

Phoenix, revista de insolvență

Nr. 23, ianuarie-martie 2008

sumar

| | pag. |
|---|------|
| □ INTRODUCERE | |
| CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI | 3 |
| □ RUBRICA PRACTICIANULUI | |
| DECIZIA CURȚII CONSTITUȚIONALE NR. 1.137/4 DECEMBRIE 2007 | 4 |
| ASPECTE PRACTICE ALE APLICĂRII LEGII NR. 85/2006 | 5 |
| □ RUBRICA ANALISTULUI | |
| PLEDOARIE PENTRU O NECESARĂ ÎNNOIRE A CONCEPTULUI DE INSOLVENȚĂ | 9 |
| CONSIDERAȚII PRIVIND CREAȚELE GARANTATE | 12 |
| □ OPINIA SPECIALISTULUI | |
| ADMINISTRATORUL SPECIAL ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI | 21 |
| □ JURISPRUDENȚĂ COMENTATĂ | |
| HOTĂRĂRILE JUDECĂTORULUI SINDIC ȘI MODIFICAREA ACESTORA ÎN INSTANȚA DE RECURS | 24 |
| □ INTEGRARE EUROPEANĂ | |
| TRATATUL DE LA LISABONA – 13 DECEMBRIE 2007 | 26 |

Editor

Mihai Dimonie

Redactor șef

Nicolae Șarambei

Consultanți științifici

prof. univ. dr. Radu Bufan (Timișoara)

av. Simona Maria Miloș (București)

av. drd. Ana-Irina Șarcane (București)

Secretar general

Alexandru Frumosu

Secretariat de redacție

Adrian Ciochirdel

Andreea Mucileniță

Tehnoredactare computerizată

Anca Vergulescu

Editare și imprimare

Redacția Publicațiilor pentru Străinătate

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

Secretariat general al UNPIR

Bd. Octavian Goga nr. 2, sector 3

București

Tel.: 021-316.24.84,

fax: 021-316.24.85

E-mail: office@unpir.ro

Cuvântul președintelui



În sfârșit, la data de 27 decembrie 2007 a fost publicat în Monitorul Oficial al României nr.885 Ordinul ministrului Economiei și Finanțelor nr. 2410, care reglementează contabilitatea societăților în insolvență cu răspundere limitată și personalitate juridică și rezolvă problemele fiscale legate de impozitarea acestora.

Pentru prima dată într-un document emis de Ministerul Economiei și Finanțelor se stabilește cu claritate ce reprezintă regimul transparenței fiscale prevăzut de art.9 alin.6 din O.U.G. nr.86 /2006 modificată și aprobată prin Legea nr. 254/2007.

Conform alin(2) al art.4 din ordin, regimul transparenței fiscale se aplică S.P.R.L. și I.P.U.R.L. și conduce la impunerea venitului la nivelul persoanei fizice.

În alin (3) al aceluiași articol se stabilește cu claritate că distribuțiile către asociați nu reprezintă venit din dividende.

Din păcate această interpretare legală se referă numai la perioada de după intrarea în vigoare a Legii nr.254/2007, deși în opinia noastră ar fi trebuit să se

aplice și față de perioada anterioară.

Oricum, din punct de vedere faptic, acest aspect este lipsit de relevanță, având în vedere că impozitul pe profit este același cu impozitul pe venit.

Fostele S.P.P.I. transformate în S.P.R.L. nu vor avea nici un fel de probleme fiscale.

S.P.R.L. și I.P.U.R.L. vor fi impozitate pe profit (nu știm cum) până la intrarea în vigoare a Legii nr.254/2007 și după aceea impunerea se va face direct asupra veniturilor persoanelor fizice – asociate ale S.P.R.L. sau I.P.U.R.L.

Oricum, odată această problemă fiscală rezolvată putem spune că pentru prima dată în România s-a reușit impunerea regimului transparenței fiscale cu privire la societățile cu personalitate juridică și răspundere limitată.

Practic, în acest fel, membrii UNPIR se vor bucura atât de avantajele generate de răspunderea limitată, cât și de cele fiscale ale impunerii veniturilor direct la persoana fizică.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Decizia Curții Constituționale nr. 1.137/4.12.2007

– Comentariu –

Av. Arin Octav Stănescu
Av. Simona Maria Miloș

Relativ recent, prin Decizia nr. 1.137/4.12.2007 publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 31/15.01.2008, Curtea Constituțională a stabilit neconstituționalitatea art. 7 din Legea nr. 85/2006, privind procedura insolvenței, articol ce reglementează modalitatea de citare, notificare și comunicare a actelor de procedură în procesele având ca obiect procedura insolvenței.

Foarte interesant este modul în care s-a pronunțat Curtea, aceasta declarând articolul mai sus menționat neconstituțional doar în ipoteza *“în care se interpretează că prima comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se promovează o acțiune în temeiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se realizează numai prin Buletinul procedurilor de insolvență, iar nu și potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă.”*

Această precizare dată de către Curtea Constituțională este puțin neobișnuită în raport de practica acestei instituții și face ca articolul 7 în ansamblul său să nu fie neconstituțional decât sub condiție.

Aceasta constă în interpretarea eronată a articolului de către judecătorul-sindic, în sensul în care s-ar aprecia că pentru persoanele împotriva cărora se depune o cerere de chemare în judecată în procedura insolvenței, după ce aceasta a fost deschisă, prima citare se face prin Buletinul procedurilor de insolvență.

În motivarea excepției, Curtea reține faptul că legea instituie măsuri deosebite de informare a părților implicate în procedura insolvenței, respectiv debitorii și creditorii, cu privire la stadiul procesului și a situației lor juridice, dar în ceea ce privește sfera persoanelor care sunt chemate incidental în proces, citarea acestora prin Buletinul procedurilor insolvenței este excesivă și încalcă dreptul la apărare garantat de art. 24 din Constituția României.

Din analiza motivării excepției de neconstituționalitate, reies următoarele:

- este vorba despre persoane împotriva cărora se formulează cereri în procedura insolvenței ulterior deschiderii procedurii și
- aceste persoane sunt altele decât debitorul sau creditorii.

Faptul că este vorba despre alte persoane, reiese din aprecierea făcută de către Curte, potrivit căreia pentru debitor și creditorii, legea prevede nu mai puțin de trei modalități de notificare a hotărârii de deschidere a procedurii către debitor și creditorii.

Sfera persoanelor (fizice sau juridice) care pot fi citate în cadrul unui proces privind procedura insolvenței, sunt atât cele prevăzute în cuprinsul Legii nr.85/2006, cât și oricare alte persoane care pot fi chemate în judecată potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă, ale cărui dispoziții se completează, în măsura compatibilității, cu cele ale Legii nr. 85/2006.

1. Acțiunile care pot fi promovate în temeiul Legii nr. 85/2006 și care impun citarea altor persoane în proces sunt cele prevăzute la art. 80 și urm. privind anularea unor acte încheiate de către debitor, respectiv cu cocontractantul și după caz, subdobânditorii, precum și persoanele a căror răspundere poate fi antrenată potrivit art. 138 din lege, și care au contribuit la apariția stării de insolvență.

O situație aparte este aceea în care alte persoane pot participa în

cadrul procedurii insolvenței în calitate de reclamant, cu o acțiune îndreptată împotriva debitorului, cum ar fi, spre exemplu, situația cocontractantului, prin acțiunea de despăgubiri introdusă de către acesta împotriva debitorului, în cazul denunțării contractului potrivit art. 86 alin.2 din lege.

(Această acțiune considerăm a fi de competența judecătorului-sindic datorită faptului că de la data deschiderii procedurii insolvenței se suspendă toate acțiunile de realizare a creanțelor împotriva averii debitorului. În situația în care cocontractantul, pentru aceste despăgubiri pe care le solicită ulterior deschiderii procedurii, nu ar avea posibilitatea legală să introducă o cerere pentru acordarea lor datorită suspendării prevăzute de art. 36, norma legală cuprinsă în art. 86 alin.3 ar rămâne lipsită de eficiență.)

Deși excepția de neconstituționalitate are în vedere doar citarea persoanelor care au calitatea de pârât în cauză, apreciem că și reclamantul unei astfel de acțiuni ar trebui să fie citat pentru primul termen de judecată tot conform dispozițiilor Codului de procedură civilă și nu prin Buletinul procedurilor de insolvență.

Aceasta întrucât o astfel de persoană nu are calitate de creditor în cauză, astfel încât să i se aplice dispozițiile art. 7 alin. 7 din Legea nr. 85/2006, potrivit căruia, creditorii care au înregistrate declarații de creanță la dosar sunt prezumați că au în cunoștință termenele prevăzute la art. 62, 107, 108 sau 109 și nu vor mai fi citați.

2. Acțiunile prin care alte persoane pot fi chemate în judecată într-o procedură de insolvență potrivit Codului de procedură civilă sunt cele care pot participa la judecata procesului civil, cum ar fi **chematul în garanție sau titularul dreptului arătat**, potrivit art. 60 și 64 din Codul de procedură civilă.

Este fără îndoială faptul că prin această excepție de neconstituționalitate se remediază o situație faptică posibilă, de chemare în judecată a unor persoane care nu au de unde să cunoască faptul că debitorul se află în procedură de insolvență și să acceseze astfel, site-ul Buletinului procedurilor de insolvență.

Rămâne totuși nerezolvată o altă problemă reală care se poate ivi, și anume situația acelor creditori care fie nu au fost înregistrați în contabilitatea debitorului din culpa acestuia, sau care nu au putut fi identificați tot datorită relei-credințe a debitorului care nu a depus la dosarul cauzei actele contabile.

Potrivit prevederilor art. 7 alin.3 din lege, pentru creditorii care nu figurează în lista depusă de către debitor sau care nu pot fi găsiți datorită lipsei documentelor contabile, procedura de citare se efectuează prin Buletinul procedurilor de insolvență, astfel încât, o eventuală prezentare a unui astfel de creditor în dosar ulterior, este sancționată cu decăderea, potrivit Legii nr. 85/2006.

O ultimă mențiune, am dori să facem față de obligativitatea achitării unor taxe (de loc de neglijat) pentru accesarea Buletinului procedurilor de insolvență de către cei interesați.

În opinia noastră Legea privind procedura insolvenței ar fi trebuit să prevadă gratuitatea comunicării oricăror acte procedurale. Aceasta întrucât se încalcă dreptul părților la un proces echitabil prevăzut de art.6 al Convenției europene pentru drepturile omului.

Aplicarea unei taxe pentru accesarea Buletinului procedurilor de insolvență este cu atât mai nedreaptă pentru acele persoane care au doar o participare punctiformă în cadrul unei proceduri de insolvență.

Aspecte practice ale aplicării Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței



Av. Simona Maria Miloș
Membră UNPIR, filiala București

După aproape un an și jumătate de la intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, putem deja să apreciem asupra efectelor aplicării în timp ale noii proceduri, astfel cum au fost reflectate în activitatea practică a celor implicați.

Fără îndoială că noua lege privind procedura insolvenței a adus o serie de beneficii prin modificările efectuate, conducând la o accelerare a ieșirii de pe piață a societăților neperformante prin introducerea procedurii simplificate și degrevând judecătorul-sindic de povara atribuțiilor manageriale prin transferul acestora către creditori.

Era de așteptat ca după o aplicare constantă în timp să se genereze probleme de interpretare a anumitor dispoziții legale cuprinse în noua procedură, probleme asupra cărora au existat abordări diferite în activitatea practică și asupra cărora, toți cei implicați în această arie a dreptului comercial, practicieni sau juriști, am încercat să le deslușim.

De asemenea, față de caracterul inovator al sistemului de publicitate instituit prin apariția Buletinului Procedurilor de Insolvență, au apărut și primele reacții vis-a-vis de eficacitatea implementării acestuia, unele critice - acuzând lipsa de mediatizare sau costurile ridicate, altele favorabile - evidențiind celeritatea, drept pentru care am ales să supun atenției dvs., prin acest articol, câteva aspecte practice pe care le ridică aplicarea noii legi în activitatea practică.

Dispoziții legale cuprinse în alte legi speciale cu incidență în materia procedurii insolvenței.

O chestiune destul de importantă o reprezintă existența unor prevederi legale, cuprinse în alte acte normative care au incidență în legea privind procedura insolvenței, fie prin posibilitatea prevăzută de a suspenda această procedură, fie prin derogarea de la regulile de distribuire a sumelor între creditori prevăzute de legea privind procedura insolvenței.

1.a. Este binecunoscut faptul că sub imperiul Legii nr. 64/1995 au existat dispoziții legale cuprinse atât în Legea privind procedura insolvenței, cât și în legi speciale care permiteau suspendarea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului, la cererea instituției publice implicate în privatizarea debitorului – societate comercială cu capital majoritar de stat.

Un exemplu în acest sens îl constituie dispoziția cuprinsă în art. 16 alin.1 ind. 2 din Legea nr. 137/2002 privind unele măsuri pentru

privatizarea societăților cu capital majoritar de stat care prevedea că „Toate acțiunile judiciare și extrajudiciare pornite împotriva societății comerciale înainte sau după instituirea supravegherii financiare se suspendă pe perioada cuprinsă între data instituirii supravegherii financiare și data încheierii contractului de vânzare-cumpărare a pachetului de acțiuni, dar nu mai mult de 6 luni de la data instituirii supravegherii financiare”.

Termenul de șase luni a fost prelungit succesiv prin câteva ordonanțe de urgență, astfel încât între anii 2002-2004 au fost suspendate, în temeiul acestor dispoziții legale, o serie de dosare având ca obiect proceduri de insolvență deschise împotriva societăților cu capital majoritar de stat.

Potrivit Legii nr. 137/2002, instituirea supravegherii financiare și a administrării speciale se face prin emiterea unui ordin al ministrului din cadrul ministerului de resort. Deasemenea, încetarea administrării speciale se făcea prin emiterea unui ordin al ministrului.

Urmare presiunilor făcute de către Uniunea Europeană asupra României prin impunerea, ca o condiție de aderare a României, a obligativității eliminării dispozițiilor legale paralele procedurii insolvenței, care permiteau suspendarea acestei proceduri la cererea diverselor instituții bugetare, prin Legea nr. 149/2004 de modificare a Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, **au fost abrogate toate dispozițiile legale paralele care permiteau suspendarea procedurii insolvenței, la cererea instituției publice implicate.**

Astfel, alături de abrogarea binecunoscutului art. III din OG nr. 38/2002 prin care instituția publică implicată, putea, în orice stadiu al procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995, să suspende această procedură în vederea privatizării, au fost abrogate toate dispozițiile legale similare, cuprinse în alte legi, printre care și cea prevăzută în art. 16 alin. 1² din Legea nr. 137/2002.

Astfel, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 149/2004, nu a mai existat nici o dispoziție legală paralelă procedurii insolvenței, care să permită suspendarea acestei proceduri, până la apariția, în luna februarie 2007, a „celebrei” Ordonanțe nr. 3/2007, care, readuce posibilitatea suspendării procedurii insolvenței, pentru un număr limitat de societăți comerciale, prevăzute în anexa la ordonanță, dar doar pentru o perioadă de maxim 6 luni de la data intrării în vigoare a acesteia. (ordonanța a fost emisă la data de 7 februarie 2007).

Art. 4 din OUG nr. 3/2007, prevede în mod expres faptul că: „aplicarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006, cu modificările ulterioare, pentru societățile comerciale prevăzute în anexă se suspendă, până la transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor, sau activelor societății, dar nu mai târziu de 6 luni de la intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență”.

Efectele OUG nr. 3/2007 au încetat la jumătatea lunii august 2007.

Cu toate acestea, chiar după încetarea efectelor OUG nr. 3/2007 au existat instanțe de judecată care printr-o interpretare – eronată – în opinia noastră a textelor de lege, au apreciat că se impune suspendarea procedurii insolvenței în condițiile emiterii unor Ordine de instituire a administrării speciale, de către instituțiile publice, spre exemplu, de către AVAS, Ministerul Agriculturii sau cel al Economiei și Comerțului în vederea privatizării.

În speța de față Ministerul de resort a emis Ordinul la data de 4.09.2007, după ce OUG nr. 3/2007 și-a încetat efectele, ordin în cuprinsul căruia a fost reiterată dispoziția articolului 16 alin.1 ind.2 din Legea nr. 137/2002. Această dispoziție legală era abrogată prin Legea nr. 149/2004 la momentul emiterii ordinului.

Instanța a reținut în motivare că Legea nr. 149/2004 privind modificarea și completarea Legii nr. 64/1995 a fost abrogată la rândul său prin apariția noii legi privind procedura insolvenței, Legea nr.85/2006. Practic, prin interpretarea făcută, instanța a insinuat că dacă textul Legii nr. 149/2004 a fost abrogat la rândul său prin Legea nr. 85/2006, se poate considera că art. 16 alin.1 ind 2 din Legea nr. 137/2002 ar fi din nou aplicabil, putându-se insera în cuprinsul ordinului Ministerului de resort.

Această interpretare nu poate fi reținută în contextul în care efectele abrogării dispoziției legale cuprinse în art. 16 alin.1 ind.2 din Legea nr. 137/2002 s-au realizat la momentul intrării în vigoare a Legii nr. 149/2004.

Prin urmare, nu are nici o importanță faptul că ulterior, Legea nr. 149/2004 a fost la rândul ei abrogată, câtă vreme această lege și-a produs efectele.

În opinia noastră soluția instanței este eronată și încalcă dispoziția cuprinsă în art. 62 alin. 3 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative care prevăd că „abrogarea unei dispoziții sau a unui act normativ are caracter definitiv. Nu este admis ca prin abrogarea unui act de abrogare anterior să se repună în vigoare actul normativ inițial.”

Considerăm că în prezent nu mai există nici o dispoziție legală care să împiedice declanșarea procedurii insolvenței sau blocarea acesteia, prin suspendare.

Au existat instanțe care au apreciat că o suspendare a procedurii insolvenței ar mai fi posibilă prin aplicarea art. 35 din Legea nr. 137/2002, care prevede că „, la data depunerii hotărârii de dizolvare la oficiul registrului comerțului se suspendă judecarea tuturor acțiunilor în pretenții judiciare sau extrajudiciare îndreptate împotriva societății comerciale, termenele de prescripție a acțiunilor de realizare a creanțelor aparținând creditorilor acesteia, precum și orice procedură de executare silită pornită împotriva ei.”

Apreciem că nu se poate suspenda o procedură de insolvență a unei societăți pentru privatizare în baza acestei dispoziții legale, întrucât din lectura dispozițiilor art. 35 din Legea nr. 137/2002 reiese faptul că aceasta se aplică doar în cazul procedurii lichidării voluntare prevăzute de Legea nr. 137/2002.

Întrucât textul art. 35 face vorbire despre depunerea hotărârii de dizolvare la Registrul Comerțului și despre suspendarea acțiunilor în pretenții, este evident că se referă la o altă procedură de lichidare, și anume cea voluntară prevăzută de Legea specială

nr. 137/2002 și prin urmare noi considerăm că nu poate constitui un temei legal pentru blocarea procedurii insolvenței.

În opinia noastră, orice creditor privat poate solicita deschiderea procedurii insolvenței chiar dacă debitoarea se află în procedura de administrare specială prevăzută de Legea nr. 137/2002.

Efectele OUG nr. 3/2007 încetând *ex lege* după trecerea celor 6 luni de la intrarea în vigoare, nu mai există nici o dispoziție legală derogatorie de la Legea privind procedura insolvenței.

În consecință, considerăm că în prezent nu se mai poate bloca procedura insolvenței pentru privatizarea societăților comerciale cu capital majoritar de stat, nemaexistând un temei legal care să permită această situație.

1.b. Un alt act normativ care are incidență asupra procedurii insolvenței îl constituie OUG nr. 133/1999 de completare a Legii nr. 82/1992 privind rezervele de stat, astfel cum a fost aprobată și modificată prin Legea nr.428/2001.

Dispozițiile art. 5² din OUG nr. 133/1999 prevăd că „,la cererea expresă a Administrației Naționale a Rezervelor de Stat sau, după caz, a unităților teritoriale subordonate, adresată judecătorului-sindic, creanțele acesteia, precum și unităților teritoriale subordonate, față de agenții economici care intră sub incidența prevederilor Legii nr. 64/1995, cu modif. ulterioare, se asimilează cheltuielilor necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, care se satisfac cu prioritate față de toți creditorii.”

Întrebarea care se pune în legătură cu acest act normativ este dacă el modifică Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Dacă apreciem dispoziția legală amintită ca fiind derogatorie de la Legea privind procedura insolvenței dar care nu contravine acesteia ci o completează, atunci trebuie să acceptăm situația privilegiată creată acestui creditor în raport cu toți ceilalți creditori ai debitoarei falite și să îl înscriem la categoria de distribuire prevăzută la pct.1 al art.123 din lege, privind creanțele rezultate din conservarea și administrarea bunurilor, în concurs cu celelalte cheltuieli de procedură.

Dacă apreciem că această normă legală încalcă ordinea de distribuire prevăzută de art. 123 și deci contravine Legii nr. 85/2006, atunci trebuie să fie considerată ca fiind abrogată prin efectul dispozițiilor art. 156, teza finală din lege, care prevede că de la data intrării în vigoare a Legii nr. 85/2007 se abrogă toate dispozițiile legale contrare.

Pentru a răspunde acestei întrebări, se impune a clarifica pe de o parte, dacă dispoziția legală cuprinsă în art. 5² din OUG nr. 133/1999 este calificată ca o dispoziție derogatorie de la Legea nr. 85/2006 și care o completează pe aceasta, sau este calificată drept o dispoziție care contravine Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Pe de altă parte, trebuie să stabilim dacă este legal, având în vedere regulile impuse de logistica formală, ca actul normativ privind rezervele statului – Legea nr. 82/1992, (lege care a fost modificată prin OUG nr. 133/1999) să modifice Legea privind procedura insolvenței.

Pentru enunțarea unei opinii în acest sens, am pornit de la analiza următoarelor dispoziții legale:

- Legea nr. 428/2001 de aprobare a OUG nr. 133/1999 de modificare a Legii nr. 82/1992 privind rezervele de stat – art. 5²;
- Art. 152 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței;
- Art. 156 teza finală din Legea nr. 85/2006;
- Art. 61 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative;

- Art. 76 din Constituția României privind adoptarea legilor și a hotărârilor.
- Decizia Curții Constituționale nr. 6/1992 publicată în M.O. nr. 48/4.03.1993.

Astfel, **legea privind rezervele de stat nr. 82/1992, este o lege ordinară**, care a fost emisă de către Parlamentul României în temeiul art. 76 alin. 2 din Constituție. Și Legea nr. 428/2001 de aprobare a OUG nr. 133/2001 este tot o lege ordinară, fiind emisă în temeiul aceluiași act normativ.

Spre deosebire de acestea, **Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței este o lege organică**, fiind emisă în temeiul art. 76 alin. 1 din Constituția României, care prevede că „legile organice se adoptă cu votul majorității membrilor fiecărei camere”.

Art. 5² din OUG nr. 133/1999, mai sus enunțat, cuprinde o dispoziție legală care derogă în mod clar de la ordinea de distribuție prevăzută în Legea nr. 64/1995 (actualmente nr. 85/2006) prin posibilitatea oferită Administrației Naționale a Rezervelor de Stat de a solicita judecătorului-sindic înscrierea creanței la categoria creanțelor rezultate din administrarea și conservarea bunurilor debitoarei, dar nu cuprinde mențiunea obligatorie „*prin derogare de la...*” urmată de indicarea reglementării de la care se derogă.

Exigențele ce țin de tehnica legislativă impun ca derogarea să fie precizată ca atare în actul normativ derogator și să fie trecută în repertoriile legislative la rubrica modificării ale actului normativ de la ale cărui prevederi se derogă.¹

Mai mult, dispozițiile art. 61 din Legea privind normele de tehnică legislativă prevăd că: pentru instituirea unei norme derogatorii se va folosi formula ”prin derogare de la ...” urmată de menționarea reglementării de la care se derogă.

Teza finală a aceluiași articol prevede foarte clar faptul că: **„derogarea se poate face numai printr-un act normativ de nivel cel puțin egal cu cel al reglementării de bază”**.

În același sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională a cărei practică uniformă în această materie a statuat faptul că derogarea poate fi stabilită numai printr-o lege de aceeași natură cu aceea a legii de la care se derogă.

Rezultă, pe cale de consecință, că printr-o lege ordinară nu se poate deroga de la o prevedere de natura legii organice, deoarece ar însemna ca, printr-o asemenea derogare, legea ordinară să reglementeze domenii rezervate de Constituție legii organice.²

Dispozițiile art. 156 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței prevăd că de la data intrării în vigoare a acesteia, orice dispoziție legală contrară se abrogă.

Din analiza textelor legale enunțate putem desprinde următoarele concluzii:

- textul legal cuprins în Legea nr. 428/2001 de aprobare și modificare a OUG nr. 133/1999 fiind o lege ordinară, nu poate modifica o lege organică, precum cea privind procedura insolvenței;
- derogarea de la legea organică nu a fost expres prevăzută și prin urmare este lipsită de orice eficiență;
- chiar dacă am admite că derogarea ar fi aplicabilă, ea ar constitui o normă care contravine noii reglementări a procedurii insolvenței și prin urmare este abrogată în mod expres indirect prin dispozițiile cuprinse în art. 156 din Legea privind procedura insolvenței.

În sprijinul acestor concluzii, același autor³, vorbind despre ierarhia actelor normative, apreciază că elementul specific care derivă din această ierarhie rezidă în subordonarea obligatorie a

actului normativ cu forță juridică inferioară față de cel cu o forță juridică superioară.

Reversul acestei reguli îl constituie faptul că un act normativ, situat pe un anumit nivel al acestei ierarhii, nu poate contraveni reglementărilor nici una din actele normative care au o forță juridică superioară iar nerespectarea regulilor referitoare la ierarhia actelor normative atrage neaplicarea dispozițiilor cuprinse în actele normative cu o forță juridică inferioară, care contravin actelor normative ierarhic superioare.

În consecință, opinăm în sensul considerării dispoziției legale cuprinse în OUG nr. 133/1999 ca fiind abrogată și în consecință, inaplicabilă în raport cu ordinea de distribuție prevăzută de legea privind procedura insolvenței.

În cazul în care instanțele vor aprecia că dispozițiile legii ordinare privind rezervele statului nu sunt abrogate, ar fi de preferat invocarea excepției de neconstituționalitate a acesteia, față de argumentele prezentate mai sus.

I.c. O altă dispoziție legală cu incidență în procedura insolvenței o constituie cea cuprinsă în OG nr. 47/2007, privind reglementarea unor măsuri financiar fiscale.

Art. 122¹ nou introdus, stabilește regimul majorărilor de întârziere în cazul deschiderii procedurii insolvenței și prevede faptul că „pentru creanțele fiscale născute anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței nu se datorează și nu se calculează majorări de întârziere după data deschiderii procedurii insolvenței”.

Textul acestui articol vine oarecum în contradicție cu cel cuprins în art. 41 alin. 3 și 4 din Legea nr. 85/2006 care prevăd posibilitatea calculării accesoriilor pentru creanțele născute ulterior datei deschiderii procedurii în cazul în care se confirmă un plan de reorganizare.

Cum pentru creditorii bugetari dispozițiile Codului de Procedură Fiscală reprezintă norma de drept cu caracter special, se poate deduce faptul că în cazul confirmării unui plan de reorganizare, nu se vor putea calcula majorări de întârziere pentru creanțele bugetare născute ulterior deschiderii procedurii.

Această dispoziție legală nu împiedică însă calcularea de accesorii pentru celelalte creanțe chirografare născute ulterior deschiderii procedurii în cazul în care un plan de reorganizare este confirmat.

*
* *

Situații particulare. Comentarii:

Inexistența dispoziției legale care să permită închiderea procedurii fără radierea societății în situația achitării creanțelor.

În mod normal, procedura insolvenței ar trebui să constituie remediul societăților aflate în stare de insolvență.

De foarte multe ori însă se întâmplă ca în practică depunerea unei cereri de deschidere a procedurii să constituie un instrument provocatoriu, utilizat doar pentru a forța plata imediată a debitului.

Dacă din varii motive debitorul nu se apără, (fie nu a aflat de existența dosarului, fie nu tratează serios o astfel de cerere necunoscându-i consecințele legale) procedura insolvenței se deschide și în acest fel, o societate viabilă se trezește dintr-o dată într-o realitate complet necunoscută: conturile blocate, creditorii notificați să-și depună declarații de creanțe, imposibilitatea efectuării unor operațiuni comerciale, notificarea de predare a documentelor și a ștampilei societății.

În astfel de cazuri, foarte multe societăți achită imediat creanța în temeiul căreia a fost deschisă procedura insolvenței.

Mai mult, achită chiar creanțele scadente din contabilitate de teama falimentului.

Dacă debitorul nu exercită însă în termen legal calea de atac a recursului împotriva hotărârii de deschidere a procedurii, se poate întâmpla ca o astfel de societate, perfect viabilă să se afle într-un pericol real de a intra în procedura falimentului.

Aceasta întrucât Legea privind procedura insolvenței nu cuprinde o dispoziție legală aplicabilă în situația în care creanța creditorului care a solicitat deschiderea procedurii a fost achitată după ce instanța a dispus deschiderea procedurii, care să permită revocarea hotărârii de deschidere a procedurii în afara căii de atac a recursului.

Textul art. 134 din Legea privind procedura insolvenței prevede doar situația în care cererea introductivă aparține debitorului iar până la expirarea termenului de depunere a declarațiilor de creanță nu se depune nici o cerere, caz în care se pronunță o sentință de închidere a procedurii și de revocare a hotărârii de deschidere a procedurii.

Apreciem că *de lege ferenda* ar trebui introdus un articol care să prevadă tocmai o astfel de situație excepțională, a societăților performante care nu se află în stare de insolvență și care fac dovada faptului că în urma deschiderii procedurii au fost achitate toate creanțele scadente sau au fost încheiate reșalonări ale plăților cu acești creditori, tocmai pentru a se permite închiderea procedurii înainte de a mai exercita calea recursului.

Într-o opinie personală, recursul ar trebui să constituie cea de-a doua alternativă într-o astfel de situație.

Constatându-se la nivelul Tribunalului București o multitudine de astfel de cazuri, jurisprudența a găsit o soluție în lipsa unei dispoziții legale exprese, unii judecători sindici dispunând închiderea procedurii neurmărită de radierea societății debitoare, în condițiile în care după data deschiderii procedurii, debitoarea face următoarele dovezi:

- că nu are datorii la bugetul statului, solicitând un certificat fiscal;
- că a achitat creanța din cererea introductivă și
- declarația pe propria răspundere a administratorului statutar al debitoarei că societatea nu mai are înregistrate datorii scadente către alți creditori.

Este de preferat ca și administratorul judiciar desemnat să prezinte un raport de activitate care să susțină cele probate de către debitor.

După depunerea acestor probe instanța dispune închiderea procedurii insolvenței și radierea mențiunilor privind deschiderea procedurii, efectuate la Oficiul Registrului Comerțului, soluție care și în opinia noastră este una echitabilă.

Mai gravă este situația în care debitorul află despre existența dosarului după ce judecătorul-sindic a dispus dizolvarea societății, iar hotărârea prin care s-a dispus trecerea la procedura falimentului cu consecința dizolvării societății debitoare a rămas irevocabilă.

Un astfel de scenariu este foarte posibil în situația în care se dispune cu rapiditate intrarea în procedură simplificată, spre exemplu, la sediul declarat la ORC debitoarea nu desfășoară nici un fel de activitate, iar printr-o lipsă de diligență a reprezentanților legali ai societății, comunicările actelor de procedură nu ajung la destinatar.

În această situație, chiar dacă societatea nu are debite restante și este o societate profitabilă, soluția oferită de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței nu este decât una: lichidarea patrimoniului și radierea societății.

Aceasta întrucât odată dizolvată societatea, capacitatea de folosință a acesteia este restrânsă la operațiunile strict necesare lichidării, iar după parcurgerea acestei etape, chiar dacă bunurile nu au fost lichidate în întregime iar creanțele au fost complet

acoperite prin distribuiri făcute, judecătorul-sindic va pronunța, în condițiile art. 133 din Legea nr. 85/2006 o sentință de închidere a procedurii și de radiere a debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Din păcate, Legea privind procedura insolvenței nu cuprinde o dispoziție similară cu cea existentă în art. 231 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, care prevede posibilitatea revenirii asupra hotărârii de dizolvare, în cazul de dizolvare a societății prin hotărâre a asociaților, prin votul majorității cerute pentru modificarea actului constitutiv, atâta timp cât nu s-a făcut nici o repartitie din activ.

De lege ferenda, poate că ar trebui ca o astfel de situație să fie prevăzută în Legea privind procedura insolvenței, situație care deși poate părea una excepțională, este destul de des întâlnită în practică și cu siguranță, ar putea fi legiferată.

*
* * *

Importanța verificării din oficiu, de către Tribunal, a existenței mai multor cereri introductive pe rolul instanței.

Potrivit dispoziției legale cuprinse în art. 31 pct. 3 din Legea privind procedura insolvenței, dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării acestei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul va verifica din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol și va dispune conexarea acestora.

Teza a doua a art. 31 pct. 3 prevede că tribunalul va verifica și îndeplinirea condițiilor legale referitoare la cuantumul minim al creanțelor, care însumate, trebuie să depășească valoarea – prag prevăzută de lege.

Aceasta înseamnă că soluționarea unei cereri de deschidere a procedurii într-un dosar nu poate fi dispusă mai înainte ca Tribunalul să verifice din oficiu existența altor dosare și să dispună conexarea cererilor.

Că este așa, o demonstrează teza a doua a art.31 pct. 3, care crează posibilitatea legală a introducerii unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței pentru o creanță situată sub cuantumul minim prevăzut de lege.

Această dispoziție legală permite unui creditor să solicite deschiderea procedurii insolvenței pentru o creanță situată sub nivelul valoric minim prevăzut de lege, cu condiția identificării altor cereri de deschidere a procedurii formulate de creditori pentru creanțe, care însumate, să atingă nivelul minim prevăzut de art. 3 pct. 12 din Legea nr. 85/2006.

Câtă vreme este prevăzută obligația Tribunalului ca din oficiu să verifice îndeplinirea condițiilor de admisibilitate a cererii prin însumarea creanțelor pretinse de mai mulți creditori, este evident faptul că dacă ar fi soluționată o cerere a unui creditor mai înainte de a se dispune conexarea, cererea acestuia ar fi respinsă, în mod evident, întrucât creanța pretinsă s-ar situa sub nivelul valorii – prag prevăzute în mod imperativ de lege.

Astfel s-ar crea un prejudiciu creditorului care a formulat cererea introductivă, prejudiciu care ar putea fi evitat dacă Tribunalul dispune conexarea cauzelor mai înainte de a trece la soluționarea cererilor.

NOTE:

¹ Prof. Univ. Dr. Ioan Vida – Manual de legisitică formală, Lumina Lex, București 2004, pag. 135

² A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 6/1992, publicată în MO nr. 48/4.03.1993

³ Prof. Dr. Ioan Vida

Pledoarie pentru o necesară înnoire a conceptului de insolvență



Asist. univ. drd. Mădălina Stan
Universitatea Ovidius Constanța



Prof. univ. dr. Ion Turcu
Universitatea Babeș-Bolyai
Cluj-Napoca

1. Deschiderea procedurii insolvenței – o problemă de interes general

În epoca, de mult timp depășită, în care falimentul era considerat ca o procedură privată, o răfuială între debitorul insolvent și creditorii săi, era cât se poate de firesc ca acești creditori să fie cele mai interesate persoane în deschiderea și continuarea procedurii.

În prezent, pretutindeni în lume, insolvența este o problemă de interes general¹.

Dispariția unei întreprinderi este dramatică, atât pentru debitor cât și pentru creditorii săi, dar mai ales pentru salariații debitorului și familiile acestora. Efectul se poate extinde la regiunea în care este situată întreprinderea, contribuind la diminuarea performanțelor economice.

Așadar, falimentul nu se reduce niciodată la o întreprindere izolată, pentru că suportarea consecințelor se repercutează asupra întregii colectivități.

2. Paradoxul disponibilității fondurilor

Actuala definiție a stării de insolvență, cuprinsă în pct. 1 al art. 3 din Legea nr. 85/2006 utilizează doi termeni așezați pe talerele balanței: fondurile bănești disponibile pe de o parte și datoriile exigibile pe de altă parte.

Lucrurile par simple sub aspect juridic, dar se prezintă oarecum diferit în expresie economică. Analiza economică ne dezvăluie un adevăr surprinzător, *disponibilitatea fondurilor bănești* fiind în ultimă instanță rezultatul unei voite *indisponibilizări a acelorași fonduri bănești*. Pentru a poseda în momentul critic suficiente fonduri bănești, pentru a face față cu succes exigenței creditorilor de a plăti imediat datoriile bănești exigibile, debitorul trebuie să-și înfrângă tendința firească de a rula aceste fonduri și să le blocheze el însuși în contul bancar pentru a efectua plăți către creditori. Mărirea acestor rezerve strategice nu poate fi standardizată ci depinde, în concret, de situația economică a fiecărei entități susceptibilă de a fi antrenată în procedura insolvenței. Astfel, de exemplu, autorul american Arthur Hailey, în *Mănuitorii de bani* (ed. Nemira 2007) prezintă rezerva de disponibil în numerar pe care trebuie să o aibă în permanență la dispoziție o bancă comercială. Această rezervă este de 17,5 procente din depozitele care ar putea fi retrase intempestiv.

Cifra de mai sus este pur exemplificativă și nu poate fi luată ca model de întreprinderi din alte sectoare. O contabilitate previzională de alertă ar putea dimensiona rezerva individualizată la o întreprindere concretă.

3. Vulnerabilitatea accentuată a întreprinderilor

Vulnerabilitatea întreprinderilor indiferent de talia lor este, în prezent, mai accentuată decât altă dată, pentru că, printre altele, în marea lor majoritate, managerii sunt lipsiți de calificare și experiență în domeniul afacerilor și se află într-o certă poziție de inferioritate în competiția cu managerii occidentali. O dovadă relevantă o constituie situația numeroaselor firme care s-au descoperit la capitolul fonduri bănești disponibile pentru că nu au rezistat tentației de a investi în imobile, mai ales în terenuri de construcții. Explicația este apetitul exagerat pentru profit. Se știe că pe termen scurt și mediu, investițiile în terenuri și construcții generează un profit de circa 250 procente, ceea ce este exorbitant. Imobilizându-și resursele bănești în imobile, se oferă ca o pradă sigură, la îndemâna creditorilor care nu ezită să îl falimenteze și constată că debitorul se află într-o insolvență nedeclarată durabilă.

Fragilitatea subcapitalizării în condițiile incidenței unei definiții restrictive a insolvenței generează predispoziția pentru insolvență precoce. Este posibil ca în acest mod să fie favorizată redresarea, pentru că ea devine posibilă înainte ca situația financiară a debitorului să fie iremediabil compromisă. Efect colateral este și un contencios abundent, dificil de gestionat de tribunale în condițiile unor exigențe de celeritate. La abundența contenciosului poate aduce o contribuție și reglementarea legală a posibilității deschiderii procedurii, la cererea debitorului, în cazul iminentei insolvențe.

4. Eternul model francez

Codul comercial francez, în art. L. 621-1 prevede că procedura de redresare judiciară se deschide oricărui întreprindere menționată la art. L. 620-2 care se află în imposibilitate de a face față pasivului exigibil cu activul său disponibil². Nefiind definit de Codul comercial francez, activul disponibil este un concept de sorginte pretoriană. El cuprinde activul imediat realizabil: sumele aflate în casierie, creanțele exigibile și soldul creditor al contului bancar, la care se adugă

rezerve de credit consimțite de bănci sau de furnizori, constând în facilități de casierie și deschideri de credit. În plus, se mai cuprinde în activul disponibil și produsul anumitor active în curs de realizare.

Recapitulând, creanțele exigibile se vor compara cu activele imediat realizabile:

- Soldurile creditoare ale conturilor bancare ale debitorului;
- Numerarul din casierie;
- Creanțele debitorului exigibile față de datornicii săi;
- Rezervele de credit consimțite de bănci sub formă de facilități de casierie sau de deschidere de credit;
- Rezervele de credit consimțite de furnizori;
- Activele în curs de realizare, cum sunt prețul obținut din vânzarea unui fond de comerț consemnat în mâinile unui notar; prețul imobilelor care au făcut obiectul unor promisiuni sinalagmatiche de vânzare-cumpărare constatate prin înscris; bunurile realizabile în termen scurt.

Nu se includ în activul disponibil: prețul de achiziție al fondului de comerț sau valoarea unor lucrări de construcții sau a unui stoc de mărfuri, imobilizările, în special cele imobiliare.

Deseori s-a opinat că nu pot fi luate în calcul deschiderile de credit acordate de bănci dacă prin aceasta s-a îngreunat pasivul exigibil. Asemenea concursuri financiare acordate debitorului trebuie să nu fie ruinătoare, nici fictive, nici disproporționate în raport cu capacitatea debitorului de a genera profit. Totodată s-a considerat că angajamentul luat de o terță persoană de a asigura plata datoriilor debitorului nu exclude deschiderea procedurii. Într-o altă opinie s-a admis ca fiind o disponibilitate reală rezerva de credit rezultând din imobile fără inscripții ipotecare de îndată ce această rezervă este imediat disponibilă și s-a materializat într-un angajament scris al băncii.

5. Cei patru „D”: Dilema Dinamismului Determinării Disponibilului

Un cont bancar de tipul contului curent este oglinda situației financiare a titularului pentru că reflectă principala componentă a activului disponibil al debitorului. Este de ajuns chiar și o ușoară inferioritate a activului disponibil față de pasivul exigibil pentru a se putea deschide procedura insolvenței.

Acest adevăr pune sub semnul incertitudinii realitatea insolvenței. Contul bancar posedă un sold dinamic, schimbător ca cerul de primăvară, acum senin și imediat înnourat. Ceea ce se constată în prima clipă, se schimbă în clipa următoare. Insolvența devine astfel imprecisă și înșelătoare în unele situații. De aceea, pentru a concluziona asupra stării de insolvență, trebuie să se observe dinamica soldului contului bancar pe o perioadă relevantă, de exemplu un trimestru. Concluzia cu privire la starea de insolvență este mai degrabă pragmatică decât matematică. Această concluzie se confirmă îndeosebi la debitorii agricultori și meșteșugari³.

Noțiunea de trezorerie este în sine dificil de calificat. Este de natura casieriei să fie schimbătoare, astfel că evaluarea făcută la un moment dat se schimbă în momentul următor. Este imposibil să se emită judecăți de valoare cu efecte juridice în mod abstract despre insuficiența numerarului din casierie pentru a trage concluzii cu privire la insolvență.

În concluzie, pentru a determina existența insolvenței trebuie să fie analizate toate datele informative cu privire la

debitor și să fie reconstituită situația sa financiară în general. Analiza este cu atât mai dificilă cu cât nu se poate uneori dispune de o situație contabilă determinată la o dată precisă.

S-a întâlnit situația în care instanța a constatat, prin compararea activului disponibil cu pasivul exigibil, că debitorul nu este în stare de insolvență. Și totuși, jurisprudența franceză a concluzionat uneori că trebuie să deschidă procedura insolvenței, pentru că, în scurt timp, insolvența va fi implacabilă. Dificultăți apar frecvent în situațiile în care deschiderea procedurii a fost solicitată de creditor, pentru că un creditor ignoră datele contabilității debitorului. De aceea, după ce creditorul a făcut dovada creanței sale certe, lichide, exigibile și neplătite, revine debitorului sarcina de a dovedi că poate face față cu activul său disponibil acestei creanțe.

Datorită dinamismului elementelor componente ale activului disponibil, este necesar să se concluzioneze asupra stării de insolvență luându-se în considerare și indiciile insolvenței cum sunt:

- Existența unor proteste și somații de plată contra debitorului.
- Existența unui pasiv exigibil important și în special acumularea datoriilor fiscale.
- Sechestre aplicate pe bunuri.
- Neplata salariilor și a cotizațiilor de asigurări sociale.
- Absența reînnoirii stocurilor și vânzarea către creditorii de utilaje de producție.
- Emiterea de cecuri fără acoperire.
- Închiderea magazinelor și încetarea activității.
- Vânzarea activelor la prețuri derizorii etc.

6. Modelul american

În concepția legii federale americane, insolvența este constatată atunci când debitorul este cu adevărat îndatorat în sensul că deține datorii neplătite, dar aceste datorii trebuie să fie adevărate și tot adevărați trebuie să fie și creditorii. Legislația americană nu pretinde să fie îndeplinită condiția ca debitorul să se afle în imposibilitate de a onora pasivul său cu activul său disponibil, nici ca el să se afle în insolvabilitate sau să își fi încetat activitatea ori să se afle într-o situație iremediabil compromisă, sau fără ieșire.

Explicația acestei particularități se găsește în filozofia legii americane, care vede în procedura insolvenței un instrument de prevenție. Se facilitează accesul la procedură pentru a banaliza cât mai mult posibil falimentul. Încurajarea recurgerii la faliment ca mod de gestiune (*Management by bankruptcy*) devine un instrument de prevenire a dificultăților la îndemâna conducătorilor. Fenomenul falimentelor strategice (*strategic bankruptcies*) s-a amplificat în anii 80, consolidând conceptul expus mai sus.

Cazul Manville

Un exemplu relevant în acest sens este oferit de reorganizarea societății industriale *Manville*. Societatea comercială *Johns-Manville* producea azbest și derivate și era antrenată în numeroase procese pornite contra ei de victimele substanței cancerigene conținută în azbest. În anul 1982, când societatea a înregistrat la Tribunalul Federal de Faliment (*Bankruptcy Court*) o cerere de reorganizare conform capitoului 11, era antrenată în 16.000 de procese și numărul acestora creștea continuu. În contradicție cu aparențele, societatea se afla pe primul loc în lista celor mai mari averi de pe glob, publicată de revista *Fortune 500*. Concomitent cu

cererea pentru deschiderea procedurii, societatea finanța o campanie publicitară menită să-și reconforteze psihic partenerii comerciali, asigurându-i de sănătatea sa financiară, dar și această campanie înghițea sume astronomice. În concepția americană nu există nicio discordanță în acest comportament pentru că chiar și o societate solvabilă are aceeași vocație de a înregistra o cerere de reorganizare ca și una în insolvență (*a solvent company is free to file for relief under the Bankruptcy Code as is an insolvent one*). O oarecare derută în opinia publică era provocată de împrejurarea că societatea și-a schimbat denumirea în Manville Corporation. În anii 1981 și 1982, înainte de înregistrarea cererii de reorganizare, în fiecare proces societatea suferea o condamnare la despăgubiri, suma medie a daunelor pentru un proces fiind de 616.000 dolari. După un an și patru luni de la înregistrarea cererii s-au mai înregistrat alte 600 de procese contra societății. Acumularea acestor pretenții putea să nască bănuiala că la un moment dat, mai devreme sau mai târziu, societatea se va afla într-o situație delicată. Pentru a evita o catastrofă, trebuia găsită o soluție pentru a pune capăt creșterii exponențiale a apetitului reclamanților și totodată a generozității instanțelor. De exemplu, o victimă a primit de la un juriu din Tennessee o despăgubire de 220.000 de dolari și același juriu a acordat altei victime 280.000 de dolari. Un alt juriu, din Texas, a manifesta o larghețe pe măsura giganticului stat și a atribuit unei singure victime o despăgubire de un milion de dolari plus sancțiune pecuniară tot de un milion de dolari. În spiritul legii americane, debitorul hărțuit avea dreptul să ceară un respiro pentru a-și aduna gândurile și a găsi o soluție de plată a datoriilor. Printre altele, avea ca sarcină să-și găsească altă societate de asigurări în locul celei care a renunțat la contract, pentru că nu și-a asumat plata despăgubirilor. Debitorul a mai încercat și să determine Congresul să voteze crearea unui fond pentru indemnizarea victimelor, dar fără rezultat.

Luând în considerare toate aceste circumstanțe, Curtea Federală de Falimente din New York, în ciuda protestelor adversarilor societății Manville a admis cererea de reorganizare. În sentință s-a menționat drept considerent al admiterii prevederile Codului Federal de Falimente care nu impun să se țină cont nici de situația financiară, nici de insolvență dacă este dovedită calitatea de debitor. Pentru Tribunal era neîndoielnic faptul că întreprinderea se confrunta cu datorii masive și adevărate, greu de rezolvat și cu adevărați creditori, fiind astfel exclusă reaua-credință a debitorului. Aceeași instanță a reținut că motivarea cererii în sensul că are nevoie de un răgaz pentru a face față avalanșei de cereri de despăgubiri nu contrazice intenția de a se reabilita. Nu era

obligatoriu să se aștepte ca situația și imaginea economică a debitorului să se deterioreze grav, pentru a putea face apel la instanță în vederea reorganizării, fiind axiomatic mai avantajoasă chiar și pentru creditori procedura reorganizării față de lichidarea falimentară. În consecință, nu se justifică întârzierea deschiderii procedurii pentru că ar fi ratată o oportunitate de redresare.

7. Concluzii

Din speța expusă mai sus rezultă că legislația americană nu pretinde nici măcar verificarea comparativă a datoriilor exigibile și a fondurilor sau activelor disponibile, ci îngăduie debitorului investirea instanței de îndată ce face dovada că are datorii. Într-o oarecare măsură concepția se apropie de insolvența iminentă definită de art. 3, pct. 1, lit. b) din Legea nr. 85/2006, dar se deosebește esențial de aceasta prin menținerea conținută în definiția insolvenței iminente conform căreia în proiecție previzională la o anumită scadență determinată, datoriile exigibile ale debitorului nu vor putea fi plătite cu fondurile bănești de care va dispune la aceeași dată.

Între conceptul american de insolvență și cel autohton se situează pe o poziție mediană formula franceză, care compară datoriile exigibile cu activele disponibile.

Pentru considerentele expuse la punctele 2 și 3 de mai sus, pledăm pentru înlocuirea actualei formule a insolvenței cu modelul francez, dar într-o expresie mai adecvată realităților noastre, constând în definirea legală a noțiunii de active disponibile, cuprinzând activele imediat realizabile: numerarul din casierie, creanțele exigibile pentru care există titluri executorii, soldul creditor al contului bancar, rezervele de credit consimțite de bănci sub forma facilităților de casierie și a deschiderilor de credit, ca și facilitățile consimțite de furnizori sub forma rescadențării și reeșalonării.

Credem că această regândire a conceptului de insolvență este imperios necesară atât datorită situației paradoxale de indisponibilizare a disponibilităților bănești, cât și datorită accentuatei relativități a concluziei cu privire la soldul unui cont curent, caracterizat esențial prin dinamism.

Note:

¹ Margaret Tanager *La faillite en Droit Federal des Etats-Unis*, Economica, Paris 2002, p. 33

² *Code des entreprises en difficulté*, commenté sous la direction de Corinne Saint-Alary Houin, ed. Litec 2007

³ Soinne



Considerații privind creanțele garantate în procedura insolvenței



Lect. univ. drd. Daniela Moțiu
Universitatea de Vest din Timișoara

Fac parte din categoria creanțelor garantate orice creanțe, indiferent de natura juridică: comercială, civilă, fiscală etc. Pentru debitor, acestea constituie datorii, indiferent de valoarea lor. Cuantumul datoriei¹ prezintă importanță doar atunci când cererea pentru deschiderea procedurii este formulată de creditor/creditori, potrivit art. 3 pct. 12 din lege, dar în situația în care debitorul dorește să introducă o astfel de cerere, cuantumul datoriilor este indiferent. Odată deschisă procedura, aceasta se va desfășura până la finalizare, chiar dacă se înregistrează doar creanțe garantate.

Potrivit art. 3 pct. 9 din Legea 85/2006, *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. În consecință, *creditorii cu creanțe garantate* sunt acei creditori care beneficiază de o garanție reală asupra bunurilor din patrimoniul sau asupra bunurilor altei persoane, numită terț garant, care a oferit o cautiune reală pentru garantarea executării obligației de plată a debitorului.

În sensul prevederilor art. 39 din lege, sunt creanțe garantate acelea pentru care debitorul, în vederea contractării obligației principale, a constituit și o garanție reală de tipul celor enumerate limitativ în acest articol: ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobilă ori drept de retenție de orice fel.

Din categoria creanțelor garantate ce ar putea participa în procedura insolvenței nu pot face parte decât acele creanțe care sunt însoțite de una din garanțiile reale precizate expres de legiuitor: ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobilă și drept de retenție. Garanția constituită face parte astfel din categoria garanțiilor reale.

1. Calitatea în care participă titularii creanțelor garantate în procedura insolvenței. Grație prerogativelor speciale conferite creditorilor diligenți de legislația civilă, și care se păstrează în procedura insolvenței prin recunoașterea garanției instituite asupra bunului, creditorul garantat participă la procedură fie datorită simplei calități de creditor, caz în care este inclus în adunarea creditorilor și unde drepturile și obligațiile sale sunt, în principiu, aidoma cu cele ale oricărui alt creditor, fie datorită faptului că a fost desemnat de judecătorul-sindic sau ales de creditorii în comitetul creditorilor. Menționăm în acest sens că adunarea creditorilor și comitetul creditorilor se înscriu în categoria celorlalți participanți la procedură², cărora însă Legea

nr. 85/2006 le conferă un statut aparte, în ceea ce privește constituirea, atribuțiile etc.

Importanța și efectele unei creanțe garantate asupra procedurii se resimt din puterea conferită de legiuitor deținătorilor unei astfel de creanțe. Astfel, dacă orice creditor face parte de drept din adunarea creditorilor, indiferent de tipul sau natura creanței sale (deci inclusiv un creditor garantat), în schimb creditorul garantat își impune supremația prin prerogativele legale suplimentare sau speciale de care dispune. El are dreptul de a fi desemnat de judecătorul-sindic în comitetul creditorilor sau de a fi ales de în acest comitet de adunarea creditorilor și de a participa la exercitarea oricărei atribuții ale acestuia. Comitetul creditorilor are calitate procesuală activă în procedura insolvenței, fiind autorizat să introducă acțiuni în instanță, atunci când administratorul judiciar sau lichidatorul nu au formulat astfel de acțiuni.

Valoarea garanției acordată debitorului de către creditorul garantat determină și drepturile sale în cadrul adunării creditorilor, în sensul că influențează decisiv atât întrunirea sa în condiții de legalitate (prin simplul fapt că este unul dintre acei creditori care poate face parte din comitetul creditorilor), cât și deliberările și hotărârile acestui organism dacă valoarea este ridicată, prin raportare la valoarea creanțelor celorlalți creditori. Ne referim la condițiile de cvorum și majoritate prevăzute imperativ de art. 15 din Legea nr. 85/2006.

Desigur, toate acestea se întâmplă când creditorul garantat are încă de la debutul procedurii calitatea de creditor – respectiv a cerut înscrierea creanței sale la masa credală și poate face dovada creanței sale, potrivit art. 3 pct. 7 din Legea nr. 85/2006; calitatea de creditor cunoscut – în sensul că a fost trecut în contabilitatea creditorului, fiind notificat de administrator/lichidator despre situația debitorului său sau a luat cunoștință de deschiderea procedurii insolvenței față de debitorul său ca urmare a notificării sale prin Buletinul procedurilor de insolvență³ și, nu în ultimul rând, calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură – adică a cerut și a obținut, în tot sau în parte, înscrierea la masa credală și în virtutea acestui aspect îi revin toate drepturile aferente procedurii, conform art. 3 pct. 8 din Legea nr. 85/2006.

2. Modalități de privilegiere a creditorilor garantați în procedura insolvenței. Avantajele constituirii de garanții

În pofida numeroaselor tipuri de creditori și, implicit, de creanțe de care se face vorbire în procedura insolvenței, este

indiscutabil că creanțele garantate se bucură de un regim privilegiat, concretizat într-un ansamblu de avantaje acordate acestei categorii de creanțe. Vom prezenta aceste avantaje, apreciind că legiuitorul a instituit astfel o situație favorizantă creditorilor garantați într-un dublu sens: pe de o parte, prin recunoașterea garanțiilor constituite de creditor pe calea dreptului comun și, pe de altă parte, prin instituirea acestui regim privilegiat, care dă naștere mai multor avantaje în favoarea creditorilor cu garanții.

2.1. Posibilitatea ridicării suspendării prevăzută de art. 36 din Legea nr. 85/2006. Condițiile generale și speciale în care operează. Efectele ridicării suspendării. Soluții posibile date de judecătorul-sindic

2.1.1. Regula prevăzută de art. 36. Pentru a putea supune analizei acest avantaj al creditorilor garantați, precizăm că art. 36 din Legea nr. 85/2006 stabilește că de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale.

Deschiderea procedurii insolvenței antrenează numeroase consecințe față de debitor și creditorii săi⁴, printre care art. 36 din lege menționează cu titlu imperativ obligativitatea suspendării tuturor acțiunilor judiciare și extrajudiciare. Scopul dispoziției legale decurge din însăși finalitatea legii, în sensul că odată deschisă procedura insolvenței, acoperirea pasivului debitorului este posibil a se realiza numai prin identificarea tuturor creanțelor deținute de terțe persoane împotriva patrimoniului debitorului, prin acordarea posibilității de a participa la procedură și de a se îndestula potrivit ordinii de prioritate stabilită de lege. Caracterele procedurii de a fi colectivă, concursuală, egalitară și judiciară sunt evidențiate pe deplin prin conținutul dispoziției prevăzută de art. 36, care operează deplin drept, prin efectul legii, fără discriminări.

Observăm precizia legiuitorului în ceea ce privește circumscrierea detaliilor în care are loc suspendarea, începând cu specificarea expresă a momentului de la care acționează norma juridică, respectiv data deschiderii procedurii de insolvență. Nu interesează cine a introdus cererea de deschidere a procedurii, perioada scursă între momentul introducerii acestei cereri și momentul pronunțării încheierii sau sentinței de deschidere a procedurii, recursul sau opoziția formulată împotriva hotărârii de deschidere a procedurii etc. În aceeași manieră precisă, legiuitorul stabilește că suspendarea se aplică în privința oricărei acțiuni introdusă împotriva debitorului în scopul recuperării creanțelor datorate de aceștia, indiferent de natura acesteia, judiciară sau extrajudiciară.

Sunt suspendate de drept judecata proceselor având ca obiect creanțe față de avera debitorului sau pretenții față de bunurile din avera debitorului, procedurile de executare silită contra averii debitorului, acțiunile arbitrale, precum și acțiunile extrajudiciare, cum ar fi de exemplu, executarea silită a creanțelor bugetare⁵. Singura excepție de la regulă este prevăzută de art. 86 din Titlul VI al Legii nr. 99/1999, potrivit căreia măsurile întreprinse de creditor în vederea executării garanțiilor reale mobiliare, potrivit prevederilor prezentului titlu, nu se suspendă ca urmare a declanșării procedurii insolvenței⁶. La cererea creditorului, având ca obiect predarea bunului mobil afectat garanției reale, judecătorul-sindic nu se poate opune, astfel încât administratorul judiciar/lichidatorul va fi obligat la predare, creditorul urmând a proceda la valorificarea garanției în scopul satisfacerii creanței sale. Desigur, eventuala diferență în plus, va fi returnată în contul averii debitorului.

Efectul suspendării unor astfel de acțiuni face ca, prin simpla depunere a declarației de creanță în condițiile legii, recuperarea creanței de către creditor să se realizeze nu printr-o acțiune individuală, ci printr-o procedură colectivă, supusă unor reguli speciale. Este adevărat că legiuitorul nu precizează nimic în legătură cu stadiul procesual de recuperare a creanței sau de șanse efective de recuperare a creanței prin intermediul acțiunii individuale, astfel încât suspendarea acestui proces datorită acțiunii imperative a art. 36 ar putea cauza prejudicii deosebit de grave, cu efecte ireversibile, pentru respectivul creditor.

Pe de altă parte, se vor suspenda doar acțiunile judiciare și extrajudiciare anterioare (respectiv născute anterior) deschiderii procedurii, în baza art. 36, iar acțiunile introduse ulterior acestui moment, se vor respinge ca inadmisibile⁷, creditorii respectiv urmând a-și recupera creanțele prin participarea la procedură. Se va suspenda orice acțiune judiciară sau extrajudiciară, chiar dacă creditorul a obținut o hotărâre judecătorească definitivă și executorie, în baza căreia a pornit procedura de executare silită, și chiar dacă urmărirea silită are la bază garanții reale dintre bunurile aflate în patrimoniul debitorului.

Efectul suspensiv nu se produce însă față de acțiunile individuale propriu-zise sau față de urmărirea silită pornite împotriva celor care s-au obligat alături de debitor sau în locul său, respectiv codebitorul solidar sau fidejuratorul, care vor putea participa la masa credală pentru recuperarea creanței lor și nici față de acțiunile pornite de debitor împotriva propriilor lui debitori, pe cale judiciară sau extrajudiciară.

2.1.2 Posibilitatea ridicării suspendării prevăzută de art. 36 din Legea nr. 85/2006. Excepția de la regula prevăzută de art. 36. Singura excepție de la regula imperativă mai sus prezentată este dată de art. 39 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, conform căruia creditorul titular al unei creanțe garantate cu ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobilă ori drept de retenție de orice fel poate solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 36 cu privire la creanța sa și valorificarea imediată a bunului asupra căruia poartă garanția sau dreptul de retenție.

Arătăm că legiuitorul manifestă aceeași grijă deosebită și în circumscrierea excepției. Astfel, titularii introducerii acțiunii în ridicarea efectului suspensiv al acțiunilor judiciare sau extrajudiciare prin deschiderea procedurii insolvenței reprezintă o categorie distinctă de creditori, în persoana creditorilor garantați, în cadrul căreia însă legiuitorul nu mai realizează nici un fel de deosebire. Pe cale de consecință, are calitate procesuală activă în introducerea unei astfel de acțiuni orice creditor garantat, indiferent de garanția care-i însoțește creanța sa, putând vorbi de ipotecă, gaj, orice altă garanție reală mobilă sau drept de retenție, de orice fel. După cum se poate remarca, legiuitorul are în vedere doar garanțiile reale, mobiliare sau imobiliare, nu și garanțiile personale.

Însă, acest privilegiu nu este acordat în mod obligatoriu, ci lăsat la aprecierea subiectivă a fiecăruia dintre creditorii garantați. Aceasta înseamnă că libertatea funcționează în dublu sens: pe de o parte, fiecare creditor garantat poate uza de facilitatea acordată lui prin efectul legii, iar pe de altă parte, fiecare creditor garantat nu este ținut de decizia celorlalți, astfel că doar unul sau unii sau chiar niciunul este/nu este obligat să ceară ridicarea suspendării reglementată de art. 36.

Mai mult, dacă efectul suspensiv se produce *ope legis*, în schimb înlăturarea efectului suspensiv trebuie solicitată judecătorului-sindic în mod expres, printr-o cerere în acest sens introdusă de creditorul garantat.

Pe de altă parte, introducerea cererii de ridicare a suspendării trebuie să aibă la bază intenția de valorificare imediată a bunului cu care creanța sa a fost creditată, în caz contrar, apreciem că o astfel de cerere ar fi respinsă de judecătorul-sindic ca fiind lipsită de interes.

Efectul suspensiv se constată în cadrul fiecărui dosar în parte, de către instanța de judecată, organul de executare sau instanța arbitrală, acțiunea sa nefiind constatată de către judecătorul-sindic – cu caracter general⁸, în dosarul format pentru desfășurarea procedurii insolvenței.

2.1.3. Condițiile generale în care operează ridicarea suspendării. Art. 39. alin.1 din Legea nr. 85/2006 prevede în mod expres condițiile generale în care operează ridicarea suspendării reglementată de art. 36 din aceeași lege.

Apreciem că, în cadrul condițiilor generale în care operează ridicarea suspendării, se includ următoarele:

- cererea de ridicare a suspendării, introdusă de creditorul garantat, trebuie formulată în cadrul procedurii aflată pe rol. Legea nu face niciun fel de distincție în ceea ce privește modalitățile procedurii, astfel încât apreciem că poate fi introdusă atât dacă este vorba de un debitor supus procedurii generale sau celei simplificate⁹, indiferent dacă acesta se află în reorganizare sau în faliment. Pe de altă parte, nu se impune vreo limită de timp pentru introducerea unei astfel de cereri, ceea ce face ca creditorul garantat să o poată formula oricând, bineînțeles până la momentul lichidării bunurilor din averea debitorului și cel mai târziu înainte de închiderea procedurii, cu luarea în considerare a timpului necesar efectuării operațiunii de lichidare. Nu în ultimul rând, atunci când unul și același bun constituie obiectul mai multor garanții de care face vorbire legea sau/și acesta este afectat garanțiilor mai multor părți de creanțe având titulari deosebiți, apreciem că au calitate procesuală activă în introducerea unei astfel de cereri doar toți creditorii laolaltă, impunându-se realizarea acordului lor de voință în acest sens. În ipoteza nerealizării unui consens între creditori, cererea de ridicare a suspendării nu poate fi primită de către judecătorul-sindic

- încuviințarea cererii de ridicare a suspendării de către judecătorul-sindic are loc doar cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 116-118 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1. Dispozițiile art. 116-118 stabilesc condițiile în ce privește lichidarea bunurilor supuse garanției, iar dispozițiile art.121 alin.1 pct.1 se referă la distribuirea sumelor realizate în urma lichidării.

2.1.4. Condițiile speciale în care operează ridicarea suspendării. Avantajul acordat prin lege oricărui creditor garantat în privința ridicării suspendării este posibil de implementat în practică de către judecătorul-sindic doar condiționat, mai exact spus, de neîndeplinirea de către bunul afectat garanției a condițiilor impuse de lege.

Astfel de condiții, stabilite de legiuitor sub forma a două categorii de situații, îndeplinesc rolul unor criterii imperative, stabilite în mod orientativ și lăsate la aprecierea judecătorului-sindic, căruia îi revine responsabilitatea deciziei. Din analiza, per ansamblu, a acestor condiții¹⁰, reiese interesul preponderent al legiuitorului îndreptat spre reușita afacerii debitorului intrat în procedura de reorganizare judiciară, și mai puțin aplecat spre interesele imediate ale creditorilor, în vederea satisfacerii creanțelor lor, chiar garantate fiind. De asemenea, menținerea bunului în patrimoniul debitorului trebuie motivată de posibilitatea creșterii valorii sale, ca bun privit *ut singuli*, și de asigurarea unei eventuale creșteri în corelație cu celelalte bunuri,

și aceasta fără efectuarea de investiții, suportate tot din averea debitorului, în conformitate cu principiul prudenței și al imaginii fidele.

Prima situație, prevăzută de art. 39 alin.1 lit. A, vizează posibilitatea acordării suspendării prin raportare la valoarea obiectului garanției, determinată de un evaluator conform Standardelor Internaționale de Evaluare. Aceasta trebuie să fie pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect:

- a) obiectul garanției nu prezintă o importanță determinantă pentru reușita planului de reorganizare propus;
- b) obiectul garanției face parte dintr-un ansamblu funcțional, iar prin desprinderea și vânzarea lui separată, valoarea bunurilor rămase nu se diminuează.

Din precizările textului rezultă că valoarea obiectului garanției se stabilește de un evaluator, conform Standardelor Internaționale de Evaluare, nefiind lăsată la aprecierea subiectivă, aproximativă a creditorului garantat sau/și a debitorului sau chiar conformă anumitor criterii de evaluare, utilizate chiar de persoane autorizate în evaluări, dacă acestea nu corespund Standardelor Internaționale de Evaluare.

Acțiunea individuală pornită de creditorul garantat în vederea valorificării bunurilor supuse garanției va putea fi încuviințată de judecătorul-sindic în situația în care valoarea obiectului garanției, respectiv valoarea bunurilor cu care debitorul a garantat creanța, este cel puțin egală cu valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu respectivele bunuri.

Exprimarea legiuitorului este suficient de clară atunci când face vorbire de raportul dintre valoarea obiectului garanției și valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect, în sensul că acesta se impune a fi de cel puțin 1/1, preferabil însă ca primul element al raportului să aibă o valoare cât mai ridicată față de cel de-al doilea. Interpretarea este dată de adverbul "pe deplin" utilizat de legiuitor, ceea ce înseamnă că, de preferat, este o valoare a obiectului garanției cât mai ridicată. În măsura în care creanța creditorului garantat este acoperită în întregime, diferența obținută va fi inclusă în masa credală, urmând a participa la distribuire în ordinea precizată de lege¹¹.

Nicio dispoziție legală nu îndrituiește categoria creditorilor chirografari sau alți creditori anume să beneficieze de excedentul obținut prin vânzarea bunului afectat garanției. Adunarea creditorilor și comitetul creditorilor au atribuțiuni în ceea ce privește lichidarea propriu-zisă a bunurilor afectate garanției, însă aceștia reprezintă interesul tuturor creditorilor, și nu interesul unei anumite categorii de creditori. Însă, apreciem că abținerea creditorilor¹² de la votul lor în cadrul adunării creditorilor și comitetului creditorilor, ulterior încuviințării acțiunilor de valorificare individuală a bunurilor garantate de către judecătorul-sindic, în privința modalităților concrete de vânzare, este o chestiune de deontologie profesională, care se impune a fi respectată.

Apreciem că în ceea ce privește lichidarea bunurilor în vederea acoperirii creanțelor creditorilor garanți, potrivit art. 39 din lege, în condiții cât mai avantajoase, respectiv la o valoare cât mai mare, creditorii chirografari și-ar exercita în mod abuziv drepturile în situația în care se opun vânzării bunului afectat garanției, cu îndeplinirea cerințelor legii. Încuviințarea în vederea vânzării, în orice modalitate, este și rămâne o prerogativă dată de lege judecătorului-sindic, alegerea modalității concrete de vânzare fiind doar atribuția comitetului creditorilor¹³.

Odată îndeplinită și cerința legii privitoare la valoarea obiectului garanției, judecătorul-sindic este obligat să decidă lichidarea bunurilor care formează obiectul garanției numai cu luarea în considerare a condițiilor impuse de art. 39 alin. 1 lit. A.a) și A.b).

Se observă că cele două condiții privesc bunul afectat garanției *ut singuli*, ca bun individual, desprins de alte bunuri din averea debitorului respectiv:

– obiectul garanției nu prezintă o importanță determinantă pentru reușita planului de reorganizare propus, și respectiv, ca bun inclus într-un ansamblu funcțional de bunuri

– obiectul garanției face parte dintr-un ansamblu funcțional, iar prin desprinderea și vânzarea lui separată, valoarea bunurilor rămase nu se diminuează.

În opinia noastră, în principiu, ambele condiții impun judecătorului-sindic apelul la persoane de specialitate, cărora să li se ceară o opinie motivată, cu prezentarea avantajelor și dezavantajelor fiecărei decizii, afirmative sau negative, după caz.

În ambele situații, este absolut necesar ca debitorul să fie în procedura generală, în perioada de reorganizare judiciară (în caz de faliment, problema s-ar pune mai mult în mod ipotetic pentru cea de-a doua situație). Însă aprecierea judecătorului-sindic asupra importanței bunului ce face obiectul garanției, ca moment procedural, poate interveni pe de o parte, doar după propunerea unui plan de reorganizare și, pe de altă parte, se impune a fi serios motivată, pe bază de criterii temeinic motivate. Aceste criterii nu sunt oferite de legiuitor (aspect imposibil de altfel), ele se regăsesc de fiecare dată în concretețea situației, responsabilitatea deciziei revenind judecătorului-sindic și putând-se referi la locul de desfășurare a activității debitorului, tipul de activitate, cantitatea și calitatea mijloacelor avute la îndemână etc.

Legiuitorul stabilește, în mod expres, în cuprinsul art. 39 alin. 3 că, în situația în care creditorul garantat introduce o cerere de ridicare a suspendării, cu referire la valoarea obiectului garanției pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect, în situația în care bunul face parte dintr-un ansamblu funcțional, iar prin desprinderea și vânzarea lui separată, valoarea bunurilor rămase nu se diminuează, sarcina probei revine reclamantului¹⁴, respectiv creditorului garantat, iar debitorului/administratorului sau oricărei alte părți interesate le rămâne sarcina producerii dovezii contrare și, respectiv, a celorlalte elemente.

În opinia noastră, legiuitorul aplică pentru ambele situații, respectiv lit. A. a) și A. b), regula din dreptul comun potrivit căreia *reo probandi incumbit actori*, adică cel care face o propunere în fața judecății trebuie să și-o dovedească. Aceasta deoarece, cererea de ridicare a suspendării prevăzută de art. 36 este, în fapt, un privilegiu acordat de lege doar creditorului garantat, singurul cu calitate procesuală activă în acest sens. Întrupând toate elementele specifice unei cereri de chemare în judecată, cu particularitatea că se judecă în cadrul unei proceduri speciale – a insolvenței, reclamatul este obligat să își întemeieze în fapt și în drept cererea formulată, iar toți ceilalți implicați în procedură sunt ținuți să procure dovada contrară. În consecință, nu e vorba de o situație specială prevăzută pentru ipoteza de la lit. A. b) sau nu e vorba de instituirea vreunei prezumții cu caracter special, ci de aplicarea unei reguli din dreptul comun. Pe de altă parte, ipoteza inversă sau dovada contrară este, de regulă, furnizată de persoanele de specialitate, introduse în scopul fundamentării cererii de ridicare a suspendării, chiar din inițiativa judecătorului-sindic, deci din oficiu.

Cea de-a doua categorie de situații, prevăzute de art. 39 alin. 1 lit. B), pornește de la premisa că, în cazul în care nu există o

protecție corespunzătoare a creanței garantate în raport cu obiectul garanției, judecătorul-sindic va putea să încuviințeze cererea de ridicare a suspendării și, pe cale de consecință, să procedeze la lichidarea bunurilor care fac obiectul garanției reale, dacă bunul sau creanța, privite alternativ, suportă modificări în sensul:

- a) diminuării valorii obiectului garanției sau existenței unui pericol real ca aceasta să sufere o diminuare apreciabilă;
- b) diminuării valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior, ca urmare a acumulării dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel la o creanță garantată cu rang superior;
- c) lipsei unei asigurări a obiectului garanției împotriva riscului pieririi sau deteriorării.

Cazurile prezentate de legiuitor, caracterizate printr-un mare grad de generalitate, se regăsesc în practica judiciară adeseori pentru debitorii cărora li se aplică procedura generală, dacă intră în reorganizare. În scopul menținerii unei echivalențe optime, care să asigure valorizarea adecvată a creanței prin raportare la bunul asupra căreia poartă, legiuitorul disjunge baza de raportare a siguranței creanței în două entități, relativ autonome și independente, ce vizează pe de o parte bunul afectat garanției în sine, iar pe de altă parte, creanța garantată.

În felul acesta, analiza bunului supus garanției reale comportă departajarea între factorii intrinseci care influențează valoarea bunului (de exemplu, vechime, starea de uzură, funcționare corespunzătoare tehnicilor actuale, fiabilitate etc) și factorii extrinseci care influențează această valoare (ca de exemplu, pericol de dispariție, de dezmembrare sau dezasamblare, lipsa asigurării corespunzătoare a bunului față de diverse evenimente, ce intră în categoria forței majore sau a cazului fortuit etc). În același timp, și creanța creditorului poate suferi modificări, când este garantată cu rang inferior altor creanțe, datorită intervenției unor factori externi, care determină creșterea valorii totale a creanței garantată cu rang superior, prin acumularea de dobânzi, majorări, penalități de orice fel.

În momentul în care creditorul garantat demonstrează că bunul supus garanției sau creanța sa sunt afectate de astfel de factori rămâne administratorului, debitorului sau oricărei părți interesate să furnizeze dovezile necesare în sens contrar, adică să propună adoptarea unor măsuri care să înlăture consecințele negative ce planează asupra bunului sau creanței, măsuri menite să asigure o protecție adecvată creanței garantate.

2.1.5. Efectele ridicării suspendării. Principalul efect al ridicării suspendării prevăzute de art. 36 constă în faptul că bunul afectat garanției se va fi supus lichidării, potrivit regulilor prevăzute de art. 116-118 din Legea nr.85/2006, ținându-se seama și de prevederile art. 121 din aceeași lege, privitoare la suportarea cheltuielilor de vânzare din sumele obținute cu ocazia vânzării bunului respectiv.

În consecință, asistăm la diminuarea valorică a masei active a debitorului – cu bunul vândut și, în mod corespunzător, a masei pasive – cu creanța creditorului satisfăcut.

Însă, ridicarea suspendării prevăzută de lege în favoarea creditorilor garantați funcționează ca un mecanism care deteriorează în mod sever principiile generale ale procedurii insolvenței, cu deosebire cele privitoare la caracterul egalitar, concursual și colectiv¹⁵. Restricțiile impuse de legiuitor prin prevederile art. 39, în pofida spectrului larg de situații în care își găsesc aplicabilitatea, nu sunt în măsură să înlăture mecanismul odată instituit ca regulă generală. Aceasta deoarece, ori de câte ori

nu sunt îndeplinite condițiile care înlătură în fapt posibilitatea aplicării regulii generale, aceasta oferă creditorilor garanța șansa de a-și recupera creanța cu prioritate, fără concursul celorlalți creditori și, de multe ori, înaintea acestora, ceea ce va conduce la ieșirea lor din procedură înainte de închiderea prin unul din cazurile prevăzute de lege. Apreciem însă că legiuitorul a procedat în mod corect și logic prin instituirea acestei reguli generale în favoarea creditorilor garanțați, prin raportare la rolul oricărei garanții reale. În fapt, prin raportare la scopul legii declarat de legiuitor, chiar limitele aplicării regulii generale le găsim largi, în detrimentul creditorilor garanțați, adesea prea ușor de demonstrat de către ceilalți participanți la procedură.

2.1.6. Soluții posibile date de judecătorul-sindic. Dacă se formulează o cerere de ridicare a suspendării, judecătorul-sindic este obligat să se pronunțe printr-o încheiere, prin care poate admite sau respinge, în urma administrării întregului material probator și motivat, solicitarea ce i-a fost adresată.

Dacă privim cu atenție situațiile prevăzute la lit. A și, respectiv, lit. B) din art. 39, constatăm că tehnica de elaborare folosită de legiuitor este aceeași. Astfel, pentru lit. A), topica formulării permite concluzia conform căreia, dacă primul element al situației – valoarea obiectului garanției care face posibilă ridicarea suspendării dacă este pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu obiectul afectat garanției, fiind vorba de o situație pozitivă, enunțată în manieră afirmativă, este contracarat și împiedicat a se realiza în cazul în care are loc pe fondul condițiilor enunțate în manieră negativă (pentru pct. A, lit. a), obiectul garanției nu prezintă ...și lit. b), ...valoarea bunurilor rămase nu se diminuează.

Pentru lit. B), situația se inversează, în sensul că ceea ce este formulat negativ în prima parte, se va nega pe fondul intervenirii condițiilor din partea a doua. Dacă nu există protecția corespunzătoare a creanței... se diminuează valoarea obiectului, se diminuează valoarea părții garantate, lipsește asigurarea bunului.

Aceasta deoarece se observă că, în situația concursului dintre condițiile prevăzute la lit. A și B, enunțarea negativă a primului element al situației (lit. B) se dovedește mai puternică, în sensul că nu se poate pune problema luării în considerare a intervenției concomitente și a condițiilor date la lit. A. a), b), c). Logica suprapunerii condițiilor celor două situații funcționează doar dacă se pornește de la primul element al situației (lit. A) spre una din condițiile prevăzute la lit. B. De exemplu, bunurile rămase ulterior vânzării bunului afectat garanției nu își diminuează valoarea, însă obiectul afectat garanției nu este asigurat corespunzător sau defel împotriva riscului pieririi sau deteriorării.

Admiterea cererii de ridicare a suspendării pentru situațiile prevăzute la lit. A și lit. B), poate avea loc în funcție de materialul probator furnizat de creditorul garantat reclamant și administratorul judiciar, debitorul, altă parte interesată, ce apar ca părâți.

Însă, pentru lit. B), legiuitorul în mod distinct și suplimentar prevede posibilitatea respingerii cererii de ridicare a suspendării formulată de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, precum:

- a) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru acoperirea diminuării valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;

- b) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru satisfacerea dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel și, respectiv, pentru reducerea capitalului creanței sub cota de diminuare a valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;
- c) novația obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

Aceasta pare să denote voința preferențială a legiuitorului de a satisface cu prioritate și cu celeritate interesele creditorilor garanțați, prin fixarea unor modalități adăugitoare, menite a suplimenta efortul creditorilor garanțați în vederea admiterii cererii de ridicare a suspendării.

Protecția corespunzătoare creanței garantate trebuie să provină, cum este și firesc, de la partea adversă, reprezentată de administratorul judiciar sau debitor. Cum administratorul judiciar este purtătorul intereselor tuturor creditorilor, apreciem că intervenția lor în rezolvarea acestei probleme se resimte implicit, prin modalitatea consultărilor, administratorul fiind doar transmițătorul voinței celorlalți creditori.

Art. 39 alin. 2 din lege precizează, cu titlu exemplificativ, că protecția creanței garantate se poate asigura, alternativ sau concomitent, prin una din modalitățile indicate. Putem observa însă că astfel de modalități constituie în același timp și soluții pentru administratorul judiciar sau debitor în situația neexistenței unei protecții corespunzătoare a creanței prevăzută la lit. B.

În privința efectuării plăților în mod periodic apreciem că administratorul judiciar și debitorul sunt obligați să se conducă în procesul propunerii unei astfel de modalități după scopul legii insolvenței în ansamblul său, astfel încât soluția să fie viabilă, eficientă și fiabilă pentru toți cei implicați (creditor garantat, creditori chirografari și debitor), în sens contrar judecătorul-sindic respingând planul de măsuri propus de aceștia. Cum creditorul garantat nu poate primi nici o garanție pentru efectuarea periodică a plăților, ar urma că fiecare neplată la termen și în condițiile convenite, îi conferă posibilitatea introducerii, din nou, a unei cereri de ridicare a suspendării.

Pe de altă parte, cum legea nu stabilește durata concretă a intervalului de timp la care să se efectueze plata, rămâne în sarcina celor implicați în procedură să convină atât asupra cuantumului plății, cât și asupra frecvenței plății. În orice caz, interesul creditorului garantat ar fi în sensul ca acoperirea creanței sale să se realizeze printr-un număr cât mai mic de plăți, efectuate la intervale de timp cât mai mici.

În ceea ce privește novația – definită în doctrină¹⁶ ca operațiune juridică prin care, urmare a acordului de voințe dintre părți, obligația veche se stinge, concomitent cu nașterea unei noi obligații, care o înlocuiește pe prima, precizăm că aceasta vizează garanția reală, inițială, veche, care însoțește creanța creditorului, și nu transformarea creanței creditorului ca efect al novației.

Obligația de garanție se poate nova prin două modalități: prin constituirea unei garanții suplimentare, indiferent că este reală sau personală și prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

În prima modalitate, este vorba de o novație obiectivă¹⁷ care se produce prin suplimentarea obiectului derivat al obligației de garanție, astfel că obligația veche de garanție se stinge, fiind înlocuită cu o obligație nouă de garanție care are în componența sa o garanție reală suplimentară sau o garanție personală suplimentară.

În cea de-a doua modalitate, este vorba tot de o novație obiectivă, realizată însă prin înlocuirea obiectului garanției cu un alt obiect.

Dacă prin suplimentarea obiectului derivat al garanției se ajunge la obținerea unei noi obligații de garanție, care *eo ipso* este mai valoroasă sub aspect cantitativ și, mai ales, calitativ, în situația înlocuirii obiectului garanției cu un alt obiect, aplicăm doar prezumția obținerii unui obiect mai valoros sub aspect calitativ. Sensul contrar al interpretării ar fi lipsit de orice finalitate.

În finalul analizei dedicată ridicării suspendării, ca privilegiu acordat de lege creditorilor garanțați, revenim prin alin. 3 al art. 39 la sarcina probei. Potrivit acestuia, reclamantul, într-o cerere de ridicare a suspendării, trebuie să facă dovada faptului prevăzut la alin. (1) lit. A.b), rămânând debitorului/administratorului sau altei părți interesate sarcina producerii dovezii contrare și, respectiv, a celorlalte elemente.

Apreciem că, în pofida acestui text, creditorul garantat care uzează de facultatea de a solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzută de art. 36, în vederea lichidării bunului afectat garanției, în oricare din ipotezele art. 39, este ținut a face dovada potrivit regulii privitoare la probațiune din dreptul comun. Creditorul garantat este obligat să dovedească nu numai creanța sa (prin declarația de creanță, supusă operațiunilor de verificare din partea administratorului judiciar), dar și toate condițiile privitoare la existența și valabilitatea garanției. Prin introducerea unei cereri de ridicare a suspendării, creditorul garantat este obligat să-și dovedească interesul în promovarea unei astfel de cereri, pentru a nu fi respinsă *de plano* de judecătorul-sindic. Reclamantul va dovedi astfel, în mod indirect, că nu sunt incidente niciuna din condițiile stabilite de art. 39, care să conducă la respingerea cererii sale.

Debitorul, administratorul judiciar sau orice parte interesată sunt ținuți a demonstra lipsa de interes a cererii creditorului, prin dovedirea incidenței cel puțin a uneia din situațiile prevăzute de art. 39 (”și, respectiv, a celorlalte elemente”).

2.2. Situația accesoriilor

Sediul materiei îl constituie art. 41 din Legea nr. 85/2006, din analiza căruia se desprinde că, în reglementarea accesoriilor unei creanțe, un prim criteriu utilizat de legiuitor îl constituie data deschiderii procedurii de insolvență.

În funcție de data deschiderii procedurii, care întotdeauna este cunoscută cu exactitate și a cărei precizie nu este pusă sub auspiciul vreunei modificări, procedura insolvenței cunoaște două categorii de creanțe împotriva averii debitorului: creanțe născute anterior deschiderii procedurii și creanțe născute ulterior deschiderii procedurii¹⁸.

Ca și în situația anterioară, legiuitorul stabilește regula de bază aplicabilă accesoriilor, în art. 41 alin. 1 și excepția de la regulă, în art. 41 alin. 2.

Potrivit regulii, nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii. Înțelegem în acest context referirea implicită a legiuitorului la creanțele născute anterior datei deschiderii procedurii și negarantate cu nicio garanție reală¹⁹ sau părțile negarantate din creanțele garantate²⁰ cu astfel de garanții, de la data deschiderii procedurii.

Rațiunea impunerii acestei reguli decurge din însăși caracterele procedurii insolvenței, respectiv din caracterul egalitar, concursual și colectiv. Este obligatoriu ca toți creditorii ale căror creanțe sunt anterioare deschiderii procedurii să fie aduși la un numitor comun în vederea suportării aceluiași regim juridic. Nu interesează, în principiu, tipul creanței, perioada scursă de la data scadenței și până la data deschiderii procedurii, calitatea

titularului creanței²¹ etc. Dobânzile, penalitățile, chiar și majorările, având caracter convențional, variază de la un creditor la altul. Este posibil de altfel, așa cum s-a arătat în doctrină²², ca unii creditori să aibă creanțe nepurtătoare de dobânzi. Lipsa regulii privitoare la interzicerea curgerii accesoriilor creanței ar fi nedreaptă, deoarece unii creditori ar avea beneficii mai mari ca ceilalți.

Pe de altă parte, în situația în care debitorului i se ridică dreptul de administrare, nu mai este justificată perceperea dobânzii, care se întemeiază doar pe detenția și folosința bunului de către debitor.

Însă, apreciem că suspendarea prevăzută de art. 41 alin. 1 operează numai față de creditorii cunoscuți participanți la procedură și care fac parte din Adunarea creditorilor, nu și față de cei necunoscuți care, ulterior închiderii procedurii, în situația în care termenul de prescripție nu s-a împlinit, pot să urmărească creanța lor, potrivit regulilor din dreptul comun.

Însă, în privința creditorilor garanțați, în literatura de specialitate²³ s-a afirmat că accesoriile creanței sunt justificate, întrucât aceștia, având un drept de preferință constituit asupra unui bun din averea debitorului, sunt și rămân într-un anumit sens, în afară de procedură. Ei au dreptul și chemare de a-și recupera creanța lor în întregime, fără a suferi legea concursului, asupra bunului afectat lor în garanție reală, cu exclusivitate, adică tocmai cu excluderea celorlalți creditori chirografari.

Este de altfel ceea ce a reținut legiuitorul prin consacarea excepției din art. 41 alin. 2, excepție prin care interdicția curgerii accesoriilor creanței, statuată parcă cu imuabilitate în alin. 1, este detronată acum, prin facilitatea prevăzută, din nou, în favoarea creditorilor garanțați.

Norma legală stabilește astfel că creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv și/sau în tabelul definitiv consolidat, după caz, la valoarea corespunzătoare bunului afectat garanției, astfel cum este aceasta apreciată de evaluator, conform Standardelor Internaționale de Evaluare. Legiuitorul impune însă o limită maximală valorii rezultată prin evaluare, întinderea creanței garantate fiind țărmurită de un prag inferior, indiferent de valoare și de un prag superior, dat de însăși valoarea bunului supus garanției.

Observăm, în continuarea textului art. 41 alin. 2, că sunt reglementate și condițiile în care se produce suspendarea curgerii dobânzilor pentru creditorii garanțați. Astfel, la distribuția prețului garanției, creditorul garantat va fi îndreptățit să calculeze accesoriile la creanța garantată până cel mult la data vânzării bunului, cu condiția ca prețul bunului să fie corespunzător mai mare decât valoarea inițial evaluată. În cazul în care prețul va fi inferior valorii evaluate, la distribuție se va ajusta corespunzător raportul dintre partea garantată și cea negarantată a creanței.

Aceasta înseamnă că, potrivit legii, pentru creditorul garantat accesoriile creanței nu sunt ”garantate” decât în măsura în care ele sunt solicitate, dat fiind că acestea nu curg de drept după data deschiderii procedurii, ci numai în măsura în care vor fi cerute de titularul creanței. Mai mult, accesoriile pot fi calculate și sunt datorate numai până în momentul vânzării bunului. Cuantumul total al accesoriilor creanței este determinat în manieră motivată de creditorul garantat, însă administratorul judiciar are obligația de a verifica creanța garantată în ansamblul acesteia, deci și în ceea ce privește accesoriile ei.

Nu în ultimul rând este firească prevederea legiuitorului atunci când impune posibilitatea acordării de accesorii în temeiul existenței unei creanțe garantate numai sub condiția ca prețul obținut în urma vânzării bunului afectat garanției să fie mai mare decât valoarea inițială a acestuia. Dacă prețul a fost inferior

estimării valorice inițiale, la distribuirea lui se va ajusta corespunzător partea garantată a creanței și partea rămasă negarantată²⁴.

În doctrină²⁵ s-a arătat că dispozițiile în legătură cu stoparea curgerii dobânzilor sunt aplicabile doar debitorului împotriva căruia s-a deschis procedura insolvenței, și nu vizează codebitorii sau fidejursorii săi, nesupuși firește aceleiași proceduri a insolvenței în care este antrenat debitorul și față de care orice accesoriu al creanței se calculează cursiv, în continuare. Pe de altă parte, dobânzile creanțelor garantate pot fi cerute numai asupra sumelor provenind din vânzarea efectivă a bunului afectat garanției, acestea neputând fi imputate asupra masei chirografare, pentru a nu fi prejudiciați creditorii negaranțați.

Art. 41 alin. 3) și 4) utilizează pentru creanțele născute ulterior datei deschiderii procedurii și un al doilea criteriu diferențiator, instituind un regim juridic sensibil diferit pentru aceste creanțe, în funcție de ipoteza confirmării unui plan de reorganizare și ipoteza inversă, respectiv cea în care nu este confirmat nici un plan de reorganizare.

Solicitarea și acordarea către creditori, de orice fel, a accesoriilor creanței este condiționată de confirmarea unui plan de reorganizare - fiind obligatoriu astfel ca debitorul să fie supus procedurii generale - și de succesul sau de reușita acestei proceduri, prin planul propus. În cazul în care planul de reorganizare eșuează, acordarea accesoriilor se suspendă de drept față de creditorii îndreptățiți la perceperea lor. Singura excepție de la regula stopării accesoriilor în caz de nereușită a procedurii de reorganizare vizează creditorii garanțați, ale căror accesorii se vor acorda până cel mult la data vânzării bunului, cu condiția ca prețul bunului să fie corespunzător mai mare decât valoarea inițial evaluată (potrivit alin. 1) și 2) din art. 41).

Plata accesoriilor se va face potrivit actelor din care rezultă și în conformitate cu prevederile programului de plăți, prevedere aplicabilă tuturor creanțelor născute ulterior deschiderii procedurii generale, nu doar cele care sunt însoțite de garanții reale²⁶.

În ipoteza în care debitorul intră direct în procedura simplificată sau în situația în care nici un plan de reorganizare nu a fost confirmat (indiferent că niciuna din persoanele îndreptățite la propunerea unui plan nu au uzat de această facilitate sau, în situația în care a făcut uz de ea, planul de reorganizare nefiind însă confirmat de către judecătorul-sindic), pentru creanțele născute ulterior deschiderii procedurii insolvenței, legiuitorul stabilește un regim unitar, fără nici o excepție. În acest sens, calculul accesoriilor creanțelor născute ulterior deschiderii procedurii este stopat, indiferent de natura creanțelor, garantate sau negarantate, efectul suspensiv al curgerii accesoriilor producându-se pentru toate creanțele ulterioare momentului deschiderii procedurii.

2.3. Prioritatea creditorilor garanțați la distribuirea sumelor obținute în urma lichidării bunurilor grevate de garanții

Potrivit art. 121 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipotecă, gajuri sau alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine:

1. taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24;

2. creanțele creditorilor garanțați, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile.

Aceasta este norma legală care reglementează ordinea de plată în situația creanțelor garantate cu garanții reale, însă nu și ordinea de plată a creanțelor chirografare, care este stabilită prin art. 123 din lege. De asemenea, este norma legală care întărește dreptul de preferință al creditorului titular al unei garanții reale asupra bunurilor mobile sau imobile din averea debitorului, ce constă în posibilitatea de a fi satisfăcut cu prioritate, în raport cu ceilalți creditori, din suma obținută din vânzarea bunului.

În situația în care bunul care face obiectul garanției nu se mai găsește în averea debitorului și, în pofida exercitării dreptului de urmărire, bunul nu a mai putut fi readus la masa credală (de exemplu, datorită faptului că debitorul a înstrăinat bunul gajat, iar posesorul bunului, care l-a dobândit de la debitor, este de bună-credință, va opune creditorului revendicativ excepția prevăzută de art. 1909 Cod civil; tot în cazul gajului fără deposedare, bunul gajat a pierit, a fost distrus etc), atunci suma de bani corespunzătoare creanței garantate și care înlocuiește valoarea bunului gajat, stabilite în urma evaluării prin expertiză, va determina participarea creditorului la procedură dar nu în poziția privilegiată de creditor garantat, ci în situația de creditor chirografar, care va veni la distribuire potrivit art. 123 din lege.

Astfel, în practica judiciară²⁷, s-a decis că, dacă bunurile asupra cărora s-au constituit garanții, prin contract înregistrat la Arhiva de Garanții Reale Mobiliare, nu mai există în patrimoniul debitorului, atunci creanța va fi înscrisă în tabelul preliminar drept creanță chirografară, și nu drept creanță garantată. Astfel, chiar dacă creditorul se prevalează, în scopul justificării creanței sale ca fiind una garantată, de constituirea unor garanții reale mobiliare, conform contractului de garanție reală mobilă înscris la Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, dacă bunurile asupra cărora s-au constituit astfel de garanții reale nu mai există în patrimoniul debitoarei, atunci în mod corect creditorul respectiv nu mai poate deține calitatea de garantat, ci numai de creditor chirografar, potrivit raportului întocmit de lichidator, venind la distribuiri de sume de pe rangul de prioritate conferit de această din urmă categorie de creanțe.

Pe de altă parte, clauzele din contractele de garanție mobilă prevăd că, în situația dispariției sau distrugerii bunurilor, creditorul va fi despăgubit din polițele de asigurare. Astfel, susținerile creditorului contestator nu pot fi acceptate, întrucât este evident că în calitatea sa de titular al unui drept de garanție reală era în drept să verifice starea bunurilor afectate garanției aflate în posesia debitoarei, iar în cazul în care ar fi constat lipsa unei întrețineri corespunzătoare a bunului, ar fi putut să considere obligația garantată ca devenită exigibilă și să treacă la executarea silită.

Mai mult decât atât, distrugerea sau degradarea bunului din cauza culpei debitorului ori deprecierea bunului din cauza lipsei întreținerii atrag răspunderea debitorului pentru prejudiciul cauzat, or, în speță creditorul contestator nu și-a exercitat drepturile care se referă la bunurile afectate garanției și, în orice caz, aceasta nu se mai poate îndestula cu prioritate din vânzarea de către lichidator a bunurilor ce fac obiectul garanției, din simplul motiv că acestea nu mai există în averea debitoarei, lichidatorul întocmind din acest punct de vedere corect tabelul preliminar.

Indiferent că ne găsim în situația distribuirii sumelor de bani obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, cu orice garanție reală, mobilă sau imobilă, ca urmare a ridicării suspendării prevăzute de art. 36

din procedura reorganizării sau dacă debitorul se găsește în procedura simplificată sau a ieșit dintr-o procedură de reorganizare care a eșuat, această distribuire trebuie să se realizeze cu respectarea ordinii de plată prevăzută de art. 121 din lege.

Observăm că, în ceea ce privește ordinea de plată prevăzută de art. 121 din lege, nu asistăm în fapt decât la transpunerea, în cadrul procedurii insolvenței, a principiilor vânzării bunurilor grevate de garanții reale specifice dreptului comun. În consecință, vânzarea se realizează, indiferent că ne plasăm în procedura dreptului comun sau în procedura specială a insolvenței, pe baza regulilor generale, potrivit cărora, odată declanșată vânzarea, fondurile obținute se vor aloca – în următoarea ordine de prioritate, acoperirii cheltuielilor vânzării, acoperirii creanțelor garantate, iar eventualul excedent va rămâne debitorului care nu și-a executat obligația și care, prin comportamentul său, a declanșat vânzarea. De asemenea, sunt aplicabile două reguli de bază în ceea ce privește distribuția sumelor de bani obținute din vânzarea bunului sau a bunurilor: regula satisfacerii în întregime a creanțelor din fiecare clasă, în ordine crescătoare (regula distribuirii în funcție de rangul de prioritate) și regula satisfacerii proporționale a creanțelor din clasa care este la rând (regula proporționalității). Ca urmare, numai în măsura îndestulării în întregime a tuturor posturilor din prima clasă de prioritate, se va putea trece la satisfacerea posturilor din cea de-a doua clasă de prioritate, iar în cazul insuficienței fondurilor destinate acoperirii posturilor pentru prima clasă, acestea se vor distribui în mod proporțional pentru fiecare post.

Astfel, în primul rând, potrivit art. 121 alin. 1 din lege, sumele obținute prin vânzarea bunului sau bunurilor grevate de garanții reale se vor aloca acoperirii taxelor, timbrelor și oricăror altor cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielilor necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plății remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24 (în acest din urmă caz, este vorba de remunerația persoanelor de specialitate desemnate de judecătorul-sindic în îndeplinirea atribuțiilor sale; remunerația administratorului judiciar sau lichidatorului desemnat sau confirmat de adunarea creditorilor; remunerația persoanelor de specialitate desemnate de administratorul judiciar sau/și de lichidator).

În categoria oricăror altor cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, se pot încadra, cu titlu exemplificativ, taxele referitoare la publicațiile de vânzare, la publicitatea vânzării, organizarea licitației, la plata locului ales pentru vânzare etc.

În categoria cheltuielilor necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri²⁸, vor intra toate cheltuielile efectuate ulterior deschiderii procedurii, deoarece – cum procedura se desfășoară sub controlul judecătorului-sindic și al creditorilor, debitorul va putea efectua exclusiv cheltuielile necesare; noțiunile de ”conservare și administrare” au un înțeles larg, putând include cheltuieli de funcționare, operare (producție) etc, în măsura în care acestea sunt ocazionate de continuarea activității (indiferent de modalitatea procedurii în care se găsește debitorul).

Cheltuielile de această natură se impun a fi acoperite, în măsura posibilului, în întregime, și au ca punct de raportare procedura insolvenței în ansamblul ei: poate fi vorba de procedura generală în perioada de observație, de parcursul derulării reorganizării, de faliment sau doar de procedura simplificată.

În al doilea rând, sumele obținute prin vânzarea bunului sau bunurilor grevate de garanții reale se vor aloca acoperirii creanțelor creditorilor garantați, cuprinzând tot capitalul,

dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile.

Vânzarea bunurilor care constituie obiectul unei garanții reale determină ivirea a trei situații:

- sumele obținute prin vânzare acoperă în întregime creanțele creditorilor garantați;
- din sumele obținute prin vânzare, urmare a satisfacerii creanțelor creditorilor garantați, rămâne un excedent;
- sumele obținute prin vânzare insuficiente chiar pentru satisfacerea creanțelor creditorilor garantați.

Prima ipoteză apare ca satisfăcătoare din punctul de vedere al creditorilor garantați, dat fiind că aceștia își văd realizate creanțele, datorită funcției esențiale a oricărei garanții, adică aceea de a servi la asigurarea executării obligației. Creanțele creditorilor garantați se vor stinge integral.

Cea de-a doua ipoteză, cea mai bună, face ca excedentul rămas să fie depus, grație administratorului judiciar/lichidatorului, în contul averii debitorului, asigurând astfel creșterea cantitativă a masei credale și, implicit, posibilitățile creditorilor chirografari de a-și vedea satisfăcute creanțele, cel puțin într-o anumită măsură.

În ultima ipoteză, care nu este dorită nici de creditorul garantat și nici de debitor, partea de creanță a creditorului garantat care nu a fost acoperită din sumele obținute prin vânzarea bunului asupra căruia a fost constituită garanția reală, va avea regimul juridic al unei creanțe chirografare, care va veni la distribuție în concurs cu celelalte creanțe chirografare ale debitorului. De precizat că, pentru această diferență de creanță, sunt aplicabile dispozițiile art. 41 din lege, conform cărora diferența de creanță nu va mai putea produce nicio dobândă, majorare, penalizare de la data vânzării efective a bunului afectat garanției. Din poziția privilegiată deținută, pentru diferența de creanță, fostul creditor garantat va suporta concursul creditorilor chirografari, participând la distribuție potrivit art. 123 din lege.

În ultimul rând, potrivit art. 121 alin. 4 din lege, în situația în care, anterior vânzării bunului afectat garanției lui, au loc distribuirii de sume între creditori, astfel de distribuirii se realizează cu participarea tuturor creditorilor, inclusiv a celor garantați. Însă, încasarea unor sume din astfel de distribuirii, se va deduce din cele pe care creditorul garantat ar fi îndreptățit să le primească la momentul în care se va proceda la vânzarea bunului supus garanției sale, pentru a împiedica un astfel de creditor să primească mai mult decât ar fi primit dacă bunul supus garanției sale ar fi fost vândut anterior distribuirii. Așa cum s-a afirmat în literatura de specialitate²⁹, suma primită la distribuția precedentă este considerată doar un avans asupra plății cuvenite creditorului din prețul bunului constituit ca garanție a creanței sale și numai pentru motivul că acest bun s-a vândut abia ulterior celeilalte distribuirii.

BIBLIOGRAFIE

- I. Adam, C. N. Savu, *Legea procedurii insolvenței Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2006
- I. Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 2004
- C-tin Bălescu, *Curs de drept comercial*, editat de de Gheorghe I. Badea, volumul II, 1946
- R. Bufan, S. Munteanu, *Distribuția sumelor către creditori în procedura falimentului*, în Revista Phoenix nr. 2/2002

A. Capriel, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000

St. D. Cârpenaru, V. Nemeș, M. A. Hotca, *Noua lege a insolvenței. Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2006

Șt. Dumitru, *Creanțele garantate în cadrul procedurii insolvenței*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2007

V. Godâncă-Herlea, *Probleme teoretice și practice privitoare la deschiderea procedurii insolvenței*, în Revista de Drept Comercial nr. 9/2006

Manual de Bune Practici în Insolvență, editat prin Programul Phare 2002. "Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment", editat de Ministerul Justiției, martie 2006

A. Miff, *Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1/2007

S. Munteanu, *Evaluarea garanțiilor reale în insolvență. Cadrul general*, în Revista Phoenix nr. 19/2007

Gh. Piperea, *Procedura insolvenței ca proces civil*, partea a II-a, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 2/2007

N. O. Rusu, *Procedura insolvenței și prescripția extinctivă. Elemente de interferență*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2006

C. Rotaru, *Legea falimentului. Doctrină, jurisprudență și legislație*, Editura Cognitum, București, 2001

I. Șchiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All Beck, București, 2001

I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Editura C. H. Beck, București, 2006

I. Turcu, Mădălina Stan, *Legea privind procedura insolvenței – în nouă etapă în reforma legislativă*, în Revista de Drept Comercial nr. 6/2006

I. Turcu, *Falimentul. Actuala procedură. Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2005

N. Țândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Editura All Beck, București, 2000

Note:

1 A se vedea, în acest sens, Ion Turcu, Mădălina Stan, *Legea privind procedura insolvenței – în nouă etapă în reforma legislativă*, în Revista de Drept Comercial nr. 6/2006, pag. 20

2 Alături de organele procedurii (instanța judecătorească, judecătorul-sindic, administratorul și lichidatorul), în categoria "alți participanți" la procedură includem: debitorul, adunarea creditorilor, comitetul creditorilor, specialiști angajați să contribuie la desfășurarea în condiții optime a procedurii. Pentru dezvoltări, a se vedea Angela Miff, *Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1/2007, pag. 59

3 Pentru dezvoltări în ceea ce privește noțiunea de creditor necunoscut, a se vedea Gheorghe Piperea, *Procedura insolvenței ca proces civil*, partea a II-a, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 2/2007, pag. 24. Arătăm că nu putem fi de acord cu susținerile acestui autor în privința încălcărilor principiului constituțional al liberului acces la justiție și celui al egalității în drepturi, implicat cu dreptul acestuia de a formula declarația de creanță cu depășirea termenelor prevăzute de art. 62 în cazul în care procedura mai este deschisă, pentru că nimănui nu îi este permis să invoce necunoașterea legii, pentru că termenele prevăzute de art. 62 sunt de decădere și, în sens mai larg, datorită pasivității și neglijenței creditorului, deci și culpei sale.

4 În ceea ce privește importanța datei deschiderii procedurii insolvenței, a se vedea Vasile Godâncă-Herlea, *Probleme teoretice și practice privitoare la deschiderea procedurii insolvenței*, în Revista de Drept Comercial nr. 9/2006, pag. 80 și urm.

5 Ion Turcu, *Tratat de insolvență*, Editura C. H. Beck, București, 2006, pag. 382; Nicoleta Țândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Editura All Beck, București, 2000, pag. 154; Ioan Șchiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All Beck, București, 2001, pag. 128

6 În ceea ce privește condițiile care trebuie îndeplinite pentru a opera excepția de la regula suspendării, a se vedea, Nicoleta Țândăreanu, op. cit., pag. 155

7 Asupra argumentelor care susțin această opinie, a se vedea Nicolae-Octavian Rusu, *Procedura insolvenței și prescripția extinctivă. Elemente de interferență*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2006, pag. 17-19

8 Ion Turcu, *Tratat de insolvență*, op. cit., 2006, pag. 383

9 Totuși, în cazul procedurii simplificate, aprecierea se face de către judecătorul-sindic în concret, de la caz la caz, dat fiind că însăși această procedură urmărește lichidarea bunurilor debitorului cu celeritate. În același sens, a se vedea, Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu, *Legea procedurii insolvenței Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2006, pag. 332-333

10 Speranța Munteanu, *Evaluarea garanțiilor reale în insolvență. Cadrul general*, în Revista Phoenix nr. 19/2007, pag. 25-27

11 În sensul că excedentul se va aloca satisfacerii creditorilor chirografari, a se vedea Manual de Bune Practici în Insolvență, editat prin Programul Phare 2002. "Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment", editat de Ministerul Justiției, martie 2006, pag. 87

12 În același sens, a se vedea, Manual de Bune Practici în Insolvență, pag. 86

13 În sens contrar, a se vedea, Manual de Bune Practici în Insolvență, pag. 87

14 Pentru interpretarea în sensul strict al art. 39 alin.3 din Legea 85/2006, a se vedea Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu, op. cit., pag. 334; Stanciu D. Cârpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, *Noua lege a insolvenței. Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2006, pag. 159-160

15 A. Capriel, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, pag. 10

16 Ioan Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 2004, pag. 519

17 Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu, op. cit., pag. 337

18 A se vedea, în acest sens, Ștefan Dumitru, *Creanțele garantate în cadrul procedurii insolvenței*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2007, pag. 38

19 Sunt exceptate de la regula suspendării curgerii dobânzilor de la data deschiderii procedurii creanțele garantate cu garanții personale, dată fiind modalitatea de valorificare a acestora, prin intermediul executării individuale, din dreptul comun.

20 Acestea reprezintă "excedentul creanței față de valoarea sau prețul bunului constituit ca garanție". Pentru dezvoltări în ceea ce privesc elementele cu care se determină excedentul, a se vedea, Ion Turcu, op. cit., pag. 386-387

21 "Deschiderea procedurii insolvenței are ca efect stoparea calculului majorărilor de întârziere și la creanțele bugetare care, chiar privilegiate fiind, nu sunt înzestrate cu garanții reale". Opinia, exprimată sub imperiul vechii reglementări a procedurii insolvenței, este de actualitate, în Ion Turcu, *Falimentul. Actuala procedură. Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2005, pag. 328.

22 A se vedea, în acest sens, Cristina Rotaru, *Legea falimentului. Doctrină, jurisprudență și legislație*, Editura Cognitum, București, 2001, pag. 59

23 Constantin Bălescu, *Curs de drept comercial*, editat de Gheorghe I. Badea, volumul II, 1946, pag. 409

24 Ion Turcu, op.cit., pag. 389

25 Nicoleta Țândăreanu, op. cit., pag. 161-162

26 Stanciu D. Cârpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, op. cit., pag. 164

27 Tribunalul Arad, Sentința nr. 97 din 21 ianuarie 2004, în Manual de Bune Practici în Insolvență, op. cit., pag. 401

28 Radu Bufan, Speranța Munteanu, *Distribuirea sumelor către creditorii în procedura falimentului*, în Revista Phoenix nr. 2/2002, pag. 16

29 Ion Turcu, op. cit., pag. 506

Administratorul special în procedura insolvenței



Cons. jur. Ramona Basaraba

Considerații introductive

Printre inovațiile importante ale Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței¹ se remarcă și introducerea de către legiuitor a unui nou participant în cadrul procedurii reglementate de această lege – *administratorul special*.

Administratorul special, persoană fizică sau persoană juridică, reprezintă un nou mod de reprezentare, în procedura insolvenței, a debitorului, precum și a asociaților/acționarilor debitorului persoană juridică.

Este important, astfel, să se facă o distincție între administratorul special și administratorul judiciar.

Astfel, instituția administratorului special este definită de art. 3 pct. 26 din Lege ca fiind reprezentantul desemnat de adunarea generală a acționarilor/asociaților debitorului, persoană juridică, să efectueze, în numele și pe seama acestuia, actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-și administreze activitatea și să le reprezinte interesele în procedură pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

Administratorul judiciar este, potrivit art. 3 pct. 27 din Lege, *“persoana fizică sau juridică, practician în insolvență autorizat, desemnat să exercite atribuțiile prevăzute de art.20 în perioada de observație și pe durata procedurii de reorganizare”*.

Un alt aspect important de subliniat, referitor la administratorul special, constă în faptul că, prin această instituție s-a înlocuit, de fapt, Secțiunea 4 din Legea nr.64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului - *Adunarea generală a membrilor sau asociaților/acționarilor. Reprezentantul membrilor sau asociaților/acționarilor*.

Astfel, administratorul special preia, în mare parte, atribuțiile reprezentantului asociaților/acționarilor din Legea nr.64/1995.

Înlocuirea *Adunării generale a membrilor sau asociaților/acționarilor. Reprezentantul membrilor sau asociaților/acționarilor* cu instituția *Administratorului special* reprezintă un pas înainte în legislația insolvenței, eliminând astfel problemele apărute în practică când debitorul era reprezentat de fostul administrator iar organele statutare de către o altă persoană fizică sau juridică.

Prin numirea unei singure persoane care să reprezinte atât interesele debitorului cât și ale asociaților/acționarilor, diferențiat în funcție de etapele procedurii, noua reglementare clarifică divergențele de opinii ale participanților la procedură referitor la *cine pe cine reprezintă din moment ce voința*

persoanei juridice se manifestă prin reprezentanții legal investiți de organele statutare. Mai mult, se elimină și prezumția că, din moment ce există un reprezentant al debitorului și un reprezentant al organelor statutare, interesele celor doi participanți ar fi contrare în procedură.

Numirea administratorului special

Potrivit prevederilor art. 3 pct. 26 din lege *“Adunarea generală a acționarilor, asociaților sau membrilor persoanei juridice va fi convocată de administratorul judiciar ori de lichidator, pentru desemnarea administratorului special, în termen de maximum 20 de zile de la deschiderea procedurii sau, după caz, de la ridicarea dreptului debitorului de a-și administra averea. Adunarea generală va fi prezidată de administratorul judiciar sau de lichidator, după caz.”*

Considerăm că, deși legea prevede că desemnarea administratorului special se face de către Adunarea generală a acționarilor, asociaților sau membrilor persoanei juridice în urma convocării acesteia de către administratorul judiciar ori de lichidator, această prevedere nu poate îngreuna dreptul asociaților/acționarilor sau administratorilor sociali ai debitorului de a convoca, din inițiativa lor, adunarea având în vedere că rolul principal al administratorului special este de a le reprezenta interesele.

Mai mult, dacă această prevedere ar fi imperativă, aceasta ar fi de natură să îngreuească dreptul asociaților/acționarilor de a-și apăra interesele în cadrul procedurii precum și ale debitorului în perioada de observație, până la ridicarea dreptului de administrare.

Această situație ar putea interveni în condițiile rămânerii în pasivitate a administratorului judiciar/lichidatorului fapt care ar pune asociații/acționarii în imposibilitatea de participa în mod activ la derularea procedurii prevăzute de legea insolvenței.

Posibilitatea numirii administratorului special de către adunarea generală a acționarilor/asociaților, fără a fi necesară o convocare în acest sens de către administratorul judiciar, reiese și din interpretarea prevederilor art. 18 alin. (2) lit. a) din Lege potrivit cărora administratorul special *exprimă intenția debitorului de a propune un plan, potrivit art.28 alin. (1) lit.h), coroborat cu art. 33 alin. (2) astfel încât acesta poate fi numit în funcție de către asociați / acționari și anterior deschiderii procedurii, respectiv anterior numirii administratorului judiciar.*

Ceea ce nu prevede legea insolvenței este modalitatea în care se va întruni adunarea generală a acționarilor, asociaților sau

membrilor debitorului în vederea desemnării administratorului special, respectiv adunare generală ordinară sau extraordinară.

Având în vedere faptul că administratorul special este un reprezentant al asociațiilor/acționarilor opinia spre care se orientează practica în sensul aplicării prevederilor Legii nr. 31/1990 republicată² și modificată referitoare la desemnarea administratorului social/direcțorat/consiliu de supraveghere, conduce la concluzia că administratorul special este numit de către adunarea generală ordinară.

Considerăm, însă, că, în acest caz, se impune aplicarea prevederilor Legii nr. 31/1990 referitoare la adunarea generală extraordinară având în vedere faptul că numirea administratorului special nu are loc în cadrul activității normale a societății ci este determinată de o situație specială în care se află societatea, fapt care are incidențe majore atât asupra societății cât și asupra asociațiilor/acționarilor.

Referitor la modalitatea de selecție a persoanei fizice/juridice care va fi numită administrator special, legea nu face nici o precizare în acest sens rămânând astfel la latitudinea asociațiilor/acționarilor să stabilească această modalitate.

Una dintre modalitățile indicate în acest caz ar fi ca administratorul special să fie desemnat în baza ofertelor, depuse de către persoanele interesate, în funcție de pregătirea și experiența în insolvență a ofertanților, precum și, nu în ultimul rând, în funcție de remunerația solicitată de către aceștia, remunerație care va fi plătită de către asociații/acționari.

Legea nu interzice nici numirea administratorului special din rândul asociațiilor/acționarilor/administratorilor sociali ai debitorului, sau dintre persoanele aflate la conducerea societății, persoane care ar trebui să cunoască cel mai bine activitatea și situația debitorului, precum și să fie la curent cu interesele pe care asociații/acționarii le au în cadrul procedurii.

Alegerea administratorului special din rândul asociațiilor / acționarilor sau chiar numirea în funcția de administrator special a administratorului social al debitorului ar trebui să fie prima opțiune a asociațiilor/acționarilor având în vedere implicația pe care o are această funcție asupra activității debitorului.

Numirea unei persoane din interiorul societății în funcția de administrator special prezintă avantaje din mai multe puncte de vedere:

- remunerația poate fi stabilită la o sumă mai mică sau chiar să se renunțe la aceasta;

- cunoașterea tuturor problemelor societății fără a mai fi astfel necesară o informare a altei persoane. Numirea unei persoane din afara societății poate implica un termen mai lung până la familiarizarea administratorului special cu activitatea societății și toate problemele cu care aceasta se confruntă, mai ales în condițiile în care societatea funcționează de mai mult de cinci ani de zile;

- o implicație mai mare în procedură în considerarea intereselor directe pe care le are administratorul special în acest caz.

De asemenea, rămâne la latitudinea asociațiilor/acționarilor să stabilească forma pe care o va lua contractul care urmează să fie încheiat cu administratorul special:

- contract de mandat în condițiile în care în funcția de administrator special este numită o persoană fizică/juridică;

- contract de asistență juridică în condițiile în care în funcția de administrator special este numit un avocat.

Rolul și atribuțiile administratorului special

Potrivit prevederilor art.18 alin. (1) din Lege, după deschiderea procedurii, *“adunarea generală a acționarilor/asociațiilor debitorului, persoană juridică, va desemna, pe cheltuiala acestora, un reprezentant, persoană fizică sau juridică, administrator special, care să reprezinte interesele societății și ale acestora și să participe la procedură,*

pe seama debitorului. După ridicarea dreptului de administrare, debitorul este reprezentat de administratorul judiciar / lichidator care îi conduce și activitatea comercială, iar mandatul administratorului special va fi redus la a reprezenta interesele acționarilor/asociațiilor.”

Până în momentul intrării în procedura simplificată, precum și în procedura de reorganizare judiciară, administratorul special reprezintă atât debitorul cât și interesele asociațiilor/acționarilor în procedură concomitent cu exercitarea prerogativelor administrării debitorului sub supravegherea administratorului judiciar. După intrarea în procedura simplificată sau generală de faliment, mandatul administratorului special se restrânge la reprezentarea intereselor asociațiilor/acționarilor, iar prerogativele reprezentării și administrării debitorului sunt preluate de lichidator.

Atribuțiile administratorului special sunt prevăzute la art.18 alin. (2) din Lege, astfel

(2) *Administratorul special are următoarele atribuții;*

a) *exprimă intenția debitorului de a propune un plan, potrivit art.28 alin. (1) lit.h, coroborat cu art.33 alin. (2);*

b) *participă, în calitate de reprezentant al debitorului, la judecarea acțiunilor prevăzute la art.79 și 80;*

c) *formulează contestații în cadrul procedurii reglementate de prezenta lege;*

d) *propune un plan de reorganizare;*

e) *administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului;*

f) *după intrarea în faliment, participă la inventar, semnând actul, primește raportul final și bilanțul de închidere și participă la ședința convocată pentru soluționarea obiecțiilor și aprobarea raportului;*

g) *primește notificarea închiderii procedurii;*

Din analiza prevederilor art. 18 alin. (2) reiese că atribuțiile administratorului special pot fi structurate pe etape procedurale, începând cu formularea cererii de deschidere a procedurii și până la pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii.

● **Perioada cuprinsă între data formulării cererii de deschidere a procedurii și până la pronunțarea motivată, de către judecătorul-sindic, a hotărârii de deschidere a procedurii.**

Din interpretarea prevederilor art. 18 alin. (2) lit. a) reiese că administratorul special poate fi mandatat de către asociații / acționari să reprezinte interesele debitorului și anterior pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii după cum urmează:

- în condițiile formulării cererii de către debitor administratorul special poate fi mandatat să exprime intenția debitorului de intrare în procedura simplificată sau de reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale, deci și să asiste / reprezinte debitorul la redactarea cererii de deschidere a procedurii și întocmirea documentelor care trebuie să fie anexate acesteia;

- în condițiile formulării cererii de către creditori administratorul special poate fi mandatat pentru formularea de contestații împotriva cererii de deschidere a procedurii de insolvență, respectiv să conteste starea de insolvență a debitorului, precum și să reprezinte debitorul în fața instanțelor judecătorești în cadrul procedurii de soluționare a contestațiilor. De asemenea, administratorul special poate fi mandatat să recunoască existența stării de insolvență a debitorului.

● **Perioada de observație – cuprinsă de la pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii și până la ridicarea dreptului de administrare al debitorului.**

În acest interval de timp administratorul special, în condițiile în care nu s-a ridicat dreptul de administrare al debitorului,

reprezintă interesele debitoarei, sub supravegherea administratorului judiciar.

Atribuțiile administratorului special în acest caz constau atât în administrarea activității debitorului, cât și în participarea acestuia în cadrul procedurii, respectiv:

- formularea de contestații în numele debitorului împotriva creanțelor înscrise în tabelul de creanțe,
- formularea de căi de atac împotriva hotărârilor pronunțate de către judecătorul sindic și care nu corespund intereselor debitorului

- reprezentarea intereselor debitorului / asociaților / acționarilor în cadrul litigiilor promovate de către administratorul judiciar în conformitate cu prevederile art. 79 și 80 din lege

- întocmirea și propunerea unui plan de reorganizare al activității debitorului

Referitor la întocmirea și propunerea planului de reorganizare, art. 18 alin. (2) lit. d) din Lege prevede că administratorul special propune planul de reorganizare.

Astfel, intră în atribuțiile administratorului special să analizeze situația debitorului și să aprecieze dacă acesta are sau nu șanse să-și reorganizeze activitatea astfel încât, ca urmare a parcurgerii acestei proceduri, să se acopere parțial sau integral datoriile societății.

Mai mult, administratorul special va trebui și să aprecieze dacă debitorul dispune, sau va dispune, ulterior închiderii procedurii de reorganizare a activității, de condițiile necesare în vederea gestionării activității.

Ca urmare a întocmirii planului de reorganizare a activității debitorului și anterior înregistrării acestuia la tribunal, administratorul special, potrivit prevederilor art. 94 alin. (1) lit. a) din Lege, are obligația de a-l supune spre aprobare adunării generale a acționarilor/asociaților.

Anterior luării deciziei finale de parcurgere a procedurii de reorganizare, asociații/acționarii vor proceda la analizarea planului pentru a verifica dacă conținutul acestuia corespunde intereselor lor și ale debitorului și dacă există șanse reale de punere în aplicare a celor prevăzute în plan.

● Perioada de reorganizare până la pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii sau de deschidere a falimentului

În cadrul procedurii de reorganizare, potrivit prevederilor art. 18 alin. (2) coroborate cu prevederile art. 103 alin. (2) din Lege, activitatea debitorului va fi condusă de către administratorul special, sub supravegherea administratorului judiciar.

Printre atribuțiile administratorului special în cadrul procedurii de reorganizare judiciară, în afară de îndeplinirea tuturor celor prevăzute în planul de reorganizare, intră și prezentarea trimestrială, către comitetul creditorilor, de rapoarte asupra situației financiare a averii debitorului și întocmirea de situații privind cheltuielile efectuate pentru bunul mers al activității.

Este de menționat că administratorul special, în baza mandatului acordat de către adunarea generală a asociaților / acționarilor și în baza prevederilor planului de reorganizare, va avea atribuții și în ceea ce privește conducerea efectivă a activității debitorului în perioada de reorganizare, fapt care presupune, printre altele, următoarele:

- încheierea de contracte cu noi furnizori sau clienți fără de care activitatea debitorului nu ar putea fi continuată;
- aprobarea de plăți pentru cheltuielile curente ale societății;
- angajarea și demiterea personalului angajat de către debitor în funcție de volumul de muncă și de dezvoltarea/extinderea activității debitorului ca urmare a derulării procedurii de reorganizare;

- modificarea structurii managementului debitorului;

- sesizarea judecătorului – sindic și administratorului judiciar referitor la problemele apărute în administrarea activității debitoarei;

- urmărirea încasării creanțelor deținute de societate asupra clienților debitorului;

- orice alte atribuții pe care le presupune conducerea activității unei societăți.

● Perioada de faliment până la pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii

Deschiderea procedurii de faliment determină, potrivit prevederilor art. 47 alin. (4) din Lege încetarea de drept a dreptului de administrare al debitorului.

Consecința ridicării dreptului de administrare, potrivit prevederilor art. 18 alin.(1) din Lege constă în reducerea mandatului administratorului special la reprezentarea intereselor acționarilor / asociaților, interesele debitorului fiind reprezentate de către lichidator.

Atribuțiile administratorului special în cadrul procedurii de faliment sunt prevăzute de art.18 alin. (2) lit.f): *după intrarea în faliment , participă la inventar, semnând actul, primește raportul final și bilanțul de închidere și participă la ședința convocată pentru soluționarea obiecțiunilor și aprobarea raportului.*

Un aspect important în aplicarea prevederilor referitoare la atribuțiile administratorului special și prevăzute de art. 18 alin. (1) din lege constă în faptul că, având în vedere rolul administratorul special, respectiv **reprezentarea intereselor societății debitoare și ale asociaților/acționarilor**, considerăm că enumerarea atribuțiilor din cadrul alin. (2) al art. 18 este exemplificativă și nu limitativă în considerarea faptului că interesele debitorului și asociaților/acționarilor nu pot fi limitate numai la situațiile prevăzute la art.18 alin. (2).

Concluzii

Instituția administratorului special, deși nou introdusă, are o importanță deosebită în cadrul procedurii de insolvență reglementată de Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței prin recunoșterea intereselor pe care asociații / acționarii le au în procedură.

O necesitate care se impune este o reglementare mai clară a acestei instituții astfel încât, în practică, să nu apară contradicții majore în aplicarea prevederilor referitoare la administratorul special diferențiat de la o procedură la alta, sau de la o instanță de judecată la alta.

NOTE

¹ Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 359 din 21 aprilie 2006.

² Legea nr.31/1990 a fost republicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 1006 din 21 noiembrie 2004 și modificată prin Legea nr.302/2005 publicată în Monitorul Oficial Partea I nr.953 din 27 octombrie 2005, Legea nr.164/2006 publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 430 din 18 mai 2006, Legea nr.441/2006 publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 955 din 28 noiembrie 2006, și Legea nr. 516/2006 publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 14 din 09 ianuarie 2007.

Hotărârile judecătorului-sindic și modificarea acestora în instanța de recurs



Valentin Cojocariu
Judecător-sindic, Tribunalul Botoșani

O recentă decizie a Curții de Apel Suceava, cât și o sentință pronunțată după admiterea recursului de către judecătorul-sindic de la Tribunalul Suceava, privind deschiderea procedurii insolvenței potrivit Legii nr. 85/2006, m-au determinat să pun în discuție câteva probleme legate de soluțiile pe care le poate pronunța instanța de recurs împotriva hotărârilor judecătorului-sindic.

În prezentul articol nu intenționez să discut despre toate soluțiile ce se pot pronunța de instanța de recurs în materia insolvenței, ci doar despre cea referitoare la situația admiterii recursului creditorului și modificarea în tot sau în parte a sentinței pronunțate de judecătorul-sindic, mai exact despre aplicarea art. 312 (3) Cod procedură civilă.

Prin Decizia nr. 302/29.03.2007, pronunțată de Curtea de Apel Suceava – Secția Comercială, de Contencios Administrativ și Fiscal, a fost admis recursul Direcției Generale a Finanțelor Publice Suceava formulat împotriva Sentinței nr. 454/14.11.2006, pronunțată de către judecătorul-sindic din cadrul Tribunalului Suceava. S-a modificat în parte sentința în sensul că:

- respinge contestația debitoarei, admite cererea creditoarei Direcției Generale a Finanțelor Publice Suceava și în consecință deschide procedura insolvenței față de debitoarea S.C. “T” SRL Plopeni, județul Suceava;
- menține dispozițiile sentinței referitoare la excepția de netimbrare ;
- trimite cauza judecătorului-sindic pentru deschiderea procedurii.

Față de soluționarea recursului potrivit deciziei de mai sus, judecătorul-sindic pronunță Sentința nr. 384/26.06.2007, după cum urmează: « ia act de deschiderea procedurii generale de insolvență față de debitoarea S.C. “T” SRL Plopeni, județul Suceava » și dispune celelalte măsuri legale prevăzute de Legea nr. 85/2006, măsuri care se iau o dată cu deschiderea procedurii.

Opinez că ambele instanțe au greșit prin soluțiile pronunțate.

Astfel, potrivit dispozițiile art. 6 din Legea nr. 85/2006 toate procedurile prevăzute de aceasta, cu excepția recursului prevăzut de art. 8, sunt de competența tribunalului în a cărui raza teritorială își are sediul debitoarea (așa cum figurează în registrul comerțului) și sunt exercitate numai de către un judecător-sindic.

Hotărârile judecătorului-sindic sunt definitive și executorii, putând fi atacate cu recurs în temeiul art. 12 (1) din Legea nr. 85/2006. Dispozițiile Legii nr. 85/2006 se completează, în măsura compatibilității lor, cu cele ale Codului de procedură civilă, Codului civil, Codului comercial român și ale Legii nr. 637/2002, în temeiul art. 149 din Legea nr. 85/2006.

Dacă acestea sunt dispozițiile legale aplicabile în cauză, reținem că instanța de recurs poate admite, respinge, anula ori constata perimarea lui. Modificarea sau casarea pot fi dispuse în tot sau în parte, prin rapoarte la dispozițiile sentinței recurate, în măsura în care motivele de recurs au fost găsite întemeiate față de acestea.

Potrivit dispozițiilor art. 312 (3) Cod procedură civilă, modificarea hotărârii recurate se poate face pentru motivele prevăzute de art. 304 pct. 6,7,8,9 C.p.c.

Modificarea hotărârii recurate implică o rejudecare pe fond a cauzei.

Dacă până în acest punct soluțiile ce se pot pronunța de instanța de recurs sunt acceptate teoretic, cât și practic în cazul în care recursul este admis și se modifică sentința recurată pe baza probelor noi administrate în recurs (numai înscrisuri) sau pe baza unei reevaluări a probelor deja administrate de judecătorul-sindic, soluția pronunțată nu poate fi decât una cu respectarea dispozițiilor exprese al art. 6 din Legea nr. 85/2006.

Prin art. 6 din Legea nr. 85/2006, care consacră atributul exclusiv al judecătorului-sindic de a exercita toate procedurile prevăzute de prezenta lege - deschiderea procedurii fiind una din cele mai importante. Față de acestea și ținând seama de prevederile art. 11 lit. a) din lege, consider că o altă instanță, chiar și cea de control judiciar nu poate exercita această atribuție exclusivă.

Deschiderea procedurii insolvenței este atributul exclusiv al judecătorului-sindic, încât, revenind la cele două hotărâri judecătorești expuse la începutul acestui articol, consider că instanța de recurs nu putea dispune deschiderea procedurii și mai apoi să trimită cauza judecătorului-sindic tot pentru deschiderea procedurii.

Mai mult, în contradicție cu dispozițiile art. 6, 11, 33, 34 din Legea nr. 85/2006, după casare, judecătorul-sindic nu putea constata deschisă procedura conform deciziei curții de apel, cât timp măsura deschiderii procedurii era atribuția sa principală.

Astfel, potrivit art. 11 al. 1, lit. a) din Legea nr. 85/2006, judecătorul-sindic are ca atribuție principală “pronunțarea motivată a hotărârii de deschidere a procedurii și, după caz, de intrare în faliment atât prin procedura generală, cât și prin procedura simplificată”.

Precizez că, în primul rând, hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței, care trebuie motivată, se coroborează cu art. 261 alin. 1 Cod procedură civilă, potrivit căruia hotărârea trebuie să cuprindă motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.

Aceasta înseamnă că judecătorul -sindic trebuie să se refere în motivare la toate motivele de fapt și de drept care i-au format convingerea în pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii.

Scopul motivării este tocmai acela de a fundamenta și explica măsura luată de judecătorul-sindic.

Or, în cazul de față motivarea în fapt și în drept aparține instanței de control judiciar care dispune chiar și deschiderea procedurii (vezi dispozitivul deciziei): “admite cererea ... și în consecință deschide procedura insolvenței față de debitoare...”

Mai mult, în același dispozitiv instanța de recurs așa cum am arătat, trimite cauza judecătorului-sindic pentru deschiderea procedurii.

Cum procedează judecătorul-sindic în această situație ?

Dacă modificarea hotărârii recurate implică o rejudicare pe fond, instanța de recurs poate constata că sunt îndeplinite condițiile pentru deschiderea procedurii și va trimite cauza judecătorului-sindic.

Instanța de recurs, nu poate constata însă și starea de insolvență, cât timp potrivit art. 33 (4) din Legea nr. 85/2006 „dacă judecătorul-sindic stabilește că debitorul este în stare de insolvență, îi va respinge contestația și va deschide, printr-o sentință, procedura generală, situație în care un plan de reorganizare poate fi formulat numai de către administratorul judiciar sau de către creditorii deținând împreună sau separat minimum 20% din valoarea masei credale și numai dacă aceștia își exprimă intenția de a depune un plan în termenul prevăzut la art. 59 alin. (1), respectiv la art. 60 alin. (2)”.

Este adevărat că soluțiile Curții de Apel Suceava, în această cauză, nu sunt singulare.

Soluții aproximativ apropiate de cea de mai sus, au fost pronunțate și de alte curți de apel. Astfel, prin Decizia nr.

218/14.02.2007 Curtea de Apel București – Secția a VI-a Comercială admite recursul, modifică sentința atacată și respingând contestația debitorului dispune deschiderea procedurii insolvenței împotriva acesteia. De asemenea, prin Decizia nr. 258 din 20.04.2004 a Curții de Apel Craiova s-a admis recursul, s-a modificat sentința în sensul admiterii cererii creditorului și s-a deschis procedura reorganizării judiciare și falimentului.

Dacă din punct de vedere al aplicării dispozițiilor legale în materie de insolvență decizia Curții de Apel Suceava, prin care aceasta deschide procedura insolvenței este greșită, greșită este și soluția dată de judecătorul-sindic după modificarea sentinței în recurs prin constatarea că procedura a fost deschisă.

În fapt și în drept ambele hotărâri nu pot produce efecte juridice: curtea de apel nu putea dispune deschiderea procedurii, iar judecătorul-sindic nu putea constata că procedura este deja deschisă.

Consider că, soluțiile curții de apel pronunțate în recurs, în caz de modificare a sentinței judecătorului-sindic, trebuie să se rezume la verificarea condițiilor de admisibilitate a cererii pe baza unor înscrisuri noi sau prin reaprecierea celor administrate deja de judecătorul-sindic și să trimită cauza judecătorului-sindic care va deschide procedura dacă condițiile subzistă.

Opinia este justificată și de alte soluții ale Curții de Apel Suceava și chiar a curțiilor de apel din București și Craiova care nu dispun prin deciziile pronunțate deschiderea procedurii, cauzele fiind trimise judecătorului-sindic pentru a se pronunța.

De lege ferenda, prin derogare de la art.312 Cod procedură civilă, Legea nr.85/2006 ar putea prevedea ca, în cazul modificării de către instanța de recurs a hotărârii judecătorului-sindic, prin care a fost respinsă cererea de deschidere a procedurii împotriva debitorului, constatându-se îndeplinite condițiile de admitere a acțiunii, cauza să fie trimisă judecătorului-sindic în vederea deschiderii procedurii.

Aceasta ar duce la evitarea emiterii unor soluții atât de diverse și neclare în această materie.

Bibliografie:

Ion Turcu – Tratat de insolvență. Editura C.H. Beck București 2006

Ioan Leș – Comentariile Codului de procedură civilă – vol. II

Costică Vlaicu – Insolvența, problemă acută a operatorilor economici, PreUniversitatea – 2007

PHOENIX - revista de insolvență, nr. 15/2006

Privire specială asupra TRATATULUI DE LA LISABONA¹ din perspectiva modificărilor instituționale

- semnat la 13 decembrie 2007 -



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

1. Aspecte generale

După cum se știe, la 13 decembrie 2007, șefii de stat și de guvern ai celor 27 de state membre ale UE, inclusiv România², au semnat, ceea ce va rămâne în istorie, ca fiind Tratatul de la Lisabona – ratificat de către Camerele reunite ale Parlamentului României în ziua de 4 februarie 2008.

Retrospectiv privind, însă, observăm faptul că Tratatul de la Lisabona este rezultatul eforturilor de aproape 15 ani, câți au trecut de la intrarea în vigoare a Tratatului de la Maastricht³, Tratat care a pus bazele UE⁴. Încă din acea perioadă, statele membre (în număr de 12) au încercat să gândească o Uniune Europeană capabilă să funcționeze și într-o Europă extinsă. A urmat, în anul 1995, prima extindere a UE⁵ și, după, încă, 9 ani, cea mai mare extindere pe care o cunoscuse UE până atunci⁶. În acest interval, însă, construcția comunitară a fost marcată atât de succese, cât și de eșecuri. Avem în vedere, referitor la succese, semnarea și intrarea în vigoare a Tratatelor de la Amsterdam (semnat în anul 1997 și intrat în vigoare la 1 mai 1999) și Nisa (semnat în anul 2001 și intrat în vigoare la 1 februarie 2003). Ambele tratate urmăresc drept obiectiv principal, alături de altele, reformarea instituțiilor comunitare, astfel încât acestea să reușească să facă față noilor provocări datorate extinderii UE, și nu numai. Eșecul, contemporan al UE, apreciem că îl reprezintă, fără îndoială, respingerea Tratatului de instituire a unei Constituții pentru Europa de către două state membre (Franța și Olanda), respingere care a condus la abandonarea acestuia, în ultimă instanță.

Procesul de reformă instituțională, însă, a fost relansat odată cu Summit-ul de la Bruxelles, din 21-22 iunie 2007, Summit desfășurat sub președinția Germaniei. Așteptările de la președinția germană, așa cum am mai precizat și într-un articol anterior, au fost mari, deoarece acestea și-au găsit consacarea chiar în ultima decadă a ultimei luni de exercitare a mandatului prezidențial. De ce? Pentru că știm – Germania este cel mai important contribuitor al UE, dar și unul dintre statele care, în mod inevitabil, alături de alte state mari, membre ale UE, deține busola orientării construcției europene în ansamblul oferit de contextul internațional actual, context destul de schimbat, modificat,

completat, controversat și complicat dacă îl raportăm la cel anterior anilor 1990 și chiar anterior anilor 2004 (de dinaintea extinderii cu cele 10 state din Europa Centrală și de Est), dar, mai ales, dacă îl raportăm la ceea ce va fi în viitor, cu trimitere la procesul de globalizare.

Dintre Concluziile Președinției germane, încheiate, cu acest succes, în iunie 2007, rețin atenția, pentru studiul nostru, în special, următoarele: *Consiliul European invită viitoarea Președinție⁷ să redacteze textul unui proiect de tratat⁸, în conformitate cu termenii mandatului și să îl prezinte în cadrul CIG, de îndată ce aceasta va fi deschisă. CIG (Conferința Interguvernamentală) își va finaliza activitatea cât mai rapid posibil, și, în orice caz, înainte de finele anului 2007⁹, în vederea acordării unei perioade suficiente pentru ratificarea tratatului¹⁰ rezultat în urma acestei activități înainte de alegerile parlamentare europene din iunie 2009¹¹.* O astfel de decizie a fost luată pentru că, așa cum se precizează la punctul 8 al „Concluziilor”¹², „după doi ani de nesiguranță cu privire la procesul de reformare a tratatului în cadrul Uniunii, a sosit momentul rezolvării acestei chestiuni, astfel încât Uniunea să avanseze. Această perioadă de reflecție a dat, între timp, prilejul unei dezbateri publice extinse și a ajutat la pregătirea terenului pentru adoptarea unei soluții”.

Deși, „Mandatul renunță la realizarea unui singur tratat constituțional menit să le înlocuiască pe cele existente, abandonează o terminologie care ar fi în măsură să le dea cetățenilor o percepție clară asupra naturii acțiunilor Uniunii, nu păstrează un set de simboluri care le-ar permite cetățenilor să se identifice mai ușor cu Uniunea Europeană și cuprinde câteva clauze de excludere voluntară (opt-out) în anumite domenii cu privire la care unele state membre au ridicat obiecții și nu ia în considerare în mod suficient noile provocări cu care se confruntă Uniunea de la semnarea Tratatului Constituțional”¹³, Parlamentul European oferă, la 11 iulie 2007, avizul său privind Conferința Interguvernamentală.

Două zile mai târziu, Comisia Europeană prezenta (la 13 iulie 2007) Avizul, întemeiat pe articolul 48 din Tratatul asupra Uniunii Europene, cu privire la Conferința reprezentanților guvernelor statelor membre, convocată în vederea revizuirii tratatelor

(„Reformarea Europei pentru secolul 21”)¹⁴. Așa cum observă și Comisia Europeană în documentul menționat, Consiliul European din iunie 2007 a adoptat un mandat precis pentru Conferința Interguvernamentală. „Mandatul a fost rodul unui compromis elaborat cu mare grijă”¹⁵. Acest compromis constă în aceea că unele dintre modificările convenite la CIG din 2004¹⁶ nu au fost reținute și că au fost acordate o serie de derogări unor state membre. Eliminarea unor elemente, „precum și modificările din cauza cărora textul tratatului este mai greu și au fost elementele necesare ale unui acord global la care au subscriș toate statele membre”¹⁷. Se dorește ca modificările propuse să ofere Uniunii Europene o bază instituțională și politică solidă, prin care să răspundă așteptărilor cetățenilor ei.

Urmărind, cronologic, evenimentele, observăm faptul că, la 5 octombrie 2007, Președinția CIG transmite textul complet al „Tratatului de modificare a Tratatului privind UE și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, inclusiv protocoalele, precum și declarațiile la Actul final, astfel cum au rezultat în urma grupului experților juridici”, atât, Conferinței Interguvernamentale la nivel de miniștri ai afacerilor externe (care a avut loc la 15 octombrie 2007), cât și CIG la nivel de șefi de stat sau de guvern (desfășurată la 18 octombrie 2007).

La 3 decembrie 2007, Conferința reprezentanților guvernelor statelor membre, reunită la Bruxelles, a elaborat și prezentat Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene¹⁸, Tratat care, așa cum am menționat, deja, a fost semnat de șefii de stat sau de guvern ai tuturor statelor membre ale UE.

2. Modificările aduse de Tratatul de la Lisabona asupra instituțiilor comunitare

A. Modificări la Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE)

La o atentă analiză, putem observa, faptul că, încă din primele rânduri ale Tratatului de la Lisabona, apar modificări ale TUE. Astfel, **Preambulul TUE** este modificat, prin introducerea unui text nou, ca un al doilea considerent, text potrivit căruia „*Inspirându-se din moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei, din care s-au dezvoltat valorile universale care constituie drepturile inviolabile și inalienabile ale persoanei, precum și libertatea, democrația, egalitatea și statul de drept*”. În realitate, nu este o inovație a Tratatului de modificare, textul fiind preluat din Tratatul constituțional. La vremea elaborării Tratatului constituțional, una dintre cele mai mediatizate dezbateri a fost aceea în legătură cu acest text, care text face trimitere la problema religioasă, în sensul unui răspuns la întrebarea dacă trebuie sau nu făcută o referire la valorile religiei. Este evident faptul, că, în final, a triumfat ideea potrivit căreia trebuie avută în vedere contribuția religiei la dezvoltarea civilizației europene. Tot ca modificare a Preambulului TUE, trebuie menționată și aceea care face trimitere la înlocuirea sintagmei „*al prezentului Tratat*” cu sintagma „*al prezentului Tratat și al Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene*”. Acest din urmă Tratat invocat, nu este altul decât Tratatul de instituire a Comunității Europene, Tratat care, potrivit art. 2 din Tratatul de la Lisabona, se modifică potrivit acestuia. O primă modificare, în acest sens, este dată de următorul text: „*Denumirea Tratatului se înlocuiește cu: „Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene”*”¹⁹.

Titlul I, al actualului TUE, își schimbă denumirea din „*Dispoziții comune*” în „*Dispoziții generale*”. Acesta este Titlul care, între altele, include și o serie de articole care fac trimitere la

valorile și obiectivele Uniunii, la relațiile dintre Uniune și statele membre, reținând atenția următoarele:

- se introduce un nou art. 1a, potrivit căruia: „*Uniunea se întemeiază pe valorile respectării demnității umane, libertății, democrației, egalității, statului de drept, precum și pe respectarea drepturilor omului, inclusiv a drepturilor persoanelor care aparțin minorităților. Aceste valori sunt comune statelor membre într-o societate caracterizată prin pluralism, nediscriminare, toleranță, justiție, solidaritate și egalitate între femei și bărbați*”;

- art. 2 al TUE este înlocuit, în întregime, cu un nou text, conform căruia, între altele, precizează: „*Scopul Uniunii este de a promova pacea, valorile sale și bunăstarea popoarelor sale*”; „*Uniunea oferă cetățenilor săi un spațiu de libertate, securitate și justiție, fără frontiere interne, în interiorul căruia este asigurată libera circulație a persoanelor, în corelare cu măsuri adecvate privind controlul la frontierele externe, dreptul de azil, imigrarea, precum și prevenirea criminalității și combaterea acestui fenomen*”; „*Uniunea instituie o piață internă*”; „*Uniunea combate excluziunea socială și discriminările, promovând justiția și protecția socială, egalitatea între femei și bărbați, solidaritatea între generații și protecția drepturilor copilului*”; „*Uniunea instituie o uniune economică și monetară a cărei monedă este euro*”; „*În relațiile sale cu restul comunității internaționale, Uniunea își afirmă și promovează valorile și interesele și contribuie la protecția cetățenilor săi. Aceasta contribuie la pacea, securitatea, dezvoltarea durabilă a planetei, solidaritatea și respectul reciproc între popoare, comerțul liber și echitabil, eliminarea sărăciei și protecția drepturilor omului și, în special, a drepturilor copilului, precum și la respectarea strictă și dezvoltarea dreptului internațional, inclusiv respectarea principiilor Cartei Organizației Națiunilor Unite*”.

- art. 6 al TUE este înlocuit cu un text nou. Astfel, „*Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute în Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene din 7 decembrie 2000, astfel cum a fost adaptată la 12 decembrie 2007, la Strasbourg, care are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor. Dispozițiile cuprinse în Cartă nu extind în nici un fel competențele Uniunii astfel cum sunt definite în tratate*”. Este demn de menționat, că dispozițiile actualului art. 6 reglementează faptul că „*Uniunea respectă drepturile fundamentale, așa cum sunt garantate de Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, semnată la Roma, la 4 noiembrie 1950, așa cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, în calitate de principii generale ale dreptului comunitar*”. Pentru a vedea care este legătura UE cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului, trebuie să parcurgem alin. (2) al noului art. 6, alineat are dispune că „*Uniunea aderă la Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale*”. Se poate înțelege că, prin introducerea acestor noi dispoziții, se realizează o nouă referință transversală la Carta drepturilor fundamentale, așa cum s-a convenit în cadrul CIG din anul 2004, care să-i confere acesteia valoare juridică obligatorie și care să stabilească domeniul său de aplicare. Cu alte cuvinte, observăm că s-a convenit ca textul „*Cartei*” să nu fie inclus în tratate (Marea Britanie și Polonia formulând o declarație la Cartă).

Însă, considerăm că cea mai importantă noutate prezentă în acest prim Titlul, constă în modificarea art. 1 TUE, în general și a alin. (3) a acestui articol, în special. Ceea ce reține aici atenția, este înlocuirea acestui alineat final cu următorul text: „*Uniunea se întemeiază pe prezentul tratat și pe Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (denumite în continuare «tratatele»)*. Aceste două tratate au aceeași valoare juridică. **Uniunea se substituie Comunității Europene și îi succedă acesteia**”, și putem continua

noi, inclusiv din punctul de vedere al personalității juridice, în mod subtil, consacrată..

Titlul II și art. 8 al TUE – „Dispoziții care aduc modificări Tratatului instituind Comunitatea Economică Europeană în vederea instituirii Comunității Europene” și „Cetățenia Uniunii” – se înlocuiesc cu un nou Titlu II și noile art. 8 – 8C („Dispoziții privind Principiile Democratice”). Rețin atenția, ca noutate, dispoziții potrivit cărora:

- în toate activitățile sale, Uniunea respectă principiul egalității cetățenilor săi. Cetățenii sunt egali în fața instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii²⁰;

- funcționarea Uniunii se întemeiază pe principiul democrației reprezentative²¹;

- la inițiativa a cel puțin un milion de cetățeni din statele membre ale UE, Comisia Europeană poate fi invitată, cu respectarea limitelor atribuțiilor ce-i revin, să facă o propunere corespunzătoare în materii în care aceștia consideră că este necesar un act juridic al Uniunii în vederea punerii în aplicare a Tratatelor²²;

- Parlamentele naționale contribuie, în mod activ, la buna funcționare a Uniunii, potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 8C.

Potrivit Tratatului de la Lisabona, prevederile **Titlului III din Tratatul asupra UE** („Dispoziții care aduc modificări Tratatului instituind Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului) se abrogă. Noul Titlu III se înlocuiește cu următoarea denumire: „Dispoziții privind instituțiile”. Se poate observa, potrivit art. 9 al TUE, redactat în noua variantă, faptul că Uniunea Europeană dispune de următorul cadru instituțional: Parlamentul European; Consiliul European; Comisia Europeană (denumită simplu, Comisie); Curtea de Justiție a Uniunii Europene; Banca Centrală Europeană; Curtea de Conturi.

Parlamentul European, alături de funcția de control politic și de cea consultativă, va fi cel care, împreună cu instituția Consiliului, va exercita și funcțiile legislativă și bugetară. Prin aceste noi precizări, este evident faptul că Parlamentul European își consolidează rolul de co-legiuitor. Însă, dacă în prezent puterea bugetară aparține, în exclusivitate Parlamentului European, sub aspectul puterii acestuia de a adopta sau respinge bugetul comunitar, pe viitor, această atribuție o va împărți cu Consiliul, cele două instituții fiind pe picior de egalitate, deoarece diferența dintre cheltuielile obligatorii și cele neobligatorii (până acum existentă) dispăre.

Dacă în prezent Parlamentul European este cel care aprobă președintele Comisiei, pe viitor, Parlamentul va fi cel care îl va alege.

Totodată, trebuie remarcat și faptul că, în noua redactare, Parlamentul European este format din cetățenii Uniunii, și nu din reprezentanții statelor membre, așa cum se întâmplă în prezent. Numărul membrilor Parlamentului nu poate depăși cifra de 750, cărora li se adaugă președintele. Cele 750 de locuri vor fi distribuite în mod proporțional descrescător, statelor membre, cu un prag minim de 6 membri pentru fiecare stat și maxim 96 locuri/stat²³.

După cum se poate observa, Consiliul European, potrivit art. 9 modificat, este ridicat la rangul de instituție comunitară. În continuare, Consiliul European va fi format din șefii de stat sau de guvern ai statelor membre, cărora li se adaugă Președintele său și Președintele Comisiei. În plus, Întitulul Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate participă la lucrările Consiliului European²⁴.

Noutatea majoră a noului art. 9B constă în aceea că președinția sa devine stabilă, în sensul că, pentru o perioadă de doi ani și jumătate, Consiliul European își alege un președinte, cu majoritate calificată²⁵. Mandatul președintelui poate fi reînnoit o singură dată și este incompatibil cu mandatul național. Președintele este cel care va asigura, „la nivelul său și în această calitate”, reprezentarea

externă a Uniunii în problemele referitoare la politica externă și de securitate comună, fără, însă, a aduce atingere atribuțiilor rezervate Întitulului Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate.

În ceea ce privește Consiliul, în reglementarea noului art. 9C, este cel care rămâne legiuitorul comunitar, dar, după cum am mai precizat, alături de Parlamentul European. Își păstrează, însă, funcția de definire a politicilor și cea de coordonare.

Modificarea majoră introdusă, cu privire la această instituție, constă în definirea majorității calificate. Astfel, potrivit alin. (4) al art. 9C, „Începând cu 1 noiembrie 2014, majoritatea calificată se definește ca fiind egală cu cel puțin 55% din membrii Consiliului, cuprinzând cel puțin cincisprezece dintre aceștia și reprezentând state membre care întrunesc cel puțin 65% din populația Uniunii”. Majoritatea de blocare trebuie să cuprindă patru membri ai Consiliului. În caz, contrar, se consideră că majoritatea calificată este realizată. Textul articolului menționează și faptul că „Dispozițiile tranzitorii privind definiția majorității calificate care se aplică până la 31 octombrie 2014, precum și cele care se vor aplica în perioada 1 noiembrie 2014-31 martie 2017 sunt prevăzute în Protocolul privind dispozițiile tranzitorii”.

Celelalte condiții privind votul cu majoritate calificată sunt stabilite la articolul 205 alineatul (2) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Trebuie reținute, în ceea ce privește Consiliul și dispozițiile referitoare la întrunirea acestuia în cadrul ședințelor publice, atunci când se dezbate sau se votează un proiect de act legislativ. În acest sens, sesiunile Consiliului sunt împărțite în două părți consacrate, pe de o parte, dezbaterilor privind actele legislative și, pe de altă parte, activităților fără caracter legislativ.

Potrivit alin. (9) al art. 9C din TUE, „Președinția formațiunilor Consiliului, cu excepția celei de Afaceri Externe, este asigurată de reprezentanții statelor membre în cadrul Consiliului după un sistem de rotație egal”.

O altă instituție care suferă modificări este Comisia. După ce art. 9D, la paragraful 1 al TUE, stabilește atribuțiile acesteia²⁶, regăsim modificările pe fond, realizate la acest nivel. Menționăm, în acest sens, paragraful 4, potrivit căruia „Comisia numită între data intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona și 31 octombrie 2014 este compusă din câte un resortisant al fiecărui stat membru, inclusiv președintele și Întitulul Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate, care este unul dintre vicepreședinții acesteia”. Însă, începând cu 1 noiembrie 2014, Comisia va fi formată dintr-un număr de membri care corespunde cu două treimi din numărul statelor membre, atâta timp cât Consiliul European nu decide, cu unanimitate, modificarea acestui număr. Dacă facem un calcul rapid, este evident că într-o Uniune cu 27 de state membre, numărul membrilor Comisiei va fi de 18. Dacă numărul statelor membre va fi, la acea vreme, de 28, numărul comisarilor va fi de 18 sau 19. Această incertitudine rezultă din calculul realizat, în sensul că rezultatul corect este de 18,66. Deci, în funcție de ceea ce este după această virgulă, dacă se rotunjește cifra sau nu, vom ști care va fi numărul exact al comisarilor în Comisia unei Uniuni cu 28 de state membre.

Membrii Comisiei sunt aleși dintre cetățenii statelor membre, potrivit unui sistem de rotație egal între statele membre, care să evidențieze diversitatea demografică și geografică a statelor UE.

Art. 9E din TUE modificat este consacrat Întitulului Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate. Acesta este numit de către Consiliul European, hotărând cu majoritate calificată și cu acordul Președintelui Comisiei. Este cel care conduce politica externă și de securitate comună a Uniunii. Totodată, este și vicepreședintele Comisiei.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene face obiectul art. 9F din TUE modificat. Potrivit acestui articol, instituția jurisdicțională a UE cuprinde Curtea de Justiție, Tribunalul²⁷ și tribunalele specializate. Curtea de Justiție este formată din „câte un” judecător pentru fiecare stat membru, în timp ce Tribunalul cuprinde „cel puțin” un judecător din fiecare stat membru.

Alte modificări introduse de Tratatul de la Lisabona asupra TUE, în sinteză, sunt, după cum urmează:

- **Titlul IV al TUE** („Dispoziții care aduc modificări Tratatului instituind Comunitatea Europeană a Energiei Atomice”) preia denumirea Titlului VII („Dispoziții privind cooperarea consolidată”), care devine „Dispoziții privind formele de cooperare consolidată”, iar articolele 27A-27E, 40-40B și 43-45 sunt înlocuite cu articolul 10;

- denumirea **Titlului V al TUE** („Dispoziții privind o politică externă și de securitate comună”) se înlocuiește cu denumirea următoare: „Dispoziții generale privind acțiunea externă a Uniunii și dispoziții speciale privind politica externă și de securitate comună”;

- **Articolele 29-39 din titlul VI al TUE**, privind cooperarea judiciară în materie penală și cooperarea polițienească, sunt înlocuite de dispozițiile părții a treia, titlul IV, capitolele 1, 4 și 5 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene;

- **Titlul VII al TUE** privind „dispozițiile finale” se renumerează, devenind Titlul VI al TUE. În cadrul acestor dispoziții finale se introduce cel mai scurt articol, 46A, al Tratatului, dar și cel mai important, format numai din patru cuvinte, și anume: „**Uniunea are personalitate juridică**”²⁸). Acest articol consacră, *de jure*, existența ca subiect de drept internațional (în acest caz) a UE. De aici, toate cele care vor urma sunt simplu de dedus, dacă avem în vedere numai faptul că în viața internațională apare, încă, un partener, de referință, cu drepturi și obligații depline, partener care include și înlocuiește Comunitățile Europene (capitolul I), cele care, în prezent, au o astfel de vocație (Comunitatea Europeană – CE și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice – CEEA, după ce Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului – CECA și-a încetat existența la 23 iulie 2002).

Mai trebuie remarcat și noul conținut al art. 48, articol consacrat, pe de o parte, procedurii ordinare de revizuire a Tratatelor și, pe de altă parte, procedurilor simplificate de modificare.

Articolul 49A este consacrat retragerii voluntare din Uniune. În acest sens, „Orice stat membru poate hotărî, în conformitate cu normele sale constituționale, să se retragă din Uniune”. Este pentru prima oară când, la acest nivel, apare o astfel de consacrare convențională.

B. Modificări la Tratatul instituind Comunitatea Europeană (TCE)

Așa cum prevede art. 2 al Tratatului de la Lisabona, „Tratatul de instituire a Comunității Europene se modifică în conformitate cu dispozițiile prezentului articol”.

Prima modificare pe care o întâlnim, este cea prevăzută la alin. (1) al art. 2 din Tratatul de la Lisabona, și anume: „Denumirea tratatului se înlocuiește cu: „Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene”.

În continuare, regăsim „Modificările orizontale”, operate prin Tratatul de la Lisabona, care se referă la faptul că în întregul text al Tratatului, între altele:

- cuvintele „Comunitatea” sau „Comunitatea Europeană” se înlocuiesc cu „Uniunea”, cuvintele „Comunităților Europene” sau

„ale CEE” se înlocuiesc cu „(ale)Uniunii Europene”, iar adjectivul „comunitar” se înlocuiește prin „a/all/ai/ale Uniunii”²⁹;

- cuvintele „instituțiile sau organele” și „instituțiile și organele” se înlocuiesc cu „instituțiile, organele, oficiile sau agențiile”³⁰;

- cuvintele „piața comună” se înlocuiesc cu „piața internă”³¹;

- cuvântul „ECU” se înlocuiește cu „euro”³²;

- cuvintele „state membre care nu fac obiectul unei derogări” se înlocuiesc cu „state membre a căror monedă este euro”³³.

Potrivit noului art. 1a al TCE, „Prezentul tratat organizează funcționarea Uniunii și stabilește domeniile, limitele și condițiile exercitării competențelor sale”. Același articol, dar la alin. (2), dispune faptul că „Prezentul tratat și Tratatul privind Uniunea Europeană reprezintă tratatele pe care se întemeiază Uniunea. Aceste două tratate, care au aceeași valoare juridică, sunt desemnate prin cuvântul tratatele”.

Articolele 2-6 ale TCE se înlocuiesc cu un nou Titlu, și anume Titlul I – „Categorii și domenii de competențe ale Uniunii”. Odată cu inserarea acestor dispoziții, sunt consacrate, pentru prima dată într-un Tratat comunitar, într-un mod clar, competențele stabilite în sarcina UE și a statelor membre. Referitor la acest aspect, rețin atenția, următoarele dispoziții:

- potrivit art. 2B, Uniunea dispune de o competență exclusivă, în domeniile: uniunea vamală; stabilirea normelor privind concurența care sunt necesare funcționării Pieței interne; politica monetară pentru statele membre a căror monedă este Euro; conservarea resurselor biologice ale mării în cadrul politicii comune privind pescuitul; politica comercială comună; încheierea unui acord internațional în cazul în care (această încheiere) este prevăzută de un act legislativ al Uniunii, ori este necesară pentru a permite Uniunii să-și exercite competența internă, sau în măsura în care aceasta ar putea aduce atingere normelor comune sau ar putea modifica domeniul de aplicare a acestora.

- competențele partajate între Uniune și statele membre se vor aplica în următoarele domenii: Piața Internă; politica socială; coeziunea economică, socială și teritorială; agricultura și pescuitul, cu excepția conservării resurselor biologice ale mării; mediul; protecția consumatorului; transporturile; rețelele transeuropene; energia; spațiul de libertate, securitate și justiție; obiectivele comune de securitate în materie de sănătate publică (art. 2C, alin. (3)). Mai mult, „în domeniile cercetării, dezvoltării tehnologice și spațiului, Uniunea dispune de competență pentru a desfășura acțiuni și, în special, pentru definirea și punerea în aplicare a programelor, fără ca exercitarea acestei competențe să poată avea ca efect împiedicarea statelor membre de a-și exercita propria competență.”, iar în “domeniile cooperării pentru dezvoltare și ajutorului umanitar, Uniunea dispune de competență pentru a întreprinde acțiuni și pentru a duce o politică comună, fără ca exercitarea acestei competențe să poată avea ca efect lipsirea statelor membre de posibilitatea de a-și exercita propria competență” (alin. (3) și (4));

- art. 2D reglementează competențele Uniunii pentru desfășurarea acțiunilor de sprijin, de coordonare sau completare a acțiunilor statelor membre. Astfel, domeniile acestor acțiuni sunt, după cum urmează: protecția și îmbunătățirea sănătății umane; industria; cultura; turismul; educația, formarea profesională, tineretul și sportul; protecția civilă; cooperarea administrativă.

Art. 7 al TCE se înlocuiește cu Titlul II – „Dispoziții cu aplicare generală”. Printre alte modificări prezente, reține atenția:

- noul art. 16B, referitor la protecția datelor având caracter personal, dispune faptul că „orice persoană are dreptul la protecția datelor cu caracter personal care o privesc” (alin. (1)).

Trebuie menționat faptul că acest articol înlocuiește art. 268 al TCE;

- art. 16C, potrivit căruia „*Uniunea respectă și nu aduce atingere statutului de care beneficiază, în temeiul dreptului intern, bisericile și asociațiile sau comunitățile religioase din statele membre*” (alin. (1)). Totodată, se precizează și faptul că „*Uniunea respectă statutul de care beneficiază, potrivit dreptului intern, organizațiile filosofice și neconfesionale*” (alin. (2)). Mai mult, „*Uniunea menține un dialog deschis, transparent și constant cu aceste biserici și organizații*” (alin. (3)).

Denumirea **Părții a doua din TCE** („*Cetățenia Uniunii*”) se înlocuiește cu denumirea „*Nediscriminare și cetățenia Uniunii*”.

Partea a cincea TCE devine Partea a șasea, iar titlul acesteia, „*Instituțiile Comunității*”, se înlocuiește cu „*Dispoziții instituționale și bugetare*”. În acest sens, Tratatul conține dispoziții privind Parlamentul European, Consiliul European, Comisia, Curtea de Justiție, Banca Centrală Europeană și Curtea de Conturi.

Organizarea, funcționarea și atribuțiile Parlamentului European se stabilesc potrivit dispozițiilor cuprinse în Tratatul asupra Uniunii Europene și cu luarea în considerare a prevederilor Protocolului privind dispozițiile tranzitorii, Titlul I – Dispoziții privind Parlamentul European.

În ceea ce privește Consiliul European, se introduce o nouă secțiune, 1a, dar și noile articole 201a și 201b. În conformitate cu acestea, în caz de vot, fiecare membru al Consiliului European poate primi mandat din partea unui singur stat (art. 201a, par. 1, alin. (1)). Se prevede, de asemenea, și faptul că, „*abținerea membrilor prezenți sau reprezentanți nu împiedică adoptarea hotărârilor Consiliului European pentru care este cerută unanimitatea*” (art. 201a, par. 1, alin 3).

Pe lângă atribuțiile, deja cunoscute ale Consiliului European, prin modificarea TCE, acesta le va îndeplini și pe următoarele:

- poate invita Președintele Parlamentului European pentru a fi audit (art. 20 1a, par. 2);

- Consiliul European adoptă cu majoritate calificată: (a) o decizie de stabilire a listei formațiunilor Consiliului, altele decât cea de Afaceri Generale și cea de Afaceri Externe, în conformitate cu articolul 9 C alineatul (6) din Tratatul privind Uniunea Europeană; (b) o decizie referitoare la președinția formațiunilor Consiliului, cu excepția celei de Afaceri Externe, în conformitate cu articolul 9 C alineatul (9) din Tratatul privind Uniunea Europeană” (art. 201b).

În plus față de dispozițiile cuprinse în TUE, pentru Consiliu sunt prevăzute următoarele modificări (articolul 205):

- prin derogare de la articolul 9 C alineatul (4) din Tratatul privind Uniunea Europeană, începând cu 1 noiembrie 2014 și sub rezerva dispozițiilor stabilite prin Protocolul privind dispozițiile tranzitorii, în cazul în care Consiliul nu hotărăște la propunerea Comisiei sau a Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate, majoritatea calificată se definește ca fiind egală cu cel puțin 72% din membrii Consiliului reprezentând statele membre participante, care reunesc cel puțin 65% din populația Uniunii.

- începând cu 1 noiembrie 2014 și sub rezerva dispozițiilor tranzitorii stabilite prin Protocolul privind dispozițiile tranzitorii, în cazul în care, în temeiul tratatelor, nu toți membrii Consiliului participă la vot, majoritatea calificată se definește ca fiind egală cu cel puțin 55% din membrii Consiliului reprezentând statele membre participante, care reunesc cel puțin 65% din populația acestor state;

- minoritatea de blocare trebuie să includă cel puțin numărul minim de membri din Consiliu, care reprezintă mai mult de 35%

din populația statelor membre participante, plus un membru, în caz contrar majoritatea calificată se consideră a fi întrunită;

- în cazul în care Consiliul nu hotărăște la propunerea Comisiei sau a Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate, majoritatea calificată se definește ca fiind egală cu cel puțin 72% din membrii Consiliului reprezentând statele membre participante, care reunesc cel puțin 65% din populația respectivelor state.

Un nou conținut este oferit și articolului 210³⁴, articol potrivit căruia „*Consiliul stabilește salariile, indemnizațiile și pensiile președintelui Consiliului European, ale președintelui Comisiei, ale Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate, ale membrilor Comisiei, ale președinților, membrilor și grefierilor Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum și ale secretarului general al Consiliului. Consiliul stabilește, de asemenea, toate indemnizațiile care țin loc de remunerație*”.

Dispozițiile cu privire la Comisie prevăzute în TUE sunt completate, în ceea ce privește sistemul de rotație stabilit în unanimitate de către Consiliul European, de art. 211, cu următoarele precizări: în ceea ce privește stabilirea ordinii de rotație și a duratei prezenței reprezentanților statelor membre în cadrul Comisiei, statele membre sunt tratate în mod egal. Prin urmare, diferența dintre numărul total de mandate deținute de cetățenii a două state membre nu poate fi niciodată mai mare de unu.

Completări sunt oferite și cu privire la organizarea, funcționarea și competențele Curții de Justiție a Uniunii Europene. Astfel, rețin atenția dispozițiile prezente în cadrul articolelor care urmează:

- art. 224 a stipulează constituirea unui comitet, format din șapte personalități alese dintre foștii membri ai Curții de Justiție și ai Tribunalului, dintre membrii instanțelor naționale supreme și din juriști reputați, dintre care unul propus de către Parlamentul European, care va emite un aviz cu privire la capacitatea candidaților de a exercita funcțiile de judecător și de avocat general în cadrul Curții de Justiție și al Tribunalului. Avizul va fi emis înainte ca guvernele statelor membre să facă nominalizările.

- art. 288 din actualul TCE se îmbogățește cu un alineat nou. Potrivit acestuia (alin. (3)), „*În cazul în care sesizează Curtea printr-o acțiune în temeiul articolului 226³⁵, considerând că statul respectiv nu și-a îndeplinit obligația de a comunica măsurile de transpunere a unei directive adoptate în conformitate cu o procedură legislativă, Comisia poate indica, în cazul în care consideră necesar, cuantumul sumei forfetare sau al penalității cu titlu cominatoriu care urmează a fi plătită de statul respectiv și pe care îl consideră adecvat situației. În cazul în care constată neîndeplinirea obligației, Curtea poate impune statului membru respectiv plata unei sume forfetare sau a unei penalități cu titlu cominatoriu, în limita valorii indicate de Comisie. Obligația de plată intră în vigoare la data stabilită de Curte prin hotărârea sa*”;

- având în vedere faptul că Tratatul de la Lisabona aduce modificări în ceea ce privește instituțiile Uniunii, în sensul că ridică, după cum s-a observat, la rangul de instituție Consiliul European, odată cu intrarea în vigoare a acestui Tratat, „*Curtea de Justiție este competentă să se pronunțe în privința legalității unui act adoptat de Consiliul European (...)*numai la solicitarea statului membru care face obiectul unei constatări a Consiliului European”, numai în privința respectării dispozițiilor de procedură prevăzute de art. 7 al TUE (art. 235a).

Dacă TUE tace cu privire la Banca Centrală Europeană și Curtea de Conturi, nu același lucru se întâmplă în cazul TCE modificat. Unele modificări de natură tehnică, redacțională, cu

privire la cele două instituții, se regăsesc pe parcursul articolelor 245a la 248.

*
* *

Pentru o imagine clară a ceea ce reprezintă și realizează Tratatul de la Lisabona la nivelul instituțiilor comunitare/unionale trebuie avut în vedere și conținutul celor 4 Protocoale anexate Tratatului. De precizat este și faptul că acestea, Protocoalele, fac parte integrantă din Tratat și că au forță juridică similară Tratatului. Ne limităm, însă, deocamdată, numai la o enumerare a acestora. Fiecare Protocol, în continuare, va face obiectul unei analize de sine stătătoare (Protocolul privind Statutul Curții de Justiție a Uniunii Europene - Statutul Curții de Justiție; Protocolul privind Statutul Sistemului European al Băncilor Centrale și al Băncii Centrale Europene; Protocolul privind Statutul Băncii Europene de Investiții; Protocolul privind stabilirea sediilor unor instituții, organisme și servicii ale Comunităților Europene precum și a sediului Europol).

De altfel, Tratatul de la Lisabona, după ce intră în vigoare, așa cum se dorește, la 1 ianuarie 2009, este instrumentul juridic, în jurul căruia gravitează întreaga noastră existență, multă vreme de aici înainte, motiv pentru care, nu puține vor fi diligențele de făcut, pentru o corectă cunoaștere, pentru o profundă înțelegere și, nu în ultimul rând, pentru o riguroasă aplicare, întemeiate, toate acestea, pe ceea ce înseamnă profesionalism, în sensul real al cuvântului, într-o Românie recent devenită stat membru al UE.

Bibliografie:

1. Tratatul de la Lisabona, de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene (semnat în decembrie 2007). Documentul poate fi consultat pe <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.ro07.pdf> ;
2. Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007) – http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf
3. Rezoluția Parlamentului European din 11 iulie 2007 privind convocarea Conferinței interguvernamentale (CIG): avizul Parlamentului European (articolul 48 din Tratatul UE) (11222/2007 – C6-0206/2007 – 2007/0808 (CNS)). Documentul poate fi consultat pe <http://register.consilium.europa.eu/pdf/ro/07/st11/st11626.ro07.pdf>
4. Avizul Comisiei Europene, întemeiat pe articolul 48 din Tratatul asupra Uniunii Europene, cu privire la Conferința reprezentanților guvernelor statelor membre, convocată în vederea revizuirii tratatelor („Reformarea Europei pentru secolul 21”) COM(2007) 412 final. Documentul poate fi consultat la <http://register.consilium.europa.eu/pdf/ro/07/st11/st11625.ro07.pdf>

Note

- 1 Denumirea corectă și completă a Tratatului este următoarea: *Tratatul de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene.*
- 2 Este primul Tratat pe care reprezentanții României îl semnează, în calitate de reprezentanți ai unui stat membru al UE.
- 3 Tratatul a intrat în vigoare la 1 noiembrie 1993.
- 4 În acest sens, art. A din Tratat, potrivit căruia „Prin prezentul tratat, Înaltele Părți Contractante instituie între ele o Uniune Europeană, denumită în continuare Uniune”.

⁵ Au aderat la UE încă trei state, și anume: Austria, Finlanda și Suedia.

⁶ Este vorba despre extinderea din anul 2004, în urma căreia UE număra 25 de state membre.

⁷ Președinția portugheză (iulie – decembrie 2007).

⁸ Text care face obiectul actualei analize, deja.

⁹ Sarcină care, așa cum observăm, a fost îndeplinită.

¹⁰ Ratificarea se va întinde pe întreagă perioadă a anului 2008, pentru a fi posibil ca, începând cu 1 ianuarie 2009, Tratatul să intre în vigoare. Pentru a preveni unele dificultăți, toate statele membre (excepție făcând Irlanda) vor urma procedura ratificării prin legislație. Irlanda va supune Tratatul referendumului. Ungaria este primul stat care, la cinci zile după semnare, a și ratificat Tratatul.

¹¹ Punctul 11 din Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007) –

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/RO/ec/94940.pdf

¹² Prin „Concluzii” înțelegem Concluziile Președinției Consiliului European de la Bruxelles (21-22 iulie 2007).

¹³ Rezoluția Parlamentului European din 11 iulie 2007 privind convocarea Conferinței Interguvernamentale (CIG): avizul Parlamentului European (articolul 48 din Tratatul UE) (11222/2007 – C6-0206/2007 – 2007/0808 (CNS)). Documentul poate fi consultat pe

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/ro/07/st11/st11626.ro07.pdf>

¹⁴ COM(2007) 412 final. Documentul poate fi consultat la <http://register.consilium.europa.eu/pdf/ro/07/st11/st11625.ro07.pdf>.

¹⁵ Punctul 2 din Avizul Comisiei (pag. 4).

¹⁶ Conferința Interguvernamentală dedicată Tratatului de instituire a unei Constituții pentru Europa.

¹⁷ Potrivit Avizului Comisiei Europene (COM(2007) 412 final).

¹⁸ Tratatul poate fi consultat la

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.ro07.pdf>

¹⁹ Art. 2, pct. 1 din Tratatul de la Lisabona.

²⁰ Art. 8.

²¹ Art. 8A.

²² art. 8B.

²³ Art. 9A.

²⁴ Art. 9B.

²⁵ Dispare sistemul rotației la 6 luni.

²⁶ *“Comisia promovează interesul general al Uniunii și ia inițiativele corespunzătoare în acest scop. Aceasta asigură aplicarea tratatelor, precum și a măsurilor adoptate de instituții în temeiul acestora. Comisia supraveghează aplicarea dreptului Uniunii sub controlul Curții de Justiție a Uniunii Europene. Aceasta execută bugetul și gestionează programele. Comisia exercită funcții de coordonare, de executare și de administrare, în conformitate cu condițiile prevăzute în tratate. Cu excepția politicilor externe și de securitate comună și a altor cazuri prevăzute în tratate, aceasta asigură reprezentarea externă a Uniunii. Comisia adoptă inițiativele de programare anuală și multianuală a Uniunii, în vederea încheierii unor acorduri interinstituționale”.*

²⁷ Este vorba despre actualul Tribunal de Primă Instanță

²⁸ Fostul art. 7 din Tratatul instituind o Constituție pentru Europa.

²⁹ Art. 2, pct. 3, lit. (a) din Tratatul de la Lisabona.

³⁰ Art. 2, pct. 3, lit. (f) din Tratatul de la Lisabona.

³¹ Art. 2, pct. 3, lit. (g) din Tratatul de la Lisabona.

³² Art. 2, pct. 3, lit. (h) din Tratatul de la Lisabona.

³³ Art. 2, pct. 3, lit. (i) din Tratatul de la Lisabona.

³⁴ În prezent, articolul dispune, după cum urmează: „Consiliul hotărăște, cu majoritate calificată, stabilește salariile, indemnizațiile și pensiile președintelui și ale membrilor Comisiei, președintelui, judecătorilor, evocaților generali și grefierului Curții de Justiție. Consiliul stabilește, de asemenea, cu aceeași majoritate, toate indemnizațiile fiind loc de remunerație”.

³⁵ Articolul reglementează procedura pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de către statele membre.