraordinar al Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România (UNPIR), convocat pentru a aproba noul Regulament de organizare și funcționare a Uniunii adaptat la prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență.

Prin votul unanim al participanților la Congresul extraordinar, acesta a primit numărul 8, ca expresie a continuității Uniunii noastre înființată la 27 noiembrie 1999.

Printre multiplele noutăți aduse de prevederile ordonanței menționate trebuie să subliniem faptul că UNPIR beneficiază în prezent de competență de autoreglementare (art.46) putând emite regulamente privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență, codul de etică al profesiei și procedura disciplinară, ce se aprobă de către congres, ne mai fiind necesar a se supune aprobării prin ordin al ministrului justiției, ca până acum.

Astfel, Regulamentul de organizare și funcționare a UNPIR, aprobat de congres în ziua de 15 decembrie 2006, a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr.78 din 01.02.2007.

Nu doresc să fac un rezumat al Regulamentului și al celorlalte documente adoptate de congres, care vor trebui cunoscute în detaliu de către fiecare membru al Uniunii și care pot fi accesate pe site-ul www.unpir.ro.

Mă voi opri pe scurt la modificările majore aduse de noile reglementări potrivit cărora un practician în insolvență nu își poate exercita profesia ca persoană fizică independentă decât într-o singură formă de organizare a profesiei și de asemenea, o persoană fizică nu poate avea calitatea de asociat decât într-o singură societate civilă profesională, cu sau fără personalitate juridică.

Astfel, practicienii în insolvență vor putea opta pentru una dintre următoarele forme de exercitare a profesiei – și numai pentru una singură: cabinet individual, inclusiv asociere de cabinete individuale; societate civilă profesională de practicieni în insolvență, fără personalitate juridică (SPPI); societate civilă profesională cu personalitate juridică și răspundere limitată (SPRL) și în mod excepțional o întreprindere profesională unipersonală cu răspundere limitată (IPURL).

Potrivit ordonanței fostele societăți comerciale de practicieni în reorganizare și lichidare își puteau continua activitatea ca societăți civile profesionale de practicieni în insolvență cu condiția înregistrării, până la 31.12.2006, în Registrul societăților profesionale.

Publicarea ordonanței la sfârșitul lunii noiembrie 2006 a determinat unele dificultăți în realizarea acțiunii de transformare a societăților comerciale profesionale în societăți civile profesionale.

Contactele avute de conducerea Uniunii cu conducerea Oficiului Național al Registrului Comerțului, precum și participarea la congres a unei reprezentante a conducerii ONRC, au fost de natură să faciliteze o procedură operativă de transformare a societăților – aplicabilă până la data menționată – potrivit căreia cererile de mențiuni depuse la oficiile Registrului Comerțului au fost supuse aprobării judecătorului delegat pentru radierea din registru fără publicitatea în Monitorul Oficial și fără transmiterea încheierii de radiere la Administrația Finanțelor Publice, fiind vorba în fapt de radierea dintr-un registru (registru comerțului) și înscrierea în alt registru (Registrul UNPIR al societăților civile profesionale).

Urmare acestei acțiuni au fost înregistrate 280 de societăți civile profesionale rezultate din transformarea fostelor societăți comerciale profesionale. Acțiunea a reușit, încadrându-se și în termenul legal, datorită contribuției majorității conducerilor filialelor, precum și a activității susținute a Secretariatului general al Uniunii.

Țin să mulțumesc și pe această cale celor care au contribuit la realizarea formalităților de înregistrare a societăților civile profesionale de insolvență.

Consider că numărul acestora va continua să crească, având în vedere că numai în luna ianuarie a.c. au fost înregistrate încă 17 societăți noi.

Finalizarea înregistrării cabinetelor individuale va permite cât de curând definitivarea și publicarea Tabloului de evidență al Uniunii, care va asigura o prezentare exactă a practicienilor în insolvență care vor profesa efectiv în cadrul cabinetelor individuale și a societăților civile profesionale.

În perioada imediat următoare așteptăm discutarea ordonanței în comisiile parlamentare, precum și aprobarea acesteia de către Parlamentul României.

În numerele viitoare ale revistei vom putea aborda, împreună, și alte aspecte ale caracterului novator al OuG nr.86/2006.

Consider că nu ar fi lipsit de interes un comentariu mai amplu cu privire la incompatibilitatea determinată de activitatea salarizată, precum și referitor la excepțiile prevăzute de lege.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Tratatul de aderare a României la Uniunea Europeană

– privire specială asupra libertăților de circulație a mărfurilor și a persoanelor –

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

Una dintre consecințele cu efecte directe, pe termen scurt, mediu și lung, generate de recenta aderare a României la UE, este punerea în valoare a libertăților de circulație. Mai exact, este vorba despre corecta cunoaștere, înțelegere și aplicare a principiilor și a normelor care guvernează mărfurile, persoanele, serviciile, capitalurile și plățile aflate în liberă circulație de la 1 ianuarie 2007, inclusiv pe teritoriul țării noastre, dar și însușirea, respectiv angrenarea într-o serie de mecanisme, deloc simple, care pot determina activarea unor excepții, limitări, restricții de la libertățile în cauză. Tocmai de aceea, accentul, deopotrivă în materie de libertăți, trebuie să cadă pe normă, regulă, cunoaștere, înțelegere și, mai ales, pe respectare, aplicare. De ce? Pentru că, și în spațiul european, libertatea este privită ca reprezentând ceea ce filosofii numesc „necesitatea înțeleasă”, nu haosul, nu întâmplarea, nu dezordinea. Libertatea este a tuturor, nu numai a unora, în condiții de egale șanse, dar și de implicare în valorificarea, prin asimilarea unui volum mare de informații, într-un timp, de ce să nu recunoaștem, relativ scurt și, nu în ultimul rând, în condiții de competență, profesionalism și concurență, condiții specifice unei economii de piață în care, deja, ne găsim.

Cel mai important demers al momentului (etapei) actual(e) pentru teoreticienii și practicienii domeniului (juriști, economiști, ingineri, filologi și nu numai) este acela al parcurgerii cu atenție, dar, mai ales, al înțelegerii, asimilării și aplicării instrumentului juridic care face legătura directă dintre România și UE, adică a Tratatului de aderare¹.

Două ar fi problemele principale pe care le vom dezvolta în continuare. Prima problemă se referă la Tratatul de aderare, în sine, ca izvor principal (primar) de drept comunitar² și ca izvor de drept intern (din punctul de vedere al accepțiunii date de Constituția revizuită a României, în anul 2003). Cea de-a doua problemă vizează libertățile de circulație, așa cum sunt ele reglementate prin Tratatul de aderare a României la UE, cu privire specială asupra mărfurilor și persoanelor.

1. Tratatul de aderare a României la UE³.

A. Scurtă prezentare⁴

Etapele semnării Tratatului de aderare a țării noastre la UE, s-a derulat la data de 25 aprilie 2005, după ce, la data 13 aprilie, același an, Parlamentul European a dat avizul conform Tratatului. Acesta a intrat în vigoare la 1 ianuarie 2007⁵.

Reține atenția faptul că, Tratatul de aderare este comun celor două state (României și Bulgariei), deoarece reglementează aderarea lor, împreună, dar nu condiționat, la UE. Este, dacă analizăm atent, un Tratat similar Tratatului de aderare a celor 10 state din Europa Centrală și de Est, de la 1 mai 2004. Particularitatea Tratatului de aderare a României și Bulgariei se regăsește în faptul că, la etapa elaborării⁶, trebuia să se țină cont de posibilitatea ca, la data aderării, Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa să fie în vigoare, în sensul că intrarea în vigoare a acestuia din urmă condiționează aderarea țării noastre la o entitate (UE) sau alta (Comunitățile Europene). Dacă Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa ar fi fost în vigoare, la data aderării, România urma să adere la Uniunea Europeană⁷; potrivit art. 2 (1) din Tratat, „În cazul în care Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa nu este în vigoare la data aderării, Republica Bulgaria și România devin părți la tratatele pe care se întemeiază Uniunea, astfel cum sunt acestea modificate sau completate”, cu alte cuvinte România s-a adăugat celor 25 de state membre ale Comunităților Europene, așa cum s-a întâmplat cu toate statele care au aderat din 1973 și până în prezent. Acest aspect a condus la realizarea unui Tratat cu o structură originală, nemai întâlnită până acum în cazul altor Tratat de aderare. Astfel, Tratatul cuprinde 3 elemente de structură, și anume:

- Părțile principale: Tratatul de aderare propriu-zis și *Actul*, respectiv, *Protocolul de aderare*;

- Anexele și
- Declarațiile.

Originalitatea, particularitatea Tratatului nostru de aderare constă în existența unui Act de aderare și a unui Protocol de aderare. În funcție de intrarea în vigoare a Tratatului de instituire a unei Constituții pentru Europa, Actul și Protocolul intră în vigoare alternativ. În cazul în care Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa intra în vigoare anterior aderării României și Bulgariei, Protocolul de aderare urma să producă efecte de la 1 ianuarie 2007. Dar cum Tratatul constituțional nu era în vigoare la această dată, *Actul de aderare este cel care se aplică în prezent*, iar odată cu intrarea în vigoare a Tratatului Constituțional, Actul de aderare va fi abrogat și Protocolul va începe să producă efecte juridice⁸.

*Tratatul de aderare propriu-zis*⁴ conține 6 articole și consacră aderarea României și a Bulgariei la Uniunea Europeană, precum și faptul că prin aderare cele două state devin parte la Tratatul de instituire a Constituției pentru Europa, în condițiile reglementate prin Protocolul anexat la acest Tratat. Totodată, Tratatul conține și o clauză privind intrarea în vigoare alternativă a Actului de aderare și a Protocolului de aderare⁹.

Protocolul, respectiv, *Actul de aderare* au un conținut asemănător, astfel încât, în continuare, ne vom referi, în paralel, la ambele. Cele două instrumente juridice au o structură identică, și anume⁴:

- **Partea întâi: Principii.** Această primă parte conține definiții și dispoziții privind caracterul obligatoriu pentru România și Bulgaria al tratatelor fundamentale și al actelor adoptate de instituțiile comunitare și de Banca Centrală Europeană anterior aderării celor două state la UE.

- **Partea a doua: Adaptări ale Constituției**¹⁰/Tratatelor. În cadrul acestei părți sunt dezvoltate aspecte referitoare la participarea României și Bulgariei la instituțiile UE. Astfel, România va fi reprezentată, în perioada 2007-2009, în Parlamentul European de un număr de 35 parlamentari, va avea 14 voturi în Consiliul UE, un judecător la Curtea de Justiție a Uniunii, un judecător la Tribunalul de Primă Instanță, 15 membri în Consiliul Economic și Social și tot atâția în Comitetul Regiunilor, la care se adaugă dreptul de a numi membri în Comitetul Director al Băncii Europene de Investiții, precum și în Comitetul științific și Tehnic. De asemenea, limbile română și bulgară devin limbi oficiale¹¹ ale UE.

- **Partea a treia: Dispoziții permanente.** Reglementează acceptarea măsurilor permanente negociate, precum și mecanismul efectuării adaptărilor tehnice la acquis-ul adoptat până la 1 octombrie 2004 în vederea aplicării acestuia României și Bulgariei.

- **Partea a patra: Dispoziții temporare.** Conține măsurile tranzitorii instituționale și financiare convenite în cadrul negocierilor și clauzele de salvagardare. Astfel, România va avea 35¹² de locuri în Parlamentul European în perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2007 – data aderării efective la UE și data la care se vor desfășura noi alegeri pentru Parlamentul European¹³. Potrivit art. 21 (2) România are obligația de a organiza alegeri pentru Parlamentul European nu mai târziu de 31 decembrie 2007¹⁴.

Privitor la dispozițiile financiare – România va contribui cu 42,3 milioane Euro la capitalul subscris al Băncii Europene de Investiții, cu 29,8 milioane Euro la Fondul de Cercetare pentru Cărbune și Oțel și va primi din partea UE unele alocări financiare pentru acțiuni structurale și facilitarea Sistemului Schengen în vederea implementării acquis-ului Schengen. Suma totală alocată României de către UE pentru acțiuni structurale în perioada 2007-2009 va fi de 1399 milioane euro în 2007, 1972 milioane euro în 2008 și 2603 milioane euro în 2009, iar pentru facilitarea Sistemului Schengen sumele sunt de 297,2 milioane euro în 2007, 131,8 milioane euro în 2008 și 130,8 milioane euro în 2009¹⁵. Acestea sunt

prevederi ale Actului de aderare. Ulterior, au fost completate.

Clauzele generale de salvagardare sunt incluse în Tratatul în mod similar celor stabilite pentru cele 10 state care au aderat la 1 mai 2004, și anume:

- Clauza de salvagardare generală¹⁶. Potrivit acesteia, dacă, până la sfârșitul a trei ani de la aderare, vor apărea dificultăți grave și persistente într-un anumit sector economic sau care ar putea deteriora situația economică într-un anumit domeniu, România sau Bulgaria pot solicita Comisiei autorizația de a lua măsuri de protecție pentru a ameliora situația creată și a ajusta respectivul sector economic al Pieței Comune. În aceleași circumstanțe, orice stat membru actual poate solicita autorizația de a lua măsuri protecționiste cu privire la unul sau ambele noi state membre.

- Clauza de salvagardare privind Piața Internă. La art. 37 se prevede faptul că, dacă în primii trei ani de la aderare, România și Bulgaria nu își îndeplinesc angajamentele asumate în cadrul negocierilor periclitând astfel funcționarea Pieței Interne, Comisia Europeană, din proprie inițiativă sau la solicitarea unui stat membru, poate să ia măsurile necesare pentru remedierea acestei situații¹⁷.

- Clauza de salvagardare în domeniul justiției și al afacerilor interne. În conformitate cu dispozițiile art. 38, dacă în România și Bulgaria există întârzieri cu privire la transpunerea sau implementarea prevederilor comunitare referitoare la recunoașterea mutuală în domeniul civil și penal, Comisia, din proprie inițiativă sau la solicitarea unui stat membru, poate, până la sfârșitul a trei ani de la intrarea în vigoare a Tratatului, să ia măsurile necesare și să specifice condițiile de aplicare a acestora. Aceste măsuri trebuie să fie justificate și menținute nu mai mult decât este strict necesar pentru remedierea situației.

Se adaugă acestor trei clauze de salvagardare, în Tratatul de aderare a României și Bulgariei la UE și două clauze specifice celor două state, și anume:

- Clauza de amânare a aderării (în prezent a rămas fără efecte, fiind golită de conținut juridic). Spre deosebire de Tratatul celor zece state care au aderat în anul 2004, Tratatul de aderare a României și Bulgariei conține, la art. 39, o dispoziție potrivit căreia Consiliul, prin vot în unanimitate, la recomandarea Comisiei, putea lua decizia de a amâna data aderării cu un an, până la 1 ianuarie 2008, dacă în urma monitorizării Comisiei se constata că stadiul pregătirii și implementării acquis-ului de către cele două state demonstrează pregătirea insuficientă a acestora pentru a deveni membre ale Uniunii.

- În plus, cu privire la România, Consiliul ar fi putut decide, prin vot cu majoritate calificată, amânarea aderării cu un an, până la 1 ianuarie 2008, dacă se constata o pregătire insuficientă în domeniul justiției și afacerilor interne și în cel al concurenței¹⁸.

- Partea a cincea: Dispoziții privind punerea în aplicare a protocolului/actului⁴. Conține prevederi referitoare la adaptările instituționale care sunt necesare în urma aderării României și Bulgariei (necesitatea adaptării de către instituțiile comunitare a regulilor de procedură)¹⁹, modalitățile de aplicare a actelor instituțiilor comunitare față de Bulgaria și România (obligația României și Bulgariei de a adopta toate măsurile necesare pentru a se conforma, de la data aderării, directivelor și deciziilor adoptate de instituții și comunicate statelor membre. Aceste măsuri includ și obligația de a opera modificările legislative interne necesare)²⁰ și prevederile finale (transmiterea României și Bulgariei a unei copii certificate din unele instrumente juridice: Tratatul de instituire a Comunității Europene și Tratatul Uniunii Europene, precum și tratatele internaționale deținute în arhivele Secretariatului General al Consiliului)²¹.

Declarații⁴ politice (care nu produc efecte juridice) sunt anexate la Tratatul de aderare, după cum urmează:

- Declarațiile comune ale actualelor state membre (Declarația comună privind libera circulație a lucrătorilor: Bulgaria; Declarația comună privind leguminoasele pentru boabe: Bulgaria; Declarația comună privind libera circulație a lucrătorilor: România; Declarația comună privind dezvoltarea rurală: Bulgaria și România).

- Declarația comună a actualelor state membre și a Comisiei (Declarația comună privind pregătirea Bulgariei și a României pentru aderare). Prin această declarație se afirmă faptul că UE va continua monitorizarea strictă a aplicării angajamentelor convenite pe timpul negocierilor, acordând o atenție deosebită asupra domeniilor justiției și afacerilor interne, concurenței și mediului. Declarația cuprinde aceleași elemente exprimate în Concluziile Consiliului European din 17 decembrie 2004.

- Declarația comună formulată de diferite state membre actuale (Declarația comună a Republicii Federale Germania și a Republicii Austria privind libera circulație a lucrătorilor: Bulgaria și România);

- Declarația Republicii Bulgaria privind alfabetul chirilic - Prin recunoașterea limbii bulgare ca limbă autentică a tratatelor, precum și ca limbă oficială și de lucru a instituțiilor Uniunii Europene, alfabetul chirilic va deveni unul dintre cele trei alfabetice oficiale utilizate în Uniunea Europeană.

Anexele, în număr de 9, cuprind măsurile convenite în cadrul negocierilor - măsuri permanente și măsuri temporare. Astfel, regăsim:

- Anexa nr. I: Lista convențiilor și protoalelor la care Bulgaria și România devin părți la data aderării [menționată la articolul 3 alineatul (3) din actul de aderare];

- Anexa nr. II: Lista dispozițiilor acquis-ului Schengen, astfel cum este integrat în cadrul Uniunii Europene, precum și actele adoptate în temeiul acestuia sau conexe acestuia, care urmează să devină obligatorii și aplicabile pe teritoriul noilor state membre de la data aderării [menționată la articolul 4 alineatul (1) din actul de aderare];

- Anexa nr. III: Lista menționată la articolul 19 din actul de aderare: adaptări ale actelor adoptate de instituții;

- Anexa nr. IV: Lista menționată la articolul 20 din actul de aderare: adaptări suplimentare ale actelor adoptate de instituții;

- Anexa nr. V: Lista menționată la articolul 21 din actul de aderare: alte dispoziții permanente;

- Anexa nr. VI: Lista menționată la articolul 23 din actul de aderare: măsuri tranzitorii privind Bulgaria;

- Anexa nr. VII: Lista menționată la articolul 23 din actul de aderare: măsuri tranzitorii privind România;

- Anexa nr. VIII: Dezvoltarea rurală (menționată la articolul 34 din actul de aderare);

- Anexa nr. IX: Angajamente speciale asumate și cerințe acceptate de către România la încheierea negocierilor de aderare la 14 decembrie 2004 (menționată la articolul 39 din actul de aderare).

B. Forța juridică a Tratatului de aderare în ordinea juridică internă

Pentru a înțelege forța juridică a Tratatului de aderare a României la UE și locul dobândit în ansamblul ordinii juridice interne, nu trebuie să facem altceva decât să parcurgem legea fundamentală a țării noastre, și anume Constituția revizuită în anul 2003, mai precis Titlul VI („Integrarea euroatlantică”), art. 148 („Integrarea în Uniunea Europeană”). Conținutul sediului materiei de mai sus, în cele 5 alineeate, face trimitere la faptul că „*aderarea României (se face n.n.) la tratatele constitutive ale UE (nu la UE n.n.), în scopul transferării unor atribuții către instituțiile comunitare (ale UE n.n.), precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate se face prin lege*” (s.n.)²³.

Din punctul de vedere al raporturilor stabilite între tratatele constitutive ale UE, ca izvoare primare și celelalte reglementări comunitare (izvoarele derivate, și nu numai) având caracter obligatoriu și legislația internă a țării noastre, alin. (2) al art. 148 face vorbire despre faptul că „*...urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale UE (...) și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare*” (s.n.). Aici poate fi vorba despre perioadele, termenle de tranziție stabilite prin Actul de aderare, perioade pe care le vom analiza, inclusiv din perspectiva libertăților de circulație la care ne vom referi în cea de-a doua parte a articolului.

Mai mult, „*Prevederile alineatelor (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene*” precizează alin. 3 al art. 148 (adică tratatele modificatoare, ca izvoare primare, așa cum sunt numite în doctrina de specialitate).

Referitor la responsabilități, Constituția nu lasă loc de echivoc, precizând cu claritate faptul că „*Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează²⁴ aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alineatului (2)*”²⁵. Ca metodologie, concret urmată, ca tehnică legislativă, la art. 148 (5) se specifică: „*Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituțiilor Uniunii Europene*”.

„Conținutul aderării presupune transferul unor atribute, cum ar fi pentru Curtea de Justiție a Comunităților Europene, pentru Parlamentul European etc., cât și exercitarea în comun a unor competențe cu statele componente (membre - n.n.) ceea ce nu afectează suveranitatea țării. (...) Aceasta presupune prioritatea dreptului comunitar și o cât mai strânsă colaborare a autorităților politice principale ale statului, (...) pentru valorificarea, la maxim, a avantajelor aderării și apărarea intereselor naționale în procesul european de apropiere, cât mai strânsă, a popoarelor (...)”²⁶.

2. Libera circulație a mărfurilor și a persoanelor

Libertățile de circulație la vom analiza sub aspectul sediului materiei (primar și derivat), al delimitărilor conceptuale, dar și al unor posibile explicații teoretice, abstracte cu trimiteri spre zone concrete, pragmatice, la care, nu de puține ori, face trimitere doctrina domeniului, din țară, dar, mai ales, din statele fondatoare ale UE, și nu numai.

A. Libera circulație a mărfurilor²⁷ este strâns legată de politica comercială, politică pe care o găsim cel dintâi fundamentată și inclusă între politicile comune, alături de cea din domeniul agriculturii și, respectiv, de cea a transporturilor și a pescuitului, prin Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene, semnat la Roma, la 25 martie 1957²⁸.

Evoluțiile înregistrate de sediul primar și derivat al materiei au fost

numeroase. și asta pentru că libertatea de circulație a mărfurilor se constituie în esența materială a următoarelor libertăți consacrate: libera circulație a persoanelor, serviciilor, capitalurilor și a plăților.

Este libertatea pentru care, Actul de aderare a României la UE nu prevede nici o perioadă de tranziție²⁹, România nesolicitând acest lucru în timpul negocierilor de aderare. De aici rezultă obligația noastră de a cunoaște, înțelege și aplica întocmai prevederile celui mai recent sediu al materiei în domeniu, în vigoare, și anume Tratatul de la Amsterdam din anul 1997 (semnat), intrat în vigoare la 1 mai 1999. În cea de-a treia parte a sa, Titlul I, Capitolele 1 și 2, pe întinderea a 9 articole³⁰, Tratatul stabilește drepturile, dar și obligațiile statelor în domeniu.

Astfel, art. 23³¹ precizează: „Comunitatea³² se întemeiază pe o uniune vamală care reglementează ansamblul schimburilor de mărfuri și care implică interzicerea, în relațiile dintre statele membre, a taxelor vamale la import și la export și a oricăror taxe cu efect echivalent, precum și adoptarea unui tarif vamal comun în relațiile cu țări terțe”³³.

Potrivit art. 23 (2), „Dispozițiile articolului 25³⁴ și ale capitolului 2³⁵ din prezentul titlu se aplică produselor originare³⁶ din statele membre, precum și produselor care provin din țări terțe care se află în liberă circulație în statele membre”.

Art. 24 aduce unele lămuriri conceptuale, dând conținut accepțiunii produselor care se găsesc în liberă circulație, specificând că „Produsele care provin din țări terțe sunt considerate ca aflate în liberă circulație într-un stat membru în cazul în care au fost îndeplinite formalitățile de import și au fost percepute în statul membru respectiv taxele vamale și taxele cu efect echivalent exigibile și dacă nu au beneficiat de o restituire totală sau parțială a acestor taxe și impuneri”.

Dat fiind faptul că art. 23 (1) face vorbire despre un concept specific, definitoriu pentru Comunitatea Europeană, Piața comună, și anume uniunea vamală, Capitolul 1³⁷, nu face altceva decât să detalieze sensurile convenite aici.

Art. 25³⁸, în sinteză, face trimitere la taxele vamale la import și la export, precum și la taxele cu efect echivalent, inclusiv la cele de natură fiscală, care sunt interzise, cu desăvârșire, între statele membre. Un loc aparte este rezervat taxelor tarifului vamal comun, care, potrivit art. 26³⁹ sunt stabilite de către Consiliul UE, statutând cu majoritate calificată pe baza propunerii Comisiei.

Obiectivele, prioritățile avute în vedere de către Comisie cu prilejul propunerilor pe care le fundamentează și le înaintază Consiliului UE, în temeiul dreptului de inițiativă legislativă, sunt:

- necesitatea de a promova schimburile comerciale între statele membre și țările terțe;
- evoluția condițiilor de concurență în cadrul Comunității, în măsura în care această evoluție are ca efect creșterea competitivității întreprinderilor;
- necesitățile de aprovizionare a Comunității cu materii prime și produse semifabricate, veghind în același timp ca între statele membre să nu fie denaturate condițiile concurenței în ceea ce privește produsele finite;
- necesitatea de a evita perturbări grave în viața economică a statelor membre și de a asigura o dezvoltare rațională a producției și o creștere a consumului în cadrul Comunității.

Prioritățile de mai sus fac obiectul reglementărilor Tratatului de instituire a Comunității Europene (TCE), cu modificările realizate prin Tratatul de la Amsterdam, art. 27, lit. a) – d).

Un deziderat major al liderilor europeni, exprimat în timp, cu privire la promovarea unei economii de piață performante, competitive, viza și interzicerea restricțiilor cantitative dintre statele membre. Acest deziderat și-a găsit consacrară normativă în cel de-al doilea capitol al TCE, art. 28 – 31.

Fără a da posibilitatea unor interpretări multiple, art. 28⁴⁰ stabilește că „Între statele membre sunt interzise restricțiile cantitative la import, precum și orice măsuri cu efect echivalent”. Același lucru se întâmplă și cu privire la exportul practicat în condiții similare⁴¹.

Interesante sunt prevederile art. 30⁴² TCE cu referire la rațiunile care stau la baza unor excepții de la aplicarea prevederilor art. 28 și 29, rațiuni care permit unele derogări de la interdicțiile sau restricțiile la import, export sau tranzit, cum ar fi rațiunile de: morală publică, de ordine publică, de siguranță publică, de protecție a sănătății și a vieții persoanelor și a animalelor sau de conservare a plantelor, de protejare a unor bunuri de patrimoniu național cu valoare artistică, istorică sau arheologică sau de protecție a proprietății industriale și comerciale. De reținut este, pentru teoreticienii și practicienii, inclusiv decidenții ai domeniului, că, totuși, „...interdicțiile sau restricțiile respective nu trebuie să constituie un mijloc de discriminare arbitrară și nici o restricție disimulată în comerțul dintre statele membre”⁴³. În același sens continuă și art. 31, arătând că statele membre, inclusiv România, de la 1 ianuarie 2007, „adaptează monopolurile naționale cu caracter comercial, astfel încât să se asigure excluderea oricărei discriminări între resortisanții⁴⁴ statelor membre⁴⁵ cu privire la condițiile de aprovizionare și desfacere”. Aceste dispoziții „se aplică oricăruia organism prin intermediul căruia un stat membru, de jure sau de facto, direct sau indirect, controlează, conduce sau influențează în mod semnificativ importurile sau exporturile dintre statele membre”. Dispozițiile se aplică și monopolurilor

cedate de stat unor terți, așa cum se arată în art. 31 pct. 1 alin. 2. Punctele 2 și 3 ale art. 31 se referă, în esență, la măsurile noi contrare principiilor anterior enunțate (pct. 1) și la monopolul având caracter comercial incluzând o reglementare destinată să faciliteze desfacerea sau să mărească rentabilitatea produselor agricole. În acest ultim caz, se arată că „... vor fi asigurate, ..., garanții echivalente pentru angajarea și nivelul de viață al producătorilor interesați”⁴⁶.

B. Libera circulație a persoanelor

Sediul principal la materia îl constituie atât izvoarele primare (tratatele constitutive și cele modificatoare), cât și izvoarele derivate.

Ca izvor primar, originar nu putem invoca decât Tratatul de la Roma de constituire a Comunității Economice Europene, din anul 1957, care a cunoscut cea mai nouă modificare prin Tratatul de la Amsterdam, din anul 1997 (articolele 39 – 48, noua numerotare), Tratat care, în prezent produce efecte și pentru țara noastră.

Legislația derivată (formată, în principal, din regulamente și directive) care guvernează materia a cărei aplicare face obiectul preocupărilor pentru această etapă, preluate în Actul de aderare, cu unele perioade de tranziție (așa cum vom vedea în continuare, pentru a înțelege mai bine conduita adoptată de către unele state) este formată din:

- Regulamentul (CEE⁴⁷) al Consiliului nr. 1612/68 din 15 octombrie 1968 privind libera circulație a lucrătorilor în cadrul Comunității⁴⁸, modificat ultima dată prin Directiva 2004/38/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29.4.2004⁴⁹;

- Directiva 2004/38/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind dreptul la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și al membrilor familiilor acestora modifică Regulamentul (CEE) nr. 1612/68 și de abrogă Directivele 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE și 93/96/CEE;

- Directiva 96/71/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 1996 privind detașarea lucrătorilor în cadrul prestării de servicii⁵⁰;

În continuare, vom analiza câteva dintre cele mai importante prevederi ale Actului de aderare în conexiune, însă, cu legislația primară și derivată mai sus invocată, acestea producând efecte chiar de la data de 1 ianuarie 2007.

În Actul de aderare, sediul materiei îl reprezintă articolul 23, din Anexa nr. VII (Libera circulație a persoanelor fiind reglementată la pct. 1). La alineatul (1) se precizează că „Articolul 39 și articolul 49 primul paragraf din Tratatul CE se aplică pe deplin numai cu privire la libera circulație a lucrătorilor și la libera circulație a capitalurilor care presupune circulația temporară a lucrătorilor, astfel cum este definită în articolul 1 din Directiva 96/71/CE între România, pe de o parte, și fiecare dintre actualele state membre, pe de altă parte, pentru care se aplică dispozițiile tranzitorii stabilite la alineatele (2) - (14)”.

Pentru o bună înțelegere, însă, trebuie să analizăm conținutul paragrafului 1 din cele 2 articole (39 și 49) la care se raportează și dispozițiile tranzitorii mai sus amintite.

Articolul 39⁵¹ TCE, la paragraful 1, precizează că „Libera circulație a lucrătorilor este garantată în cadrul Comunității”.

Alineatul al doilea al Actului de aderare face vorbire despre faptul că “Prin derogare de la articolele 1 - 6 din Regulamentul (CEE) nr. 1612/68 și până la sfârșitul unei perioade de doi ani după data aderării⁵², actualele state membre⁵³ vor aplica măsuri de drept intern, sau măsuri rezultate din acorduri bilaterale, care reglementează accesul resortisanților români pe piața forței de muncă din fiecare din aceste state⁵⁴. Actualele state membre pot continua să aplice aceste măsuri până la expirarea unei perioade de cinci ani după data aderării”. Așadar, perioada de tranziție în această materie este între 2 și 5 ani, întinzându-se, în cel mai fericit caz, până la 01.01.2009 și, în cel mai rău caz, până la data de 01.01.2012. Această perioadă nu este obligatorie pentru toate statele membre, ci are caracter opțional, motiv pentru care am și constat că unele state au invocat-o, altele nu⁵⁵.

De interes deosebit sunt și precizările următoare, ce îi vizează pe resortisanții români care, la data aderării, deja, muncesc legal într-un actual stat membru și care sunt admiși pe piața forței de muncă pentru o perioadă neîntreruptă de cel puțin 12 luni. Acestea “vor putea beneficia de acces pe piața forței de muncă din acest stat membru, dar nu și pe piața forței de muncă din celelalte state membre care aplică măsuri de drept intern”.

Cea mai largă categorie, însă, o reprezintă resortisanții români care vor fi admiși pe piața forței de muncă a unui stat membru, deja, la 31.12.2006, după aderare (01.01.2007) pentru o perioadă neîntreruptă de cel puțin 12 luni. Categoria la care ne referim “beneficiază de aceleași drepturi”⁵⁶ (este vorba despre drepturile similare celor de mai sus, adică beneficiază de acces pe piața forței de muncă numai din acel stat membru, nu și din alte state membre). Enunțul anterior a avut în vedere ceea ce s-a întâmplat, și anume pluralitatea de conduite adoptate de către statele membre și respingerea unor atitudini implicite, deocamdată.

Ceea ce se cunoaște mai puțin, însă, este faptul că cele două categorii de resortisanți români (cei care muncesc legal într-un stat, deja, membru la data

aderării și cei care sunt admiși după aderare într-un astfel de stat) încetează să mai beneficieze de drepturile prevăzute în paragrafele al doilea și al treilea ale alin. (2), pct. 1 în cazul în care părăsesc voluntar piața forței de muncă din statul membru în cauză.

O ultimă categorie⁵⁷ de „resortisanți români care muncesc legal într-un actual stat membru la data aderării sau în perioada în care se aplică măsurile de drept intern și care sunt admiși pe piața forței de muncă din acest stat membru” este aceea care se bucură de un astfel de drept „pentru o perioadă de mai puțin de 12 luni”. Ei „nu beneficiază de aceste drepturi”.

Toate cele de mai sus, care fac obiectul reglementării alin. (2) pot fi reexaminare de către Consiliu pe baza unui raport al Comisiei (fiind dispoziții tranzitorii), chiar înainte de sfârșitul perioadei de doi ani după data aderării, așa cum se precizează în alin. (3).

Este util de știut faptul că „la încheierea acestei reexaminări, dar nu mai târziu de sfârșitul perioadei de doi ani după data aderării, actualele state membre notifică Comisia în cazul în care continuă să aplice măsurile de drept intern sau măsuri rezultate din acorduri bilaterale, ori în care aplică în viitor articolele 1 – 6 din Regulamentul (CEE) nr. 1612/68. În lipsa acestei notificări, se aplică articolele 1 – 6 din Regulamentul (CEE) nr. 1612/68”⁵⁸. În cazul în care rezultatul reexaminării nu este favorabil, România poate cere o nouă reexaminare, așa cum prevede alin. (4). Procedura trebuie finalizată în termen de 6 luni de la primirea solicitării. Acestea sunt șanse pe care țara noastră trebuie să le valorifice, în condițiile în care, așa cum bine știm, va face obiectul unei continue și riguroase monitorizări.

Situația cea mai grea cu care ne-am putea confrunta din partea unor state membre este aceea a stabilirii unei perioade de cinci ani. În acest caz nedorit, statul membru respectiv poate continua, dacă pe piața proprie a forței de muncă se produc sau există riscul să se producă perturbări grave, precum și după ce notifică Comisia poate să aplice măsuri până la sfârșitul unei perioade de șapte ani de la data aderării. Dacă o astfel de notificare lipsește, se aplică articolele 1 – 6 din Regulamentul (CEE) nr. 1612/68, așa cum se arată în alin. (5).

Permisele de muncă se eliberează, în mod automat, resortisanților României de către acele state membre în care, „în temeiul alin. (3), (4) și (5) se aplică art. 1 – 6 din Regulamentul (CEE) nr. 1612/68 cu privire la resortisanții români, pe parcursul perioadei de șapte ani de la data aderării”⁵⁹.

Dacă nu am analiza și prevederile alin. (7) am fi tentați să credem că numai statele, deja, membre pot dispune în mod unilateral de astfel de măsuri de protecție a pieței forței de muncă, lucru neadevărat. Astfel, în cazul în care într-un stat membru (aici noțiunea de stat membru se extinde și asupra României) „se produc sau se prevede producerea unor perturbări pe piața forței de muncă care ar putea amenința grav nivelul de trai sau nivelul de ocupare a forței de muncă într-o anumită regiune sau în cadrul unei profesii, respectivul stat membru informează Comisia și celelalte state membre cu privire la aceasta și furnizează acestora toate detaliile pertinente. Pe baza acestor informații, statul membru poate solicita Comisiei să declare suspendarea, totală sau parțială, a aplicării articolelor 1 – 6 din Regulamentul (CEE) nr. 1612/68, în vederea normalizării situației în regiunea sau în cadrul profesiei respective. Comisia decide cu privire la domeniul de aplicare și durata suspendării în termen de cel mult două săptămâni de la primirea acestei solicitări și notifică decizia sa Consiliului. În termen de două săptămâni de la adoptarea deciziei Comisiei, orice stat membru poate solicita Consiliului anularea sau modificarea deciziei. În termen de două săptămâni, Consiliul hotărăște cu majoritate calificată în privința acestei solicitări”.

Termenele scurte stabilite (de două săptămâni) vizează celeritatea actului decizional și efectele negative de prevenit sau de înlăturat prin perturbările de pe piața forței de muncă care ar putea amenința grav nivelul de trai sau nivelul de ocupare a forței de muncă.

În plus, realismul declarat și confirmat la nivelul UE este pus în valoare și de faptul că nu sunt ignorate nici cazurile urgente și excepționale când statele membre pot suspenda aplicarea aceluiași prevederi „adresând, ulterior, Comisiei o notificare motivată”⁶⁰.

Pentru a nu descuraja frecventarea unor piețe ale forței de muncă considerate oportune, din motive care țin de membrii familiei, legislația comunitară ia în considerare și astfel de aspecte, inserate și în Actul de aderare la art. 23, Anexa nr. VII, alin. (8).

Egalitatea statelor membre este materializată, concretizată și în domeniul reciprocității de tratament, invocat în alin. (10). Adică, „În toate cazurile în care actualele state membre aplică măsuri de drept intern sau cele rezultate din acorduri bilaterale, în temeiul dispozițiilor tranzitorii (...), România poate menține în vigoare măsuri echivalente în ceea ce privește resortisanții statului sau statelor membre în cauză”.

Un loc aparte în economia Actului de aderare îl ocupă acele prevederi referitoare la Germania, Austria și Elveția⁶¹, vizând protecția propriilor piețe ale forței de muncă, și nu numai.

În ce privește Germania și Austria, edificator este conținutul art. 23, pct. 1, alin. (13), care dispune că „Pentru a face față perturbărilor grave sau riscului producerii unor asemenea perturbări în anumite sectoare sensibile de servicii de

pe piața forței de muncă din aceste state, care ar putea apărea în anumite regiuni ca urmare a prestării transnaționale de servicii, astfel cum este definită în articolul 1 din Directiva 96/71/CE, și în măsura în care acestea aplică liberei circulații a lucrătorilor români, în temeiul dispozițiilor tranzitorii stabilite mai sus, măsuri de drept intern sau cele care rezultă din acorduri bilaterale, Germania și Austria pot deroga, după notificarea Comisiei, de la articolul 49 primul paragraf⁶² din Tratatul CE în vederea limitării, în contextul prestării de servicii de către societățile stabilite în România, a circulației temporare a lucrătorilor al căror drept de a munci în Germania și Austria face obiectul măsurilor de drept intern”.

Pentru Elveția, edificator este art. 6 din Actul de aderare alin. (2) și (4): „Bulgaria și România se angajează să adere, în condițiile stabilite prin prezentul act, la acordurile sau convențiile încheiate sau semnate de actualele state membre și de Comunitate, hotărând în comun”. La alin. (4) se arată, însă, că „de la data aderării și până la intrarea în vigoare a protocoloarele necesare prevăzute la alineatul (2), Bulgaria și România aplică dispozițiile acordurilor sau convențiilor încheiate în comun de actualele state membre și de Comunitate înaintea aderării, cu excepția acordului privind libera circulație a persoanelor încheiat cu Elveția. Această obligație este valabilă și în cazul acordurilor sau convențiilor pe care Uniunea și actualele state membre au convenit să le aplice provizoriu”.

În același sens (al relațiilor externe ale UE), vine și dobândirea calității de stat parte, de către România și Bulgaria, la Acordul de parteneriat între membrii grupului statelor din Africa, Caraibe și Pacific, pe de o parte și Comunitatea Europeană și statele membre ale acesteia, pe de altă parte, semnat la Cotonou, la 23 iunie 2000⁶³.

*

Cel puțin la fel de importante sunt prevederile Actului de aderare în materia libertății de circulație a serviciilor, care o completează în mod armonios și logic pe aceea a libertății de circulație a persoanelor la care se adaugă reglementările (primare sau derivate) referitoare la libera circulație a capitalurilor și a plăților care se alătură libertății de circulație a mărfurilor, și nu numai. Oricum, aprofundarea acestor domenii, atât de necesare și oportune, acum și pentru țara noastră, reprezintă o preocupare de excepție, din punctul de vedere al cunoașterii, înțelegerii și aplicării (reglementărilor), în mod cert, de o reală perspectivă, teoretică, dar, mai ales, pragmatică.

Bibliografie:

1. Constituția României, revizuită în anul 2003;
2. Tratatul de aderare a României la UE, 2005/2007;
3. Legea nr. 157/2005 pentru ratificarea Tratatului dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg la 25 aprilie 2005;
4. Tratatul de la Roma de constituire a Comunității Economice Europene, 1957/1958;
5. Tratatul de la Amsterdam, 1997/1999;
6. Mihai Constantinescu, Ioan Muraru, Antonie Iorgovan, „Revizuirea Constituției României. Explicații și comentarii”, Editura Rosetti, București, 2003;
7. Ștefan Deaconu, „Tratatul de aderare a României la UE – prezentare generală”, sinteză, Facultatea de Drept, Centrul de Drept Constituțional și Instituții Politice;
8. Augustin Fuerea, „Drept comunitar al afacerilor”, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2006;
9. Cristian Gavalda, Gilbert Parleani, „Droit des affaires de l'Union Européenne” 3e, Edition Litec, 1999 ;
10. Cristian Murică, coordonator colecție, „Tratatul de aderare a României la Uniunea Europeană” - ediția I, Best Publishing România, București, 2005;
11. Allan Thatham, Eugen Osmochescu, „Dreptul Uniunii Europene”, Editura ARC, Chișinău, 2003;
12. Ovidiu Ținca, „Drept comunitar material”, Editura Lumina Lex, București, 2003;
13. Theodor Tudoroiu, „Tratatul de la Amsterdam”, Editura Lucretius, București, 1999;
14. www.ier.ro – Institutul European din România;
15. www.mie.ro – Ministerul Integrării Europene;
16. www.infoeuropa.ro – Centrul de Informare al Delegației Comisiei Europene la București;
17. www.mae.ro – Ministerul Afacerilor Externe.

Note

¹ Tratatul de aderare la UE, reprezintă actul legal de aderare a unui stat la Uniunea Europeană.

² Din categoria izvoarelor primare ale dreptului comunitar fac parte Tratatul de la Roma din anul 1957, intrat în vigoare în anul 1958 și, până în anul 2002, Tratatul de la Paris, din anul 1951, intrat în vigoare în anul 1952), precum și din Tratatul și actele care le modifică, completează și adaptează (de exemplu: actele prin care s-au pus bazele instituțiilor

comune: *Convenția cu privire la anumite instituții comune*, semnată și intrată în vigoare în același timp cu Tratatul de la Roma; *Tratatul instituirea unui Consiliu unic și o Comisie unică* pentru Comunități și *Protocolul unic cu privire la imunități și privilegii*, semnate la Bruxelles, la 8 aprilie 1965 și intrate în vigoare în august 1958; „*Tratamentele bugetare*”, cu privire la creșterea puterii financiare a Parlamentului european, unul semnat la Luxemburg, la 22 aprilie 1970, intrat în vigoare la 1 ianuarie 1971 și, altul, semnat la Bruxelles, la 22 iulie 1975 și intrat în vigoare la 1 iunie 1977; *Decizia din 20 septembrie 1976, cu privire la alegerea reprezentanților Adunării prin sufragiu universal direct*, fondată, în special, pe articolul 190 din Tratatul instituirea Comunitatea Europeană, intrată în vigoare la 1 iulie 1978; *Actele de aderare care adaptează și completează tratatele anterioare, inclusiv cel semnat de România*).

³ Denumirea completă și corectă a Tratatului este următoarea: Tratatul dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană.

⁴ Pentru detalii se pot consulta următoarele site-uri: www.mae.ro; www.mie.ro; www.infoeuropa.ro. Informații de pe aceste site-uri au fost valorificate pentru elaborarea punctului 1. Sinteza realizată de ștefan Deaconu „*Tratatul de aderare a României la UE – prezentare generală*”, Facultatea de Drept, Centrul de Drept Constituțional și Instituții Politice.

⁵ Art. 4 pct. 2 din Tratat: „*Prezentul tratat intră în vigoare la 1 ianuarie 2007 cu condiția ca toate instrumentele de ratificare să fi fost depuse înaintea acestei date*”.

⁶ Odată finalizate negocierile de aderare, începând cu luna decembrie a anului 2004, România a declanșat formalitățile pentru redactarea Tratatului de aderare. Varianta în limba engleză a Tratatului de aderare a fost finalizată la sfârșitul lunii ianuarie, astfel încât la 4 februarie 2005, aceasta a fost agreată de statele membre ale UE, la Bruxelles, în cadrul COREPER (COREPER, acronimul francez sub care este cunoscut Comitetul Reprezentanților Permanenți, este format din reprezentanții – ambasadorii – permanenți ai statelor membre și, într-o etapă care presupune negocieri preliminare, acordă asistență Consiliului Uniunii Europene în tratarea problemelor aflate pe ordinea de zi a acestuia. Comitetul ocupă o poziție esențială în sistemul comunitar de luare a deciziilor; în același timp, COREPER este un for de dialog – între reprezentanții permanenți, precum și între aceștia și capitalele statelor pe care le reprezintă – și un organ de exercitare a controlului politic). Tratatul de aderare a fost ratificat de Parlamentul țării noastre prin Legea nr. 157 din 24.05.2005, promulgată de Președintele României prin Decretul nr. 465 din 24.25.2005, adică chiar în aceeași zi.

⁷ Art. 1 (2) din Tratat: „*Republica Bulgaria și România devin părți la Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa și la Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice, astfel cum sunt acestea modificate sau completate*”.

⁸ Art. 2 (3) din Tratat: „*În cazul în care Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa intră în vigoare după aderare, protocolul prevăzut la articolul 1 alineatul (3) înlocuiește actul prevăzut la articolul 2 alineatul (2) de la data intrării în vigoare a tratatului menționat. În acest caz, dispozițiile protocolului menționat anterior nu sunt considerate ca producând efecte juridice noi, ci ca menținând, în condițiile stabilite în Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa, în Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice și în respectivul protocol, efectele juridice deja create de dispozițiile actului prevăzut la articolul 2 alineatul (2)*”.

⁹ Art. 2.

¹⁰ Este vorba despre Tratatul de instituire a unei Constituții pentru Europa.

¹¹ De la 1 ianuarie 2007 sunt 23 de limbi oficiale ale UE.

¹² Art. 21 (1).

¹³ 2009.

¹⁴ „*Înainte de 31 decembrie 2007, Bulgaria și România sunt obligate să organizeze fiecare alegeri pentru Parlamentul European, prin votul universal direct al cetățenilor lor, pentru desemnarea numărului de membri prevăzut la alineatul (1), în conformitate cu dispozițiile Actului privind alegerea membrilor Parlamentului European prin vot universal direct*”.

¹⁵ Articolele 25 – 35.

¹⁶ Art. 36.

¹⁷ Această clauză putea fi invocată și înainte de data aderării.

¹⁸ Există 11 obligații menționate în Anexa IX punctul I și II (7 la Capitolul „*Justiție și Afaceri Interne*” și 4 la Capitolul „*Concurență*”).

¹⁹ Titlul I, art. 43 – 51.

²⁰ Titlul II, art. 52 – 58.

²¹ Titlul III, art. 59 – 61.

²² Nota noastră.

²³ Art. 148 alin. 1. Sublinierea noastră.

²⁴ Sublinierea noastră.

²⁵ Alin. 4.

²⁶ Mihai Constantinescu, Ioan Muraru, Antonie Iorgovan, „*Revizuirea Constituției României. Explicații și comentarii*”, Editura Rosetti, București, 2003, pag. 132.

²⁷ Pentru detalii, a se vedea Cristian Gavalda, Gilbert Parleani, „*Droit des affaires de l'Union Européenne*” 3^e, Edition Litec, 1999; Augustin Fuerea, „*Drept comunitar al afacerilor*”, ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2006; Ovidiu Ținca, „*Drept comunitar material*”, Editura Lumina Lex, București, 2003; Allan Thatham, Eugen Osmochescu, „*Dreptul Uniunii Europene*”, Editura ARC, Chișinău, 2003.

²⁸ Tratatul a intrat în vigoare în anul 1958.

²⁹ Perioada de tranziție reprezintă o exceptare temporară de la aplicarea acquis-ului comunitar.

³⁰ Art. 23 – 31 (vechea numerotare – V.n.: art. 9 – 17).

³¹ V.n.: art. 9.

³² Este vorba despre Comunitatea Europeană – CE. Aceasta este noua denumire dată Comunității Economice Europene, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht (1 noiembrie 1993).

³³ Alin. 1 al art. 23.

³⁴ V.n. art. 12. Articolul face referire la faptul că, între statele membre, taxele vamale la import și la export sau taxele cu efect echivalent sunt interzise. Această interdicție se aplică și taxelor vamale de natură fiscală.

³⁵ Capitolul face referire la „*Interzicerea restricțiilor cantitative dintre statele membre*”.

³⁶ De exemplu, mărfurile obținute în întregime pe teritoriul vamal al Comunității, fără să fie folosite mărfuri importate din țări sau teritorii care nu sunt incluse în teritoriul vamal (Intră în această categorie produsele minerale extrase din această țară, produsele vegetale care sunt recoltate în statul respective, animalele născute și crescute în țara în cauză, produsele provenite de la animalele crescute în acel stat).

³⁷ Art. 25 – 27.

³⁸ „*Între statele membre sunt interzise taxele vamale la import și la export sau taxele cu efect echivalent. Această interdicție se aplică, de asemenea, taxelor vamale cu caracter fiscal*”.

³⁹ V.n. art. 28.

⁴⁰ V.n. art. 30.

⁴¹ Art. 29 TCE, v.n. art. 34.

⁴² V.n. art. 36.

⁴³ Art. 30 TCE.

⁴⁴ Prin Legea nr. 157/2005 pentru ratificarea Tratatului dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg la 25 aprilie 2005, art. 3 lit. a) și b) s-au definit doi termeni: a) resortisant al unui stat membru – „persoana fizică sau juridică având cetățenia, respectiv naționalitatea aceluși stat în conformitate cu legislația internă a acestuia”; b) resortisant român – „persoana fizică sau juridică având cetățenia, respectiv naționalitatea română potrivit legislației române”.

⁴⁵ Sublinierea noastră.

⁴⁶ Pct. 2

⁴⁷ Comunitatea Economică Europeană.

⁴⁸ Publicat în JO L 257, 19.10.1968, p. 2.

⁴⁹ Publicată în JO L 158, 30.4.2004, p. 77.

⁵⁰ Publicată în JO L 18, 21.1.1997, p. 1.

⁵¹ V.n. art. 48.

⁵² Sublinierea noastră.

⁵³ Adică, cele 25 de state care existau la data de 1 ianuarie 2007.

⁵⁴ Așa se explică faptul că unele state (de exemplu: Grecia va introduce un moratoriu pentru o perioadă de tranziție de doi ani. Guvernul Spaniei a aprobat, de asemenea, același moratoriu de doi ani, argumentând că piața de muncă spaniolă va fi afectată de invazia noilor muncitori – potrivit www.euractiv.ro) au uzat de această posibilitate, restricționând accesul cetățenilor români pe piața forței de muncă, de pe teritoriul lor.

⁵⁵ Finlanda, Slovacia, Polonia, Estonia și Letonia s-au declarat pentru libera circulație a forței de muncă – potrivit www.euractiv.ro.

⁵⁶ Pct. 1 alin. (2) din art. 23, Anexa VII.

⁵⁷ Pct. 1 alin. (2), paragraful 4, art. 23, Anexa nr. VII.

⁵⁸ Alin. (3), paragraful 2.

⁵⁹ Alin. (6).

⁶⁰ Alin. (7), par. 2.

⁶¹ Elveția nu este stat membru al UE, însă este stat membru al Asociației Europene a Liberului Schimb (AELS), organizație cu care UE are încheiat un Acord preferențial, prin care s-a instituit Spațiul Economic European (Acordul cu privire la instituirea Spațiului economic european – SEE, intrat în vigoare la 1 ianuarie 1994). În baza acestui Acord, cele patru libertăți de circulație (mărfuri, persoane, servicii, capitaluri și plăți) sunt extinse și la următoarele state, membre AELS: Norvegia, Islanda și Liechtenstein. Elveția nu este parte nici la acest acord, deși, după cum am spus, este membră AELS. Acesta este motivul pentru care, în Tratatul de aderare a României la UE se regălesc și dispoziții referitoare la Elveția.

⁶² Art. 49 TCE primul paragraf are următorul conținut: „*În conformitate cu dispozițiile ce urmează, sunt interzise restricțiile privind libertatea de a presta servicii în cadrul Comunității cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat al Comunității decât cel al beneficiarului serviciilor*”.

⁶³ Alin. (5) al art. 6 din Actul de aderare.

Regimul fiscal al comercianților aflați în lichidare voluntară sau judiciară

– Partea I –

Motto:

„De pe o poziție orientată înspre dreptul pozitiv nu există un criteriu pe baza căruia una din posibilitățile existente în cadrul dreptului ce trebuie aplicat ar putea fi preferată celeilalte. Nu există de fapt nici o metodă – care să poată fi caracterizată ca metodă a dreptului pozitiv – după care un singur înțeles verbal al unei norme, din mai multe asemenea înțelesuri, să poată fi considerat „corect”, cu condiția bineînțeles să fie vorba de mai multe interpretări de sens posibil, ceea ce înseamnă posibile în context cu toate celelalte norme ale legii sau ale ordinii de drept. În ciuda tuturor străduințelor jurisprudenței tradiționale, până acum nu s-a putut rezolva conflictul între voință și expresie într-un mod obiectiv în favoarea uneia sau alteia. Toate metodele de interpretare dezvoltate până acum duc mereu la rezultat posibil, niciodată însă la un unic rezultat corect. A merge, neglijând expresia verbală, numai după posibila voință a legiuitorului sau a observa strict expresia verbală fără a lua în considerare voința – de obicei problematică – a legiuitorului este, din punct de vedere al dreptului pozitiv, același lucru.”

Hans Kelsen

Prof. univ. dr. Radu
Bufan
Universitatea din
Timișoara

I. Considerații introductive

1. Principalele puncte de interes

Evoluția în paralel a legislației fiscale, marcată în principal de apariția și modificarea Codului fiscal și a legislației insolvenței, caracterizată la rândul său prin repetate și substanțiale modificări ale Legii nr. 64/1995 și apoi prin apariția Legii nr. 85/2006 face dificilă interconectarea celor două serii de texte într-o manieră care să elimine sau să diminueze numărul mare de procese dintre fisc și practicieni ca reprezentanți ai societăților aflate în proceduri de lichidare, voluntară sau în insolvență.

Pe de altă parte, nici lichidarea voluntară a societăților comerciale nu are din punct de vedere fiscal un regim ușor de identificat datorită deselor modificări ale textelor legale pertinente. Oricum, conform atât dispozițiilor Legii nr. 31/1990, cât și ale Legii nr. 85/2006 în ambele situații de lichidare – judiciară și voluntară – competența administrării lor revine practicienilor în insolvență.

Principalele probleme cu care se confruntă practicienii în interpretarea și aplicarea textelor fiscale se regăsesc printre următoarele:

- impozitarea diferenței dintre încasările (veniturile) și plățile (cheltuielile) perioadei de lichidare, caracterizabile drept profit;
- constituirea de provizioane asupra propriilor clienți ai debitoarei aflate în insolvență, clienți cu șanse reduse de a fi încasați;
- regimul TVA aferente creanțelor deținute de către debitoarea aflată în procedură asupra propriilor clienți;
- caracterizarea ca profit a datoriei debitoarei față de creditorii care nu și declară creanțele, nu obțin înscrierea la masa credală sau fac remiteri de datorie în cadrul planului de reorganizare;
- regimul unor cheltuieli care nu mai au sens a fi contabilizate în faliment, cum ar fi amortizarea;
- regimul accesoriilor (dobânzi, majorări, etc.) datorate pentru creanțele bugetare.

Interpretarea și aplicarea coerentă, după reguli clare și consistente în timp a textelor pertinente din aceste două serii de reglementări necesită în prealabil o incursiune în materia interpretării dreptului fiscal.

Această operațiune este necesară datorită faptului că din 1989 până în prezent, dreptul nostru fiscal nu s-a racordat în mod stabil la niciunul dintre cele două curente principale existente în materie în țările europene dezvoltate, respectiv:

- concepția interpretării stricte, chiar restrictive a textelor de natură fiscală, concepție care nu admite, metodele de interpretare prin analogie, teleologică, etc. (adoptată în Franța și Belgia);
- concepția interpretării mai largi bazate pe argumente raționale, aflate în afara literei textului, care fac apel și la scopul urmărit de legiuitor, la

pastrarea unei egalități sau proporționalități între categoriile de contribuabili, etc, dezvoltată mai ales în Germania.

2. Principalele repere teoretice ale interpretării textelor cu caracter fiscal.

2.1. Concepția dreptului francez și a dreptului belgian

2.1.1. Rolul principiilor în opera de interpretare

Regulile și metodele de interpretare ale dreptului fiscal trebuie să țină seama de principiile dreptului aplicabile în dreptul fiscal, așa cum sunt acestea elaborate de către doctrina și jurisprudența modernă; dintre aceste “principii” (sau reguli de bază) reamintim importanța covârșitoare a principiilor legalității și egalității.

Principiul legalității, enunțat expres și în Constituția României, dispune că impozitele și taxele se pot stabili numai prin acte ce au forța juridică a legii; se apreciază, în literatura juridică de drept continental, că acest principiu are, în dreptul fiscal, un rol dominant, având drept consecință limitarea libertății de mișcare a interpretului, în sensul că nici organul administrativ nu poate să adauge, prin interpretare, noi impozite sau condiții neprevăzute de lege pentru a beneficia de exonerări și nici contribuabilul nu poate acționa în interesul său prin extinderea prin analogie, a excepțiilor, scutiților, etc.

În consecință, întreaga doctrină admite că **regula interpretării stricte a textului fiscal, care are valoare de regulă fundamentală de interpretare în dreptul fiscal, își are explicația tocmai în principiul legalității și în rolul predominant al acestuia**, fapt care nu mai lasă multă libertate de acțiune altor principii ale dreptului în acest domeniu¹.

În mare măsură interpretarea strictă a textului fiscal se bazează și pe principiul egalității contribuabililor în fața impozitelor și a legii fiscale. Acest principiu, cucerire a revoluției franceze, este atât de înrădăcinat în tradiția juridică a Europei încât este considerat un principiu fundamental de drept al Uniunii Europene. Respectarea egalității în fața legii fiscale și impozitelor - care permite tratarea diferită a contribuabililor aflați în situații diferite - influențează metodele și regulile de interpretare în sensul caracterului lor strict; o interpretare care nu este strictă ar permite, prin crearea unor scutiri, privilegii, discriminări, etc, încălcarea principiului egalității, deci a unei componente fundamentale a democrației.

Abia în subsidiar doctrina occidentală modernă recunoaște importanța unor principii derivate din funcția dreptului fiscal de a procura resurse bugetului național. În literatura noastră însă, poziția de inegalitate care caracterizează raporturile dintre administrația fiscală, ca reprezentant al statului și contribuabil constituie aproape singurul argument invocat pentru

a explica și rezolva orice problemă a dreptului fiscal. De multe ori, chiar dacă această motivare nu este expres inserată într-o hotărâre judecătorească sau într-o opinie doctrinară, este evident că interpretul normei fiscale o reține ca fundament al soluției.

Este adevărat că „dreptul fiscal, invadat de considerente bugetare, chiar politice, nu a încetat a deroga de la dreptul comun și de la principiile generale ale acestuia; o dispoziție fiscală poate, de regulă, să se opună unui principiu general de drept². În materia interpretării normelor de drept fiscal însă, dacă o dispoziție - chiar contrară unor principii de drept - este inclusă în legea fiscală, ea nu mai poate fi interpretată făcând apel iarăși la argumentul superiorității administrației fiscale (statului) deoarece are valoare legală și se interpretează literal (strict). **În concluzie, în activitatea de interpretare a normelor de drept fiscal, poziția de inegalitate dintre administrația fiscală (stat) și contribuabil nu are nici o relevanță.**

O remarcă specială trebuie făcută asupra interpretării convențiilor fiscale internaționale, care se conduce după alte reguli și metode și anume cele stabilite de către statele semnatare chiar în cadrul respectivei convenții. Această derogare provine din însăși voința statelor semnatare, care, de regulă, consideră că, pe un plan mai general, aceste convenții au prioritate față de reglementarea internă din fiecare țară semnatară³.

2.1.2. Ierarhia și analiza metodelor de interpretare (succesiunea metodelor interpretării)

● Dacă se ajunge la concluzia că textul este clar, este unanim admis că nu se mai trece la nici o încercare de interpretare. Deci, dacă norma de drept fiscal este clară, fără ambiguități, textul trebuie interpretat literal, fără a se mai apela la acte, norme, etc, situate în afara aceluși text, pentru a identifica elemente suplimentare de clarificare. Pe baza unei decizii a Consiliului de stat francez, doctrina a împins primordialitatea acestei reguli până la a afirma că “această regulă, de aplicațiune generală, se aplică la toate ramurile contenciosului administrativ, inclusiv în materie fiscală; ea poate conduce la soluții în care judecătorul face să prevaleze litera textului, chiar când apare evident că legiuitorul a exprimat intenția sa în termeni ce au trădat această intenție⁴. În mod analog, Curtea belgiană de casație s-a pronunțat constant, din 1940, în sensul că “ceea ce este clar, nu trebuie interpretat”⁵.

Aplicarea acestei reguli conduce la căutarea doar în subsidiar a voinței reale a legiuitorului și vine oarecum în contradicție cu tradiția noastră juridică, așa cum a fost afirmată în doctrina și jurisprudența română.

Este cunoscut că în dreptul nostru voința internă prevalează asupra celei declarate, înscrise în documentele/înțelegerile dintre părți. În dreptul fiscal, datorită caracterului de ordine publică al legislației fiscale, interpretarea strictă poate fi admisibilă; această concepție pare de altfel a fi consacrată și în textul art. 13 al Codului de procedură fiscală.

2.1.3. Regula interpretării stricte a textului fiscal

● Regula fundamentală de interpretare a unui text fiscal clar este că acesta se interpretează în mod strict; în doctrina belgiană s-a arătat că interpretarea strictă exclude atât interpretarea extensivă cât și interpretarea restrictivă: “semnificația legii nu este nici mai extensivă, nici mai restrictivă decât o permite textul, ci este strictă”⁶. Așa cum am arătat, cea mai frecvent invocată explicație a acestei reguli constă în locul predominant pe care principiul legalității îl ocupă în materia dreptului fiscal.

În doctrina franceză⁷ se insistă și pe alt fundament al principiului interpretării stricte a legilor fiscale, cel de natură politică. Potrivit acestei concepții, legile fiscale prin care sunt reglementate impozite și taxe constituie restrângeri ale libertății individului; de aceea, pentru apărarea individului și a proprietății acestuia, legile fiscale trebuie interpretate de manieră strictă, pentru a proteja, la fel ca în dreptul penal, libertatea individului.

Această regulă beneficiază și de o explicație bazată pe natura interesului pe care normele de drept fiscal îl protejează, deoarece una din funcțiile dreptului fiscal constă în a asigura, în limita legii, resursele fiscale necesare îndeplinirii sarcinilor statului; astfel, s-a arătat că „deoarece se adresează individului pentru exigențe de interes general, dreptul fiscal constituie un regim exorbitant de la dreptul comun, având reguli constrângătoare; de aceea textele sale clare nu sunt supuse interpretării, în timp ce altele se interpretează literal ca în dreptul penal. Dar dreptul penal se aplică doar

actelor considerate de lege ca reprimabile pe când dreptul fiscal se aplică actelor în esență nereprimabile, acte pozitive de interes general producătoare de bogăție, purtătoare de bunăstare economică”⁸.

● Prin urmare, regula fundamentală de interpretare a legilor fiscale și a normelor cu caracter fiscal constă în interpretarea lor strictă (*ad literam*) în ipoteza unui text clar; această metodă de interpretare elimină, în cazul textelor fiscale clare, atât interpretarea restrictivă cât mai ales pe cea extensivă.

Regula de interpretare strictă (*ad literam*) se aplică în general tuturor textelor fiscale și cu deosebire textelor zise de asietă, adică acelor prin care se stabilește sfera de aplicare a unui impozit; această distincție este necesară pentru a deosebi textele “de asietă” și textele “de exonerare” cele din urmă având un tratament diferit, fiind interpretate restrictiv.

În virtutea principiului interpretării stricte, se consideră că un text fiscal clar se interpretează literal până în punctul în care rezultatul interpretării devine absurd⁹; făcând aplicarea teoriei generale a dreptului român, incidența în dreptul fiscal a argumentului de interpretare *ad absurdum* devine operantă în subsidiar, ca o limită a interpretării stricte (*ad literam*).

În doctrina franco-belgiană invocată se subliniază că textul fiscal este de strictă interpretare și când îi este favorabil contribuabilului și când îi este defavorabil.

● Jurisprudența noastră a făcut în repetate rânduri aplicația principiului interpretării stricte a textului fiscal; în fapt, această practică se datorează și forței cu care s-a impus în dreptul nostru adagiul „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” și care conduce tot la interpretarea strictă a normelor fiscale.

Într-o decizie în care, pentru interpretare, Curtea Supremă de Justiție s-a folosit în subsidiar și de scopul legii, s-a dat eficiență interpretării stricte a textului legal.

Astfel, în decizia nr. 1018/1997¹⁰ referitoare la reducerea impozitului pe profit datorat de societățile privatizate prin metoda MEBO, s-a interpretat strict textul art. 50 al Legii nr. 77/1994, care dispunea că „beneficiară pe toată durata achitării ratelor sau a rambursării creditorilor ... de reducerea cu 50% a impozitului pe profit”; în acest sens, instanța supremă arată că „din analiza acestui text rezultă că reducerea cu 50% a impozitului se aplică pe toată durata achitării ratelor sau rambursării creditorilor și nu de la data încheierii contractului”.

În decizia nr. 2483/1999¹¹, Curtea Supremă de Justiție a statuat că „împrejurarea că reclamanta a cumpărat o cotă parte din imobilul proprietatea familiei, transferând dreptul de proprietate asupra acestei cote în favoarea sa, ca persoană autorizată pentru exercitarea profesiei de avocat, nu are nici o relevanță juridică, în condițiile în care cota parte respectivă este folosită exclusiv pentru desfășurarea profesiei de avocat, iar dispozițiile art. 77 din Legea nr. 51/1995, art. 4 alin. (2) din O.G. nr. 44/1996, nu condiționează deducerea cheltuielilor efectuate pentru investiții de persoana de la care se achiziționează imobilul cu destinația de cabinet individual de avocatură”.

2.1.4. Interpretarea gramaticală (textuală). Concepția interpretării restrictive

În cazul în care textul fiscal nu este clar, majoritatea doctrinei citate susține că se trece la interpretarea “textuală”, operațiune căreia în dreptul nostru îi corespunde interpretarea gramaticală.

Interpretarea gramaticală a textului fiscal beneficiază de anumite reguli rezultate din evoluția jurisprudenței și doctrinei și ocazională anumite considerații valabile în special în condițiile particulare ale dreptului nostru fiscal, așa cum se prezintă acesta la începutul mileniului trei.

● O constantă în aplicarea metodei gramaticale de interpretare constă în interpretarea restrictivă a textelor fiscale neclare.

Literatura contemporană din Belgia și Franța face o aplicare nuanțată a acestei reguli de interpretare în dreptul fiscal. Metoda interpretării restrictive are o istorie consistentă și este acceptată în toate sistemele naționale de drept neolatine. Explicația aplicării metodei de interpretare restrictivă se bazează pe invocarea aceluși 2 principii cu valoare fundamentală prezentate anterior, astfel:

- principiul legalității impozitelor și taxelor impune ca orice obligație

fiscală să își aibă sursa numai în lege; de aceea, se consideră că ar fi riscant să se atribuie judecătorului posibilitatea de a extinde pe cale de interpretare domeniul impozitelor și taxelor, deci a textelor de asietă;

- principiul egalității contribuabililor în fața impozitelor este invocat în special cu referire la interpretarea restrictivă a dispozițiilor prin care se creează exonerări, reduceri sau atenuări de impozite; orice interpretare care nu este restrictivă ar pune în pericol principiul egalității prin crearea de categorii de privilegiați care nu au fost prevăzute de către legiuitor.

Instanțele franceze superioare – Curtea de casație și Consiliul de stat - au decis, în mod constant, că derogările fiscale sunt de drept strict¹² respectiv că dispozițiile referitoare la exonerări sau atenuări ale impozitelor sunt de strictă aplicare¹³.

O poziție mai nuanțată arată că regula de interpretare restrictivă vizează exclusiv acele dispoziții prin care se restrânge câmpul de aplicare al unor impozite, pentru a nu se crea noi categorii de scutiri neprevăzute de lege. Această concepție dă viață ideii că în dreptul fiscal este interzisă interpretarea prin analogie.

Celelalte dispoziții - în această concepție - pot fi interpretate chiar extensiv de către judecător, practica franceză admitând o interpretare care se bazează pe premisa că “legiuitorul nu a dorit să deroge în nici un fel de la un principiu general de drept cum ar fi principiul egalității cetățenilor în fața sarcinilor publice (impozitelor)”¹⁴.

În același mod nuanțat s-a tratat și conflictul între textul “exonerator” și textul “de asietă”; în cazul în care nu s-a putut stabili care din ele are caracter mai general; astfel, o societate care a devenit contribuabil pentru impozit asupra veniturilor din închirieri a fost totuși exonerată pe baza unui alt text cuprins tot în Codul General al Impozitelor, deoarece clădirea fusese construită înaintea unei anumite date.

● Această concepție este împărtășită și de jurisprudența noastră recentă însă cu aplicație doar la textele de exonerare; în acest sens putem cita Decizia nr. 1230/2000¹⁵ prin care s-a respins solicitarea de a se aplica - și veniturilor realizate din practicarea avocaturii - scutirea de la plata contribuției pentru asigurările sociale de sănătate, în condițiile în care Decretul-lege nr. 118/1990 – invocat – se referea doar la ipoteza în care persoanele vizate – foști deținuți politici – nu realizau venituri decât din drepturile bănești acordate prin acea lege.

Practica noastră actuală a aplicat interpretarea restrictivă indirect, nepermițând interpretarea prin analogie a dispozițiilor exoneratoare din legile fiscale.

Practica interbelică a făcut însă aplicarea interpretării restrictive și la dispozițiile de asietă, un exemplu elocvent fiind Decizia nr. 42/1937 a Tribunalului Neamț, secția a II-a.

Doctrina românească recentă¹⁶ a încercat o conceptualizare a limitelor interpretării stricte, în sensul că s-a apreciat că conceptele juridice trebuie folosite, pe de o parte, în sens larg, pentru a răspunde complexității și caracterului schimbător al vieții sociale, și, pe de altă parte, în sens restrâns, pentru a nu prejudicia securitatea juridică, legalitatea și interesele generale ale societății.

2.1.5. Interpretarea sistematică

● Dacă textul legii fiscale este și după interpretarea gramaticală neclar sau ambiguu și necesită interpretare, se trece la a treia etapă, prezentată în mod diferit, în doctrină. Majoritatea autorilor susțin că se va recurge cu prioritate la o interpretare sistematică (contextuală), în lumina întregului ansamblu al textului fiscal respectiv¹⁷.

Metoda interpretării sistematice (“contextuale”) arată că semnificația unui cuvânt poate fi degajată din citirea sa “în ansamblul frazei respective, capitolului, codului și chiar a întregii legislații, care cuprinde și principiile nescrise” (spre exemplu, principiile de corectă administrare). Opinia dominantă susține că această metodă se bazează și pe prevederile Codului civil care dispune că “toate clauzele convențiilor se interpretează unele prin altele, dându-se fiecăreia înțelesul ce rezultă din actul întreg” (art. 982 C. civ. român, art. 1161 C. civ. belgian, etc.) și care sunt aplicabile și în dreptul fiscal deși evident legea fiscală nu constituie o convenție.

● Jurisprudența noastră a făcut pe larg, în materie fiscală, aplicația

interpretării sistematice, analizând dispozițiile legii fiscale în ansamblul normelor legale în vigoare, incidente în cauză, aparținând altor ramuri ale dreptului.

Astfel, într-o speță¹⁸ referitoare la deductibilitatea fiscală a unor cheltuieli, s-a decis că, în cazul unei societăți comerciale, aceste cheltuieli trebuie dovedite cu documente justificative întocmite în condițiile Legii contabilității nr. 82/1991 (și nu prin înscrisuri sub semnătură privată și martori), lege ce se impune tuturor comercianților, dreptul comun fiind aplicabil necomercianților.

Într-o altă speță¹⁹ legată de data de la care curge perioada de scutire în cazul unei bănci comerciale, s-a decis că aceasta este data obținerii autorizației de funcționare și nu data înmatriculării societății bancare la registrul comerțului, dându-se prioritate legii speciale care reglementa activitatea bancară.

Unii doctrinari din România subliniază importanța pe care o au dispozițiile generale, precum și cele tranzitorii, în interpretarea întregului act, primele fiind considerate “un îndreptar prețios pentru cel chemat să aplice legea”, iar cele din urmă sunt socotite a fi necesare în scopul de “a preveni și elimina eventualele conflicte între normele juridice ale celor două reglementări succesive (retroactivitatea și ultraactivitatea)”²⁰.

2.1.6. Căutarea voinței reale a legiuitorului

● O opinie de autoritate în literatura belgiană²¹ consideră că interpretul trebuie să facă apel, în etapa a 4-a, la lucrările pregătitoare ale legii fiscale ce trebuie interpretate, care pot fi:

- expunerea de motive a inițiatorului legii;
- declarațiile raportorilor la proiectul de lege;
- dezbaterile parlamentare, atât din comisiile de specialitate cât și din plen;
- amendamentele propuse la proiectul de lege.

Esențial este ca, pentru degajarea intenției reale a legiuitorului, să se facă deosebirea dintre acele lucrări ce reflectă opinia corpului legiuitor (Parlamentul) și cele ce reprezintă opiniile unor parlamentari, diferite de cele ale ansamblului parlamentului.

În același sens se arată că, pentru a discerne adevărata intenție a legiuitorului, se poate face apel doar la acele luări de poziție care sunt făcute în interiorul “funcțiunii legislative”, și nu în afara acesteia. Această orientare a fost consacrată și în dreptul nostru în perioada interbelică²².

● În doctrina noastră contemporană²³ s-a arătat că motivarea proiectelor de acte normative – prin expuneri de motive – la legi – și note de fundamentare – la ordonanțe și hotărâri ale Guvernului – are rolul de a furniza interpretului, celor ce aplică legea, argumente de interpretare, de înțelegere a voinței legiuitorului. Conform dispozițiilor art. 31 al. 5 din Legea privind normele de tehnică legislativă, aceste motivări trebuie publicate în Monitorul Oficial, Partea I; această obligație nu a fost respectată consecvent deoarece legea nu stabilește cine este subiectul respectivei obligații, iar motivarea inițiatorului trebuie uneori modificată dacă în textul final al legii apar modificări comparativ cu varianta inițiatorului.

2.1.7. In dubio contra fiscum

Dacă textul nu este clar și dacă interpretarea sa în lumina lucrărilor pregătitoare și a celor de mai sus nu permite a i se stabili sensul, dreptul belgian admite în general că va fi interpretat în sensul cel mai favorabil contribuabilului, aplicând adagiul „in dubio contra fiscum”²⁴; această soluție se explică prin argumentul că nu avem siguranța că legiuitorul și-a dat acordul pentru acest impozit. De asemenea, s-a arătat că dacă există un dubiu real fie asupra întinderii textului fie asupra existenței faptului impozabil sau asupra naturii sale, acest dubiu va fi considerat în favoarea contribuabilului; acest principiu este formulat în adagiul “in dubio contra fiscum”²⁵.

Și dreptul francez a admis că în această fază a operei de interpretare acele dispoziții care nu sunt clare pot beneficia de o interpretare largă prin care se reține un sens favorabil contribuabilului; această soluție conferă eficiență adagiului “in dubio contra fiscum”²⁶. Justificarea acestui adagiu este susținută și de către teoria conform căreia legile fiscale constituie

restrângeri ale libertății individuale; autorii străini consacrați afirmă că acest adagiu a fost menționat încă din dreptul roman și apoi de către Modeste.

2.1.8. Opinii contrare doctrinei dominante

● În sens contrar, o orientare relativ recentă, de natură jurisprudențială, arată că, deși principiul interpretării literale a textelor clare subzistă în toate cazurile, acest principiu este totuși subordonat altor principii, care fac să prevaleze fondul asupra formei; în plus se admite în această concepție ca judecătorul fiscal să facă trimiteri la lucrările pregătitoare chiar și când textul ce trebuie interpretat este clar²⁷. Dacă nici lucrările pregătitoare nu permit a se identifica intenția reală a legiuitorului, în această opinie, judecătorul trebuie să facă apel la principiile dreptului și la concepte elaborate de jurisprudență. Acest punct de vedere este însă minoritar și izolat în ansamblul doctrinei și jurisprudenței moderne de drept francez și belgian.

● Este important de relevat că, deși minoritară, această opinie certifică lipsa unor soluții și concepții unanim împărtășite de doctrina și jurisprudența franceză și belgiană. Prevalența formei asupra fondului poate să nu conducă în toate cazurile la rezultate corespunzătoare, provocând chiar soluții iraționale, absurde, contrare scopului legii, etc.

În acest context trebuie reținut că dezbaterile asupra metodelor de interpretare admise în dreptul fiscal și asupra ierarhiei acestor metode nu este încheiată nici în dreptul francez și nici în cel belgian, în pofida unei coerențe aparent stabile a doctrinei și jurisprudenței din ambele țări.

2.2. Concepția dreptului german

2.2.1. Aspecte teoretice cu caracter general. Interpretarea prin analogie

Conform teoriei larg acceptate în dreptul german, normele juridice fiscale sunt structurate în :

- norme cu scop fiscal, care au ca funcție primară procurarea de resurse necesare bugetului, fiind orientate după principiul capacității contributive;
- norme cu scop social, care au la bază principiul statului social, urmărind armonizarea socială prin redistribuirea veniturilor ridicate și scutirea de impozit a veniturilor mici;
- norme cu scop de simplificare, menite a preveni complicarea și dificultățile în aplicarea legii.

În concepția analizată²⁸, locul pe care-l ocupă voința reală a legiuitorului, mai concret scopul legislației fiscale dobândește o mare importanță în raport cu modul „formal” de abordare a interpretării. Astfel, se consideră că un drept fiscal sistematizat are avantaje de partea sa: claritate, transparență, practicabilitate și opozabilitate.

Dacă lipsește acest sistem interior, de natură teleologică, atunci dreptul fiscal nu face parte din ordinea de drept. Interpretarea, ca descifrare a sensului unei norme este aflarea conținutului valoric sau a finalității tehnice a normei; se afirmă că doar la luarea în considerare a evaluărilor mai profunde se descoperă conținutul teleologic al prevederilor. O interpretare care nu ia în considerare sistemul valoric intern devine o rătăcire metodică.

În ce privește admiterea analogiei, justificarea sa primordială derivă din existența inevitabilă a lacunelor legislative. În concepția germană citată, acestea iau naștere prin aceea că legiuitorul pornește de la anumite principii sau evaluări, dar principiul nu este dus la bun sfârșit în transpunerea normativă; în acest fel este afectată unitatea valorică, se vorbește de o fisurare a sistemului. Lacuna legislativă se poate suplini prin deducerea principiului până la capăt, care se realizează prin aplicare analogă a legii.

Principiul legalității este apreciat în mod diferit de cel acceptat în doctrina franco-belgiană; se arată că principiul legalității impunerii nu constituie un obstacol în interpretarea legii. Ori, dreptul fiscal nu este un drept programat, un *jus strictum* care să permită o singură soluție; tocmai de aceea, în cazurile complexe, în care stabilirea situației de fapt este dificilă, Curtea Federală Germană de Finanțe permite înțelegerile bilaterale, apreciate drept contracte de drept public.

Admisibilitatea interpretării prin analogie

În dreptul german, problema admisibilității interpretării prin analogie este discutată, următoarele argumente fiind aduse în principal în favoarea opiniei care susține analogia.

Analogia se utilizează pentru acoperirea lacunelor legislative, extinzând principiul ce fundamentează o anumită prevedere legală dincolo de înțelesul strict al noțiunilor, depășind litera legii dar prezervând spiritul acesteia.

Lacunele legislative involuntare constau în neconcordanțe ale textului legal cu scopul legii; legiuitorul a avut un anume scop pe care a vrut să-l realizeze dar nu i-a reușit integral. Legiuitorul nu a acoperit scopul urmărit, rezultând o deficiență în transpunerea scopului în stări normative, din motive diferite: fie nu a prevăzut toate stările de fapt, fie nu a fost posibil să le prevadă, pentru că nu se prefigurau la data adoptării legii, fie nu a reușit să se facă înțeles. **Lacunele legislative voluntare** iau naștere când legiuitorul - în mod conștient - nu reglementează un domeniu, în special pentru că nu consideră că ar fi încă necesar și pentru că ar vrea să lase determinarea efectelor juridice jurisprudenței și doctrinei.

Interpretarea prin analogie a fost respinsă din perioada concepției formale asupra statului de drept; după al 2-lea război mondial, tradiția pozitivistă s-a menținut doar în dreptul fiscal, fiind depășită în celelalte ramuri - drept constituțional, administrativ, al muncii, etc. Esența analogiei constă în utilizarea **principiului** care fundamentează o prevedere legală dincolo de înțelesul strict al noțiunilor conținute, în spiritul respectivei legi.

În această concepție, acoperirea lacunelor prin analogie constituie o expresie a principiului democrației ce impune valorizarea voinței neclar exprimate a legiuitorului.

Analogia servește principiului egalității prin exprimarea consecvență a normelor care sunt subordonate legii; ea servește astfel și echității fiscale. Interdicția analogiei este derivată preponderent din principiul securității juridice: securitatea juridică impune ca interpretarea să se oprească la epuizarea sensurilor cuvintelor.

Jurisprudența Curții Federale de Finanțe, deși conține cazuri de motivare prin aplicarea analogiei, s-a pronunțat *expressis verbis* împotriva admiterii analogiei.

Deoarece admisibilitatea analogiei depinde de conflictul dintre caracterul formal și cel material al statutului de drept, în această opinie, preeminența caracterului material al statutului de drept se concretizează în favoarea admiterii analogiei. Nici contribuabilii și nici consilierii lor nu se încred doar în litera legii; conținutul dreptului nu se poate deduce doar din textul de lege sau din pasaje izolate de lege, iar prevederile legale trebuie înțelese ca un tot unitar cu respectarea scopului legii. Înțelesul unei legi rezultă și din prevederile actelor administrative, din jurisprudență, eventual și din doctrină; această afirmație este valabilă nu doar pentru clauzele generale și termenii juridici incerti.

Dacă legiuitorul fiscal indică caracteristicile principale ale conținutului fiscal (subiect fiscal, obiect fiscal, baza de impozitare) atunci concretizarea prin armonizarea teoretică a prevederilor, prin interpretarea și acoperirea lacunelor recunoscute nu constituie o lărgire a conținutului fiscal sau o reinventare a conceptului.

În această opinie se arată că, în final, analogia ca metodă de interpretare, nu constituie o creație autonomă a dreptului ci o componentă a metodei teleologice, înțelese într-un sens larg.

2.2.2. Metodele interpretării legale și ierarhizarea lor

Chiar și doctrina germană recunoaște pericolul care poate surveni în absența unor metode de interpretare pătrunse de o anumită strictețe și obiectivitate. Cu cât funcționarii și judecătorii se supun în mai mică măsură unor reguli metodice, cu cât își urmăresc mai mult propriul bun-simț juridic, convingerea lor subiectivă sau judecățile lor de valoare efectuând deducții și emițând judecăți subiective, operând cu termeni plastici și retorici, cu atât mai mult are de suferit securitatea juridică și eventual egalitatea impunerii - în consecință rezultatul final va fi aleatoriu, supus hazardului. Rolul metodei este de a împiedica obținerea de rezultate iraționale sau emoționale.

Metoda interpretării legii nu își găsește consacrare legală. Ea este în sarcina doctrinei și în cazurile concrete în sarcina jurisprudenței. Știința metodicii nu este unanimă în ceea ce privește faptul dacă la interpretare trebuie luată în considerare voința subiectivă a legiuitorului sau scopul obiectiv al legii. **În general doctrina germană consideră că trebuie pornit de la înțelesul legii (interpretarea gramaticală), dar care este marcat și de istoricul legii (metoda istorico-genetică), de poziția respectivei prevederi în lege (metoda sistematică), de scopul prevederii de interpretat**

(metoda teleologică), dar nu se poate stabili o ierarhie a acestor metode.

A. Interpretarea teleologică și locul ei în doctrina germană

● “Scopul interpretării legii este de a descoperi și clarifica sensul cuvintelor. Ea nu trebuie să rămână la acest prim nivel al sensului literal, ci trebuie să elucideze sensul real al normei de drept. Legile sunt creații teleologice, vizează un scop, sunt mijloace pentru atingerea unui scop. Prin interpretarea teleologică se stabilizează sistemul intern al dreptului, prin simplă filologie sistemul teleologic poate fi destabilizat.

Prin urmare nu este corect să se așeze o interpretare gramaticală, istorico-genetică, sau sistematică în același rang de importanță cu interpretarea teleologică. Acestea ar fi greșite fără o luare în considerare a scopului legii; gramatica, geneza și sistematica sunt doar mijloace pentru constatarea unui scop al legii.

Noțiunile își extrag precizia de conținut din însăși finalitatea legii: o interpretare care nu se raportează la scopul legii este incompletă. Fără a ține seama de scopul legii și a începe cu litera legii este imprudent și duce la o întrerupere prematură a interpretării, cu indiciul că litera legii este suficient de clară. Dacă litera legii este clară este tot o problemă de interpretare, care însă nu poate fi apreciată fără luarea în considerare a scopului.

În concepția jurisprudenței și literaturii, sensul posibil al unui cuvânt constituie limita interpretării; cazului concret trebuie să-i corespundă sensul cel mai exterior, care mai este posibil. În cazul sensurilor cuvintelor există limite care provin din convențiile comunității de limbă. Acestea nu pot fi depășite de cel care face aplicarea legii²⁹.

● În dreptul fiscal german este deosebit de importantă distincția între norme cu scop fiscal, norme cu scop social, și norme de simplificare. Bineînțeles că interpretarea nu se poate orienta în ceea ce privește scopul fiscal după scopul dreptului fiscal de a obține venituri, ci după scopul normelor fiscale de a distribui sarcina impozabilă după un criteriu determinat pe fiecare contribuabil în parte. Ca și criteriu este folosit mai ales principiul capacității contributive cu subprincipiile sale.

Normele cu scop social se interpretează după scopul lor social, ele sunt normele de dirijare, de îndrumare.

Este controversat în ce măsură are prioritate intenția legiuitorului în momentul promulgării legii (teoria subiectivă) sau dacă a existat un scop obiectiv al legii care trebuie luat în considerare (teoria obiectivă); ce se înțelege prin scopul obiectiv al legii, este destul de neclar. În ce privește teoria ce ar trebui să prevaleze, în concepția Curții Constituționale se ține seama de voința obiectivizată consacrată în prevederea legală; se pare deci că nu se ține seama de voința internă a legiuitorului.

Teoria subiectivă corespunde mai bine principiului democratic, dar teoria obiectivă permite detașarea de voința subiectivă a legiuitorului în favoarea unor criterii obiective. Ambele teorii fac față cu greu imperativului securității juridice. În dreptul german se consideră că nici una din cele două teorii nu trebuie utilizată în mod exclusiv. În măsura în care este posibil, trebuie constatat ce a urmărit legiuitorul cu respectiva lege. Noțiunile valorizatoare care sunt condiționate temporal și sunt condiționate și de societate sunt apreciate după concepțiile actuale.

B. Metoda istorică

Scopul legiuitorului este căutat în istoricul legii, în dezbaterile preliminare, în expunerile de motive, prevederile preambulului actului normativ respectiv, proiecte de lege, circumstanțele inițiativei de lege într-un context istoric dat sau în alte izvoare. În procedura legislativă germană trebuie să existe o motivație a Guvernului, luarea de poziție a Consiliului Federal, protocoalele și rapoartele comisiilor parlamentare.

Astfel, legiuitorul ar ușura mult munca celor care aplică legea, dacă pe lângă aceasta ar publica și o motivație care să servească pentru înțelegerea legii. Motivația Guvernului nu trebuie în mod necesar să constituie motivația respectivului act normativ. Atât timp însă cât nu există o motivație oficială a legii, atunci cel care aplică legea trebuie să pomească de la aceea că legiuitorul și-a însușit motivația altor inițiatori de lege, sub rezerva ca din alte materiale, în special raportul comisiei fiscale, să reiasă altceva.

C. Metoda sistematică

● Ea încearcă să dobândească cunoștințe despre scopul legii din sistemul sau contextul exterior, din poziția articolului de lege în ordinea juridică, în lege, în paragraf, în contextul paragrafelor. Se ține seama de legătura termenului de interpretat cu dispoziții din același act sau din altul. Indicii pot constitui și titlurile legilor sau părților din lege.

Scopul legii se poate desprinde și în mod inductiv din mai multe prevederi legale. Cel care face aplicarea legii trebuie să o înțeleagă în mod unitar, el trebuie să descopere legături și să facă conexiunile de rigoare; în caz de îndoială trebuie să pomească de la premisa că legiuitorul nu a vrut să declanșeze contradicții, ci a vrut să integreze prevederile noi emise în legea existentă.

D. Interpretare conformă cu Constituția

Dacă există mai multe posibilități de interpretare, atunci are prioritate cea compatibilă cu Constituția sau care corespunde cel mai bine cu Constituția.

Conformitatea sistemului stă în strânsă corelație cu Constituția. Fisurile sistemului indică atingeri aduse principiului egalității; concluzia ar fi că legiuitorul trebuie să emită doar prevederi care se integrează armonios în sistem. Dacă soluția conformă cu Constituția transgresează sensul posibil literal și implicit depășește limitele interpretării, atunci se renunță la interpretarea conformă cu Constituția și se ia în considerare analogia conformă cu Constituția.

E. Interpretare conformă cu Directivele Uniunii Europene

Prevederile care se bazează pe transpunerea directivelor comunitare trebuie interpretate în conformitate cu acestea, pentru că în caz de îndoială trebuie considerat că legiuitorul național a vrut să ducă la îndeplinire directiva comunitară; pe această bază este obligatorie și jurisprudența Curții Europene de Justiție. Numai dacă legiuitorul a vrut în mod evident să nu urmeze directiva comunitară, atunci se exclude o interpretare conformă cu directivele a legii naționale. În astfel de cazuri, contribuabilul se poate raporta în mod direct la directivă.

F. Interpretarea gramaticală

Dacă celelalte metode nu sunt utile atunci rămâne orientarea după **litera legii**. De exemplu, poate fi necesară la facilități fiscale, unde se cere o detaliere a premiselor conținutului faptic. În primul rând trebuie găsit registrul lingvistic din domeniul din care provine noțiunea.

În lipsă de alte prevederi trebuie pomit de la premiza că în limbajul juridic noțiunile deja cunoscute trebuie să aibă sensul care le-a fost atribuit și anterior.

Raportat la concepțiile majorității profesioniștilor dintr-o anumită ramură de activitate, luarea în considerare a scopului legii nu are voie să treacă în plan secund.

2.3. Situația dreptului fiscal italian

● Într-o lucrare recentă de sinteză³⁰ din dreptul italian se arată că, în dreptul fiscal, interpretarea trebuie să se conducă după criteriile general admise și în celelalte ramuri ale dreptului.

Astfel interpretul trebuie, pe de o parte, să evite invadarea domeniului legiuitorului, asigurând coerența dintre normă și interpretare și pe de altă parte, să emită o interpretare care să fie în același timp rațională și conformă cu celelalte norme din sistem.

Constituie deja o regulă consacrată în doctrină că trebuie să se adopte principiile hermeneutice normale, adică interpretarea literală (bazată pe studierea semnificației literale a textului) urmată de cea logică (bazată pe o analiză a dispoziției în complexitatea sa) și de cea sistematică (bazată pe coordonarea dintre dispoziția legală cu celelalte norme), ținându-se seama tot timpul de *ratio legis*.

Observăm o ierarhizare originală a metodelor de interpretare: succesiunea susținută de către doctrina franceză și belgiană se menține – metoda

gramaticală este urmată de cea sistematică – însă între ele se interpune metoda interpretării logice. În plus se precizează că în permanență trebuie ținut seama de *ratio legis*; considerăm că sensul atribuit aici expresiei „*ratio legis*” ne conduce la interpretarea teleologică, cerându-se respectarea scopului legii. În consecință, în succesiunea celor 3 etape ale interpretării se ține seama întotdeauna de scopul care l-a motivat pe legiuitor; **deci interpretare teleologică este admisă nu doar în subsidiar, ci în paralel, venind „în concurs” cu celelalte metode „clasice” de interpretare a normelor fiscale.**

Remarcăm că intercalarea „metodei” logice de interpretare nu este de loc întâmplătoare, având un anumit suport în realitate; astfel și în practica instanței noastre supreme există multe decizii în care se invocă argumente de logică juridică, interpretarea rațională, etc. (infra, nr. 263)

În ce privește interpretarea, un suport legal se găsește în dreptul italian, în dispozițiile Legii nr. 212/2000 privind statutul contribuabilului. Spre exemplu, art. 1 al. 2 precizează că interpretarea autentică poate fi realizată doar în cazuri excepționale și doar pe calea unei legi ordinare.

● Cu privire la “princiipiile” interpretative specifice dreptul fiscal, în concepția citată acestea sunt în număr de două, astfel: principiul “salto” (scutirea de impunere) și principiul interzicerii dublei impuneri interne; în baza primului veniturile trebuie să fie întotdeauna impozitate, cu excepția situației când există un motiv justificat pentru a le scuti, în timp ce, în baza celui de al doilea, impunerea nu poate fi niciodată făcută de două ori asupra aceleași materii.

În ce privește interpretarea prin analogie, autorul arată că, deoarece uneori legea conține “spații” nereglementate, interpretul este obligat să recurgă la altă dispoziție care, deși nu reglementează aceeași ipoteză, are o rațiune similară acesteia. Nu este însă permisă analogia în materia:

- sancțiunilor penale,
- a normelor de înlesnire,
- a impozitelor cu caracter ocazional.

Legea fiscală nu este diferită de orice altă lege, având în vedere că acesteia i se aplică toate procedurile tehnice prevăzute pentru interpretarea normei. În doctrina italiană se menționează că în dreptul fiscal operațiunea de interpretare este adesea complexă având în vedere următoarele considerente:

- legiuitorul utilizează în mod obișnuit un limbaj foarte tehnic, dar nu întotdeauna precis;
- uneori lipsesc din textul normelor fiscale dispoziții cu caracter general;
- căutând rațiunea care a stat la baza normei, adesea trebuie să se facă o identificare a unor elemente politico-economice și tehnico-financiare.

Admisibilitatea interpretării prin analogie

Părerile legate de admisibilitatea analogiei în dreptul fiscal italian contemporan sunt diferite, astfel:

■ ALESSI consideră ca fiind inadmisibilă analogia pentru că aceasta contravine principiului legalității prevăzut de art. 23 din Constituția Republicii Italiene cu precizarea că inadmisibilitatea privește doar normele substanțiale.

■ MICHELI însă consideră că este admisibilă utilizarea analogiei, mai puțin în materia sancțiunilor penale și în cea a impozitelor cu caracter excepțional.

■ LUPI admite utilizarea analogiei și o consideră necesară având în vedere numeroasele lacune din legislația fiscală.

2.4. Metodele de interpretare practicate în dreptul fiscal român

2.4.1. Considerații introductive

În dreptul nostru fiscal „renăscut” după 1989 nu există o opinie dominantă asupra metodelor de interpretare admisibile, marea majoritate a autorilor rămânând la nivelul dezbaterilor din teoria generală a dreptului.

Este firesc ca într-o atmosferă de continuă instabilitate, nici doctrina, nici jurisprudența - în special cea a Înaltei Curți de Casație și Justiție, secția contencios administrativ - să nu beneficieze de posibilitatea sedimentării teoretice a metodelor de interpretare admisibile și nici a ierarhiei acestora.

Așa cum am încercat să ilustrăm cu ocazia prezentării doctrinei franceze și belgiene, instanța noastră supremă a intuit această orientare doctrinară și a aplicat-o în multe decizii de speță, încercând să stăvilească tendințele de evaziune fiscală efectuate la adăpostul unor „acoperiri” teoretice; ceea ce nu a reușit însă jurisprudența a fost curmarea abuzului autorității fiscale, în practica sa de interpretare extensivă în favoarea fiscului, care s-a făcut simțită mai ales în primul deceniu după Revoluție, probabil pe fondul unei lipse cronice de resurse a bugetului statului.

În această atmosferă „furtunoasă” de renaștere a capitalismului, practica instanțelor noastre este eterogenă, oscilând puternic între extremele metodelor de interpretare, aplicând metode de interpretare înainte de a li se fi dovedit admisibilitatea teoretică.

Luând în considerare tendințele din dreptul continental, analizate anterior, tradiția dreptului nostru fiscal dar și stadiul actual al doctrinei și jurisprudenței considerăm necesar și util un demers de adaptare al progreselor teoretice la realitățile actuale ale României.

Fără ca această adaptare să constituie o inovație, cerințele stringente ale dezvoltării activității economice reclamă o metodologie consecventă, de largă recunoaștere, care să conducă la o anumită uniformizare a practicii, necesară pentru a asigura stabilitatea și predictibilitatea soluțiilor instanțelor.

Adaptarea metodelor acceptate în dreptul continental la realitățile românești

2.4.2. Interpretarea teleologică

● Tradiția dreptului fiscal neolatin interzice interpretarea teleologică. În această concepție, scopul urmărit de către legiuitor nu este folosit pentru a putea descifra clauzele neclare; o astfel de opțiune ar putea conduce la dezbateri asupra scopului legii în cazul în care acesta este neclar sau dacă pur și simplu legea nu conține un scop declarat.

Deci, nu se admite apelul la scopul legii în cazul în care acesta nu este clar exprimat de către legiuitor; per a contrario, dacă însăși legea de interpretat indică în mod clar, neechivoc, scopul său, acesta poate constitui un instrument util de interpretare, în vederea identificării aceluși sens care conferă efecte juridice respectivului text.

Trebuie să arătăm că în multe din legile noastre contemporane care conțin și dispoziții fiscale, intenția legiuitorului rezultă cu claritate chiar din titlul legii: spre exemplu, legislația ce are ca scop stimularea investițiilor (directe, străine, majore etc.); în acest caz nu poate fi vorba de admiterea interpretării teleologice. În conceptul franco-belgian de interpretare a dreptului fiscal este interzisă interpretarea teleologică, definită însă ca “aceea care se bazează pe scopul neexprimat însă presupus al legiuitorului”³¹.

● Considerăm că în stadiul actual al dreptului nostru fiscal, scopul legii poate și trebuie să constituie un element important în opera dificilă de interpretare a legilor fiscale.

O primă justificare a acestei afirmații o constituie lipsa de surse care sunt în mod tradițional utilizate pentru interpretare: majoritatea textelor fiscale sunt încorporate fie în ordonanțe ale Guvernului, fie în legi care nu fac obiectul dezbaterii, ci sunt adoptate prin procedura asumării responsabilității. Drept urmare, nu există dezbateri parlamentare care să dea indicii despre sensul, intenția reală a legiuitorului. Menționăm că și în cazurile în care textele fiscale sunt încorporate în legi ce parcurg traseul obișnuit, dezbaterile din comisiile de specialitate ale Parlamentului nu sunt publicate; ceea ce se publică este doar ordinea de zi a acestora.

În al doilea rând, în climatul actual, există o serie de direcții de acțiune ale Guvernului, făcute publice, anumite exigențe care sunt proclamate drept prioritare în documentele programatice ale Guvernului, în acordurile semnate cu UE, Banca Mondială, etc. În acest context, sunt emise acte normative cu caracter fiscal sau mixt care au ca scop – enunțat uneori chiar în titlu – încurajarea, stimularea unor activități, sectoare – de exemplu, Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, Legea nr. 133/1999 privind stimularea întreprinzătorilor privați pentru înființarea și dezvoltarea întreprinderilor mici și mijlocii. Alte legi își arată scopul în preambul, cum ar fi Legea nr. 35/1991 privind regimul investițiilor străine (abrogată) care dispunea că “în vederea atragerii investițiilor străine în România, se adoptă prezenta lege care cuprinde

dispoziții de natură să asigure investitorilor străini garanții și facilități”. Pentru astfel de legi, considerarea scopului lor nu face decât să răspundă chiar acelei necesități de interes public pentru satisfacerea căreia ele au fost edictate. Aplicând la aceste cazuri interpretarea teleologică, se rezolvă în sensul aplicării legii conflictul dintre o interpretare care nu ar conduce la aplicarea legii și interpretarea ce conduce la producerea de efecte juridice ale acelei norme (*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*).

● Interpretarea după sensul pe care a dorit să-l impună legiuitorul va fi ușurată în viitor, în condițiile în care tehnica de legiferare se va conforma prescripțiilor impuse de Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative³². Articolul 29 al acestui act normativ impune ca proiectele de acte normative să fie însoțite de următoarele documente de motivare: expuneri de motive - în cazul proiectelor de legi și al propunerilor legislative, note de fundamentare - în cazul ordonanțelor și al hotărârilor Guvernului, referate de aprobare - pentru celelalte acte normative; expunerile de motive, notele de fundamentare și referatele de aprobare constituie instrumentele de prezentare și motivare ale noilor reglementări propuse. Motivarea trebuie să cuprindă nu numai informații referitoare la necesitatea intervenției normative, principiile reglementării și finalitatea urmărită, dar și referiri la compatibilitatea cu legislația comunitară.

În doctrină s-a apreciat că motivarea proiectelor actelor normative “are rol istoric, furnizând celor ce aplică legea argumente de interpretare, de înțelegere a voinței legiuitorului”³³.

● Trebuie să subliniem că instanța noastră supremă a procedat deja în sensul propus mai sus, respectiv a luat în considerare scopul legii fiscale, însă nu în principal, ci în subsidiar, alături de interpretarea strictă a respectivului text.

Astfel, în Decizia nr. 1018/1997 (precitată), făcând aplicarea interpretării stricte a art. 50 din Legea nr. 77/1994, referitoare la durata pe care se aplică reducerea de 50% asupra impozitului pe profit, s-a arătat că reducerea respectivă constituie “o facilitate făcută în scopul de a nu împovăra societatea în timpul cât plătește ratele”.

Într-o altă decizie³⁴, instanța supremă a refuzat impozitarea unui câștig la jocul Robingo invocând atât textul legal, care se referea la câștiguri permanente, fixe, dar și “rațiunea scutirii de impozit a premiilor date la aceste concursuri ... pe de o parte, de a stimula aceste activități, iar pe de altă parte, de atragere a unui număr cât mai mare de concurenți”.

2.4.3. Interpretarea prin analogie

● Aceeași concepție, dominantă în unele țări de drept latin, se opune interpretării normelor de drept fiscal prin analogie. Explicația acestei poziții constă în riscul dublu pe care analogia o poate genera pe de o parte pentru contribuabili prin extinderea nelegală a textelor de asietă și pe de altă parte pentru buget (stat) prin extinderea nejustificată a dispozițiilor exoneratoare.

Această regulă, unanim împărtășită în literatura franceză și belgiană invocată, a fost aplicată deja în perioada interbelică și de către instanțele noastre; astfel, într-o speță referitoare la impozitarea produselor petrolifere, Tribunalul Neamț³⁵ a admis apelul contribuabilului împotriva procesului-verbal prin care era impozitat țiteiul, cu următoarea motivare: “produse petrolifere sunt cele rezultate din prelucrarea țiteiului prin diferite operațiuni. Având în vedere că art. 2 prevede expres care sunt aceste produse petrolifere, între care nu se vede țiteiul, iar art. 5 prevede că țiteiul intrat în fabrică servește ca materie primă pentru obținerea derivatelor prevăzute în art. 2. Din toate aceste texte de lege rezultă evident că țiteiul nu este produs petrolifer în sensul textului din legea menționată mai sus, ci este materie primă din care se extrag produsele petrolifere, singurele cărora li se aplică această lege în ce privește producerea și desfacerea și numai aceste produse sunt supuse taxării nu și țiteiul”.

● Considerăm că în stadiul actual al dreptului nostru fiscal, care a rămas în urma dezvoltării vieții economice și sociale, aplicarea cu prudență a interpretării prin analogie împiedică transformarea dreptului fiscal într-o frână a dezvoltării.

Un exemplu edificator în acest sens îl constituie textele legale în vigoare

înainte de 2004 care acordau o reducere a impozitului pe profit pentru veniturile realizate de agenții economici români din export (art. 2 al. 3 din Legea nr. 414/2002). Într-o astfel de speță, societatea comercială nu avea decât activitate de export, iar sumele încasate din export se depuneau la bancă generând dobânzi care constituie venituri impozabile pentru societate. În acest caz, având în vedere sursa exclusivă a acestor dobânzi, este logic ca reducerea de impozit să vizeze și dobânzile, nu doar sumele încasate de la clienții externi. Deși nici legea nici normele de aplicare nu prevedeau nimic în acest sens, este evident că textul legal trebuie extins prin analogie și la dobânzile ce-și au sursa în aceste venituri (*accessorium sequitur principalem*), mai ales că în vremuri de inflație ridicată, dobânda nu însemna un câștig net ci protecția acelor sume împotriva deprecierii în termeni reali adică menținerea capacității de funcționare, de reluare a producției la același nivel.

2.4.4. Echitatea, ca metodă de interpretare

Dreptul de sorginte latină se diferențiază substanțial în materia interpretării, de dreptul anglo saxon. În primul rând, dreptul latin, cu tradiția sa de drept scris, nu admite apelul la echitate în materie de interpretare; în acest sens s-a arătat că „întinderea legii fiscale nu poate fi restrânsă sub pretext că textul conduce la nedreptăți”³⁶. Din acest punct de vedere dreptul britanic, care în prezent dobândește tot mai mult teren și pe continent - spre exemplu în Olanda și Germania - admite regulile echității, în virtutea îndelungatei tradiții britanice a curților ce judecau în echitate (sec.XV-XIX); totodată, calitatea de izvor de drept a jurisprudenței favorizează extinderea unor soluții bazate pe echitate, mai ales în cazurile în care norma scrisă este neclară.

În cadrul unor dezbateri pe această temă, existente în prezent în țările al căror drept a constituit izvorul dreptului nostru (Franța, Belgia, Italia) majoritatea doctrinei a rămas atașată valorilor tradiționale ale dreptului scris și interpretării stricte a textelor legale, respingând conceptul de echitate ca bază a interpretării.

După cum am arătat, în concepția continentală, datorită locului preminent al principiului legalității se consideră că există foarte puțină libertate de acțiune pentru celelalte principii ale dreptului; această concepție are ca avantaje protejarea atât a veniturilor statului împotriva interpretării extensive de către contribuabili a excepțiilor și scutirilor cât și protecția contribuabililor împotriva extinderii sensului textelor de asietă de către administrație la cazurile neprevăzute de lege.

În societatea noastră, în acest moment, considerăm că această concepție trebuie să prevaleze pentru a îngrădi comportamentele arbitrare, voluntariste, de ambele părți - contribuabil și administrație - care s-au manifestat mult prea des în ultimii 15 ani pentru a putea crede în instaurarea prea curând a unui climat de fair-play guvernat de scrupulozitate și rigoare. Datorită acestor mentalități, în cazul țării noastre, recursul la echitate constituie o soluție pentru viitor, având ca premisă esențială o societate mai dezvoltată, mai bogată, cu un nivel al bunăstării deja distribuit în mod mai echitabil decât în prezent.

Susținem această soluție chiar dacă și în Constituția României, spre exemplu, sunt utilizate noțiuni cum ar fi “așezarea justă a sarcinilor fiscale”, ca exigență a sistemului legal de impuneri; chiar numai și încercarea de a interpreta această dispoziție, de a încadra textele fiscale de asietă în sensul “așezării juste” poate conduce la periclitarea, prin subiectivism, a întregului sistem fiscal care nici așa - fapt demonstrat - nu poate asigura colectarea impozitelor și taxelor legal stabilite.

Alte metode și repere ale interpretării utilizate în dreptul fiscal român

2.4.5. Interpretarea rațională

● Unele decizii recente ale Înaltei Curți de Casație și Justiție par să contureze o orientare a acestei instanțe către soluții în care se face apel îndeosebi la noțiunile de rațiune, logică, etc.

Astfel, într-o primă decizie³⁷ s-a făcut mențiunea expresă că soluția rezultă “din interpretarea rațională a acestor norme juridice”.

Un alt exemplu de folosire a criteriului interpretării raționale îl găsim tot într-o decizie a instanței noastre supreme³⁸, care statuează în sensul că: “taxa pentru jocuri de noroc se datorează proporțional cu perioada de funcționare

când cazinourile funcționează - o fracțiune de timp dintr-un an calendaristic”, iar “din interpretarea rațională a acestor norme juridice” rezultă că fracțiunea de timp nu poate fi diminuată prin deducerea zilelor de nefuncționare și nici nu poate fi restrânsă la perioade ce cumulează exclusiv zilele de funcționare a cazinoului.

Într-o altă decizie³⁹ s-a arătat că nu există nici un argument logic, din punct de vedere al regimului fiscal, care să justifice de ce pentru un amestec de carne în care s-au adăugat condimente să se plătească TVA dublu față de același produs fără condimente.

În fine, într-o altă decizie⁴⁰ se face trimitere la logica textului; “este împotriva logicii textului să se considere ca accizabil numai alcoolul ca atare, în stare (relativ) pură, iar nu și orice alt preparat conținând în proporție semnificativă alcool”.

● Am observat că dreptul fiscal italian consacră interpretarea logică în urma celor literale și înaintea celei sistematice ca ierarhie a metodelor recomandate.

În lipsa unei teorii a interpretării în materie fiscală, considerăm că pe bună dreptate instanțele recurg frecvent la utilizarea interpretării raționale sau logice care beneficiază de o recunoaștere incontestabilă în dreptul nostru.

Aceste metode trebuie utilizate însă cu prudență pentru a nu fi încălcată voința clar exprimată a legiuitorului. Astfel se pot scoate în evidență anumite incoerențe, inconsecvențe ale textului legal care nu au putut fi observate în momentul legiferării și care trebuie corectate prin interpretare; recomandabil este să se analizeze noile soluții prin prisma mai multor metode de interpretare pentru a se analiza dacă acestea nu contravin rezultatelor obținute prin aplicarea altor metode de interpretare (teleologică, istorică, etc.)

● În repetate rânduri instanțele noastre și-au justificat soluțiile invocând argumente trase din “economia legii”.

Astfel într-o speță⁴¹ s-a decis că “economia art. 54 tinde spre a paraliza o urmărire fiscală”.

Într-o altă speță⁴² se consideră că “din întreaga economie a legii contribuțiilor directe rezultă că scopul și obiectul acestei legi este – în mod exclusiv – acela de a pune la dispozițiunea fiscoului, ca organ de administrație și gestiune publică, normele și modalitățile necesare pentru stabilirea și realizarea drepturilor sale”.

Această formulare se întâlnește și în jurisprudența contemporană, mai ales cea de drept fiscal. Considerăm că “economia legii” ar putea fi o trimitere la interpretarea sistematică, la scopul legii, etc. însă mai degrabă se referă la logica internă a textului fiscal, privit ca întreg, la coerența sa internă.

Având în vedere necesitatea unor argumentări mai clare, așezate pe valorile tradiționale ale teoriei generale a dreptului nostru, considerăm că ar fi preferabil să fie utilizate argumente clasificabile și identificabile între metodele de interpretare consacrate și unanim recunoscute; în acest sens “economia” legii rămâne un termen imprecis.

2.4.6 Texte legale aplicabile din alte acte normative

Codul de procedură fiscală⁴³ prevede la art. 13 că “interpretarea reglementărilor fiscale trebuie să respecte voința legiuitorului așa cum este exprimată în lege”.

Din acest text al Codului de procedură fiscală rezultă o anumită prioritate a interpretării stricte și o consacrare a abandonării, în dreptul fiscal, a principiului căutării voinței reale a legiuitorului (supra, nr. 216); astfel avem confirmarea orientării legiuitorului nostru fiscal în direcția doctrinei franco-belgiene care produce mai puține surprize prin aplicarea strictă a textului legii.

Cu toate acestea, textul art. 13 nu poate fi folosit ca argument suprem de interpretare față de realitățile textului fiscal, față de greșelile – inerente – datorate presiunii timpului sub care lucrează Ministerul Finanțelor ca inițiator, în numele Guvernului, etc.

Exemplul cel mai relevant în acest sens îl constituie poziționarea textelor referitoare la regimul fiscal al sponsorizării și mecenatului, în varianta inițială a Codului fiscal la cap. 3 „Aspecte fiscale internaționale” din Titlul II (Impozitul pe profit).

Evidența eroare de așezare în text a fost îndreptată de către Comisia

centrală fiscală prin decizia de interpretare nr. 2/2004⁴⁴; cu toate acestea dovada necesității unei interpretări suplă, care să țină seama și de rezultatele altor metode decât cea recomandată de art. 13 Cod de procedură fiscală a fost făcută.

2.4.7. Normele de tehnică legislativă consacrate în Legea nr. 24/2000, repere importante în interpretarea dispozițiilor legale

Analizând sensurile și modurile de utilizare a cuvintelor, noțiunilor și termenilor de către legiuitor, în doctrina noastră actuală⁴⁵ s-au formulat următoarele concluzii:

◆ când legiuitorul recurge la definirea unor termeni sau expresii, el face acest lucru pentru a conferi acestor noțiuni un înțeles diferit de cel comun;

◆ aceste definiții nu pot fi extrapolate de la un act normativ la altul, și nici de la o ramură de drept la alta, în afara unei împuterniciri legale date în acest sens de către legiuitor;

◆ conceptele juridice trebuie folosite:

- atât în sens larg, pentru a răspunde complexității și caracterului schimbător al vieții sociale;

- și în sens restrâns pentru a nu prejudicia securitatea juridică, legalitatea și interesele generale ale societății, spre ex. în situații ce necesită precizie în aprecierea drepturilor și obligațiilor fundamentale ale cetățenilor;

- regula de bază a tehnicii legislative constă în utilizarea limbajului comun, a termenilor uzuali din limbajul cotidian;

- termenii juridici consacrați nu pot fi înlocuiți de cuvinte apropiate ca sens, din limbajul comun.

În consecință, termenii care nu fac parte din limbajul comun precum și cei cărora li se conferă un alt sens decât cel consacrat trebuie definiți de către legiuitor care să arate în mod clar înțelesul în care îi folosește.

2.4.8. Interpretarea istorico – genetică

Considerăm că, pentru a nu deveni o frână în calea dezvoltării societății noastre, interpretarea noțiunilor de drept fiscal trebuie să fie una dinamică, ce ține seama de originea actului normativ și de necesitatea de a da noțiunilor sale fundamentale o interpretare în acord cu accepțiunea lor curentă, în acord cu stadiul de dezvoltare – practic de civilizație al societății respective. În acest context se impune analiza critică a unor dispoziții din Codul fiscal.

În dreptul fiscal modern, nu se admit ca deductibile fiscal cheltuielile somptuarii, cum sunt yachturile, limuzinele, casele de vacanță, etc.; această situație este valabilă atât în dreptul francez cât și în cel belgian, în dreptul nostru fiscal, etc.

Pe de altă parte, se pune problema sensului evolutiv al unor noțiuni ce desemnează cheltuielile comercianților, în contextul deductibilității fiscale a tuturor cheltuielilor efectuate în scopul realizării veniturilor.

Cheltuielile efectuate în scopul realizării veniturilor trebuie să primească sensul adecvat gradului de dezvoltare – de civilizație – a unei societăți, spre exemplu:

- cheltuielile pentru apa minerală, cafea, aer condiționat, etc., într-o interpretare restrictivă (strictă), s-ar putea considera că nu sunt necesare (afereente) obținerii veniturilor, deoarece cu câțiva ani în urmă aceste „facilități” nu erau disponibile în România; în prezent acestea trebuie considerate normale având în vedere standardele acceptate ale civilizației, ale societății contemporane.

- cheltuielile de transport la tren clasa I, avion, etc., devin treptat acceptabile ca fiind adecvate unui trai civilizat, a unor condiții normale de lucru.

Aceste evoluții sunt concordante și cu principiul libertății de gestiune care împiedică administrația fiscală să se amestece în managementul societății, dacă societatea nu lucrează în pierdere.

2.4.9. Detalierea unor reguli/proceduri de interpretare

A. Necesitatea interpretării

Așa cum am arătat anterior, în accepțiunea franco-belgiană se consideră că un text clar nu se interpretează, fără însă a se analiza criteriile clarității

Un exemplu “clasic” de text neclar îl constituie art. 1 al. 1 lit. c) al

Ordonanței Guvernului nr. 70/1994 privind impozitul pe profit (în prezent abrogată) care prevedea că sunt exceptate de la plata impozitului organizațiile de nevăzători și de invalizi, asociațiile persoanelor handicapate și unitățile economice ale acestora, constituite potrivit prevederilor Legii nr. 21/1924 pentru persoanele juridice (abrogată).

Unii contribuabili au încercat să speculeze textul invocând scutirea pentru societăți comerciale cu asociat unic o persoană fizică cu handicap, deși intenția legiuitorului a fost evident în sensul scutirii unităților economice ale asociațiilor persoanelor handicapate. Cuvântul “acestora” se referă la asociațiile persoanelor handicapate, deși din text se poate afirma că se referă la persoanele cu handicap. În speța dedusă judecării instanța a folosit ca argument de interpretare pluralul de la “persoane” pentru a impune soluția conformă voinței reale – dar confuz exprimate – a legiuitorului.

Pentru a delimita textele fiscale clare care necesită interpretare de cele neclare, următoarele considerații sunt aplicabile:

Un text clar:

- conține noțiuni ce beneficiază de definiții cuprinse în Codul fiscal sau în alte legi în vigoare la care Codul face sau nu trimitere sau în Dicționarul Explicativ (Dex.);

- are o structură morfologică și sintactică adecvată, acceptată în limba română;

- răspunde cerințelor legisticii formale așa cum sunt acestea analizate în Lege (Legea nr. 24/2000) și în doctrină.

Un text neclar:

- conține noțiuni și expresii vagi, imprecise, generale, neexplicate (ex: scop economic – art. 11 al. 1 Cod fiscal);

- conține noțiuni cu mai multe sensuri, toate acceptabile în contextul actului respectiv;

- are noțiuni interpretate de administrație în sens irațional, chiar absurd; spre ex. practica de până în 2004 a administrației fiscale de a considera mijloacele fixe second hand ca amortizabile, pe durata integrală de funcționare prevăzută de lege pentru un mijloc fix nou, practică ce conduce la o soluție absurdă, la un adevărat *perpetuum mobile*, în caz de înstrăinări succesive ale respectivului mijloc fix.

B. Succesiunea metodelor de interpretare

Conform concepției franco-belgiene, interpretarea unui text neclar se face în ordine aplicând metodele interpretării gramaticale și apoi sistematice, dacă interpretarea strictă, literală, nu a dat rezultate. Totuși, considerăm că nu poate fi stabilită o ierarhie a metodelor de interpretare; având în vedere dispozițiile art. 13 Cod procedură fiscală, trebuia respectată voința legiuitorului formal, exteriorizată în textul legii, deci în mod strict.

Doctrina italiană pune interpretarea logică între cea literală și cea sistematică și le condiționează pe toate de examinarea permanentă a scopului legii, a „economiei” legii (*ratio legis*).

Doctrina germană în schimb pare să acorde prioritate interpretării teleologice, rolului interpretului de a realiza deplina adecvare a textului formal al legii la voința prezumată a legiuitorului.

În dreptul român este prematur a se face o ierarhizare a metodelor de interpretare precum și a se stabili o succesiune a etapelor interpretării.

Considerăm că interpretarea textelor fiscale trebuie să fie strictă, riguroasă, chiar restrictivă asupra excepțiilor și exonerărilor; limita interpretării stricte o constituie însă adecvarea normei fiscale la realitate, momentul la care interpretarea strictă se transformă în obstacol în calea progresului, într-un instrument inadecvat care nu poate percepe realitatea economică și în alt sens decât cel exclusiv fiscal.

Administrația fiscală trebuie să-și bazeze abordarea nu numai pe regula “acea interpretare care aduce cei mai mulți bani la buget” deoarece acesta nu are la bază nici un principiu clar enunțat și recunoscut în legislație. Interpretarea trebuie să aibă ca fundament o anumită logică ce “ține” în toate cazurile, doar atunci constituind o regulă, un principiu constant invocabil.

În acest cadru chiar interpretarea strictă poate fi periculoasă sau dăunătoare pentru buget deoarece în unele cazuri, aplicată consecvent, poate conduce la perceperea unui impozit mai mic decât cel realmente datorat (a se vedea pct. 257, supra).

Totuși, pentru a se evita speculațiile, evaziunea fiscală, etc. aplicarea

dispozițiilor art. 11 al. 1 Cod fiscal – principiul realității economice – se poate constitui într-un instrument util pentru reprimarea evaziunii dar și pentru elaborarea unor soluții juste, raționale, stabile, care să conducă la promovarea unor reguli și principii demonstrabile, acceptabile atât de către fisc cât și de către contribuabili.

(urmare în numărul viitor)

Note

¹ F. Vanistendael, *Les principes generaux de droit en droit fiscal*, Revue Generale de Fiscalite (R.G.F.), 4, apr. 1991, p. 124

² A. Juste, *Les principes de bonne administration en droit fiscal*, R.G.F., mai 1995, p. 160

³ Pentru detalii, a se vedea: M.șt. Minea, *Elemente de drept financiar internațional*, Ed. Accent, Cluj-Napoca, 2001

⁴ P.-F. Racine, in *Revue française de jurisprudence fiscale*, no. 7/1983, p. 381 și urm.

⁵ Cass, 12 febr. 1940, Pas, 1940, I, 48

⁶ A. Tiberghien, *Petit cours d'interpretation*, R.G.F., aug.-sept. 1993, p. 212

⁷ J.C. Martinez, P. di Malta, *Droit fiscal contemporain*, Tome 1, Paris, 1986, Litec, p. 47

⁸ A. Juste, *op. cit.*, R.G.F. mai 1995, p. 160

⁹ C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, ed. Dalloz, Paris, 2000, 3eme ed., p. 31

¹⁰ D. Florescu, Th. Mrejeru, D. Safta, Marieta țepeș, *Legislație și jurisprudență financiară și fiscală*, Ed. Continent XXI, 1999, p. 46-49

¹¹ Revista „Juridica” nr. 5/2000, p. 205

¹² Com 20 iulie 1973, Bull. civ. IV, no. 261 – citat în P. Serlooten, *op. cit.*, p. 25

¹³ CE, 9 iulie 1975, CE 9 febr. 1983 – citate în P. Serlooten, *op. cit.*, p. 25

¹⁴ P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Precis Dalloz, Paris, 2001, p. 25-26

¹⁵ Publicată în „Buletinul jurisprudenței”, 2000, Ed. Juris Argessis, 2002, p. 532-537

¹⁶ I. Vida – *Manual de legistică formală*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 79

¹⁷ P. Serlooten, *Traite de droit commercial*, (G. Ripert, R. Roblot), L. G.D.J., Paris, 1997, Tome 3, 5^{eme} ed., p. 24 și urm.

¹⁸ Decizia nr. 2317/1997 a CSJ, secția contencios administrativ, în M. Preda, V. Anghel, *op. cit.*, p. 824

¹⁹ Decizia nr. 315/1997 a CSJ, secția contencios administrativ, în D. Florescu, Th.

Merjeru, D. Safta, Marieta țepeș, *op. cit.* p. 29-32

²⁰ I. Vida – *op. cit.*, p. 98-99

²¹ A. Tiberghien, *Manuel de droit fiscal*, 1999, Ed. Larcier, Bruxelles, 5^{eme} ed., p. 77-78

²² C. Apel București, s. a V-a, Dec. 137/18.03.1939, Revista Jurisprudența Fiscală, 1939, p. 339

²³ I. Vida, *op. cit.*, p.127 și urm.

²⁴ Cass, 24 oct. 1938, Pas 1938 I, p. 331, cass, 28 mai 1942, Pas 1942 I, p. 134,

Bruxelles, 9 iun. 1987, FJF no. 87/178 – citate în M. Dasse, P. Minne, *Droit fiscal*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2001, 5^{eme} ed., p. 60

²⁵ Cass, 28 mai 1942, Journ. prat. droit fiscal, fin., 1942, p. 45, citat în Tiberghien, *Manuel de droit fiscal*, p. 79; în același sens, A. Juste, *op. cit.*, p. 161

²⁶ P. Serlooten, *op. cit.*, p. 25-26

²⁷ C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, *op. cit.*, p. 33

²⁸ K. Tipke, J. Lang, *Steuerrecht*, Ed. Dr. Otto Schmidt, Koeln, 2002, ed. 17, p. 110 și urm

²⁹ K. Tipke, J. Lang, *op. cit.*, p. 135

³⁰ Gianni de Luca, „*Diritto tributario*” Ed. Simone, 2003, p. 45 și urm.

³¹ A. Tiberghien, *Petit cours d'interpretation*, R.G.F., august - septembrie 1993, p. 213

³² Legea nr. 24/2000 republicată în Monitorul Oficial nr. 777/25.08.2004

³³ I. Vida, *op. cit.*, pg. 123

³⁴ Decizia nr. 233/1997 a CSJ, secția contencios administrativ, în D. Florescu, Th. Merjeru, D. Safta, Marieta țepeș, *op. cit.*, p. 116-118

³⁵ Sentița nr. 42/22.02.1937 a Trib. Neamț, secția a II-a, în Revista “Jurisprudența Fiscală”, 1938, p. 27-29

³⁶ M. Dasse, P. Minne, *op. cit.*, p. 59

³⁷ Decizia CSJ, secția contencios administrativ, nr. 746/2000, în Th. Mrejeru, E. Albu, A. Vlad, *Curtea Supremă de Justiție. Contencios Administrativ. 2000*, Ed. RA Monitorul Oficial, București, 2002, p. 228-230

³⁸ Decizia nr. 746/2000 a CSJ – s.c.a., în Th. Mrejeru, E. Albu, A. Vlad, “Jurisprudența CSJ pe anul 2000”, Ed. R.A. “Monitorul Oficial”, București, 2002, p. 228-230

³⁹ Decizia CSJ, secția contencios administrativ, nr. 1323/2000, în Th. Mrejeru, E. Albu, A. Vlad, *Curtea Supremă de Justiție. Contencios Administrativ. 2000*, Ed. RA Monitorul Oficial, București, 2002, p. 282-284

⁴⁰ Decizia CSJ, secția contencios administrativ, nr. 1612/2000, în Th. Mrejeru, E. Albu, A. Vlad, *Curtea Supremă de Justiție. Contencios Administrativ. 2000*, Ed. RA Monitorul Oficial, București, 2002, p. 346-347

⁴¹ Trib. Ilfov, sent. 1397/6 noiembrie 1937 în Rev. „Jurisprudența fiscală”, 1938, p. 365

⁴² Înalta Curte de Casație, secțiuni unite, Decizia nr. 172/20 aprilie 1939, în Rev.

„Jurisprudența fiscală”, 1938, p. 419

⁴³ O.G. nr. 92/2003 (modificată)

⁴⁴ Publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 376 din 29 aprilie 2004

⁴⁵ I. Vida, *op. cit.*, p. 73 și urm.

Procedura colectivă... în colectiv restrâns

Paradoxuri și capcane în procedura insolvenței

Prof.univ.dr. Ion Turcu

Drd. Simona Szabo
Judecător, Curtea de Apel Cluj

I. Lungul drum al procedurii către insolvență

Insolvența și cadrul legislativ adecvat. Cadrul legislativ al insolvenței nu poate fi concordant cu cerințele obiective ale economiei tranziției, dacă nu este integrat armonios în sistemul legislației naționale, în ansamblul reglementărilor vieții economice. Aceste reglementări clare și coerente trasează limitele legale de comportare pe piață și sancțiunile încălcării lor, conferind entităților vizate siguranța și previzibilitatea necesare unei activități corecte, inclusiv în confruntarea cu fenomenul inerent economiei de piață al insolvenței proprii sau al insolvenței partenerilor de afaceri.

Contrar aparențelor și mentalității generate de spiritul Codului Comercial din secolul al XIX-lea, legislația actuală a insolvenței se caracterizează, preponderent, prin protecția împotriva urmării silite private, în detrimentul unei politici economice sănătoase și a ocrotirii locurilor de muncă, dar și prin combaterea fraudelor, a transferurilor ilicite și a economiei subterane.

O legislație a insolvenței adecvată nu poate și nu trebuie să tindă la suprimarea legilor economice ale pieței, în special a libertății concurenței între entitățile prospere și cele insolvente.

Obiectivele procedurii insolvenței. Principala menire a legii insolvenței este de a institui criteriile corecte de operare și tratament față de debitorul insolvent. În accepțiune restrânsă ea conține normele de procedură colectivă a executării silite față de anumite entități. În sens larg, ea se extinde și la dispozițiile legale reglementând efecte mai ample ale fenomenului economic, reglementări aparținând legilor societăților comerciale, ale activității instituțiilor de credit, concurenței comerciale, legislației muncii, fiscalității, dreptului procesual, etc. De aceea, este obligatoriu ca legea insolvenței să determine cât mai precis posibil relația sa cu „dreptul comun” la care face apel în subsidiar, în special relația cu Codul de procedură civilă.¹ Totodată, legislații complementare trebuie să ofere soluții adecvate privind protecția creditorilor și echilibrul corect între interesele acestora și interesele legitime ale debitorilor, ocrotirea salariiștilor prin menținerea locurilor de muncă, standarde uniforme și obligatorii pentru contabilitate și situații financiare, represiunea penală a faptelor antisociale în domeniu, sistemul eficient de garanții ale obligațiilor și facilitarea utilizării acestora.

Legea privind procedura insolvenței trebuie să fie integrată ca o piesă funcțională a mecanismului legislativ. Acest mecanism are rolul de a ilumina, cu minimum de costuri, precum și de a sancționa entitățile care au suferit din cauza comportamentului ilicit dar totodată trebuie să protejeze, în măsura permisă, pe cele care au eșuat din motive neimputabile.

Ca fenomen economic complex, insolvența îi vizează în primul rând pe creditorii. Comerțul modern se bazează pe creditul comercial, pe încrederea acordată partenerului că își va plăti la scadență datoria. Neplata, datorită insuficienței fondurilor disponibile, constituie un incident grav care, în anumite împrejurări, poate degenera într-un lanț de incapacități de plată și chiar într-o criză sistemică.

Fiind cei mai afectați de insolvența debitorilor, creditorii trebuie să dețină rolul principal în procedura insolvenței. Justiția își limitează rolul la controlul legalității procedurii.

Cauzele insolvenței. Tranziția îi confruntă pe agenții economici cu realități noi: libera concurență, reducerea sau suprimarea ajutorului de stat, schimbarea orientării consumului, etc. Capacitatea de reacție la aceste încercări dure² diferă de la o entitate la alta și deține într-o măsură

importantă, dar nu exclusiv, de calitatea și loialitatea managementului. Ar fi nerealistă explicația eșecurilor exclusiv prin cauze interne. Blocajul financiar, cu efect de domino, poate deveni statornic și victimele nu sunt întotdeauna culpabile. Eliminarea de pe piață a entităților care au suferit din cauza insolvenței poate avea drept consecință înființarea sau extinderea altor entități, în timp ce terapia cu fonduri publice practică în anii anteriori era sortită să prelungească agonia, întârziind, cu costuri importante pentru contribuabili, deznodământul fatal.

Guvernarile succesive au ezitat să treacă la reforme radicale: exigență bugetară fără excepții, disciplină financiară riguroasă, privatizare rapidă, restructurare pe criterii strict economice. S-a omis în același timp aplicarea fără părtinire a procedurii insolvenței față de toate entitățile, indiferent de forma proprietății.

Un nou drept al omului? Am relevat anterior³ că subcapitalizarea legal tolerată este una dintre cauzele vulnerabilității debitorului la atacul insolvenței. Nu numai mărirea capitalului social, ci mai ales cuantumul fondurilor bănești constituite ca aporturi la capital sau care rezerve sunt relevante pentru solvabilitatea probabilă, pe termen scurt, a unei entități aflate sub incidența dispozițiilor legale privind procedura insolvenței.

Încă o dată, actualitatea românească este desprinsă din Caragiale. După opiniri care au durat ani buni, s-a ajuns de la capitaluri derizorii la capitaluri ridicole, de 200 lei (RON) pentru SRL și respectiv, 2.500 lei (RON) pentru SA, iar mult trâmbițata reformă se limitează la majorarea capitalului SA la 25.000 euro de la sfârșitul lunii octombrie 2006.

Aparent, pentru această reformă, nu are nici o relevanță realitatea statistică în conformitate cu care mai mult de 80 procente din numărul societăților comerciale active sau apte de a deveni active în orice moment, sunt societăți cu răspundere limitată care continuă să sfideze minusculul capital de 200 lei (RON).

Asemenea înjghebări suspecte sunt, în bună parte, ursite din naștere să afișeze „FALIMENT” pentru a se pune sub protecția justiției imediat ce și-au atins scopul și au dat „tepe” sau „tunuri” atât partenerilor de afaceri, cât și băncilor. Pentru a veni în întâmpinarea „onorabilelor” aspirații nu avem nevoie de nici un viitor model francez, pentru că ne-am croit deja modelul nostru danubiano-pontic care permite debitorului să ceară deschiderea procedurii insolvenței în caz de iminență a instalării acestei stări de fapt. Incontestabil că este irezistibil seducătoare formula trilogiei franceze: „detectare, prevenire, tratament” inspirată de practica medicală. Este, cel puțin, un sprijin legal pentru debitorul onest, dar ghinionist, care merită a doua șansă, în stilul american.

Mai presus de orice contestare și minimizare a meritelor noii proceduri, credem că se cuvine să remarcăm tendința de a privi facilitarea accesului la procedură ca fiind expresia unui nou drept al omului – dreptul de a falimenta.

II. Incontestabilele merite ale noii proceduri a insolvenței

Perpetuum mobile. Împreună cu legislația privatizării, care deține recordul modificărilor, legea insolvenței reprezintă un poligon favorit de testare a reformei legislative.⁴ În 9 ani, între 1995 și 2006, s-au operat 4 reforme majore: 1) de la Codul comercial din secolul XIX direct la modelul american prin Legea nr. 64/1995; 2) o majoră modificare la 106 articole din 130 operată prin Legea nr. 99/1999; 3) în 2002 o nouă reformă prin OG nr. 38/2002 și Legea nr. 82/2003 cu 134 modificări; 4) a patra reformă în 2004 cu alte 122 de modificări; o nouă lege în 2006. Chiar și după amendările

succesive, Legea nr. 64/1995 a rămas marcată de importante defecte: lacunară, contradictorie, echivocă, greșit asamblată, etc. De aceea a devenit obligatorie o lege nouă, substanțial diferită, care, probabil, nu va reprezenta ultima formă a acestei proceduri.

Înclinând balanța dreptății, când spre creditor, când spre debitor, chiar și după succesele reforme, scopul procedurii insolvenței rămâne constant: plata datoriei către creditori.

O procedură ideală este aceea care oferă maxima recuperare a creanțelor în minimum de timp și cu costuri minime.

Diversificarea procedurilor – răspunsul mult așteptat la sfidările realității. Legea nr. 85/2006 reglementează două proceduri alternative: procedura generală (art. 3 pct. 24) și procedura simplificată (art. 3 pct. 25).

În anii tranziției o constantă și abundentă producție legislativă a avut ca obiectiv simplificarea procedurilor de acces la statutul de comerciant sau de necomerciant care desfășoară activități economice a avut ca rezultat o proliferare paroxistică a subiecților de drept cu vocație de a intra sub incidența procedurii insolvenței. Creșterea explozivă a numărului acestor entități nu a fost acompaniată de o creștere economică pe măsură. Conformându-se constatărilor și recomandărilor Băncii Mondiale, legislația insolvenței a marcat o nouă reformă, care se caracterizează, printre altele, prin răspunsul corect la imperativele etapei: facilitarea accesului la piață prin replică ieșirii de pe piață a entităților neperformante.

Ca și în alte state, viața noastră economică a confirmat tendința de a stagna la cifră statistică minoră reorganizării reușite, majoritatea covârșitoare a procedurilor deschise finalizându-se prin eșecul planului sau prin procedura falimentului. Pentru a atinge acest rezultat, în regimul Legii nr. 64/1995, se permitea derularea unei proceduri îndelungate și costisitoare.

Costurile erau acoperite, de multe ori, din fondul comun constituit în acest scop și nu din averea debitorului. Consumul neproductiv pentru creditori și societate era amplificat de pierderile generate și acumulate în procedura nerealistă și nereușită de încercare a redresării. Eșecul reorganizării precum și neutilizarea procedurii reorganizării se înregistrează statistic mai ales la entitățile cu cifră de afaceri și cu număr de salariați minore. Sub aspect statistic, peste 90 procente din societățile comerciale susceptibile de a intra în insolvență sunt întreprinderi mici și foarte mici. Această categorie de persoane juridice deține o pondere importantă de circa 2/3 din subiecții înregistrați în Registrul comerțului și la nivel național mai mult de jumătate din firmele înregistrate se află în procedură de lichidare judiciară. Unica procedură oferită de Legea nr. 64/1995 s-a dovedit a fi exorbitantă pentru aceste mici și minuscule entități, amenințând cu epuizarea fondului comun al cheltuielilor de procedură și cu invadarea rolului instanțelor. Aceste constatări au impus măsuri legislative energice și eficiente pentru consacrarea celor două proceduri alternative, procedura simplificată și procedura generală.

Conform art. 3 pct. 25 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, procedura simplificată reprezintă procedura prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin (2) intră direct în procedura de faliment, fie o dată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 60 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele arătate la art. 1 alin. (2) lit. c) și d).

Spre deosebire de procedura simplificată, procedura generală este aceea prin care un debitor, care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (1), fără a le îndeplini simultan și pe cele de al art. 1 alin. (2) intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare și procedura de faliment, sau separat, numai în reorganizare judiciară sau doar în faliment.

În alin. (2) al art. 1 enumerarea debitorilor supuși procedurii simplificate cuprinde și caracterizarea stării anormale a acestora: nu dețin bunuri; actele constitutive, documentele contabile sau administratorii sunt de negăsit; sediul nu mai există sau nu mai corespunde adresei din Registrul comerțului. În aceste împrejurări nefirești, legea prevede măsuri pentru încercarea reconstituirii averii debitorului și a evidenței contabile a debitorului, stabilind sarcini pe seama lichidatorului și a creditorului care a cerut deschiderea procedurii (art. 55, 56, 58).

Alte inovații ale noii proceduri. După valorificarea experienței dobândite în aplicarea legii precedente, noua lege redefiniște rolul judecătorului-sindic, în sensul degrevării acestuia de responsabilitățile care depășesc condiția sa de magistrat. Decizia economică aparține creditorilor și practicienilor în insolvență. Rolul de control al legalității procedurii și diminuarea cazurilor de autoinvestire devin coordonatele principale ale

implicării magistratului. Rezultă astfel o recompunere esențială a fișei postului de judecător-sindic.

Noi raporturi se stabilesc între judecătorul-sindic și practicianul în insolvență. Criteriile desemnării practicianului sunt reglementate la art. 19. Oferta de preluare găsește numai o acceptare provizorie din partea judecătorului-sindic, valabilă până la prima adunare a creditorilor, care, la recomandarea comitetului creditorilor va desemna definitiv practicianul, stabilindu-i și remunerația. Creditorii minoritari pot contesta desemnarea majoritară dar numai pentru motive de nelegalitate. Concomitent sunt lărgite responsabilitățile practicianului și sunt reglementate mijloacele care asigură responsabilizarea acestuia.

Se amplifică rolul adunării creditorilor și al comitetului creditorilor. Acesta din urmă dobândește statutul de organ deliberativ în etape decisive ale procedurii, inclusiv în desemnarea practicianului.

Inovații importante sau realizat în reglementarea etapelor procedurii, reducându-se în același timp termenele pentru efectuarea actelor procedurale și simplificarea modalităților de citare, notificare și comunicare.

Un merit care se cere a fi evidențiat îl reprezintă și definirea termenilor în art. 3, contribuind astfel la restrângerea fenomenului de jurisprudență neuniformă.

Noua procedură este menită să consolideze eficiența reorganizării și să restrângă șansele abuzului de această procedură.

Schimbări importante s-au operat în ceea ce privește procedura de votare a planului, ordinea de prioritate a distribuțiilor periodice și a distribuțiilor finale și situațiile de închidere a procedurii.

Noua lege prevede cazurile de incompatibilitate pentru practicieni și consolidează controlul creditorilor asupra actelor și măsurilor administratorului judiciar/ lichidatorului. La votarea planului participă o categorie nouă de creditori, furnizorii vitali ai debitorului.

Toate aceste merite ale noii proceduri, precum și posibilitățile de ameliorare continuă a noului text vor genera teme de meditație și de exprimare în doctrina și în jurisprudența noastră.

În cele ce urmează vom schița câteva aspecte mai puțin izbutite ale noii legislații.

III. Paradoxuri și capcane

A. Paradoxuri reale și paradoxuri aparente

1. Procedura colectivă...în colectiv restrâns

Actuala procedură a insolvenței nu este lipsită de paradoxuri.

Pe de o parte, oricărui creditor, acționând individual și exclusiv în propriul interes, îi este legal permis să ceară deschiderea procedurii insolvenței, să acționeze în procedură pentru valorificarea creanței sale, înregistrând cererea de participare a creanței la procedură, contestând creanțele altor creditori, atacând măsurile administratorului/lichidatorului și hotărârile judecătorului-sindic.

Pe de altă parte, caracterul colectiv al procedurii impune manifestarea voințelor creditorilor concurenți în cadru organizat: adunarea creditorilor și comitetul creditorilor, în vederea exercitării drepturilor și intereselor colective.

În opinia noastră, nu este, însă, exclusă ipoteza neconstituirii comitetului creditorilor, fie datorită faptului că judecătorul-sindic a omis să-l desemneze, fie datorită împrejurării că adunarea creditorilor nu l-a ales, fie datorită situației particulare a numărului restrâns de creditori.

O situație limită, dar nu fantezistă, este aceea a creditorului unic, care poată să apară, la prima impresie, bizară.

Legea nr.85/2006 în art.2 și art.3 pct.3 accentuează, prin repetare, într-o manieră care exclude orice interpretare alternativă, caracterul colectiv al procedurii insolvenței, ceea ce presupune că în procedură sunt implicați cel puțin doi creditori.

Totodată, este indiscutabil, că procedura insolvenței prezintă unele avantaje atât pentru debitor (posibilitatea reorganizării) cât și pentru creditori (posibilitatea utilizării dispozițiilor art.73 alin.(2) din Legea nr.31/1990 și a dispozițiilor art.138 din Legea nr.85/2006 contra administratorilor). Aceste instrumente nu stau la dispoziția creditorului în procedura executării silite reglementată de Codul de procedură civilă sau în procedura reglementată de Codul de procedură fiscală.

Întrebarea care se naște este aceea dacă este îngăduit creditorului să invoce un avantaj legal (de exemplu art.79 din Legea nr.85/2006) pentru a eluda o cerință legală (colectivitatea creditorilor prev. de art.3 pct.3) ?

Un răspuns afirmativ îl poate oferi art.31 alin.(1): „orice creditor” (deci și unul singur) și art.34 alin.(1): nici un creditor nu și-a înregistrat creanța, cu consecința revocării hotărârii de deschidere a procedurii la cererea debitorului și închiderea procedurii.

Așadar, procedura **colectivă** este inițiată de **un singur creditor** și totodată poate fi deschisă la **unica** cerere a debitorului.

Se impune o remarcă: numai în cazul unei cereri a debitorului este prevăzută stoparea procedurii, revocarea hotărârii de deschidere și pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii.

Nici un text similar, care să dispună închiderea procedurii, nu poate fi identificat, în cazul deschiderii procedurii la cererea unui creditor, dacă la expirarea termenului prevăzut la art.134 nu s-au mai înregistrat și cererile altor creditori.

Concluzia paradoxală : procedura insolvenței își poate urma cursul și cu un singur creditor.

Asemenea asociatului unic al S.R.L., acest creditor își va asuma rolul de adunare a creditorilor și de comitet al creditorilor.

Un argument suplimentar poate fi dedus din textul art.237 din Legea nr.31/1990 care permite oricărui creditor să ceară tribunalului dizolvarea societății în situațiile menționate.

Este frapantă asemănarea situațiilor enumerate la art.237 al Legii nr.31/1990 cu situațiile reglementate la art.1 alin.(2) al Legii nr.85/2006 privind deschiderea procedurii simplificate a insolvenței:

Legea nr.85/2006

„Art.1 (2) Procedura simplificată prevăzută în prezenta lege se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență, care se încadrează în una dintre următoarele categorii:

a)comercianți, persoane fizice, acționând individual;
b)asociații familiale;
c)comercianți care fac parte din categoriile prevăzute la alin.(1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții:

- 1.nu dețin nici un bun în patrimoniul lor;
- 2.actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;
- 3.administratorul nu poate fi găsit;
- 4.sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;

d)debitori care fac parte din categoriile prevăzute la alin.(1), care nu au prezentat documentele prevăzute la art.28 alin.(1) lit. b),c), e) și h) în termenul prevăzut de lege;

e)societăți comerciale dizolvate anterior formulării cererii introductive;
f)debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment sau care nu sunt îndreptățiți să beneficieze de procedura de reorganizare judiciară prevăzută în prezenta lege”.

Legea nr.31/1990

„Art.237 (1) La cererea oricărei persoane interesate, precum și a Oficiului Național al Registrului Comerțului, tribunalul va putea pronunța dizolvarea societății în cazurile în care:

- a)societatea nu mai are organe statutare sau acestea nu se mai pot întruni;
- b)societatea nu a depus, în cel mult 6 luni de la expirarea termenelor legale, situațiile financiare anuale sau alte acte care, potrivit legii, se depun la oficiul registrului comerțului;
- c)societatea și-a încetat activitatea, nu are sediul social cunoscut ori nu îndeplinește condițiile referitoare la sediul social sau asociații au dispărut ori nu au domiciliul cunoscut sau reședința cunoscută;
- d)societatea nu și-a completat capitalul social, în condițiile legii.

Dacă se acceptă principiul continuării procedurii insolvenței cu un singur creditor, acesta poate uza de dispozițiile art.79 și următoarele pentru a cere anularea unor acte ale debitorului, ca și dispozițiile art.138 pentru a se stabili răspunderea membrilor organelor de conducere ale debitorului.

În concluzie finală **în mod paradoxal, caracterul colectiv al procedurii insolvenței pare a fi de natura dar nu și de esența acestei proceduri.**

2.Imparțialitatea judecătorului-sindic

- a) Judecătorul-sindic este sau nu este „o instanță”?

Textul art.5 alin.(1) prevede că: „Organele care aplică procedura sunt: instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul”.

Subtitlul Secțiunii 1 din Capitolul II se precizează că toate procedurile sunt de competența tribunalului și sunt exercitate de un judecător-sindic.

Paradoxal, deși art.5 enumeră distinct instanțele judecătorești și judecătorul-sindic, secțiunea a 2-a este consacrată exclusiv judecătorului-sindic.

Incontestabil, judecătorul-sindic este o instanță, instanța fondului și în mod firesc titlul Secțiunii 1 îl cuprinde și pe el, dar datorită importanței deosebite, primordiale a acesteia, este consacrată integral Secțiunea a 2-a.

- b) Independența, imparțialitatea și incompatibilitatea judecătorului-sindic

Conform textului alin.(2) al art.12 „Dispoziția 24 alin.(1) din Codul de procedură civilă privind incompatibilitatea nu sunt aplicabile judecătorului-sindic care pronunță succesiv hotărâri în același dosar, cu excepția situației rejudicării, după casarea hotărârii în recurs.”

Comparând textul citat cu cel din art.312 alin.(3) și 304 Cod procedură civilă rezultă o situație paradoxală: judecătorul-sindic este considerat ca incompatibil numai în cazurile prevăzute la art.304 pct.1,2,3,4 și 5, dar nu și în situațiile prevăzute la art.304 pct.6,7,8 și 9.

Cele patru situații prevăzute la art.304 pct.6-9 sunt următoarele:

„6. Instanța a acordat mai mult decât s-a cerut, ori ceea ce nu s-a cerut;
7.Hotărârea nu cuprinde motivele pe care se sprijină sau cuprinde motive contradictorii ori străine de natura pricinii;

8.Instanța interpretând greșit actul juridic dedus judecății, a schimbat natura ori înțelesul lămurii și vădit neîndoielnic al acestuia;

9.Hotărârea pronunțată este lipsită de temei legal ori a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a legii;”

Este evident că în toate cele patru situații de mai sus judecătorul fondului s-a pronunțat substanțial asupra raportului juridic dintre părți și a devenit inapt în etapa rejudicării după admiterea recursului sau, în cazul procedurii insolvenței el a devenit neadecvat pentru a continua procedura după ce a fost modificată o hotărâre, ca urmare a admiterii recursului, pentru oricare dintre motivele prevăzute la art.304 pct.6-9.

Cu toate acestea, paradoxal, textul art.12 alin.(3) nu îl consideră nepotrivit.

Credem că remediul poate fi oferit de instituția imparțialității consacrată la art.6 al Convenției europene a drepturilor omului: (**Corneliu Birsan, Marius Eftimie, Convenția europeană a drepturilor omului, Editura Hamangiu 2006, pag.10 „Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa.”**)

Imparțialitatea obiectivă („funcțională”) se bazează pe aparențe care ar putea naște suspiciunea de lipsă a imparțialității judecătorului. Imparțialitatea nu este asigurată atunci când justițiabilul poate, în mod legitim, să se teamă că judecătorul s-ar simți legat de hotărârea pronunțată anterior. (Jean-François Renucci, Droit Européen des Droits de L'homme, 2^e édition, LGDJ Paris 2001, pag.213). „Această simplă îndoială, oricât de puțin justificată ar fi ea, este suficientă pentru a altera imparțialitatea tribunalului în cauză”. (CEDO, Cazul PROCOLA contra LUXEMBURGULUI, Vincent Berger, Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, Institutul român pentru drepturile omului, București 1997, pag.169).

Un judecător nu încalcă obligația de imparțialitate prin simplul fapt că intervine de două ori în același proces. Pentru a reține că judecătorul nu este imparțial, este necesar ca prima lui intervenție să exprime o apreciere care, în mod obiectiv, să apară ca putând să aibă o influență asupra celei de a doua intervenții.

Astfel, de exemplu, judecătorul care a menținut starea de arest preventiv, și-a format convingerea unei vinovății „foarte clare” a inculpatului și de aceea imparțialitatea lui „putea să pară un subiect de îndoială iar temerile petiționarului în această privință pot fi considerate ca justificate în mod obiectiv.” (CEDO, CAZUL HAUSCHILDT contra DANEMARCEI, Vincent Bergher, op. cit. pg.174).

CEDO a precizat că orice judecător despre care se poate crede, în mod legitim, că ar fi lipsit de imparțialitate, poate fi recuzat și trebuie să se abțină, atât recuzarea cât și abținerea fiind garanții ale imparțialității și ale unui proces echitabil.

Principiul separației funcțiilor justiției se aplică puternic. Unele neliniști ar putea fi provocate de generalizarea judecătorului unic la prima instanță, care măresc suspiciunile de lipsă a imparțialității subiective („personale”).

În concluzie, imparțialitatea judecătorului nu este asigurată ori de câte ori justițiabilul, în mod legitim, poate să se teamă că judecătorul s-ar simți legat de autorizarea pe care a dat-o anterior. Această simplă îndoială este suficientă pentru a considera inexistentă imparțialitatea instanței.

Curtea de Apel Paris a decis la 25 februarie 2005 (RG 04/07412, Porche/Coudray est Qualites), ca urmare a unei sesizări din oficiu, că principiile convenționale ale procesului echitabil sunt incompatibile cu situația de rejudecare a unui proces de către același magistrat pentru că nu se asigură imparțialitatea subiectivă a judecătorului.

Comentând această decizie, Jean-Luc Vallens, magistrat al Curții de Apel Strasbourg și profesor la Universitatea Robert Schumann din Strasbourg, se întreabă dacă întotdeauna identitatea judecătorului este de natură a inspira temerea unei lipse de imparțialitate. În opinia autorului menționat, Curtea de Apel Paris s-a dovedit a fi mai severă decât Curtea Europeană a Drepturilor Omului care exercită un control aprofundat asupra diligențelor succesive ale judecătorilor implicați în cauză mai înainte de a reține atingerea adusă imparțialității. După această jurisprudență a Curții de Apel Paris imparțialitatea își va găsi locul însă nu vor fi satisfăcute nici celeritatea nici exigențele unei bune administrări a justiției.

Concluzionând, pentru a elimina situația paradoxală actuală, se impune ca textul alin.(3) al art.13 să fie interpretat în sensul că nu numai în cazul casării hotărârii sale, ci și în cazul modificării acesteia de către instanța de recurs, judecătorul-sindic nu mai poate instrumenta în acel dosar.

Efectele incompatibilității și al recuzabilității pe temeiul dispozițiilor art. 27 pct.7 C. proc. civ., Jurisprudența, ca și doctrina sunt divizate în ceea ce privește determinarea consecințelor legale care decurg dintr-o astfel de incompatibilitate (art. 24) sau recuzabilitate (art. 25 pct.7) în situația reglementată de art.12 alin.(2) teza finală.

Într-o opinie, incompatibilitatea operează strict în aspectul la care s-a referit casarea. Numai acest aspect va fi rejudecat de un alt magistrat, Judecătorul-sindic desemnat inițial va continua procedura în același dosar, fără să fie incompatibil.

În opinia noastră, această soluție nu este infailibilă.

Textul art.12 alin.(2) se referă explicit la dispozițiile art.24 alin.(1) C. proc. civ. care precizează că „judecătorul care a pronunțat o hotărâre într-o pricină nu poate lua parte la judecata aceleiași pricini în apel sau în recurs și nici în caz de rejudecare după casare.”

Expresiile „același dosar” (art. 12 alin.(2) din Legea 85/2006) și „aceeași pricină” (art. 24 C. proc. civ.) sugerează întregul dosar și nu doar un segment izolat.

Așadar, judecătorul-sindic devine incompatibil să continue procedura în acel dosar după ce a fost casată una dintre hotărârile sale.

Este inevitabil ca starea de incompatibilitate să fie constatată cu întârziere după executarea hotărârii pronunțate și eventual după pronunțarea și executarea și a altor hotărâri în perioada de timp care se scurge până la pronunțarea deciziei de casare cu trimitere.

Sub un alt aspect, este important să se rețină că judecătorul-sindic devine recuzabil și este obligat să se abțină (art. 25, 27 pct.7 C. proc. civ.) după ce i-a fost modificată în recurs o hotărâre. Abținerea se referă la întregul dosar și nu doar la un episod al soluționării lui.

În această situație se poate genera un conflict ireconciliabil între fapte și lege.

Faptele se opun aplicării legii pentru că nici un tribunal nu are suficienți judecători-sindici pentru a prelua toate dosarele în care alții au devenit recuzabili sau incompatibili.

Fără îndoială că acest argument, de fapt, oricât ar fi de puternic, nu poate fi acceptat în motivarea unor hotărâri judecătorești.

Capcana are, totuși, o ieșire de salvare, în textul art. 149 al Legii nr. 85/2006.

Dispozițiile art. 149 sunt menite să reglementeze raportul dintre Legea nr.85/2006 ca lege specială, pe de o parte și Codul de procedură civilă ca „drept comun” pe de altă parte.

Conform art. 721 C. proc. civ., „dispozițiile codului de față alcătuiesc procedura de drept comun în materie civilă și comercială. Ele se aplică și în materiile prevăzute de alte legi în măsura în care acestea nu cuprind dispoziții potrivnice”, iar în concordanță cu textul citat art. 149 al Legii 85/2006 prevede că dispozițiile acestei legi se completează, **în măsura compatibilității lor**, cu cele ale Codului de procedură civilă, Codului civil, Codului comercial român și al Legii nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței.

În opinia noastră, din dispozițiile art.12 alin. (2) se poate degaja un principiu al procedurii insolvenței, **principiul continuității judecătorului-sindic.**

În virtutea acestui principiu, judecătorul-sindic va continua să instrumenteze dosarul în toate situațiile admiterii recursului împotriva uneia dintre hotărârile sale, cu singura excepție pe care o prevede alin. (2) art. 12 pentru că celelalte situații apar ca incompatibile cu acest principiu.

3. „Interesul concursual al creditorilor”

Este firescă și pe deplin justificată promovarea interesului individual al fiecăruia dintre creditorii, la concurență cu ceilalți, fiecare creditor să-și maximizeze recuperarea creanței. Procedura este **colectivă** pentru că îi obligă pe toți creditorii să se reunească într-o singură procedură comună. Ea este **concurșuală** (concurențială) pentru că interesul individual al fiecărui creditor intră în conflict cu interesul celorlalți. Ceea ce primește un creditor diminuează șansele celorlalți de a-și recupera creanțele. Pare paradoxal să se vorbească, în aceste condiții, despre interesul comun al creditorilor participanți la procedură.

La o analiză mai atentă, paradoxul se dovedește a fi doar o simplă aparență.

Cererea unuia dintre creditorii pentru deschiderea procedurii este promovată, fără îndoială în interesul individual al acestuia, dar admiterea acestei cereri profită tuturor creditorilor. La fel, comitetul creditorilor acționează în interesul comun al masei credale atunci când promovează acțiunile prevăzute la art.81 alin.(3). Unul sau mai mulți creditorii, deținând împreună cel puțin 20 procente din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv pot propune un plan de reorganizare conform disp.94 alin.(1) lit. c). Comitetul creditorilor, cu autorizarea judecătorului-sindic, va putea să introducă acțiunea prevăzută la alin.(1) al art.138. În toate situațiile enumerate cu titlu exemplificativ mai sus, acțiunile și măsurile sunt promovate fie de un singur creditor, fie de unul sau mai mulți creditorii, fie de comitetul creditorilor, dar efectul acestor demersuri se reflectă în maximizarea averii debitorului și cel puțin teoretic profită tuturor creditorilor.

Recapitulând cele expuse mai sus, textul art.17 alin.(5) îl obligă să se abțină de vot, în adunarea creditorilor sau în comitetul creditorilor, de acel creditor care, în problema supusă la vot, are un interes individual ireconciliabil cu interesul colectiv al masei credale.

4.”Admite opoziția, dar menține deschisă procedura”

Debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să ceară deschiderea procedurii iar debitorul în situație de iminentă insolvență are dreptul să înregistreze aceeași cerere.

Dacă cererea este, cu rea-credință, înregistrată prematur, debitorul va răspunde pentru eventualele prejudicii pricinuite (art.32).

Dimpotrivă, dacă cererea este introdusă tardiv, fapta se califică drept infracțiunea de bancrută simplă (art.143).

Creditorii se pot opune deschiderii procedurii la cererea debitorului. „Admițând opoziția, judecătorul-sindic va putea păstra deschisă procedura insolvenței cu consecința calificării cererii debitorului de deschidere a procedurii ca fiind prematură, sau va putea revoca încheierea de deschidere a procedurii... Reaua-credință a debitorului trebuie să fie dovedită de creditor care se opune la deschiderea procedurii insolvenței” (art.32 alin.(2)).

Așadar, în ipoteza descrisă mai sus, cererea debitorului este, cu rea-credință, prematură, în sensul că nu se poate identifica iminentă stării de insolvență iar scopul înregistrării cererii debitorului este străin de menirea procedurii insolvenței, de ex. suspendarea unei proceduri de executare silită individuală inițiată de un creditor.

Cu toate acestea, aparent paradoxal, admițând opoziția creditorului, judecătorul-sindic poate păstra hotărârea de deschidere a procedurii, cu consecința calificării cererii debitorului ca prematură.

Întrebările care se pot ridica sunt următoarele: 1)unicul scop al menținerii hotărârii de deschiderii a procedurii este stabilirea despăgubirilor cuvenite creditorului sau menținerea procedurii deschise va fi urmată de continuarea etapelor procedurii?; 2)dacă nu se revocă hotărârea, cum se va închide procedura, ipoteza nefiind reglementată explicit în secțiunea a 8-a din Capitolul III ?; 3)dacă se consideră că, prin analogie, se aplică dispozițiile art.134, este posibil ca textul să fie utilizat și în situația în care totuși s-au înregistrat și cereri de participare la procedură ale unor creditori cu creanțe nescadente?; de ce nu va putea fi modificată data apariției stării de insolvență, când este stabilit că opoziția fiind întemeiată, starea de insolvență nu doar că a fost inexistentă, dar nici măcar iminentă? De astă dată paradoxul normei legale nu este aparent, este real.

Remediul este, în opinia noastră, utilizarea exclusivă a soluției alternative de revocare a încheierii de deschidere a procedurii.

Ipoteza admiterii opoziției, urmată de păstrarea deschisă a procedurii insolvenței, cu consecința calificării cererii ca prematură, a generat, așa cum era de așteptat, opinii hazardate și interpretării forțate pentru salvarea textului neinspirat.

Construcția care distinge trei grade de insolvență: prematură, iminentă și prezumată (propriu-zisă) este un exercițiu virtuos de imaginație, dar numai atât. Oricâtă bunăvoință ar exista pentru înțelegerea ipotezelor de acest gen, insolvența nu poate fi mai puțin decât iminentă, adică latentă, în germeni. În termeni economici, care nu se contrazic cu cei juridici, insolvența se reduce la existența sau inexistența fondurilor bănești disponibile în momentul cererii introductive sau într-un viitor previzibil și demonstrabil cu cifre precise și nicidecum într-o ipoteză detectabilă cu „flerul” judecătorului-sindic. Să adăugăm că durata acestei „insolvențe premature” este nedeterminată, soarta dosarului este nedeslușită, nici suspendat, nici în lucru, iar procedura nu este închisă dar nici nu se derulează. Este vădit incompatibilă această situație cu principiul celerității (alin.(2) al art. 5).

Invitația adresată judecătorului-sindic de a fi creator de drept, dacă nu este o metaforă ce nu-și are locul în justiție, este un îndemn la uzurparea puterii legiuitoare, noblețea scopului nescuzând mijloacele.

Dacă judecătorul-sindic constată pe baza documentelor contabile din dosar că nu sunt îndeplinite toate condițiile pentru constatarea existenței uneia dintre celor două forme de insolvență acceptate și definite legal, el este dator să închidă procedura, revocând încheierea de deschidere.

Nu poate fi acceptată formula acordării unui termen de grație de către judecătorul-sindic, unui nenominalizat beneficiar, deoarece s-ar înfrânge interdicția prevăzută de art. 44 C. com. privind acordarea termenului de grație.

În concluzie, credem că respectul față de lege precum și pragmatismul gândirii judecătorului-sindic îl vor îndruma pe acesta să aleagă soluția alternativă a revocării încheierii de deschidere a procedurii.

5.Ghicioare: Cine ar putea fi „Orice altă parte interesată”?

În cadrul „primelor măsuri” (Secțiunea a 3-a din Capitolul III) administratorul alcătuiește tabelul creanțelor, prima ediție fiind denumită „Tabelul preliminar de creanțe”. În alin.(1) al art.73 se prevede că debitorul, creditorii și **orice altă parte interesată** vor putea să formuleze contestații cu privire la creanțele și drepturile de preferință trecute de administratorul judiciar/lichidator în tabelul preliminar de creanțe.

Capitolul II, „participanții la procedura insolvenței” ne informează că sunt participanți judecătorul-sindic, administratorul special,administratorul judiciar, lichidatorul, adunarea creditorilor și comitetul creditorilor. Dintre aceste entități, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul sunt organe ale procedurii, deci participanți neinteresați iar ceilalți sunt părți interesate: debitorul, prin administratorul special și creditorii, atât individual cât și prin adunarea creditorilor sau comitetul creditorilor.

Cine ar putea fi, în această situație, **alte părți interesate**?

Prima impresie este paradoxal negativă, deoarece lista părților participante la procedură este finită.

La analiză mai atentă, paradoxul este numai aparent.

Garanții fidejutori ai debitorului, ca și persoanele care au acordat o cautiune reală obligațiilor debitorului sunt abilitați, prin acest text, să intervină în propriul lor interes în procedură, pentru a contesta creanțele.

6.Alte dispoziții paradoxale

a)Giganticul articol 95 (peste 1000 de cuvinte) care reglementează procedura planului de reorganizare prevede, în alin.(6) că planul va specifica

și măsurile adecvate pentru punerea sa în aplicare, printre acestea fiind și lichidarea totală a activului debitorului, în conformitate cu dispozițiile art.116-120 care privesc lichidarea falimentară.

Paradoxul este aparent: cel fel de reorganizare va fi aceea care va avea ca final radierea?

Explicația este simplă: planul poate avea două variante, planul de redresare și planul de lichidare. Textul analizat vizează numai cea de a doua variantă.

b)Textul art. 97, care reproduce art. 95 alin.(2) din Legea nr. 64/1995 este susceptibil de critică, pentru că pare de neînțeles: „Nu se consideră modificare a creanței sau a condițiilor de realizare a acesteia situația în care planul propus prevede revenirea la condițiile de realizare a creanței anterioare survenirii evenimentelor care au condus la modificarea condițiilor respective, cum ar fi neplata uneia sau a mai multor rate scadente ale unui împrumut, la termenele și în condițiile stipulate în contract, care conduce la accelerarea plății întregului rest al împrumutului”.

La o mai atentă analiză se poate observa că textul se referă la contractele bancare de credit. Clauzele uzuale sunt mobilizatoare pentru plata punctuală a tranșelor. În acest scop se prevăd ca sancțiune a nerespectării scadențelor exigibilitatea imediată a restituirii întregului debit restant.

În cazul planului de reorganizare, aceste sancțiuni pot fi anihilate, revenindu-se la scadențele contractuale inițiale, anterioare stării de insolvență care a provocat neplata la termenul contractual.

c)Termenul de prescripție a dreptului la acțiunea prevăzută la art.138 este reglementat în art.139. Acest termen se calculează de la data la care a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență. Acțiunea se prescrie în termen de 3 ani de la datele de mai sus dar nu mai devreme de 2 ani de la data hotărârii de deschidere a procedurii.

Acțiunea reglementată de art.138 se introduce după deschiderea procedurii, chiar dacă dreptul subiectiv al creditorilor sociali s-a născut anterior, pentru că ei au cunoscut faptele administratorilor anterior momentului deschiderii procedurii, dar nu pot acționa pe temeiul art.138 decât după deschiderea procedurii.

Raționamentul este diferit în cazul creditorilor cu creanțe subordonate (art.123 pct. 9 lit. a)), asociații sau acționarii ori membrii care dețin cel puțin 10 procente din capital și care au acordat debitorului credite. Acești creditori ar putea fi în situația de a cunoaște faptele și autorii acestora anterior deschiderii procedurii insolvenței și ca urmare a hotărârii adunării generale de a se porni acțiunea în răspundere contra făptuitorilor se produce curgerea termenului de prescripție față de acești creditori anterior deschiderii procedurii în temeiul dispozițiilor Legii nr. 31/1990.

Pe lângă momentul subiectiv al cunoașterii persoanei, textul art.139 a prevăzut și un al doilea moment, de natură obiectivă: „sau trebuia cunoscută” persoana care a cauzat apariția stării de insolvență. Acest moment coincide în ultimă instanță, cu data cunoașterii raportului administratorului judiciar/lichidatorului. În acest mod se pune capăt incertitudinilor referitoare la momentul inițial al termenului de prescripție.

Acțiunea se prescrie în 3 ani, „dar nu mai devreme de 2 ani”, calculați de la data hotărârii de deschidere a procedurii.

Așadar, indiferent de momentul inițial, care, în aparență, s-ar putea situa și anterior deschiderii procedurii, împlinirea duratei termenului de prescripție de 3 ani nu se poate produce mai devreme de 2 ani de la data deschiderii procedurii.

Nu credem că este corectă interpretarea textului conform căruia termenul de prescripție de 3 ani începe să curgă abia după ce au trecut 2 ani de la data deschiderii procedurii.

Este firesc ca procedurile simplificate să dureze mai puțin de 2 ani. Dacă am accepta ideea conform căreia textul art.139 permite exercitarea acțiuni reglementată la art.138 și după închiderea procedurii, utilizându-se drept argument neîmplinirea termenului de 2 ani, am fi în plin paradox deoarece am nesocoti dispozițiile art.136 privind dezinvestirea organelor procedurii.

B. Alte capcane ale procedurii

a) *Persoanele de specialitate*. Două texte, art. 10 și art. 20 alin. (1) lit. 1) reglementează implicarea în procedură a persoanelor de specialitate. Din interpretarea logică a prevederilor art.10 rezultă că aceste persoane nu pot fi

juriști pentru că ar avea aceeași specialitate cu judecătorul-sindic. Plata acestor persoane se face din fondul prevăzut la art.4. Administratorul/lichidatorul poate, de asemenea, angaja avocați conform art. 20 alin. (1) lit. l), plătiți din averea debitorului și mai poate angaja persoane de altă specialitate conform art.23 dar numirea și remunerațiile acestora sunt supuse aprobării comitetului creditorilor, dacă remunerațiile se plătesc din averea debitorului. Nu este necesară aprobarea dacă se plătesc remunerațiile din fondul prevăzut la art.4.

b) **Prezidarea lucrărilor ședinței „adunării creditorilor”** ascunde o capcană mai greu sesizabilă. Mai întâi să remarcăm o inconsecvență terminologică. După câteva denumiri corecte (art.3, pct.8, art.13-16, art.59 alin.(5)). În numeroase alte articole entitatea este denumită „adunarea generală a creditorilor” (art.59 alin.(4), art.60, art.99 alin.(1), art.106 alin.(3), art.116 alin.(2), art.117 alin.(3,4), art.118 alin.(3,4)).

Ceea ce reprezintă o serioasă capcană este problema prezidării ședințelor adunării creditorilor. În art.13 și în art.20 alin.(1) lit. g) este clar exprimată ideea că administratorul/lichidatorul își asumă această sarcină. Totuși în art.14 alin.(6) procesul-verbal al ședinței adunării creditorilor este semnat de „președintele ședinței”, membrii comitetului creditorilor precum și de administratorul judiciar sau de lichidator, după caz. Cine este președintele ședinței în această situație și de unde a răsarit acest personaj?

c) **Cum se alcătuiește comitetul creditorilor**, pare să fie un tocmai clar. Conform art.16 judecătorul-sindic desemnează un comitet al creditorilor alcătuit din 3-7 membri, nu neapărat în număr impar, **înainte de prima ședință a adunării creditorilor și totodată numește un președinte al comitetului „pe baza propunerilor creditorilor”**. Este interesant de ghicit cum se primesc aceste propuneri înainte de prima ședință, probabil prin corespondență.

Momentul incertitudinii nu se consumă încă și apare comitetul desemnat de adunarea creditorilor conform art.16, mai puțin numeros decât cel anterior, pentru că are doar 3 sau 5 creditori și fără multă discuție îl înlocuiește pe cel desemnat de judecătorul-sindic. Nici de astă dată nu s-a terminat incertitudinea pentru că este posibil ca în adunarea creditorilor să nu se poată obține un vot majoritar necesar pentru desemnarea comitetului. În această situație se va menține comitetul desemnat anterior de judecătorul-sindic.

Este interesant de remarcat neconcordanța structurală a celor două comitete și este greu de înțeles rostul acestei discordanțe.

Astfel, comitetul desemnat de judecătorul-sindic are 3-7 membrii reprezentând trei categorii de creanțe: creanțe cu garanții reale, creanțe bugetare și creanțe chirografare. Din fiecare categorie se va selecționa un număr de creditori începând cu cea mai mare creanță prin valoare.

Totodată, judecătorul-sindic va desemna, analizând propunerile creditorilor un președinte al comitetului. Funcția lui va fi de agent de legătură cu judecătorul-sindic și de reprezentat al întregului comitet în relația cu judecătorul-sindic.

Această structură este, prin vocație, efemeră.

În prima ședință a adunării creditorilor va putea fi ales un nou comitet.

Formula „va putea” sugerează, nu fără o doză de ambiguitate atât situația nealegerii, indiferent de motive a unui nou comitet(de exemplu, neincluderea pe ordinea de zi a problemei alegerii comitetului sau neobținerea cvorumului de vot prevăzut la art.15), cât și situația atacării hotărârii adunării creditorilor în condițiile alin.(7) al art. 14.

În ipoteza neobținerii unei majorități conform art. 15 alin. (1) pentru desemnarea comitetului în adunarea creditorilor, rămâne să funcționeze comitetul desemnat de judecătorul-sindic până când se va reuși alegerea.

Comitetul desemnat de judecătorul-sindic va funcționa în structura stabilită de acesta conform art. 16 alin. (1) numai până la data neresușitei alegerii noului comitet dacă după această dată intervine propunerea administratorului judiciar pentru modificarea componenței acestui comitet în așa fel încât structura lui să fie conformă cu prevederile alin.(4) al art. 16.

Această nouă structură este diferită de structura primului comitet atât prin numărul membrilor comitetului, cât și prin categoriile de creanțe reprezentate, precum și prin modalitatea selecției.

Restructurarea comitetului desemnat de judecătorul-sindic presupune obligatoriu diminuarea de la 7 la 5 membri sau chiar la 3 membri, în număr impar. Totodată, restructurarea obligatorie presupune eliminarea categoriei de creditori bugetari, menținându-se doar reprezentanții a două categorii de creanțe: creanțe cu garanții reale și creanțe chirografare. Selecționarea

reprezentanților în comitet a fiecărei categorii de creanțe se va face prin ofertă voluntară, dintre primii 20 de creditori în ordinea descrescândă a valorii.

Întrebarea legitimă este dacă nu ar fi fost mai simplu să se reglementeze o singură structură a comitetului în ambele situații de constituire.

O altă întrebare posibilă ar fi cine sunt „cei alți membrii” ai comitetului creditorilor care ar putea să propună modificarea componenței comitetului creditorilor?

Un fenomen interesant se petrece cu președintele comitetului. Dacă în alin. (3) creditorul este înălțat la rangul de președinte, în alin. (6) el este retrogradat la calitatea de „delegat”. *Sic transit....*

d) **Cine se va împiedica de prag?**

Art. 3 pct.12 definește valoarea prag drept cuantumul minim al creanței pentru a putea fi introdusă cererea creditorului. Acesta este de 10.000 lei iar pentru salariați, de 6 salarii medii pe economie. În paragraful consacrat cererii lor creditorilor (art.31) nu se mai amintește despre prag în alineatul (1) consacrat cererii creditorului unic. În alineatul 3, în ipoteza mai multor creditori contra aceluiași debitor, se reglementează însumarea creanțelor pentru respectarea valorii-prag. S-ar putea crede, printr-o interpretare pripită că valoarea-prag este verificată numai în cazul pluralității de cereri ale creditorilor, situație rar întâlnită. În interpretarea corectă este cert că valoarea-prag se verifică și în situația cererii creditorului unic.

e) **ședință publică sau cameră de consiliu?**

Un singur text, alin.(3) al art.54 menționează că judecătorul-sindic va supune propunerea dezbaterii părților într-o ședință publică.

În celelalte situații, de ex. art. 73 alin.(3), art.75 alin.(2), art.122 alin.(4), art.127 alin.(2), ș.a., nu se prevede nici ședință publică, nici cameră de consiliu. Ar trebui să înțelegem că în toate celelalte cazuri ședințele nu sunt publice?

Răspunsul corect este negativ.

În conformitate cu dispozițiile art.149 vor fi aplicabile prevederile art.121 Cod procedură civilă alin.(1): „ședințele vor fi publice, afară de cazurile când legea dispune altfel.”

f) **Termen de prescripție comun sau exclusiv?**

Conform prevederilor art.81 alin.(1) și (2) acțiunea pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor, precum și pentru anularea constituirilor sau transferurilor de drepturi patrimoniale, la care se referă art.79 și 80, poate fi introdusă de administratorul judiciar/lichidator în termen de 1 an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art.20 alin.(1) lit.b, dar nu mai târziu de 18 luni de la data deschiderii procedurii. Comitetul creditorilor poate introduce la judecătorul-sindic o astfel de acțiune, dacă administratorul judiciar/lichidatorul nu o face.

Problema care se pune în practică este față de cine curge termenul de prescripție, numai față de administrator/lichidator sau, concomitent, și față de comitetul creditorilor.

Cheia rezolvării corecte a dilemei este natura nulității actului juridic.

Atât din termenii textului legal „anularea” și nu constatarea nulității cât și din faptul că această sancțiune ocrotește un interes privat, al debitorului sau al creditorilor, rezultă fără dubiu că nulitatea este relativă.

Spre deosebire de nulitatea absolută, care este imprescriptibilă nulitatea relativă este supusă regimului juridic al prescripției extinctive cu durata de maximum de 18 luni de la data deschiderii procedurii.

În concluzie, atât pentru administrator/lichidator cât și pentru comitetul creditorilor se aplică termenul de 18 luni dar totodată acțiunea trebuie să fie promovată înainte de închiderea procedurii.

Concluzia este valabilă și în situația reglementată la art.84 și 85 alin.(5).

g) **„Au făcut să se consemneze?”**

Textul alin.(4) al art.138 reglementează răspunderea conducătorilor în cazul pluralității de persoane responsabile.

Ultima frază se referă la răspunderea pentru hotărârile adoptate prin vot în organele colegiale ale persoanei juridice.

Sunt exonerate de răspundere, în această situație, persoanele care s-au opus la actele ori faptele care au cauzat insolvența sau au lipsit de la luarea

deciziilor care au cauzat insolvența și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor la aceste decizii.

Verbul „au făcut” are înțelesul de rezultat obținut, ceea ce nu poate fi pretins persoanei în cauză, pentru că în mod obiectiv nu are această posibilitate. Tot ceea ce poate este să ceară să se consemneze nominal că el a votat împotriva, așa cum se reglementează situația votului în consiliul de administrație (alin. (5) al art. 41 și alin.(5) al art. 144¹ din Legea nr.31/1990 modificată prin Legea nr. 441/2006).

h) Apariția stării de insolvență, anterioară mandatului de administrator

Conform alineatului (4) al art.138, în cazul pluralității persoanelor răspunzătoare, răspunderea va fi solidară, cu condiția ca apariția stării de insolvență să fie contemporană sau anterioară perioadei de timp în care și-a exercitat mandatul ori în care au deținut poziția care ar fi putut cauza insolvența.

Atunci când apariția stării de insolvență este contemporană perioadei mandatului sau poziției deținute, este de înțeles motivul pentru care s-ar putea stabili răspunderea persoanei. De asemenea, în situația în care conducătorii au fost contemporani în funcție sau în poziție, se poate înțelege de ce răspund solidar pentru același prejudiciu.

Ceea ce este paradoxal în textul alin.(4) este prevederea conform căreia răspunderea este solidară dacă apariția stării de insolvență este anterioară perioadei de timp în care persoanele vizate și-au exercitat mandatul ori au deținut poziția.

Dacă factorii cu care se operează în acest raționament sunt fapta-cauză și insolvența - efect și dacă admitem că în natură factorul cauzal precede în timp (oricât de puțin) factorul efect, este paradoxal să fie răspunzătoare o persoană pentru o stare de insolvență care a apărut înainte de investirea acestei persoanei cu mandatul sau înainte de ocuparea de către această persoană a poziției care ar fi putut cauza insolvența.

Soluția nu-și găsește justificarea nici în ipoteza reglementată la art.138 alin.(1) lit. f), pentru că și în această situație insolvența nu și-a făcut „apariția” datorită faptului că a fost amănată.

C. Lacune

a) Creanțe garantate cu garanții reale

Conform dispozițiilor art.3 pct.9 creanțele garantate sunt creanțele persoanelor care beneficiază de o garanție reală asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale garanțiilor reale.

Textul citat, pentru a fi complet, trebuie să fie înțeles în conjuncție cu textul art.31 alin.(1) lit.b): ”garanția reală constituită de către debitor sau instituită potrivit legii” și cu textul art.3 pct.13: ”privilegiu însoțite de drepturi de retenție”.

În concluzie, prin creanțe garantate cu garanții reale se înțeleg și acele creanțe ale căror garanții sunt instituite prin lege precum și acele creanțe care posedă privilegiu legal însoțite de drepturi de retenție. Existând o conexiune materială între creanță și bunul în litigiu, deținătorul bunului are un drept de retenție, ca garanție a plății creanței și totodată ca mijloc de constrângere a debitorului în vederea executării obligației. Codul civil român reglementează dreptul de retenție în situațiile prevăzute la art.1322, 1323, 1618, 1619, 1442, 1444, 1549, 1551 și art.771. Jurisprudența a extins dreptul de retenție și la alte situații în care există conexiune juridică între datorie și lucru.

Exercitarea dreptului de retenție în procedura insolvenței, în cazul falimentului proprietarului lucrului, prezintă anumite particularități. Dreptul de retenție este opozabil nu numai proprietarului cât și celorlalți creditori ai acesteia, inclusiv creditorilor care au o altă garanție (gaj sau garanție reală mobilă) precum și administratorului judiciar sau lichidatorului. Aceștia din urmă pot recupera lucrul plătind creanța.

Faptul că detentorul și-a înregistrat creanța în tabel, nu are drept consecință pierderea dreptului de retenție.

Dacă creditorul se prevalează legitim de dreptul său de retenție, lichidatorul este obligat să-i plătească creanța cu prioritate din prețul vânzării lucrului deținut.

b) Acte ale debitorului anulabile

Conform dispozițiilor art.20 alin.(1) lit. h), administratorul judiciar este abilitat să introducă acțiuni. Textul nu conține precizarea conform căreia actele atacate trebuie să fie anterioare deschiderii procedurii, așa cum se menționează în art.79 și art.80, ceea ce reprezintă pericolul de a fi interpretat textul în mod independent și a fi aplicat altor situații decât cele reglementate la art.79 și art.80.

c) Cauțiunea

Alin. (3) al art.33 prevede că la cererea debitorului, judecătorul-sindic îi poate obliga pe creditorii care au introdus cererea să consemneze, în termen de 15 zile, la o bancă, o cauțiune de cel mult 10 procente din valoarea creanțelor.

Textul creează aparență falsă că este suficient să ceară, pentru ca debitorul să obțină obligarea creditorilor la cauțiune.

Această falsă aparență trebuie să fie denunțată, cu energie. În opinia noastră judecătorul-sindic trebuie să dea dovadă de multă reținere în acest caz și mai ales să nu cedeze tentației de a utiliza textul ca pretext pentru a se debarasa de dosar. Credem că judecătorul-sindic este dator să analizeze cu discernământ critic cererea debitorului și să-i ceară dovezi în sprijinul susținerii caracterului abuziv al cererii creditorului. Totodată, trebuie să evite dimensionarea exagerată a cauțiunii care l-ar obliga pe creditor să mai suporte și paguba ce a rezultat din blocarea acestor fonduri, devenite neproductive, din momentul consemnării.

Note

¹ Ion Turcu, Mădălina Stan, *Compatibilitatea normelor Codului de procedură civilă cu specificul procedurii insolvenței*, R.D.C. nr. 12/2005, p.9.

² Principalele șocuri macroeconomice ale tranziției au fost: dezintegrarea economiei planificate, susținute financiar de partid și de guvern; înlocuirea vremelnice a conducerilor întreprinderilor pe criterii extraprofesionale; dezagregarea agriculturii cooperatiste cu consecința diminuării drastice a producției și concomitent diminuarea veniturilor la buget; reducerea dramatică a exporturilor de produse și înlocuirea cu exportul forței de muncă; creșterea nerezonabilă a importurilor pentru consum neproductiv; liberalizarea prețurilor și a cursului de schimb valutar; saltul exagerat și nejustificat al dobânzilor la credite bancare în 1994; agravarea inflației după 1997; disponibilizările în masă cu compensații fabuloase; șocul scadenței datoriei externe în 1995, etc.

³ Ion Turcu, *Suspendarea plăților – testul insolvenței – o posibilă soluție de echilibru între deschiderea precoce și deschiderea tardivă a procedurii*, R.D.C. nr. 10/2005, p.9.

⁴ Pentru referiri succesive precedente ale procedurii insolvenței a se vedea I. Turcu, *Falimentul – actuala procedură – tratat, Ediția a V-a, completată și actualizată*, Editura Lumina Lex, București, 2005; Ștefan Dinu, Simona Maria Miloș, *Noua reglementare a procedurii reorganizării judiciare și a falimentului I*, în R.D.C., nr. 10/2002; Ștefan Dinu, Simona Maria Miloș, *Noua reglementare a procedurii reorganizării judiciare și a falimentului II*, în R.D.C., nr. 12/2002; Ion Turcu, *Câteva observații privind legea română a procedurilor colective*, în R.D.C., nr. 9/2002; Gheorghe Buta, *Impactul prevederilor Ordonanței de urgență nr. 58/2003 asupra procedurii reorganizării judiciare și falimentului*, în R.D.C., nr. 11/2003; Codruța Hageanu, Viorica Dumitrescu, *Discuții privind taxa judiciară de timbru aplicabilă acțiunilor introduse de către debitorul aflat în reorganizare judiciară sau faliment*, în R.D.C., nr. 6/2003; Dumitru Mazilu, *Impactul noilor reglementări privind insolvența asupra schimburilor comerciale internaționale ale României. Proceduri naționale și străine privind insolvența*, în R.D.C., nr. 3/2003; Dumitru Mazilu, *Reglementări privind cooperarea cu instanțele și reprezentanții străini în domeniul insolvenței comerciale. Raporturile cu statele membre ale Uniunii Europene în desfășurarea procedurilor de insolvență*, în R.D.C., nr. 4/2003; Ion Turcu, *Procedura insolvenței, poligon de testare a reformei legislative I*, în R.D.C., nr. 12/2003; Ioan Șchiav, Titus Prescure, *Compatibilitatea legislației române cu principiile și îndrumările Băncii Mondiale pentru edificarea unui sistem eficient de insolvență și de exercitare a drepturilor creditorilor*, în R.D.C., nr. 7-8/2004; Ion Turcu, *Procedura insolvenței, poligon de testare a reformei legislative II*, în R.D.C., nr. 1/2004; Ion Turcu, *Procedura insolvenței, poligon de testare a reformei legislative III*, în R.D.C., nr. 2/2004.



Evaluarea garanțiilor reale în insolvență

– Cadrul general –

Ing. Speranța Munteanu

Membră UNPIR Filiala București

ROLUL EVALUĂRII ÎN CONFLICTUL DE INTERESE DINTRE CREDITORII GARANTAȚI ȘI CEI CHIROGRAFARI

Sistemul legislativ românesc oferă ca instrument de abordare a situațiilor de insolvență ale societăților comerciale (altele decât instituțiile financiare și firmele de asigurări) Legea nr.85/2006, privind procedura insolvenței, care își propune să dea debitorilor insolvenți șansa redresării prin implementarea unui plan de reorganizare, sub controlul instanței și a creditorilor săi, iar când acest lucru nu este posibil, să ofere cadrul desfășurării lichidării¹ activului societății comerciale falite cu scopul acoperirii pasivului.

Procedura de insolvență se bazează pe o serie de principii fundamentale, dintre care, relevante din perspectiva evaluării sunt:

1. Principiul maximizării valorii activului²
2. Principiul tratamentului echitabil al creditorilor³
3. Principiul privilegiului creditorului garantat asupra bunului primit în garanția creanței sale⁴

Aplicarea acestor principii conduce la apariția unor conflicte între participanții la procedură, conflicte în care părțile își susțin poziția bazându-se pe rapoarte de evaluare, care, în accepțiunea legii trebuie întocmite în conformitate cu standardele internaționale de evaluare⁵ de către un expert evaluator⁶.

Unul dintre conflictele fundamentale în cazul insolvenței comercianților îl reprezintă contradicția dintre interesul creditorilor garantați pe de o parte și interesul tuturor celorlalți participanți la procedură (debitor, creditorii cu privilegiu, creditorii chirografari, și în unele situații chiar acționari), pe de altă parte.

În mod normal, creditorii garantați vor prefera să-și urmărească separat creanța independent de derularea procedurii de insolvență⁷, prin executarea garanțiilor care stau ca accesorii ale creanței lor. În cazul în care acest lucru nu este posibil ei vor dori să maximizeze proporția pe care o reprezintă valoarea garanțiilor deținute de ei în totalul valorii activului debitorului astfel încât să poată beneficia de distribuție maximă din sumele la distribuție, în defavoarea celorlalți creditori.

Prin contrast, celelalte părți participante în procedură vor încerca, pe de o parte să determine păstrarea în procedură a activelor date în garanție, astfel încât vânzarea garanțiilor să se facă la prețuri care să fie în excesul valorii creanței garantate. De asemenea ei vor dori ca garanțiile creditorilor garantați să fie recunoscute la o valoare cât mai mică, astfel încât o parte cât mai mare a activului să le fie distribuită lor.

Modul procedural de rezolvare a acestui conflict trebuie căutat în aplicarea prevederilor Legii nr.85/2006, privind procedura insolvenței, dar din perspectivă metodologică, în ultimă instanță, modul de rezolvare depinde de modul în care sunt evaluate garanțiile în contextul valorii totale a averii debitorului, și de aceea majoritatea litigiilor pe acest subiect au ca element central un raport de evaluare.

În acest context prevederile art. 41 este de importanță crucială în definirea unei poziții „bicefale” a creditorului garantat. Astfel, dacă un creditor are o creanță garantată printr-o garanție reală asupra unei părți din averea debitorului falit, dar valoarea acestei garanții este insuficientă pentru a acoperi în totalitate creanța, atunci acest creditor este văzut ca având **două creanțe** asupra averii debitorului:

■ O creanță garantată, având valoarea egală cu valoarea activelor aduse în garanție;

■ O creanță chirografară, care reprezintă deficiența de valoare a garanției, adică diferența între totalul creanței și valoarea garanției.

Există trei momente importante în procedura de insolvență la care drepturile creditorilor garantați, și pe cale de consecință și a celorlalți participanți la procedură sunt determinate prin evaluare. Acestea sunt:

- cererea creditorului garantat de a-și executa **deîndată** creanța, în cadrul procedurii concursuale⁸;
- stabilirea volumului creanțelor, pe grupe de vot, pentru aprobarea planului de reorganizare;
- stabilirea modului de distribuire a prețului între creditorii garantați și restul creditorilor în cazul vânzării în bloc.

CUM APAR PROBLEMELE ? – DISPUTE DECURGÂND DIN ASPECTE PRIVIND EVALUAREA

Situațiile în care creditorii garantați pot obține dreptul de a executa separat garanțiile în cadrul procedurii Legii nr.85/2006

Unul dintre efectele foarte importante ale suspendării acțiunilor judiciare și extrajudiciare demarate înainte de deschiderea procedurii, prevăzută de art. 36 al Legii nr.85/2006 este acela de a împiedica creditorii să-și satisfacă în mod individual creanța asupra averii debitorului. Art. 39 prevede însă, pentru creditorii garantați, două excepții de la principiul general al suspendării urmării individuale a averii debitorului, situații în care se pune problema evaluării garanției.

Lipsa interesului debitorului în deținerea respectivei garanții

În situațiile în care obiectul garanției nu este critic pentru reușita unei reorganizări, art. 39(1)A b) este permisă ridicarea suspendării prevăzute de art. 36, numai dacă în același timp valoarea creanței sau a părții garantate a acesteia acoperă integral valoarea obiectului garanției, art. 39(1)A a). În cazul în care ambele criterii sunt îndeplinite simultan, creditorul garantat este îndreptățit să solicite executarea imediată a garanției, urmând să rămână creditor chirografar pentru eventuala diferență de creanță neacoperită de garanție.

Evident, o astfel de judecată nu se poate face decât prin intermediul unui raport de evaluare, întocmit spune legea, cu aplicarea standardelor internaționale de evaluare, care să determine dacă valoarea de piață a garanției este inferioară valorii creanței garantate. În contradictoriu cu creditorul garantat, creditorii chirografari și/sau debitorul vor putea încerca să dovedească printr-un raport de contraexpertiză contrariul și astfel să determine păstrarea activului respectiv în patrimoniu.

Aspectul importanței obiectului garanției pentru reușita planului este de asemenea semnificativ și relativ greu de dovedit uneori, tendința normală a debitorului fiind aceea de a încerca să demonstreze că în cazul în care creditorul garantat îl execută, subiectul garanției va trebui înlocuit la costuri de înlocuire superioare valorii de piață a acestuia și de aceea permisiunea dată creditorului garantat, de a executa separat creanța, este inoportună.

Lipsa unei protecții adecvate a obiectului garanției

Celălalt motiv de ridicare a suspendării este dat de absența unei protecții corespunzătoare a creanței garantate în raport cu obiectul garanției, art. 39 (1) B, din cauza diminuării valorii acestuia pe parcursul perioadei de suspendare fie din cauza existenței unui motiv justificat de depreciere, fie, în cazul unei garanții de rang inferior, din acumularea unor dobânzi și penalități la o creanță de rang superior garantată cu același obiect. Un alt motiv pentru obținerea ridicării suspendării poate fi constituit de lipsa unei asigurări corespunzătoare la daune.

În astfel de circumstanțe, pentru a împiedica preluarea bunului de către creditorul garantat, debitorul trebuie să-i ofere acestuia garanții suplimentare sau compensări care să-i acopere pierderea de valoare invocată, art. 39 (2). Valoarea unor astfel de garanții suplimentare sau compensări trebuie de asemenea stabilită printr-un raport de evaluare care să determine atât valoarea obiectului garanției cât și nivelul de depreciere așteptat pentru perioada de suspendare.

PROBLEMELE CARE STAU ÎN FAȚA EVALUATORILOR

Una dintre cele mai importante funcții ale procedurii privind insolvența este aceea de a distribui valoarea activului debitorului participaților la procedură, ținând cont de ordinea de priorități prescrisă și de valoarea fiecărei creanțe recunoscute.

Deși ne specificat explicit, plecând de la prevederile art. 101 (1) C și art. 101 (2) a), conform cărora, în caz de reorganizare creditorii trebuie tratați în mod corect și echitabil, și pe cale de consecință, printr altele, nici un creditor dezavantajat nu va putea beneficia în reorganizare de un nivel de recuperare inferior celui de care ar beneficia în caz de faliment, devine evident că recuperarea unui creditor garantat nu poate fi înscrisă într-un plan de reorganizare la o valoare a creanței inferioară valorii garanției la care se adaugă o cotă din partea negarantată a garanției egală cu cea care este prevăzută pentru creditorii chirografari. Acest aspect evidențiază faptul că pentru demonstrarea tratamentului echitabil în cadrul unui plan de reorganizare este necesar să se estimeze atât valoarea separată a activelor aduse în garanție din patrimoniul debitorului, cât și valoarea celorlalte active, estimată cu respectarea principiului maximizării valorii activului.

Unul dintre cele mai dificile exerciții, în cazul procedurilor de insolvență, este evaluarea obiectului garanțiilor în cazul în care debitorul intenționează să-și continue activitatea sau când afacerea urmează să fie vândută în bloc („on-going-concern”). Evaluarea acestor garanții este importantă pentru că ea va fi informația în baza căreia se va face atât așezarea creditorilor în grupe pentru votarea planului de reorganizare cât și distribuția finală către creditorii, în caz de faliment.

Problemele legate de evaluare sunt în cele mai multe cazuri generatoare de litigii și întârzieri în derularea procedurilor prevăzute de Legea nr.85/2006, și așa cum vom arăta în continuare deși nu există o rețetă pentru rezolvarea lor, soluția trebuie căutată în aplicarea uniformă a standardelor internaționale de evaluare.

Particularitățile evaluării drepturilor creditorilor garantați în afara și în interiorul procedurilor de insolvență

Urmărirea dreptului creditorului garantat în afara procedurii

Așa cum am arătat anterior, creditorul garantat poate obține, în anumite condiții, dreptul de a executa imediat garanția independent de derularea procedurii prevăzute de Legea nr.85/2006, situație care nu este descrisă explicit de această lege, dar așa cum s-a arătat anterior modul în care se vinde activul în afara procedurii poate afecta interesele creditorilor chirografari. Acest lucru se poate întâmpla atât în situația în care valoarea garanției nu acoperă creanța garantată și de aceea creditorul garantat își va urmări diferența de creanță în calitate de creditor chirografar, cât și atunci când valoarea garanției excede valoarea creanței și diferența este returnată în procedură pentru acoperirea masei credale.

Cum Legea nr.85/2006 consideră prin prevederile art. 39(1) A și B, dreptul creditorului garantat ca pe un drept „perisabil” sub efectul procedurii și de aceea îi permite creditorului garantat să își conserve nivelul de deținut la deschiderea procedurii și să îl execute separat sau să fie compensat pentru deprecierea de valoare suferită. poate presupune că bunul care a servit drept garanție poate fi vândut, fie luat în plată de creditorul garantat la valoarea evaluată a acestuia, urmărirea modului ulterior de realizare a bunului ne mai făcând obiectul procedurii.

Pentru exemplificare, presupunem că un creditor oferă un credit de 15 mil. RON unui debitor. Creditul este garantat cu un echipament pus drept gaj. Când debitorul devine insolvent, creditorul poate obține preluarea în plată, la o valoare evaluată de X mil. RON. Dacă creditorul a preluat echipamentul în plată la o valoare echipamentului

este mai mică sau cel mult egală cu creditul acordat, pentru eventuala diferență (15-X) mil. RON va avea dreptul urmării unei creanțe chirografare.

Urmărirea dreptului creditorului garantat în interiorul procedurii

Așa cum s-a menționat anterior, una dintre cele mai importante consecințe, pe care o are deschiderea procedurii prevăzute de Legea nr.85/2006, asupra relației dintre debitorul insolvent și creditorii săi este aceea de suspendare a acțiunilor individuale de recuperare a creanțelor pe care aceștia le dețin asupra averii debitorului.

Cu toate acestea Legea nr.85/2006 acceptă ca principiu de bază faptul că un creditor garantat are dreptul să i se distribuie cu prioritate, până la cel mult concurența creanței sale, prețul obținut din vânzarea obiectului care stă drept garanție a respectivei creanțe.

Înainte de a discuta mai detaliat despre drepturile creditorului garantat la distribuție, considerăm important să subliniem, mai întâi, scopul și modul de operare a suspendării prevăzute de art. 36.

a. Impactul suspendării prevăzute de art. 36 asupra evaluării

Pe lângă scopul evident de acordare a unor șanse echitabile și controlabile tuturor creditorilor procedurii, de a-și recupera creanța într-un mod previzibil și ordonat, scopul de natură economică al suspendării este acela de a proteja activele care au ca valoare maximă valoarea de continuitate a activității „going concern value”. Spunem că niște active au valoare în continuitate a activității în situația în care suma valorilor lor, în cazul vânzării pe bucăți, este mai mică decât valoarea lor în cazul vânzării în bloc. Într-o astfel de situație, în cazul în care un creditor garantat ar încerca să izoleze și să execute separat o parte dintre aceste active, pe considerentul că ele sunt garanții ale creanței sale, valoarea de ansamblu funcțional al activelor ar fi distrusă, iar activele ar fi vândute la o valoare inferioară valorii de continuare a activității

Trebuie observat faptul că, în caz de reorganizare, un activ făcând parte dintr-un ansamblu funcțional, având valoare de continuitate a activității, va valora, prin definiție, cel mai mult chiar pentru debitor. Este evident că dacă creditorul garantat reușește să desprindă acest activ din ansamblu și să-l execute, adjudecatarul, nerecunoscând valoarea în continuitate va plăti pentru acel activ un preț inferior acestei valori, în timp ce și valoarea celorlalte active este diminuată datorită pierderii efectului sinergic.

b. Evaluarea dreptului creditorului garantat

Deoarece situația în care există creditori garantați cu garanții reale în tabloul de creanțe a unui debitor insolvent este foarte frecventă, evaluarea acestor garanții este una dintre activitățile de maximă importanță ale procedurii. Stabilirea valorii garanției este esențială deoarece Legea nr.85/2006 conferă creditorilor garantați dreptul la înregistrarea unei „creanțe garantate” având valoarea egală cu valoarea obiectului garanției, dar nu mai mult decât valoarea totală a creanței, valoare pe care este îndreptățit să o recupereze integral. Pentru cazul în care valoarea obiectului garanției este inferioară valorii totale a creanței, creditorul garantat este îndreptățit pentru diferență la înscrierea unei creanțe chirografare din care în mod obișnuit recuperarea este parțială. Concluzionând, cu cât este mai mare valoarea părții garantate este mai mare cu atât recuperarea realizată de creditorul garantat este mai mare, și ținând cont că plăți mari către creditorii garantați conduc la recuperări diminuate pentru creditorii chirografari, evaluarea garanțiilor este în egală măsură importantă atât pentru creditorii garantați cât și pentru cei chirografari.

Legea nr.85/2006 nu face precizări cu privire la modul cum trebuie stabilită valoarea părții garantate dintr-o creanță în nici una dintre circumstanțele amintite anterior, în timp ce în Statele Unite în care legea falimentului are prevederi aproape identice în această materie, pentru stabilirea valorii activelor aflate sub sarcini se recurge fie la negociere, fie la litigiu între participanții la procedură, iar din perspectivă metodologică păreri sunt, așa cum se va arăta în continuare, împărțite între evaluarea la costul de înlocuire și evaluarea la valoare de piață.

În cazul vânzării lor individuale, printr-o procedură de vânzare adecvată, valoarea fiecărui activ care servește drept garanție va fi determinată în mod obiectiv și perfect verificabil. Pe de altă parte însă, atât în situația unei reorganizări cât și în situația vânzării în bloc ca o activitate în continuitate, nu există posibilitate practică în care să se facă vânzarea separată a garanțiile astfel încât să se obțină o confirmare asupra valorii acestora, și pe cale de consecință singura soluție pentru o astfel de determinare rezidă în aplicarea unor metode de evaluare adecvate.

Situația în care vânzarea garanției se face individual

În cazul unei vânzări individuale a unui bun servind drept garanție, exemplul anterior suferă modificări care țin doar de faptul că ne referim la preț și nu la valoare, respectiv avem cazul în care un

creditor care a oferit un credit de 1 mil. lei (RON) unui debitor, iar creditul a fost garantat cu un echipament care s-a vândut pentru X mil. lei (RON). Dacă prețul echipamentului este mai mic sau cel mult egal cu creditul acordat, pentru eventuala diferență (1-X) mil. lei (RON) creditorul va avea dreptul urmării unei creanțe chirografare.

În acest caz rezultatul evaluării este utilizat numai ca punct de plecare a licitației sau ca bază de negociere, după caz.

Situația în care garanția este vândută în cadrul unui ansamblu funcțional

Așa cum am arătat anterior, în cazul vânzării separate a garanției, suspiciunea nu poate de regulă cădea asupra raportului ci asupra modului în care se organizează vânzarea. Pe de altă parte însă, în cazul în care activele se vând în bloc și ele includ și active grevate de sarcini, nu se poate stabili un preț indiscutabil și verificabil al garanțiilor. Acest fapt este de foarte multe ori generator de litigii între participanții la procedură.

Motivele de dezacord între părți pot fi atât motive reale, cât și de ordin strategic. Motivele reale de dezacord pot proveni dintr-o plăajă eterogenă de estimări ale valorii. Revenind la exemplul nostru, ansamblul se vinde cu 22 mil. lei (RON), iar creditorul ar putea să creadă sincer că echipamentul servind drept garanție valorează 12 mil. lei (RON), și de aceea se așteaptă să-și recupereze integral creanța, respectiv 10 mil. lei (RON). O altă parte din procedură ar putea crede, pe de altă parte, că respectivul echipament valorează doar 8 mil. lei (RON), și de aceea ceilalți creditori sunt îndreptățiți la o distribuție mai bună. O astfel de abordare poate deriva dintr-o diferență de acces la informații.

Trebuie ținut cont de faptul că nu este neapărat necesar ca părțile să aibă păreri divergente, și cu toate acestea, din considerente strategice evidente, părțile pot atașa valori diferite garanției.

Următorul exemplu simplu ilustrează cele de mai sus. Considerați situația în care creditorul garantat are o creanță de 10 mil. lei (RON), în timp ce creditorii chirografari totalizează 20 mil. lei (RON). Presupunând că ansamblul de active se vinde pentru 15 mil. lei (RON), în timp ce toată lumea este de acord că activul pus drept garanție valorează 7,50 mil. lei (RON). În acest caz distribuția corectă ar acorda creditorului garantat 7,50 mil lei (RON) la care se adaugă 33% din partea negarantată de 2,50 mil. lei (RON), așa cum și ceilalți creditori chirografari vor primi 33% din creanța lor de 20 mil. lei (RON).

Pe de altă parte însă dacă creditorul garantat poate convinge instanța că garanția sa valorează 10 mil. lei (RON), creditorii chirografari ar primi 25% din creanța lor, în timp ce, în cazul în care creditorii chirografari ar putea convinge instanța că garanția valorează doar 5 mil. lei (RON), ei ar primi un procentaj de 40% din creanța lor.

Costul așteptării pentru creditorii garanți

Pentru început trebuie remarcat faptul că absența unei valori indiscutabile și verificabile atașabile garanțiilor nu este nici pe departe singura problemă cu care se confruntă creditorii garanți în timpul procedurilor prevăzute de Legea nr.85/2006. Mai ales în situația în care împotriva averii debitorului se declanșează procedura de faliment este foarte posibil ca între data la care este înregistrată creanța creditorului garantat în tablou și distribuția prețului, conform experienței ultimilor ani, trec în medie peste doi ani. În majoritatea situațiilor măsurile de protecție prevăzute de art. 39 (2) nu au fost instituite, iar în perioada de până la distribuție, în cele mai multe cazuri activele puse drept garanție pierd din valoare. În consecință, chiar în situațiile în care evaluarea garanțiilor nu a reprezentat o problemă, creditorii garanți s-au confruntat frecvent cu o subrecuperare datorată lungimii procedurii.

CE VALOARE ESTE MĂSURATĂ ÎN CADRUL PROCEDURILOR PREVĂZUTE DE LEGEA NR.85/2006?

Indiferent de contextul procedural în care se pune problema unei dispute privind o evaluare a unei garanții întrebarea fundamentală care trebuie să primească un răspuns este: care „valoare” trebuie determinată: (i) valoarea garanției privită din perspectiva creditorului, care ar trebui să fie valoarea de piață ajustată pentru condițiile defavorizante induse de vânzarea forțată, numită de unii autori valoare de lichidare, (ii) valoarea garanției privită din perspectiva debitorului, sau eventual a creditorilor chirografari, pentru care valoarea garanție este dată de costul ei de reproducere, sau (iii) o altă valoare intermediară. Diferența față de valoarea în caz de vânzare poate fi dramatică.

În timp ce valoarea de lichidare reprezintă limita inferioară a valorii atașate creanței garantate diferența până la valoarea *on-going-concern* a garanției, în cazul în care ansamblul din care face aceasta

parte se vinde ca un ansamblu în funcționare va fi disputată între creditorul garantat și creditorii chirografari.

Unul dintre scopurile principale ale procedurii de insolvență este ca, atunci când acest lucru este posibil, să conserve, prin planul de reorganizare, șansa debitorului de a-și continua activitatea și astfel să evite falimentul și de aceea nu îngăduie creditorului garantat să extragă din activul funcțional bunuri date în garanție utile reorganizării.

Modalitatea practică de a demonstra utilitatea garanției este aceea de a verifica care este relația dintre valoarea în funcționare a respectivului bun și valoarea lui de înlocuire (costul debitorului, dacă ar trebui să înlocuiască bunul executat de creditorul garantat) și, respectiv, de lichidare (distribuția primită de creditorul garantat prin vânzare imediată). Pentru a respecta prevederile legii insolvenței, un bun dat în garanție se va considera util planului de reorganizare dacă valoarea lui în funcționare este mai mare decât valoarea de lichidare, dar mai mică decât valoarea lui de înlocuire de nou.

Pentru a ilustra: presupunem cazul unui debitor care are o firmă de taximetrie, și este proprietar a 5 automobile date în garanție la bancă. Valoarea unui automobil pe piața de *second hand* este de 30.000 lei (RON), dar valoarea lor utilă în condiții de continuare a activității este de 36.000 lei (RON) pentru fiecare. Admițând că prețul de nou al unui automobil este de 39.000 lei (RON), iar suma datorată băncii este de 33.000 lei (RON), banca nu poate forța executarea mașinilor prin aplicarea art. 39, și, depinzând de structura creditorilor și distribuția lor pe grupe de vot, debitorul poate avea succes în impunerea unui plan de reorganizare.

Este de asemenea adevărat că o dată ce debitorul continuă să utilizeze bunurile date în garanție, creditorul garantat se află în situația în care nu se produce o întârziere în încasarea creanței sale în timp ce bunul primit în garanție se uzează prin utilizare. Într-o astfel de situație, în baza unui raport de evaluare, la cererea creditorului, instanța poate aproba plata unor despăgubiri către creditorul garantat, pe perioada planului.

CUM ESTE MĂSURATĂ VALOAREA? – METODOLOGIE ȘI TERMINOLOGIE

O dată ce se găsește răspunsul la întrebarea dacă evaluarea se face din perspectiva creditorului garantat (cazul în care își poate executa imediat garanția) sau din cea a debitorului (când el se poate reorganiza și bunul dat în garanție este util reorganizării), este realizată și cea mai importantă distincție metodologică din perspectiva evaluării, respectiv dacă avem de a face cu o evaluare de active, primul caz, sau de afacere, cel de al doilea. Valoarea de lichidare are însă sens ca și concept numai în primul caz, cel al evaluării de active, caz în care o a doua întrebare ce se cere lămurită, și anume „în ce măsură există o metodologie specifică lichidării?”, ar trebui avută în vedere.

În opinia autoarei situația de insolvență nu conduce automat la o variație de la valoarea de piață a activelor aduse în garanție așa cum nu exclude automat principiul de continuare a funcționării debitorului. În argumentarea din perspectiva evaluării a soluției de rezolvare a stării de insolvență, primul aspect pe care diagnosticul făcut de evaluator trebuie să-l elucideze este cel privind șansa de continuare a activității debitorului, volumul fluxului de numerar la dispoziția serviciului datoriei generat de acesta, precum și raportul dintre valoarea activelor și valoarea de afacere a debitorului.

Valoarea obținută prin eventuala îndepărtare de la valoarea de piață, datorată fie unei perioade insuficiente de expunere la piață, fie absenței unei cereri semnificative, ambii fiind factori agravanți care conduc la o așa zisă „vânzare forțată”, este denumită în literatură drept valoare de lichidare. Cu toate acestea considerăm că valoarea de piață rămâne baza cea mai potrivită de estimare a valorii de activ și/sau de afacere a debitorilor aflați în insolvență, eventualele îndepărtări de la definiția acesteia urmând să fie evidențiate, iar valoarea ajustată corespunzător.

Note

¹ În sensul general al termenului lichidarea activului este procesul de transformare a acestuia în lichidități (numerar) cu scopul acoperirii pasivului.

² Art. 116 din Legea 85/2006

³ Art. 101, alin (2), lit. a) din Legea 85/2006

⁴ Vezi Art. 39 și Art. 121 din Legea 85/2006

⁵ Vezi Art. 39 și Art. 116 din Legea 85/2006

⁶ Vezi Art. 39, Art. 41 și Art. 116 din Legea 85/2006

⁷ Vezi Art.39 din Legea 85/2006

⁸ Vezi Art.39 din Legea 85/2006

Reforma dreptului societar românesc prin prisma noii reglementări legislative a Legii nr. 441/2006¹

– Partea I –

Jurist drd. Florentina Folea

1. Considerații introductive privind procesul de armonizare legislativă în România

Procesul de armonizare a legislației românești cu reglementările comunitare constituie o obligație ce decurge din Acordul european de asociere România-Uniunea Europeană, ratificat prin Legea nr. 20/1993².

În vederea derulării procesului de compatibilizare a legislației românești cu normele comunitare, a fost elaborat Programul național de aderare a României la Uniunea Europeană, care include un program de armonizare legislativă ce conține responsabilități clare, este împărțit pe capitole de acquis comunitar și se actualizează anual.

La redactarea tuturor actelor normative au fost avute în vedere reglementările acquis-ului comunitar. Inițiatorii proiectelor de acte normative au inclus în cuprinsul documentelor de prezentare și motivare a proiectelor, mențiuni exprese privind denumirea reglementărilor comunitare armonizate, dispozițiile acestora care sunt transpuse în cuprinsul respectivelor proiecte, precum și măsurile viitoare de implementare.

Necesitatea armonizării legislației interne cu normele comunitare este prevăzută în mod imperativ și prin Legea nr. 24/2000³ care, prin intermediul mai multor norme șart.6 (1), art.12 lit.c), art.21, art.30 (2) și art.43) dispune că soluțiile legislative preconizate prin noile reglementări trebuie să aibă în vedere reglementările în materie ale Uniunii Europene, asigurând compatibilitatea cu acestea.

Implementarea acquis-ului comunitar în dreptul societar românesc a cunoscut două momente anterioare importante și anume adoptarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.32/1997⁴ pentru modificarea și completarea Legii nr.31/1990 privind societățile comerciale și a Legii nr.161/2003⁵ privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

Recenta reformă legislativă din România în materia societăților comerciale, finalizată prin adoptarea Legii nr.441/2006, a avut în vedere concluziile Raportului Comisiei Europene cu privire la progresele înregistrate în România în cursul anului 2004 în procesul de aderare la Uniunea Europeană, ale Raportului de monitorizare a nivelului de pregătire pentru aderare la Uniunea Europeană – octombrie 2005 și concluziile Raportului Băncii Mondiale de evaluare a legislației românești în raport cu principiile Organizației pentru Cooperare Economică și Dezvoltare (OECD) privind « guvernarea corporativă »⁶, care indicau o serie de deficiențe ale cadrului legal românesc în materia societăților comerciale.

În acest context, procesul legislativ de adoptare a Legii nr.441/2006 a avut în vedere două direcții principale, și anume: alinierea deplină a legislației românești la standardele impuse de acquis-ul comunitar în materia societăților comerciale și adaptarea legislației interne la standardele OECD în materia guvernării corporative.

În cuprinsul prezentului articol vom încerca o sintetizare a principalelor modificări legislative aduse în materia societăților comerciale de recent adoptată Lege nr.441/2006.

2. Constituirea societăților comerciale. Elementele obligatorii ale

actului constitutiv.

Actul constitutiv al societății în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată va cuprinde în mod obligatoriu elementele descrise în art.7 din lege. Conform noii legi, nu se mai regăsesc între aceste elemente emblema societății și reprezentantul fiscal, astfel încât inserarea acestora în actul constitutiv este lăsată la aprecierea asociaților.

În cazul societăților pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni, elementele de noutate din cuprinsul actului constitutiv sunt descrise în art.8 din noua lege, și anume :

- restricțiile privind transferul de acțiuni, respectiv clauzele de preferință și de acord;

- cuantumul capitalului autorizat, constituit conform prevederilor noului art.220⁷1;

- dacă sunt mai multe categorii de acțiuni, numărul, valoarea nominală și drepturile conferite fiecărei categorii de acțiuni ;

- puterile conferite administratorilor și, după caz, directorilor și dacă ei urmează să le exercite împreună sau separat. În acest context, noul art.55 al.1 conține o prevedere expresă în sensul că societatea este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă aceste acte depășesc obiectul de activitate al societății sau limitele mandatului conferit reprezentanților, (în afară de cazul în care societatea dovedește că terții cunoșteau aceste depășiri, iar publicarea actului constitutiv nu poate constitui singură dovada cunoașterii).

- eventualele avantaje speciale acordate - în momentul înființării societății sau până în momentul în care societatea este autorizată să își înceapă activitatea - oricărei persoane care a participat la constituirea societății sau la tranzacții conducând la acordarea autorizației în cauză, precum și identitatea beneficiarilor unor astfel de avantaje;

- cuantumul total sau cel puțin estimativ al tuturor cheltuielilor pentru constituirea societății.

O importantă modificare adusă Legii nr.31/1990 prin noul art.10 alin.3 este reducerea numărului minim obligatoriu al acționarilor în cadrul societății pe acțiuni de la 5 la 2 acționari.

3. Actul constitutiv actualizat

Noua lege prevede, prin art.204 alin.4, obligația administratorilor societății (respectiv a directoratului în sistemul dualist de administrare) ca, după fiecare modificare a actului constitutiv, aceștia să depună la oficiul registrului comerțului, în termen de 15 zile, actul modificator și textul complet al actului constitutiv, actualizat cu toate modificările, care vor fi înregistrate în temeiul hotărârii judecătorului delegat.

Oficiul registrului comerțului va înainta din oficiu actul modificator astfel înregistrat și o notificare asupra depunerii textului actualizat al actului constitutiv către RA Monitorul Oficial, spre a fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, pe cheltuielile societății.

4. Capitalul social

a. Cuantumul minim al capitalului social

În cazul societăților pe acțiuni, Legea nr.302/2005 pentru modificarea Legii nr.31/1990 a prevăzut capitalul social minim de 25.000 euro, în echivalent lei, calculat la cursul de schimb comunicat de Banca Națională

a României la data subscrierii.

Noul text al art.10 alin.1 prevede un capital social minim de 90.000 lei, precizând totodată faptul că Guvernul României va putea modifica, cel mult o dată la 2 ani, valoarea minimă a capitalului social, ținând seama de rata inflației, astfel încât acest cuantum să reprezinte echivalentul în lei al sumei de 25.000 euro.

În ceea ce privește societățile cu răspundere limitată, capitalul social minim este menținut la același nivel de 200 lei, divizat în părți sociale egale care nu pot fi mai mici de 10 lei.

b. Modul de constituire a capitalului social

La societățile pe acțiuni, în cazul unei subscrieri integrale și simultane a capitalului social de către semnatarul actului constitutiv, noua lege prevede posibilitatea acordării unui termen pentru vărsarea de către acționari a aportului în următoarele cazuri:

a) acțiunile emise pentru un aport în numerar trebuie achitate în momentul constituirii societății în proporție de cel puțin 30 % din valoarea lor nominală, restul urmând să fie achitat în termen de 12 luni de la data înmatriculării societății (prevedere existentă și în forma actuală a legii);

b) în situațiile în care acțiunile sunt emise, în momentul constituirii societății, pentru un aport în natură, aportul se va vărsa în termen de cel mult 2 ani de la data înmatriculării.

În privința modului de constituire a capitalului social, noua lege accentuează faptul că prestațiile în muncă sau servicii nu pot constitui aport la formarea sau la majorarea capitalului social, în timp ce singura condiție pentru ca un bun să poată fi aportat, în natură, la capitalul social al oricărei societăți este aceea că bunul să poată fi evaluabil din punct de vedere economic.

Aporturile în natură vor fi evaluate de către experți, numiți de judecătorul delegat de la oficiul registrului comerțului, cu respectarea prevederilor noului art.39 privind incompatibilitățile. Ca noutate, nu poate fi numit expert persoana căreia, urmare a relațiilor sale de afaceri, de muncă sau de familie, îi lipsește independența pentru a realiza o evaluare obiectivă a aporturilor în natură. Legea prevede în mod expres că aporturile în creanțe au regimul juridic al aporturilor în natură și nu sunt admise în cazul societăților cu răspundere limitată, al societăților pe acțiuni constituite prin subscripție publică și al societăților în comandită pe acțiuni.

c. Capitalul social autorizat

Noul articol 220¹ din lege prevede posibilitatea adunării generale extraordinare a acționarilor de a autoriza, după caz, consiliul de administrație sau directoratul societății ca, într-o anumită perioadă, ce nu poate depăși cinci ani de la data înmatriculării societății, să majoreze capitalul social subscris până la o valoare nominală determinată ("capital autorizat"), prin emiterea de noi acțiuni în schimbul aporturilor.

Valoarea nominală a capitalului autorizat nu poate depăși jumătate din capitalul social subscris existent în momentul autorizării.

Prin autorizarea astfel acordată, consiliului de administrație îi poate fi conferită și competența de a decide restrângerea sau ridicarea dreptului de preferință al acționarilor existenți, în condițiile de cvorum și majoritate prevăzute de art.217 (3) din noua lege, respectiv prezența acționarilor reprezentând _ din capitalul social subscris, cu majoritatea voturilor acționarilor prezenți.

d. Majorarea capitalului social

Noua lege preia dispozițiile actualului art.216 în sensul acordării acționarilor existenți a unui drept de preferință la subscrierea acțiunilor emise pentru majorarea capitalului social, proporțional cu numărul acțiunilor pe care le posedă, în cadrul termenului hotărât de adunarea generală a acționarilor, dar care nu poate fi mai mic de o lună de la data publicării hotărârii în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

Eventualele limitări sau ridicarea dreptului de preferință al acționarilor se vor putea face numai prin hotărâre a adunării generale extraordinare a acționarilor și numai în baza raportului consiliului de administrație al societății care precizează motivele care susțin adoptarea unei asemenea măsuri.

O altă noutate importantă este aceea că, în cazul în care majorarea de capital propusă nu este subscrisă integral, există posibilitatea ca, în măsura în care condițiile de emisiune prevăd acest lucru, capitalul social să fie majorat doar în cuantumul subscrierilor primite.

De asemenea, articolul unic al noii Legi nr.516/2006⁷ prevede, cu titlu de excepție, că, până la data de 31 ianuarie 2007, majorarea capitalului social se va putea face "și prin utilizarea rezervelor, cu excepția rezervelor legate, precum și a beneficiilor și primelor legate de capital, inclusiv a

diferenței favorabile din reevaluarea patrimoniului social, ori în alte modalități permise de lege".

e. Reducerea capitalului social

Noul text al art.114 (1) înlătură posibilitatea delegării către consiliul de administrație a competenței de reducere a capitalului social, astfel încât adoptarea hotărârilor în această materie va reveni în exclusivitate adunării generale extraordinare a acționarilor.

Prevederile art.208 instituie o protecție suplimentară creditorilor societății, dispunând în mod expres că reducerea capitalului social nu are efect și nu se fac plăți în beneficiul acționarilor, până când creditorii nu vor fi obținut realizarea creanțelor lor sau până la data la care instanța - considerând că societatea a oferit creditorilor garanții adecvate ori că, luându-se în considerare activul societății, garanțiile nu sunt necesare - nu va fi respins cererea creditorilor, prin hotărâre judecătorească irevocabilă.

Reducerea capitalului social justificată de pierderi pentru societățile pe acțiuni beneficiază în noua lege (art.153²⁴) de o reglementare mult mai amănunțită decât cea anterioară, pornind însă de la textul art.158. Astfel, dacă consiliul de administrație, respectiv directoratul, constată că, în urma unor pierderi, stabilite prin situațiile financiare anuale aprobate conform legii, activul net al societății, determinat ca diferență între totalul activelor și totalul datoriilor acesteia, s-a diminuat la mai puțin de jumătate din valoarea capitalului social subscris, va convoca de îndată adunarea generală extraordinară pentru a decide dacă societatea trebuie să fie dizolvată. Prin actul constitutiv se poate stabili ca adunarea generală extraordinară să fie convocată chiar și în cazul unei diminuări a activului net mai puțin semnificativă, stabilindu-se acest nivel minim al activului net prin raportare la capitalul social subscris. Decizia cu privire la dizolvarea societății sau reducerea capitalului social se va lua de adunarea generală extraordinară a acționarilor în baza unui raport al consiliului de administrație sau, după caz, al directoratului, cu privire la situația patrimonială a societății, însoțit de observații ale cenzorilor sau, după caz, ale auditorilor interni. Acest raport trebuie depus la sediul societății cu cel puțin o săptămână înainte de data adunării generale, pentru a putea fi consultat de orice acționar interesat. În cadrul adunării generale extraordinare, consiliul de administrație, respectiv directoratul, îi va informa pe acționari cu privire la orice fapte relevante survenite după redactarea raportului scris. Dacă adunarea generală extraordinară nu hotărăște dizolvarea societății, atunci societatea este obligată ca, cel târziu până la încheierea exercițiului financiar ulterior celui în care au fost constatate pierderile, să procedeze la reducerea capitalului social cu un cuantum cel puțin egal cu cel al pierderilor care nu au putut fi acoperite din rezerve, dacă în acest interval activul net al societății nu a fost reconstituit până la nivelul unei valori cel puțin egale cu jumătate din capitalul social. În cazul neîntrunirii adunării generale extraordinare sau dacă aceasta nu a putut delibera valabil nici în a doua convocare, orice persoană interesată se poate adresa instanței pentru a cere dizolvarea societății, însă instanța poate acorda societății un termen ce nu poate depăși 6 luni pentru regularizarea situației. Societatea nu va fi dizolvată dacă reconstituirea activului net până la nivelul unei valori cel puțin egale cu jumătate din capitalul social are loc până în momentul rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești de dizolvare.

5. Administrarea societăților pe acțiuni

Recenta modificare a Legii nr.31/1990 a urmărit, prin prisma îmbunătățirii guvernantei corporative în România și apropierii ei de standardul internațional, cel al Principiilor OECD, câteva linii directoare care pot fi sintetizate⁸ astfel:

i. remodelarea structurii consiliului de administrație, prin posibilitatea acordată societăților comerciale pe acțiuni de a opta între două sisteme de administrare - unitar sau dualist;

ii. definirea funcției neexecutive și a celei executive, exercitată în cadrul sistemului unitar de administrare a societății;

iii. stabilirea criteriilor ce stabilesc independența unui administrator ne-executiv ;

iv. definirea rolului consiliului de supraveghere și al directoratului, a raporturilor dintre acestea, precum și dintre ele și adunarea generală a acționarilor ;

v. revizuirea reglementării statutului administratorilor, delimitarea statutului membrilor consiliului de supraveghere și ai directoratului ;

vi. instituirea obligațiilor de diligență și loialitate față de societate a administratorilor, inclusiv regula « judecății de afaceri » ;

vii. îmbunătățirea cadrului legal al acțiunii în răspundere împotriva administratorilor, directorilor, respectiv membrilor consiliului de supraveghere și directoratului.

Principalele noutăți aduse în materia administrării societăților pe acțiuni de către recente modificări legislative pot fi structurate distinct în funcție de cele două sisteme de administrare: sistemul unitar (monist) și sistemul dualist.

5.1. Sistemul unitar de administrare a societăților comerciale pe acțiuni

5.1.1. Precizări prealabile

Sistemul unitar (monist) reflectă concepția tradițională consacrată în dreptul românesc cu privire la administrarea societăților pe acțiuni.

Potrivit acestui sistem, societatea pe acțiuni va putea fi administrată și în continuare fie de un administrator unic, fie de un consiliu de administrație compus dintr-un număr impar de administratori (deci minim trei).

Prin excepție, societățile pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare, sunt administrate în mod obligatoriu de cel puțin trei administratori, respectiv de un consiliu de administrație, varianta administrării printr-un administrator unic fiind exclusă pentru aceste societăți.

Durata mandatului administratorilor nu poate depăși 4 ani, cu excepția primilor administratori în cazul cărora durata mandatului nu poate depăși 2 ani (art.153¹² 2), spre deosebire de reglementarea anterioară a art.137 alin.5 din lege care prevede doar cu titlu de posibilitate și doar în lipsă de stipulație contrară în actul constitutiv limitarea mandatului primilor administratori la 2 ani.

Numărul mandatelor de administrator care pot fi exercitate concomitent de către o persoană fizică este, în noua reglementare, de 5 (față de 3), cu excepția cazurilor în care persoana respectivă este proprietar a cel puțin unei părți din totalul acțiunilor societății (art.153¹⁶ alin.1).

5.1.2. Numirea și revocarea administratorului unic și a membrilor consiliului de administrație

Adunării generale ordinare a acționarilor îi revine obligația desemnării administratorilor societății, în baza propunerilor de nominalizare a candidaților, formulate de membri în funcțiune ai consiliului de administrație sau de acționari (art.137¹ alin.2), prevedere care nu face altceva decât să transpună într-un cadru legal o stare de fapt uzuală în funcționarea curentă a societăților comerciale.

Acceptarea expresă a deciziei acționarilor privind numirea administratorului de către persoana desemnată în această funcție este însă cea care conferă validitate din punct de vedere juridic mandatului conferit (art.153¹² alin.3). Apreciem că, și în absența unei reglementări exprese a legii în acest sens, declarația administratorului persoană fizică sau, după caz, a reprezentantului legal al administratorului persoană juridică în sensul că îndeplinește cerințele legale pentru deținerea și exercitarea funcției de administrator la o anumită societate comercială, are valoare juridică de acceptare expresă a mandatului conferit.

Desigur că din punct de vedere practic, atât sub imperiul vechii reglementări, cât și potrivit noilor modificări în materia societăților comerciale, se menține necesitatea încheierii de contracte de administrare (denumite, în teoria guvernării corporative, contracte de management). Dacă în trecut obligativitatea încheierii acestora era menționată doar cu privire la administratorii - persoane juridice, noua reglementare cu privire la interdicția cumulării calității de administrator cu aceea de salariat al societății (art.137¹ alin.3), precum și referirea noului art. 144¹ la contractul care va cuprinde conținutul și durata obligațiilor administratorilor privind păstrarea informațiilor confidențiale și a secretelor de afaceri ale societății ne conduc la concluzia instituirii obligativității semnării contractelor de administrare în toate cazurile și indiferent dacă administratorul desemnat este persoană fizică sau juridică.

Efectele noului art. 137¹alin.3 se răsfrâng și pe planul dreptului muncii, în sensul că, pentru administratorii persoane fizice desemnați dintre salariații societății, contractul individual de muncă este suspendat pe

perioada mandatului.

Remunerația membrilor consiliului de administrație este stabilită prin actul constitutiv sau, ulterior, prin hotărâre a adunării generale a acționarilor.

Dacă exercitarea funcției de administrator se realizează în baza unui mandat cu titlu oneros materializat într-un contract de administrare, revocarea mandatului de către mandant, cu consecința rezilierii unilaterale a contractului de administrare fără justă cauză, îndreptățește administratorul să solicite plata de daune-interese.

Noua lege nu conține însă nici o prevedere cu privire la ipoteza contrară în care rezilierea contractului de administrare fără justă cauză se produce din inițiativa administratorului. Apreciem că aceleași prevederi de principiu ar trebui aplicate pentru identitate de rațiune.

5.1.3. Exercițarea mandatului

Procedurile de urmat în caz de vacanță a unuia sau mai multor posturi de administratori au cunoscut o restructurare prin art.137².

Astfel, în asemenea situații, consiliul de administrație este îndrituit să procedeze la numirea unor administratori provizorii până la întrunirea adunării generale ordinare a acționarilor, cu excepția cazurilor în care numărul administratorilor a scăzut sub minimul legal de trei membri, când administratorii rămași le revine obligația de a convoca de îndată adunarea generală ordinare pentru a completa numărul acestora.

Neîndeplinirea acestei obligații de către administratorii rămași acordă oricărei persoane interesate dreptul de a convoca adunarea generală a acționarilor în scopul completării numărului de administratori.

În cazul administratorului unic, renunțarea acestuia la mandat implică în mod necesar obligația sa de a convoca adunarea generală ordinare a acționarilor care să ia act de renunțare și să numească un nou administrator.

Spre deosebire de vechea formă a legii, intervenția cenzorilor în acest proces este prevăzută doar în cazurile de deces sau imposibilitate fizică de exercitare a mandatului de către administratorul unic, când cenzorii sunt cei care vor proceda la numirea provizorie a unui administrator, până la adoptarea unei hotărâri definitive de către adunarea generală a acționarilor. În absența cenzorilor, acest drept revine oricărui acționar.

O modificare binevenită este cea cuprinsă în art.141 alin.1. din lege potrivit căreia periodicitatea întrunirii consiliului de administrație este majorată de la o lună la trei luni. În condițiile în care nici noua reglementare nu conține o sancțiune în caz de nerespectare a acestui termen, apreciem că a fost menținut caracterul de recomandare al normei cuprinsă în acest articol.

Participarea directorilor și a cenzorilor sau, după caz, a auditorilor interni la întrunirile consiliului de administrație este obligatorie, în măsura în care au fost convocați.

Consiliul de administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, dintre administratori sau din afara consiliului de administrație, din care unul este desemnat director general.

În accepțiunea noii legi, director al societății pe acțiuni este numai persoana fizică (art.153¹³) căreia i-au fost delegate atribuții de conducere de către consiliul de administrație, cu precizarea că orice altă persoană, indiferent de denumirea tehnică a postului ocupat în cadrul societății, este exclusă de la aplicarea dispozițiilor legale cu privire la directorii societății.

Responsabilitățile directorilor vizează luarea tuturor măsurilor aferente conducerii societății, în limitele obiectului de activitate al societății și cu respectarea competențelor exclusive rezervate de lege sau de actul constitutiv consiliului de administrație și adunării generale a acționarilor.

Numirea directorilor va fi înregistrată la oficiul registrului comerțului și publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, prin grija consiliului de administrație al societății.

În acest sens, art.142 alin.2 prevede anumite competențe de bază ale consiliului de administrație care nu pot fi delegate directorilor, și anume:

- stabilirea direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare a societății. Această prevedere cu titlu general le include de fapt și pe cele ce urmează, vizând strategia de dezvoltare pe viitor a societății ;
- stabilirea sistemului contabil și de control financiar și aprobarea planificării financiare, deci de a se asigura că ținerea contabilității este încre-

dințată unor persoane specializate și cu respectarea prevederilor legale în vigoare ;

c) numirea și revocarea directorilor și stabilirea remunerației lor ;

d) supravegherea activității directorilor. Această atribuție prezintă o importanță deosebită, atât sub aspect juridic – prin prisma verificării conformității dintre actele întreprinse de directori și prevederile legale sau statutele în vigoare -, cât și sub aspect economic – în sensul verificării dacă măsurile luate de directori în executarea atribuțiilor ce le-au fost delegate respectă strategia de dezvoltare stabilită de consiliul de administrație conform art.142.2.a) din Lege ;

e) pregătirea raportului anual, organizarea adunării generale a acționarilor și implementarea hotărârilor acesteia, respectiv stabilirea de sarcini specifice pentru unii membri ai consiliului și controlul îndeplinirii lor;

f) introducerea cererii pentru deschiderea procedurii insolvenței societății, potrivit Legii nr.85/2006 privind procedura insolvenței.

De asemenea, nu vor putea fi delegate directorilor atribuțiile transmise consiliului de către adunarea generală extraordinară a acționarilor, conform art.114 din lege.

Modul de organizare a activității directorilor poate fi stabilit fie prin actul constitutiv al societății, fie prin decizie a consiliului de administrație.

Atribuția de supraveghere a activității directorilor revine consiliului de administrație, iar directorii sunt obligați să furnizeze informații administratorilor cu privire la conducerea operativă a societății, operațiunile întreprinse și cele avute în vedere.

În mod similar prevederii art.137¹ alin.4, art.143¹ alin.4 prevede posibilitatea directorilor revocați de către consiliul de administrație fără justă cauză, să solicite plata de daune-interese.

Potrivit noului art. 138¹, în cazul în care într-o societate pe acțiuni are loc delegarea atribuțiilor de conducere către directori, majoritatea membrilor consiliului de administrație va fi formată din administratori neexecutivi, respectiv din acei membri ai consiliului de administrație care nu au fost numiți directori conform art.143.

Rațiunea introducerii acestei modificări este aceea de a asigura condițiile pentru ca, și atunci când unii administratori sunt numiți și directori, consiliul să își mențină capacitatea de a acționa și de a lua decizii cu privire la activitatea directorilor, asigurându-se astfel exercitarea atribuțiilor de supraveghere într-un mod eficient.

Art.138² din lege introduce noțiunea de administrator independent, ca membru în consiliul de administrație.

Analiza ipotezelor enumerate la art. 138² alin.2 din lege ne conduce la concluzia că independența administratorului trebuie analizată atât în raport cu societatea, cât și cu acționarii semnificativi ai acesteia ori cu organele de conducere ale persoanelor juridice ce au calitatea de acționar.

Relațiile avute în vedere de legiuitor pot fi de afaceri, de muncă sau de familie, aprecierea în concreto urmând să fie făcută de adunarea generală ordinară a acționarilor odată cu desemnarea lor.

Importanța acestei instituții prezintă relevanță și prin prisma aplicării prevederilor art. 140² care reglementează posibilitatea consiliului de administrație de a crea comitete consultative în cadrul cărora cel puțin un membru trebuie să fie administrator neexecutiv independent.

Constituirea acestor comitete în domenii-cheie pentru buna funcționare a societății reprezintă un element esențial al guvernării corporative. Astfel, comitetul de audit are menirea de a se asigura că societatea este sănătoasă din punct de vedere financiar, comitetul de indemnizare recomandă și aprobă salariile personalului de conducere și ale membrilor consiliului de administrație, iar comitetul de numire se ocupă cu selecția membrilor consiliului.⁹

Pentru validitatea deliberărilor consiliului de administrație, art.153²⁰ din lege prevede necesitatea prezenței a cel puțin jumătate din numărul total al membrilor fiecăruia din aceste organe, dacă prin actul constitutiv nu este prevăzut un număr mai mare.

Deciziile în cadrul consiliului de administrație se vor lua cu votul majorității membrilor prezenți, cu excepția celei privind numirea sau revocarea președintelui acestui organ, caz în care decizia se va lua cu votul majorității membrilor consiliului.

Membri consiliului pot fi reprezentați în aceste ședințe doar de către

alți membri, cu precizarea că un membru prezent poate reprezenta un singur membru absent.

Un element de noutate este introducerea posibilității participării la reuniunile consiliului de administrație și prin intermediul mijloacelor de comunicare la distanță, cu precizarea, eventual prin actul constitutiv, a deciziilor care pot fi luate în aceste condiții (art.153²⁰ alin.4).

Totodată, în cazuri excepționale, de urgență, deciziile consiliului de administrație se pot lua prin votul unanim exprimat în scris al membrilor, fără a mai fi necesară întrunirea respectivului organ. Sunt excluse expres de legiuitor din categoria actelor care pot fi adoptate în această procedură de urgență adoptarea situațiilor financiare anuale și deciziile privind capitalul autorizat. (art.153²¹).

Reprezentarea societății în relațiile cu terții și în justiție revine consiliului de administrație, prin președintele său.

Prin actul constitutiv, președintele și unul sau mai mulți administratori pot fi împuterniciți să reprezinte societatea acționând împreună sau separat.

Prin acordul unanim, administratorii care reprezintă societatea acționând doar împreună pot împuternici pe unul dintre ei să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni.

În cazul în care consiliul de administrație delegă directorilor atribuțiile de conducere a societății, puterea de a reprezenta societatea aparține directorului general. Consiliul de administrație păstrează însă atribuția de reprezentare a societății în raporturile cu directorii.

Totodată, noua reglementare impune obligația consiliului de administrație de a înregistra la registrul comerțului numele persoanelor împuternicite să reprezinte societatea, menționând dacă acestea acționează împreună sau separat. Aceste persoane vor trebui să depună și specimen de semnătură.

Instituirea obligației de loialitate față de societate și adoptarea regulii « judecării de afaceri » - « business judgement rule » prezintă un deosebit interes în noua reglementare.

Obligația de loialitate impune administratorilor prin art.144¹ alin.1 din Lege este definitorie în relația acestuia cu societatea. Potrivit acestei obligații, în toate cazurile în care administratorul este confruntat cu o situație de conflict între interesul societății și propriul interes sau cel al unui terț (chiar și acționar), administratorul va acționa doar în interesul societății.

Potrivit art.144¹alin.2 din Lege, administratorul este considerat că nu încalcă obligația de loialitate față de societate dacă, în momentul luării unei decizii de afaceri, el este rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate.

În sensul noii legi, prin decizie de afaceri se înțelege orice decizie de a lua sau de a nu lua anumite măsuri cu privire la administrarea societății. Prin urmare, chiar dacă o astfel de decizie se dovedește a avea consecințe negative pentru societate, administratorul nu va putea fi făcut răspunzător pentru pagubele produse, dacă acesta a luat hotărârea respectivă cu încrederea că acționează în interesul societății.

Totodată, obligația de confidențialitate impune administratorilor față de societate cu privire la informațiile confidențiale și secretele de afaceri la care au avut acces în calitatea lor de administratori va fi reglementată, sub aspectul condițiilor și duratei, în contractul de administrare.

NOTE

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

² Legea nr.20/1993 a fost publicată în Monitorul Oficial cu numărul 73 din data de 12 aprilie 1993

³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 139 din 31 martie 2000, fiind ulterior modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 6/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 114 din 24 februarie 2003, respinsă prin Legea nr. 268/2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 616 din 7 iulie 2004. Legea a fost republicată în Monitorul Oficial cu numărul 777 din data de 25 august 2004

⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României nr.133/27.06.1997

⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României nr.279/21.04.2003

⁶ Noțiunea de „guvernare corporativă” provine din engl. „corporate governance”, care poate fi tradus prin „sistemul prin care o companie este condusă și controlată”.

⁷ Legea nr.516/2006 privind completarea Legii nr. 302/2005 pentru modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale a fost publicată în Monitorul Oficial cu numărul 14 din 09 ianuarie 2007.

⁸ În acest sens, a se vedea Expunerea de motive la PL 619/04.09.2006 pe pagina web a Camerei Deputaților - <http://www.cdep.ro/proiecte/2006/600/10/9/cm619.pdf>

⁹ St.D.Cârpenaru, S.David, C.Predoiu, Gh.Piperea – *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Ed.C.H.Beck București 2006, p.498

(continuare în numărul viitor)