



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ **Medierea**

pag. 4

■ **Decalogul practicianului**

pag. 9

■ **Compensația datoriilor**

pag. 14

■ **Anularea actelor frauduloase**

pag. 21

■ **Creanțe rezultate din contracte**

pag. 29

Nr. 37, iulie - septembrie 2011

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 37, iulie - septembrie 2011

sumar

	pag.
□ INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI	3
□ RUBRICA PRACTICIANULUI	
MEDIEREA, O ALTERNATIVĂ IMPUSĂ	4
DECALOGUL PRACTICIANULUI ÎN INSOLVENȚĂ	9
□ OPINIA SPECIALISTULUI	
NOUL COD CIVIL, DESPRE COMPENSAȚIA DATORIILOR RECIPROCE CU IMPLICAȚII ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI	14
□ RUBRICA MAGISTRATULUI	
NOȚIUNEA DE INSOLVENȚĂ - ASPECTE GENERALE (III)	18
ANULAREA ACTELOR FRAUDULOASE ÎN PERIOADA SUSPECTĂ	21
PARTICULARITĂȚI ALE CREAȘTELOR ÎMPOTIVA AVERII DEBITORULUI REZULTATE DIN CONTRACTELE DE LEASING	29

Editor
Mihai Dimonie

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

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță

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

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

Cuvântul președintelui



În ziua de 28 mai a.c. a avut loc Congresul anual al UNPIR, care a analizat activitatea Uniunii pe anul 2010 și a aprobat programele de activitate pentru intervalul 2011-2012. Dintre hotărârile adoptate de congres trebuie să menționăm cea referitoare la unele modificări și completări la Statutul privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență și la Codul de etică profesională și disciplinară ale Uniunii.

Nu voi insista asupra conținutului modificărilor și completărilor întrucât ele sunt în principal rezultatul propunerilor venite din partea filialelor, confirmate de către Adunarea reprezentanților permanenți.

Precizez însă că prin hotărârea adoptată congresul a aprobat modificările, mandatând Consiliul național de conducere al UNPIR pentru sintetizarea și finalizarea propunerilor inclusiv a acelor care se regăsesc în textul legii de modificare aflată în dezbateră Parlamentului.

Rolul Uniunii noastre ca reprezentant al practicienilor în insolvență din România a fost evidențiat în discursul d-nei Lidia Barac, secretar de stat în Ministerul Justiției, care a reafirmat "deschiderea de colaborare instituțională menită să asigure dezvoltarea unui sistem de justiție eficient, corect și accesibil". De asemenea, am reținut recomandarea făcută membrilor Uniunii cu privire la includerea pe agenda personală de pregătire profesională a însușirii noilor Coduri ce urmează a intra în

vigoare în această toamnă în legătură cu care vom avea în vedere includerea acestora în cadrul stagiilor anuale de pregătire profesională organizate de filialele UNPIR.

În numele delegaților la congres am exprimat întreaga deschidere a Uniunii noastre cu privire la colaborarea cu Ministerul Justiției, atât în acțiunile sale de pregătire a aplicării noilor Coduri, cât și pe linia dialogului deja existent, în cadrul programelor de îmbunătățire a legislației insolvenței, având în vedere în mod deosebit inițiativa ministerului de realizare într-un viitor apropiat a proiectului unui Cod al insolvenței.

Pe linia îmbunătățirii pregătirii profesionale a membrilor Uniunii, Consiliul național de conducere a supus aprobării congresului propunerea înființării Institutului Național de Pregătire și Perfecționare a Practicienilor în Insolvență, menit să asigure pregătirea practicienilor ce vor susține și promova examenul de acces în profesie, dar nu numai.

Având în vedere interesul sporit pentru site-ul Uniunii am luat hotărârea realizării unui portal UNPIR care să permită promovarea activelor aflate la vânzare în cadrul diverselor proceduri de insolvență derulate de membrii Uniunii, cu un sistem facil de căutare pe categorii de active, vizând ca într-o fază ulterioară să permită și organizarea de licitații online.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Medierea, o alternativă impusă



Av. Alina Mariana Maer
Membră UNPIR, filiala Prahova

Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 Mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială are rolul de a se aplica în acele cazuri în care o instanță trimite părțile să recurgă la mediere sau în care dreptul național prevede medierea. În sensul acestei directive se aplică următoarele definiții:

(a) „*mediere*” înseamnă un proces structurat, indiferent cum este denumit sau cum se face referire la acesta, în care două sau mai multe părți într-un litigiu încearcă, din proprie inițiativă, să ajungă la un acord privind soluționarea litigiului dintre ele, cu asistența unui mediator;

(b) „*mediator*” înseamnă orice terț chemat să conducă procesul de mediere într-o manieră eficientă, imparțială și competentă, indiferent de denumirea sau de profesia terțului în statul membru respectiv și de modul în care terțul a fost numit sau i s-a solicitat să efectueze medierea.

În măsura în care un judecător poate acționa ca mediator în conformitate cu dreptul național, directiva ar trebui să se aplice de asemenea medierii efectuate de un judecător care nu este implicat în nicio procedură judiciară conexă domeniului sau domeniilor litigioase. Medierea nu ar trebui considerată o soluție inferioară procedurii judiciare din cauza faptului că respectarea acordurilor rezultate în urma medierii ar depinde de bunăvoința părților. Prin urmare, statele membre ar trebui să asigure părților implicate în mediere caracterul executoriu al acordurilor încheiate. Obiectivul directivei este de a facilita accesul la soluționarea alternativă a litigiilor și de a promova soluționarea pe cale amiabilă a acestora, prin încurajarea utilizării medierii și asigurarea unei relații echilibrate între mediere și procedurile judiciare. Directiva se aplică, în cazul litigiilor transfrontaliere, în materie civilă și comercială, exceptând acele drepturi și obligații de care părțile nu pot dispune în conformitate cu legislația aplicabilă corespunzătoare. Directiva nu se aplică, în special, chestiunilor fiscale, vamale sau administrative și nici răspunderii statului pentru

actele sau omisiunile sale în exercitarea autorității publice („*acta iure imperii*”).

Directiva nu aduce atingere legislației naționale conform căreia recurgerea la mediere, înainte sau după începerea procedurii judiciare, este obligatorie sau face obiectul unor stimulente sau sancțiuni, cu condiția ca o astfel de legislație să nu împiedice părțile să își exercite dreptul de acces la sistemul judiciar. O instanță la care a fost introdusă o acțiune poate, atunci când este cazul și având în vedere toate circumstanțele cazului respectiv, să invite părțile să recurgă la mediere pentru a soluționa litigiul. Instanța poate, de asemenea, invita părțile să participe la o sesiune de informare privind recurgerea la mediere, dacă astfel de sesiuni sunt organizate și sunt ușor accesibile.

Directiva conține câteva reguli esențiale:

- obligă Statele Membre să încurajeze pregătirea mediatorilor și dezvoltarea sau aderarea la coduri voluntare de conduită și adoptarea altor mecanisme de control efectiv al calității în ce privește furnizarea serviciilor de mediere - art. 4 (1);

- dă dreptul fiecărui judecător din Comunitate, în orice stadiu al procedurii, să invite părțile să recurgă la mediere, dacă acesta consideră că este indicat în cazul respectiv. Judecătorul poate de asemenea să invite părțile să participe la o sesiune de informare privind recurgerea la mediere - art. 5 (1);

- obligă Statele Membre să pună la punct mecanisme prin care acordurile rezultate în urma medierii să poată dobândi caracter executoriu, dacă părțile își manifestă dorința expresă în acest sens. Aceasta se poate realiza, de exemplu, printr-o hotărâre judecătorească sau prin intermediul unui notar public (art. 6).

- cuprinde mențiuni referitoare la asigurarea că medierea are loc într-un cadru care respectă confidențialitatea și că informațiile rezultate din sau în legătură cu procesul de mediere nu pot fi folosite împotriva părții vizate de acestea

într-o ulterioară procedură de judecată, dacă medierea eșuează. Tot în acest sens, se prevede că mediatorul nu poate fi citat ca martor referitor la informațiile obținute în cursul procedurii de mediere, cu unele excepții în situații privind ordinea publică, în special pentru a asigura protecția interesului superior al copilului sau pentru a împiedica vătămarea integrității fizice sau psihice a unei persoane, precum și în cazul în care divulgarea conținutului acordului rezultat în urma medierii este necesară punerii în aplicare sau executării acestuia - art. 7;

- impune ca statele membre să se asigure că, pe durata desfășurării procedurii de mediere, cursul termenelor va fi suspendat sau întrerupt astfel încât părțile să nu fie prejudiciate în cazul în care, neajungând la o înțelegere, se îndreaptă spre instanța de judecată.

Statele membre asigură părților sau uneia dintre părți cu consimțământul expres al celorlalte, posibilitatea de a solicita dobândirea caracterului executoriu al conținutului acordului scris rezultat în urma medierii. Conținutul unui astfel de acord dobândește forță executorie, cu excepția cazului în care fie conținutul acordului este contrar dreptului statului membru în care este făcută solicitarea, fie dreptul aceluia stat membru nu prevede posibilitatea conferirii unui caracter executoriu. Dat fiind că este de dorit ca medierea să aibă loc într-un mod care respectă confidențialitatea, statele membre se asigură că, exceptând cazul în care părțile hotărăsc altfel, nici mediatorii, nici cei implicați în administrarea procesului de mediere să nu fie obligați să aducă probe în cursul procedurilor judiciare civile și comerciale sau în cursul procedurilor arbitrale privind informații rezultate din sau în legătură cu procesul de mediere, cu excepția cazului în care acest lucru este necesar pentru considerente imperioase de ordine publică ale statului membru respectiv, în special pentru a asigura protecția interesului superior al copilului sau pentru a împiedica vătămarea integrității fizice sau psihice a unei persoane.

Statele membre încurajează, prin orice mijloace pe care le consideră potrivite, punerea la dispoziția publicului larg, în special pe internet, a informațiilor privind modalitățile de contactare a mediatorilor și a organizațiilor care oferă servicii de mediere.

În sensul directivei, un litigiu transfrontalier este acela în care cel puțin una dintre părți își are domiciliul sau reședința obișnuită într-un alt stat membru decât cel al oricărei alte părți la data la care:

- părțile decid să recurgă la mediere după apariția litigiului;
- medierea este impusă de instanță;
- există o obligație de a recurge la mediere care reiese din dreptul național;
- o invitație este adresată părților;

sau în cazul în care procedurile judiciare sau arbitrale care au urmat medierii între părți sunt inițiate în alt stat membru decât cel în care părțile își au domiciliul sau reședința obținută la data menționată mai sus .

Un element crucial în orice mediere este încrederea în proces, în special atunci când cele două părți provin din țări diferite. Prin urmare, normele UE încurajează statele membre să prevadă controlul calității, să elaboreze coduri deontologice și să ofere cursuri de formare mediatorilor, pentru a se asigura de existența unui sistem eficient de mediere.

Un cod deontologic european pentru mediatorii a fost dezvoltat de un grup de părți interesate cu sprijinul Comisiei Europene și a fost lansat la data de 2 iulie 2004.

Codul deontologic european stabilește câteva principii la care mediatorii pot decide să adere în mod voluntar; aceste principii se referă la competență, numire, taxe de mediere, promovarea serviciilor mediatorilor, independență și imparțialitate, acordul de mediere și obligația de confidențialitate.

În cazul în care medierea eșuează, litigiile pot fi transferate oricând în sistemul tradițional de soluționare în instanțe.

Până în mai 2011, Comisia se așteaptă ca 26 de state membre să transpună normele UE (Danemarca nu a optat pentru aplicarea acestor norme - o prerogativă de care această țară se poate prevala pe baza unui protocol anexat la tratatele UE).

Până în prezent patru țări (Estonia, Franța, Italia și Portugalia) au informat Comisia asupra faptului că au transpus în dreptul intern aceste norme. În plus, Lituania și Slovacia au comunicat instanțele judecătorești competente pentru executarea acordurilor în urma medierii transfrontaliere.

Chiar dacă în majoritatea statelor membre existau deja reguli similare la nivel național înainte de adoptarea directivei, acestea ar trebui - înainte de 21 mai 2011 - să informeze Comisia în legătură cu măsurile pe care le adoptă pentru a transpune directiva (aceste măsuri naționale ar trebui să menționeze în mod special directiva).

Unele țări au deja norme în materie de mediere în anumite domenii; de exemplu, Irlanda și Danemarca în cazul relațiilor de muncă, Finlanda în cazul litigiilor în care sunt implicați consumatorii, Suedia în cazul accidentelor de trafic sau Franța și Irlanda în cazul litigiilor privind dreptul familiei. În Portugalia există cursuri de formare pentru mediatorii din 2001.

Statele membre trebuie să furnizeze informații cu privire la instanțele competente să execute acordurile încheiate în urma medierii la o dată anterioară (21 noiembrie 2010), astfel încât Comisia să poată publica aceste informații pentru a facilita folosirea medierii de către cetățeni și întreprinderi.

La 29 octombrie 2010 în cadrul conferinței "Medierea în Uniunea Europeană - stadiu și perspective" organizată de Asociația Magistraților Europeni care susțin Medierea (GEMME) - secțiunea română, la care au fost invitați magistrați, mediatorii, avocați, notari și juriști din România și din străinătate, reprezentanți ai sistemului legislativ și executiv, s-a prezentat modul în care medierea a fost implementată și funcționează în România, dar și în alte state, expunându-se perspectivele și planurile de viitor în promovarea și aplicarea pe scară largă a acestei metode alternative de soluționare a litigiilor la nivel național și european.

În cadrul conferinței, Ministerul Justiției a prezentat ultimele evoluții din domeniul legislativ, precum și modalitatea în care adoptarea noilor Coduri și a Legii privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor va așeza justiția și întreaga societate pe noi baze, mai aproape de cetățean și de nevoile lui, dar și modul în care acestea vor sprijini instituția medierii.

Astfel, în Legea pentru accelerarea soluționării proceselor, promulgată de președintele României în data de 25.10.2010, au fost preluate propunerile formulate de mediatori, Ministerul Justiției înserând în această lege câteva prevederi menite să facă cunoscute avantajele medierii părților aflate deja în dispute judiciare și să le încurajeze a apela la dialog. De exemplu, după intrarea în vigoare a noilor prevederi, în cauzele comerciale și în divorțuri, recomandarea judecătorului adresată părților de a apela la mediere va dobândi un efect obligatoriu, cu privire la participarea părților la ședința de informare. După ședința de informare, în funcție de capacitatea mediatorului de a le capta atenția și încrederea, părțile vor decide dacă vor urma medierea sau dacă revin la instanță

Aceste prevederi vor fi extinse prin aplicarea noului Cod de procedură civilă, prin care se instituie obligativitatea pentru instanța de judecată de a recomanda părților soluționarea conflictului prin mediere. De asemenea, în cadrul noului Cod de procedură penală, în scopul desfășurării cu celeritate a procesului penal, a fost reglementată posibilitatea renunțării la pretențiile civile, a recunoașterii de către inculpat a părții civile, precum și a încheierii unei tranzacții sau a unui acord de mediere.

Acesul efectiv la justiție este protejat în conformitate cu Carta Drepturilor Fundamentale a UE. Este remarcabilă declarația vicepreședintei Viviane Reding, comisar al UE pentru justiție care a spus: „Cetățenilor și întreprinderilor nu ar trebui să li se îngreșeze drepturile doar pentru că le este greu să apeleze la sistemul de justiție, pentru că nu își pot permite acest lucru, nu pot să aștepte derularea procesului sau nu fac față birocrăției”, precum și: „Fac apel la statele membre să dea dovadă de hotărâre în punerea în aplicare neîntârziată a normelor UE în materie de mediere: minimul necesar este de a permite litigiilor transfrontaliere să fie soluționate pe cale amiabilă”.

Legislația românească prevede diferite metodele alternative prin care se pot rezolva disputele: arbitrajul, concilierea, medierea, facilitarea, negocierea directă; între aceste forme există numeroase asemănări, dar și deosebiri.

a) Conciliere-mediare:

În cazul concilierii părțile nu își pot rezolva problemele datorită lipsei de comunicare, o a treia parte, conciliatorul, preia funcția de transmitere a mesajului între părți.

În cazul medierii în care părțile sunt situate pe poziții opuse, minimalizând interesele comune și au tendința de a rupe relația dintre ele, o a treia parte, mediatorul, ajută părțile să negocieze pentru ca singure să găsească o soluție reciproc acceptabilă, rezonabilă și durabilă.

La conciliere părțile nu sunt față în față, ci separate, în timp ce la mediere părțile sunt față în față.

b) Arbitraj-mediare

În cazul arbitrajului, când părțile au poziții inflexibile privind rezolvarea conflictului, o a treia parte, arbitrul, va decide o soluție în conformitate cu legea.

Asemănări:

- ambele sunt modalități alternative de rezolvare a conflictelor;
- în ambele situații părțile au poziții diferite;
- în ambele metode intervine o a treia persoană.

Deosebiri:

- arbitrul decide soluția rezolvării conflictului în conformitate cu legea, mediatorul nu judecă și nici nu dă soluții, el facilitează comunicarea dintre părți pentru ca acestea să găsească soluții;
- decizia arbitrului are putere executorie, a mediatorului, nu fiindcă el nu decide ci ajută doar părțile, dacă acestea doresc să încheie un acord.

Legea cadru ce guvernează instituția medierii în legislația românească este Legea nr.192/2006.

Medierea reprezintă o modalitate de rezolvare a conflictelor pe cale amiabilă cu ajutorul unei terțe persoane specializate în calitate de mediator în condiții de neutralitate, imparțialitate și confidențialitate și având liberul consimțământ al părților.

Medierea se bazează pe încrederea pe care părțile o acordă mediatorului ca persoană aptă să faciliteze negocierile dintre ele și să le sprijine pentru soluționarea conflictului prin obținerea unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile.

Imparțialitatea presupune că mediatorul trebuie să conducă procesul de mediere fără părtinire, având, deci, o poziție echidistantă față de părți. Aceasta înseamnă că nu trebuie să favorizeze prin cuvânt, gestică, mimică sau faptă, nici un din părți. El trebuie să vegheze tot timpul ca nici o parte să nu fie dezavantajată sau să simtă că este dezavantajată în timpul medierii. De aceea mediatorul trebuie să evite cu atenție orice formă de manipulare, intimidare sau amenințare.

Mediatorul trebuie să urmărească și să evite orice dezechilibru de putere. De aceea este foarte important să nu preexiste nici o relație personală sau profesională între mediator și una dintre părți.

Neutralitatea mediatorului presupune că acesta nu poate impune o soluție părților și nu trebuie să le incite în sensul obținerii unui anumit rezultat. Numai părțile pot lua decizia pe care o consideră potrivită situației lor.

Confidențialitatea este menită să respecte viața privată a părților și secretul informațiilor.

Autodeterminarea părților marchează deosebirea fundamentală dintre mediere și procesul în instanță. Dacă în instanță participarea este obligatorie (neparticiparea ducând la sancțiuni) medierea are caracter voluntar, părțile având posibilitatea să aleagă această cale. Legea prevede că părțile pot participa la mediere fie înaintea procesului în instanță fie în cursul acestui proces care pe timpul medierii se suspendă.

În altă ordine de idei părțile pot să se retragă de la mediere în orice fază fără să fie obligate să motiveze în vreun fel această atitudine.

Un alt aspect al principiului autodeterminării se referă la subiectul negocierii. Părțile au dreptul să aleagă ce probleme și cât anume din subiect doresc să pună în discuție la mediere. Autodeterminarea este dată și de dreptul părților de a opta la final pentru un acord scris sau unul verbal și nu sunt obligate prin sancțiuni să respecte acordul.

Etaple procesului de mediere sunt:

Pregătirea dinaintea sesiunii de mediere care presupune:

- Pregătirea mediatorului;
- Motivarea părților să participe la mediere;
- Stabilirea locului și datei medierii;
- Prezentarea contractului de mediere.

Sesiunea de mediere:

Prezentarea procesului;
 Identificarea problemelor;
 Explorarea problemelor ;
 Generarea de opinii;
 Ajungerea la un acord.

Analiza:

Raportare;
 Evaluare_

Conform art 29 din Legea nr.192/2006 mediatorul are următoarele obligații:

- Să dea orice explicații părților cu privire la activitatea de mediere, pentru că acestea să înțeleagă scopul, limitele, și efectele medierii;

- Să se asigure că medierea se desfășoară cu respectarea libertății, demnității și vieții private a părților;

- Să ajute părțile să ajungă la masa tratativelor și la un acord reciproc convenabil ;

- Să gestioneze procesul de mediere în baza principiilor medierii în mod nepartinitor și să asigure permanent un echilibru între părți

- Să ajute părțile să-și clarifice problemele și interesele

- Să ajute părțile să se înțeleagă reciproc și să nu se discrediteze

- Să se convingă că părțile au înțeles corect termenii acordului

- Să păstreze confidențialitatea informațiilor de care ia cunoștință în timpul medierii.

- Să refuze medierea în cazurile prevăzute de lege;

- Să respecte normele deontologice

- Să-și îmbunătățească permanent cunoștințele teoretice și tehnicile de mediere

- Să restituie înscrisurile ce le-au fost încredințate

Un mediator are obligația să refuze o mediere dacă are cunoștință despre orice împrejurare care l-ar împiedica să fie neutru și imparțial (art 30 alin2) și atunci când constată că drepturile în discuție nu pot face obiectul medierii (art 31). Dacă pe parcursul medierii, apare o situație de natură să afecteze neutralitatea sau imparțialitatea mediatorului acesta este obligat să o aducă la cunoștința părților care vor decide asupra menținerii sau denunțării contractului de mediere, ocazie în care mediatorul are dreptul să se abțină și să încheie procesul de mediere. În aceste condiții mediatorul este obligat să restituie onorariul proporțional cu etapele de mediere neparcurse sau după caz să continue procedura de mediere în condițiile contractului.

Când pentru clarificarea unor aspecte sau probleme dificile ori controversate, mediatorul, cu acordul părților, poate să ceară punctul de vedere al unui specialist în domeniul respectiv.

În conformitate cu art 52 alin 1 din Legea nr.192/2006 un avocat poate să asiste una din părți în condițiile stabilite de comun acord.

Alin. 2 al aceluiași articol prevede că părțile pot fi reprezentate de alte persoane care pot face acte de dispoziție în condițiile legii, deci și avocatul poate reprezenta una din părți

Potrivit art. 59 din Legea nr.192/2006, ”Înțelegerea părților poate fi supusă autentificării notarului public ori, după caz,

încuviințării instanței de judecată, în condițiile prevăzute la art. 63.”. Întrucât, așa cum este prevăzut și în art. 58 alin. (1) din aceeași lege, acordul de mediere ”are valoarea unui înscris sub semnătură privată”, în anumite situații este necesar ca acordul să îndeplinească anumite condiții de fond și de formă, impuse de lege sub sancțiunea nulității absolute. În astfel de situații, acordul poate fi supus autentificării notarului public sau încuviințării instanței, după caz. Faptul că acordul de mediere va fi supus autentificării notarului public ori încuviințării instanței nu este de natură să atragă modificări asupra conținutului acordului de mediere, cu atât mai puțin asupra procedurii în sine. Atât instanța cât și notarul public vor efectua un control de legalitate a clauzelor ce vor fi cuprinse în acord și, totodată, vor verifica acordul dintre părți.

Medierea în procedura insolvenței

Deși Legea nr.85/2006 privind procedura insolvenței nu face referiri la instituția medierii, debitorul de bună credință are posibilitatea să ceară instanței să uzeze de procedura medierii așa cum este ea prevăzută de Legea nr.192/2006 în prezența unui mediator profesionist. Medierea este o procedură exterioară procedurii insolvenței și chiar exterioară tribunalului și conferă numeroase avantaje atât debitorului cât și creditorilor săi.

Incidența medierii privind art.33 din Legea nr.85/2006

În cazul formulării contestației de către debitor împotriva cererii de deschidere a procedurii apelând la serviciile unui avocat, contestația poate fi acceptată, societatea evitând intrarea în procedura insolvenței sau poate fi respinsă, debitorul pierzând șansa reorganizării. În ipoteza în care ar fi apelat la serviciile unui mediator, debitoarei i s-ar fi propus o altă modalitate prin care se putea atinge același scop (intrarea în procedura reorganizării cu scopul de a plăti datoriile societății, urmată de reintegrarea acesteia în circuitul economic) însă cu costuri de cel puțin două ori mai mici. Astfel procedura reorganizării nu apare ca o sancțiune ci, ca o formă de protecție, mediatorul având rolul de a preveni intrarea în procedura insolvenței.

Incidența medierii potrivit art.73-74 din Legea nr.85/2006

Reducerea termenelor referitoare la contestațiile ce pot fi introduce de către părțile interesate la tabelul de creanță, precum și fixarea și judecarea rapidă a recursurilor în materia insolvenței nu au rezultatul scontat în cauzele cu mulți creditori. Un rezultat mai bun s-ar obține dacă, părțile interesate, practician-debitor-creditor contestatar, ar apela la procedura medierii, urmând ca în tabel să fie trecută creanța consemnată într-un acord de mediere.

Incidența medierii privind creanțe defavorizate

Categoria de creanțe defavorizate este prezumată a fi categoria de creanțe pentru care planul de reorganizare prevede cel puțin una dintre modificările următoare, pentru oricare dintre creanțele categoriei respective:

a) o reducere a quantumului creanței;

b) o reducere a garanțiilor sau a altor accesorii, cum ar fi reeșalonarea plăților în defavoarea creditorului;

c) valoarea actualizată cu dobânda de referință a Băncii Naționale a României - dacă nu este stabilit altfel prin

contractul privind creanța respectivă sau prin legi speciale - este mai mică decât valoarea la care a fost înscrisă în tabelul definitiv de creanțe.

Conform art.95, planul de reorganizare va menționa și tratamentul categoriilor de creanțe defavorizate. A treia condiție de confirmare a unui plan conform dispozițiilor art.101 este ca fiecare categorie defavorizată de creanțe care a respins planul să fi supusă unui tratament corect și echitabil prin plan. Serviciile medierii ar fi benefice în vederea stabilirii de acorduri cu fiecare creditor a cărei creanță are caracter defavorizat, în vederea reușitei unui plan de reorganizare.

Incidența medierii privind acțiunea de recuperare creanțe

Printre atribuțiile stabilite de dispozițiile art. 20 lit.l și art.25 lit.g în sarcina practicianului în insolvență se află și aceea ce privește încasarea creanțelor; urmărirea încasării creanțelor referitoare la bunurile din averea debitorului sau la sumele de bani transferate de către debitor înainte de deschiderea procedurii; formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea creanțelor debitorului, pentru aceasta putând angaja avocați. Articolul 720¹ Cod procedură civilă incident în cazul acțiunilor de recuperare creanță pe drept comun are următorul cuprins:

„În procesele și cererile în materie comercială evaluabile în bani, înainte de introducerea cererii de chemare în judecată, părțile pot încerca soluționarea litigiului prin mediere. Termenul de prescripție a dreptului la acțiune pentru dreptul litigios supus medierii se suspendă pe durata acestei proceduri, dar nu mai mult de trei luni de la începerea ei.”

Renunțarea la instanța judecătorească pentru recuperarea creanțelor societății în insolvență considerăm că va putea fi făcută și printr-un acord de mediere, în cadrul procedurii prevăzute de Legea nr.92/1996 unde părțile, cu acordul creditorilor, vor putea găsi soluții comune, modalități convenabile de exercitare a drepturilor și de executare a obligațiilor și vor putea constitui garanții în vederea executării pe cale amiabilă a obligațiilor asumate, evitându-se cheltuieli procedurale (cauțiuni, expertize, onorarii avocat) și reducând major timpul pe care practicianul l-ar fi alocat acestor proceduri.

Părțile aflate în faza executării silite, care încheie un acord de mediere cu privire la încetarea executării silite, reeșalonarea sumelor de bani datorate, compensare, novare a obligațiilor etc., trebuie să depună la dosarul execuțional un înscris original, iar executorul judecătoresc, luând act de acordul de mediere prin care practicianul renunță la executarea silită a debitorului debitoarei, va dispune încetarea executării silite în dosarul execuțional, prin încheierea unui proces-verbal care se depune la dosarul execuțional. Dacă la data scadenței stabilită prin acordul de mediere prin care se constată o creanță certă, lichidă și exigibilă, acord de mediere autentificat de notarul

public sau încuviințat de instanță, deci titlu executoriu, debitorul nu își onorează obligațiile asumate, practicianul poate declanșa procedura execuțională prin cerere de executare silită adresată executorului judecătoresc, solicitând realizarea dreptului recunoscut prin titlul executoriu, achitarea dobânzilor, penalităților sau a altor sume acordate potrivit legii prin acesta, precum și a cheltuielilor de executare. Și în această fază finală a recuperării de creanțe medierea este o tehnică de intervenție în conflict care poate obține rezultate de tipul câștig-câștig, ceea ce o face din ce în ce mai importantă.

Incidența medierii privind art. 79-81 din Legea nr.85/2006

Administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Chiar dacă jurisdicția acestor acțiuni este cea a judecătorului-sindic pot fi cazuri în care negocierea individuală cu fiecare potențial pârât în cadrul acțiunilor în anulare a unor transferuri frauduloase să ducă la rezultate favorabile într-un timp redus.

Pentru implementarea regulilor și avantajelor medierii în lumea afacerilor din România **Oficiul Național de Mediere Litigii Penale, Civile și Comerciale (ONM)** s-a constituit la data de 02.03.2010, cu acordul Secretariatului General al Guvernului României nr.20 / 8817/ D.N.A./ 17.06.2010 și Avizul Ministerului Justiției și Libertăților Cetățenești nr.86633 / 25.06.2010, sub forma unei persoane juridice române de drept privat, fără scop patrimonial, neguvernamentală și apolitică, independentă, în temeiul dreptului de liberă asociere prevăzut de art. 9 și 37 din Constituția României și în conformitate cu prevederile O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, cu modificările ulterioare, a Decretului nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice și art. 24 din Legea nr.192/2006 privind organizarea și exercitarea profesiei de mediator, modificată și completată prin Legea nr.370/2009.

Oficiul Național de Mediere Litigii Penale, Civile și Comerciale deține Hotărârea judecătorească definitivă și irevocabilă, nr 247/PJ/2010 din 14.07.2010 emisă de către Judecătoria sectorului 2 București și Certificatul de înregistrare în Registrul Asociațiilor și Fundațiilor nr. 91/2010, având C.I.F. nr.27272058.

Scopul ONM, îl constituie promovarea și dezvoltarea medierii ca soluție alternativă de soluționare a conflictelor, apărarea drepturilor și promovarea intereselor profesionale, economice, sociale, științifice și culturale ale mediatorilor autorizați din România, potrivit legislației privind medierea, statutului propriu și directivelor europene privind activitatea de mediere.

DECALOGUL PRACTICIANULUI ÎN INSOLVENȚĂ

Managementul resurselor în procedura insolvenței



Ec. Emanoil Ciobanu
Membru UNPIR, filiala Gorj

„Managerul implică responsabilitatea pentru un domeniu.”
P. Drucker

Succesul unui practician în insolvență este definit de viteza de adaptare la schimbări (legislative, mediu de afaceri, carieră, pregătire, etc.).

Ai nevoie de cunoștințe, dar și de resurse umane, pentru a fi capabil să gestionezi o arie largă de debitori, fiecare cu gradul său de unicitate (patrimoni, creanțe, administratori mai mult sau mai puțin certați cu legea, cu tehnici abile de înstrăinare a unor active, cu comportamente la granița dintre legal și ilegal).

Administrarea fiecărui dosar presupune o viziune de ansamblu din domenii diferite, identificând cel puțin 10 domenii (cu reguli de urmat):

1. Planificarea strategică și operațională;
2. Managementul integrării;
3. Managementul timpului;
4. Managementul cheltuielilor;
5. Managementul calității;
6. Managementul resurselor umane;
7. Managementul comunicării;
8. Managementul riscului;
9. Managementul marketingului și vânzării;
10. Managementul vieții personale.

1. Planificarea strategică și operațională.

Stabilește direcția și obiectivele practicianului (acționează independent, cu mai mulți asociați, la nivel local, regional sau național, își fixează o țintă – cifra de afaceri, rata profitului, își planifică exit-ul, etc.).

Practic, ar trebui să-și cunoască: misiunea, obiectivele și strategia.

Între planificarea strategică și planificarea operațională este o legătură intrinsecă.

Dacă permanent practicianul s-a poziționat sau se poziționează „strategic”, planificarea operațională ar trebui avută în vedere pentru fiecare debitor în parte:

- Politici de Marketing, în funcție de etapă (observație, plan de reorganizare, faliment):
 - poziția pe piață a debitorului;
 - distribuție produse/servicii;
 - vânzare (chiar și a activelor).
- Politici financiare:
 - gestiunea activelor - în exploatare și respectiv în conservare;
 - structura capitalurilor.
- Resurse umane:
 - relații de muncă.

2. Managementul integrării

Un nou dosar, un nou debitor, alte probleme – a te „introduce” și integra presupune un arbitraj între ce-ți propui și ce soluții adopți.

Instrumentul elocvent pe care legiuitorul l-a oferit practicianului, de exemplu, este Programul de administrare a lichidării (specificat foarte discret în Legea nr. 85/2006).

Practicianul este prevenit că trebuie să-și administreze și timpul dar și resursele financiare.

Să ne oprim la Programul de administrare a lichidării, ce presupune:

- Elaborarea programului, având la bază:
 - date de intrare:
 - patrimoniu și resursele debitorului,
 - constrângeri (creditor majoritar care fixează unilateral onorariul și practicianul!);

- contabilitate – de multe ori abandonată de debitor.

■ arhiva – cu volum mare de documente, lipsa resurselor pentru depozitare și păstrare în condiții corespunzătoare, neaplicarea legislației (refuzul preluării unor documente de către instituții abilitate, inexistența resurselor bănești la debitor, refuzul creditorilor de a accepta suportarea costurilor).

Aplicarea programului și implementarea cu succes, ține de:

- > competențele în management ale practicianului .
- > acțiunile corective (ai planificat 7000 Euro pentru cei 500 mc arhivă, dar vinzi active de 2000 EURO);
- > cadrul legislativ ;
- > factorii externi (ca de exemplu săderea drastică a interesului pentru cumpărarea de proprietăți imobiliare, în condiții de criză!)

● Gestionarea modificărilor.

Practicianul trebuie să integreze sistemul și procesele debitorului în condițiile externe (stabilitate, inclusiv prin cadrul legal).

3. Managementul timpului

„A pierde timpul este o ocupație și încă una foarte istovitoare.”
Jerome K. Jerome

Timpul se împarte în două categorii:

- Timp impus - fără șanse de alegere:
 - ședințele instanțelor;
 - citațiile instituțiilor cu care practicianul are tangență (ANAF, Poliție, Parchet, UNPIR, etc.);

■ Timpul disponibil: - alege când, cum și unde se]] derulează celelalte proceduri.

Trăim zilnic în una sau mai multe ipostaze:

	URGENT !		NU ESTE URGENT	
	1.	2.	3.	4.
IMPORTANT !	1. Să fim în instanță!	1. Să cultivăm relațiile cu cumpărătorul de active.	1. Să răspundem la telefoanele (la 300 creditori într-un dosar, sunând în medie câte 2-5 creditori/zi).	1. Să sunăm prietenii.
	2. Să fim la inventariere!	2. Să ne întâlnim cu potențialii cumpărători.	2. Să scriem rapoarte lunare.	2. Să ținem evidența contabilă.
	3. Să facem licitațiile !	3. Să planificăm cumpărarea.	3. Să căutăm vechimea și sporurile pentru cca. 30 salariați pe lună care au lucrat în ultimii 30 ani la debitor.	3. Să plecăm la cumpărături.
	4. Să depunem tabelul creditorilor !	4. Să vizităm debitorii ce derulează un plan de reorganizare.	4. Să corespondăm cu furnizorii de utilități.	4. Să stăm în arhiva tribunalului 5 ore/zi.
	5. Să depunem oferta !	5. Să prevenim înlăturarea materialelor nocive, periculoase din patrimoniul debitorului.	5. Să ascultăm debitorul cum l-a ruinat fiscal sau a luat leapă de la alt partener.	
NEIMPORTANT !				

Caracterizarea practicienilor în raport de cadrulul în care își desfășoară activitatea:

1	3, 4
- foarte stresat !	- iau viața ca o permanentă fugă
- se refugiază în cadrulul 4	
- neglijează cadrulul 2	- încep să abandonează
2	- muncesc inutil
- reacționează pe termen scurt, însă cu strategie	- vor să facă totul doar ei fără delegare!

Comportamentul ideal al practicianului:

- 1, 2 Cât mai mult timp;
- 3, 4 Spune NU la cât mai multe activități;

A fi eficient presupune să ținem cont de priorități, obiective, planuri, implementarea și evaluarea acestora, altfel spus:

- ce dorim –
- în ce ordine –
- în cât timp (pe termen scurt, mediu, lung ?)
- cum rezistăm la factorii perturbatori și la mănăcării de timp ?
- cum evaluăm ?
- ce măsuri luăm ?

Unui practician stresat, organismul trage semnalul de alarmă, după care intră în stadiul de rezistență și apoi de epuizare.

AȘA NU !	AȘA DA !
- Lucrezi prea mult, inclusiv weekend-urile,	+ Nu cere prea mult
- Nu folosești eficient timpul.	+ Nu lucra în weekend
- Ești introvertit .	+ Acceptă eșecul (e o experiență)
- Neglijezi condiția fizică.	+ Folosește timpul !
- Ești prea carierist.	+ "Spovedește-te" prietenilor
- Ții oamenii la distanță	+ Ai grijă de condiția ta fizică!
	+ Dă importanță celorlalte 8 roluri (prezentate la secțiunea 10)

Pentru că întreaga procedură este supusă supravegherii și rigorii judecătorului-sindic, atitudinea unui practician în instanță poate fi „cronofag”. Cu ghilimele de rigoare, redăm câteva recomandări privind comportamentul judecătorului-sindic în raport de tipul și comportamentul practicianului:

Tipuri de practicieni	Instanță - Măsuri
Vorbărețul	Opriti-l și mulțumiți-i !
Certărețul	Duceți-l în punctul mort !
Timidul	Întrebați-l !
Plictisitul	Puneți-i întrebări directe !
"Știe tot"	Dați-l pe mâna avocaților
Negativistul	Provocați-l în sens pozitiv
Apaticul	Vorbiți-i de onorariu, va tresări !
Arogantul	Nu-l criticați (chemați jandarmul ?)
Persistentul	Dați-i un alt termen !
Inteligentul	Mulțumiți-i și strigați dosarul următor !
Căposul	Trimeți-l să-i explice colegii
Îndrăgostitul (de dosarul lui)	Solicitați raportul final
Bălbăitul	Cereți să depună rapoartele la arhivă

4. Managementul cheltuielilor

„Bugetul ne spune cât să cheltuim dar nu ne oprește să cheltuim.”
H. Ford

Este necesar ca practicianul să-și planifice cheltuielile și veniturile pentru fiecare dosar.

Pe timpul derulării procedurii pot apărea fenomene diverse:

- Creditorii nu acceptă alocări de sume pentru servicii contabile, recuperare creanțe;
- Cumpărătorul activelor te „expediază” cu arhiva debitorului, iar creditorii nu acceptă costuri de depozitare – predare;
- Prestatorii serviciilor de pază nu acceptă plata după vânzarea activelor ce fac obiectul contractelor de prestări servicii;

- Se modifică fiscalitatea și te vezi nevoit să plătești alte contribuții (retroactiv);

- Faci publicitate și nu ai resurse.

Practicianul trebuie să țină cont de toți factorii determinanți pentru managementul costurilor:

1. Abordarea de la începutul procedurii metodei de tip „cost total” – solicitând creditorilor aprobarea unui buget;

2. Sesizarea creditorilor cu solicitarea acceptului pentru toate costurile de procedură (pază, publicitate, evidență contabilă, expertize specializate, lucrări cadastrale, consumabile, transport – manipulare active, etc)

3. Stabilirea unui calendar realist al lucrărilor din dosar,

4. Respectarea acestui calendar (programul de administrare al lichidării).

5. Investigarea profundă a capacității debitorului de a genera fluxuri de numerar prin activitatea proprie (în etapa de reorganizare judiciară) sau prin lichidizarea activelor.

6. Costuri cât mai reduse cu licitațiile organizate.

7. Identificarea și asigurarea resurselor pentru costurile inevitabile (pază, expertize),

8. Asigurarea unui fond de rulment propriu practicianului cu care să intervină în procedură avansând sume recuperabile ulterior.

Din păcate puterile decizionale date de legiuitor creditorului îngreunează munca practicianului .

Se recomandă în concluzie, un management strategic al costurilor pe bază de activități.

5. Managementul calității serviciilor

Scopul practicianului este să recupereze creanțele creditorilor în mod independent, cu respectarea cadrului legal sub supravegherea judecătorului-sindic, pe principiul eficienței (realizând profit).

Clienții direcți sunt de fapt creditorii, ce țin cont de calitatea serviciilor practicianului, dar indirect calitatea serviciilor practicianului este monitorizată și de judecătorul-sindic, furnizorii de utilități, debitorul, ofertanții activelor debitorului, băncile și diversele instituții, etc., în raport de obiectivul și scopul fiecărei părți.

Satisfacerea tuturor trebuie să fie compatibilă cu standardele de etică profesională specifice UNPIR .

Fiecare practician ar trebui să aibă un mod de evaluare - măsurare permanentă a satisfacției clienților cu identificarea punctelor forte și punctelor slabe, ale plusurilor și minusurilor.

Am putea identifica 6 caracteristici ale calității serviciilor (chiar existența Manualului Calității):

- Tangibilitatea;

- Viabilitatea;

- Capacitatea de răspuns;

- Asigurarea;

- Empatia;

- Revalorizarea serviciilor ce au provocat insatisfacții clienților.

Desigur că sunt diverși factori ce influențează activitatea practicianului, cum ar fi:

- sediul unde ține licitațiile și convoacă debitorii și creditorii;

- personalul;

- echipamentele;

- calitatea rapoartelor întocmite;

- prestanța și mai ales moralitatea practicianului.

6. Managementul resurselor umane

„Folosește-te de lucruri ca să ai grijă de oameni și nu invers”

Practicianul în insolvență urmărește utilizarea eficientă a personalului (dacă și-l permite) urmărind realizarea obiectivelor în fiecare dosar.

Totul pleacă de la cele 5 funcții ale acestui proces:

1. Asigurarea de personal (recrutarea de consilieri juridici și economiști și integrarea lor).

2. Menținerea personalului - prin consiliere, remunerare, dar mai ales prin învățarea gestionării stresului!

3. Urmărirea influențelor externe – posibilitatea menținerii în actuala criză economică (lipsa încasărilor generate de piața inactivă de valorificare a bunurilor debitorului).

4. Dezvoltarea personală - prin formare și perfecționare, dezvoltare organizațională;

5. Motivarea - prin recompensare.

Ar trebui să medităm la faptul că și noi suntem supuși ciclului de viață al carierei:

Interval de vârstă (ani)	Aptitudini si comportament
Până la 21	Explorare . Creștere. Fantezii !
16-25	Intrare în universul muncii !
16-25	Înșușirea educație de bază !
17-30	Începutul carierei ?
25+	Mijlocul carierei ?
35-45	Criza ... de mijloc a carierei ?
40+	Începutul etapei de final de carieră ?
50+	Începutul etapei de declin ?

De aceea trebuie să căutăm parteneri și colaboratori proaspeți, abili, cu noi cunoștințe, cooperanți și deschiși la nou.

7. Managementul comunicării.

Dacă actorii din proceduri nu sunt ținuți la curent în legătură cu progresul dosarului debitorului pot să apară conflicte (nu problemele în sine sunt principala cauză ci neprezentarea acestora către creditorii și nedepunerea de rapoarte complete la dosarul cauzei).

Succesul practicianului se traduce inclusiv prin a ști să comunice. Acesta începe să devină în societatea românească un excelent comunicator, negociator și în egală măsură un excelent manager și expert în insolvență.

Sunt suficiente motive pentru un practician să-și perfecționeze tehnicile de comunicare, având în vedere că este un „orator” în public (în săli de judecată, în adunări ale creditorilor, etc.) iar de calitatea materialelor întocmite (convocații, rapoarte, cereri adresate instanțelor) depinde rezolvarea problemelor apărute în procedură.

8. Managementul riscului

A fi practician, presupune asumarea unor riscuri multiple. Acestea trebuie însă identificate și atent analizate printru a putea avea o reacție corespunzătoare și promptă.

Nesiguranțele și riscurile în profesia noastră pot fi dintre cele mai diverse:

- Nu vindem ! S-au prescris creanțele ?
- Nu primim dosarul X ?
- Nu recuperăm costurile !
- Nu avem resurse să administrăm procedura !
- Nu este timp pentru rapoarte !
- Debitorul nu cooperează și încearcă să se răzbuie!
- Ne facem dușmani ,....

(Mai academic spus: Ezistă probabilitatea de a nu performa prin nerealizarea standardelor de calitate, nerespectarea termenelor de execuție și depășirea bugetului alocat).

Eliminarea sau diminuarea riscurilor ține de fiecare practician:

- programarea/planificarea atentă a etapelor în cadrul fiecărui dosar;
- instruirea personalului și a persoanelor implicat.
- reproiectarea fluxurilor și comunicarea eficientă .

Trebuie să fim atenți și să facem distincția între hazard și risc, având în vedere că lipsa managementului riscului duce la hazard !

9. Managementul vânzării

„Când câștig 10 \$, 6 îi investesc în publicitate.”

H. Ford

Credem că cel mai bine se aplică în insolvență dictonul: *“Clienții sunt puțini, nu produsele”*.

Din păcate (sau din fericire) succesul procedurii depinde cel mai mult de abilitățile practicianului de a vinde direct, în bloc, pe loturi prin licitație publică, numai să vândă bunurile debitorului (sau să se implice în procedurile de reorganizare, alături de debitor care să vândă produsele și serviciile), creând resurse pentru continuarea procedurii, conservare, evaluare, încasare onorarii, distribuții către creditori, etc.

Trebuie să inovăm, să căutăm clienți, să facem publicitate, să aplicăm tehnici de marketing.

De multe ori, îndrăgostiți de procedură, realizăm produsul, ce avem la vânzare, dând importanță mai mare altor etape și neglijând pregătirea vânzării.

Trebuie să vindem - fermi, amabili, atenți la cumpărători, stăpânind mecanisme tehnice și economice, relaționale și psihologice.

Chiar dacă Regulamentul de vânzare e un veritabil Plan de vânzare, nu întotdeauna are în conținutul său elemente fundamentale, precum:

- modalități de contactare a clienților,
- cunoașterea acestora;
- întocmirea de oferte fundamentate și atractive.

Este imposibil să-i convingem pe clienți să cumpere dacă nu le cunoaștem argumentele care îi motivează să cumpere.

Ar fi preferabil ca alături de anunțurile seci din presă, obligatorii însă prin lege, să adăugăm și alte tehnici:

- mergi la clienți și oferă prospecte,
- aplică tehnici de negociere,

- folosește și alte canale, ca de exemplu: radio, TV, internet, agenții imobiliare;
- lasă-l pe client să stabilească „prețul corect”;
- combină metodele de vânzare;
- lotizează inteligent și creativ activele oferite spre vânzare;
- contactează finanțatori pentru clienți (vânzarea pe credit);
- motivează echipa de vânzare;
- cosmetizează produsele supuse vânzării.

Pentru că cele 9 secțiuni prezentate mai sus sunt doar o provocare și nici pe departe o abordare aprofundată o subiectului, în anexa nr. 1, se prezintă o inventariere a principalelor acțiunilor ale practicianului în insolvență, reflectate prin prisma formularisticii și documentelor la întocmirea cărora participă. Rămâne ca pe parcursul derulării activității fiecare practician să aibă în vedere evaluarea costurilor, a beneficiilor, a timpului alocat, a consecințelor favorabile și a riscurilor, în raport cu stadiul acțiunilor desfășurate.

10. Managementul vieții personale

Pentru că succesul practicianului depinde și de succesul în celelalte roluri din viața personală, ar trebui ca această îndeletnicire creativă dar stresantă să ne aducă beneficii și nu neazuri.

Iată câteva din rolurile pe care le îndeplinim zilnic (ordinea și exemplele sunt aleatorii), în fiecare din cele 8 domenii:

Nr.	Domeniul	Rolul
1	Familia	Soț/soție, părinte, fiu, fiică
2	Carieră	Practician în insolvență, auditor, avocat, expert - contabil, evaluator
3	Credință	Religios, liber cugetător, ateu, etc
4	Hobby	Pescar, turist, sportiv, etc
5	Investițiile	Cumpărări active: (generează venituri, proprietăți cu potențial de închiriere, depozite bancare, acțiuni, pe bursă, fonduri mutuale . . .) Cumpărări pasive: (generează costuri - autoturisme, case de vacanță, etc)
6	Instruire	Autodidact, doctorate, masterate;
7	Prietenia	Alegerea anturajului !
8	Managementul	Organizarea personală a timpului, carierei, prietenilor și a stării de sănătate.

Pentru a încheia optimist este de preferat să avem o atitudine pozitivă, programându-ne să fim fericiți, preluând controlul printr-un management performant .

Avem suficiente puteri ascunse să învingem stresul.

După un bilanț personal [- calități – defecte –aptitudini - starea sănătății – familie – prieteni – carieră – hobby – trecut – viitor - obiective], ne putem recondiționa pozitiv.

Până la urmă suntem proprii noștri stăpâni, liberi, ființe superioare, creative și potențial fericite.

Dacă vă îndoiiți de cele de mai sus vă rog să reflectați la cele 3 maxime alese de mine și lăsați liberul arbitru din dumneavoastră să vă dea răspunsul:

1. "Omul fericit este acela care stăpânește și munca și ... dragostea !"

Sigmund Freud

2. "Nu te grăbi ! Nu te neliniști ! Parcursul tău aici pe pământ nu va fi prea lung. Fii atent deci să te oprești pentru a simți parfumul florilor."

Walter Hayen

3. "Nu munci prea mult, nu mai ai timp să câștigi bani!"

Proverb evreiesc

ANEXA NR. 1

Nr. crt.	Acțiunile practicienilor in insolvență
1.	Acte adiționale menținere /denunțare contracte (utilități, chirie, etc)
2.	Acțiune pentru anularea actelor frauduloase
3.	Acțiune în pretenții pentru încasarea creanțelor
4.	Acțiune pentru anularea transferurilor cu caracter patrimonial.
5.	Acțiune pentru anularea actelor de transfer gratuit
6.	Act pentru denunțare contracte.
7.	Acțiune pentru anularea operațiunilor comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită
8.	Adrese privind solicitarea de informații privind sediul, administrarea bunurilor și documentele debitoarei
9.	Adresă/notificare desemnare persoane de specialitate
10.	Antet debitor cu mențiunile din lege.
11.	Anunț BPI cu privire la propunerea planului de reorganizare
12.	Anunț BPI cu privire la raportul amănunțit
13.	Balanța de verificare din luna precedentă deschiderii procedurii
14.	Bilanțul de închidere
15.	Cererea de antrenare a răspunderii organelor de conducere
16.	Cerere privind solicitarea cheltuielilor efectuate în cursul procedurii din contul special
17.	Cererea de intrare în faliment ca urmare a nerespectării planului de reorganizare
18.	Cererea de închidere a procedurii
19.	Cererea de anulare a actelor, operațiunilor și plăților efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii
20.	Cerere de oferte pentru evaluarea patrimoniului
21.	Cerere privind ridicarea dreptului de administrare
22.	Cerere pentru deschidere de cont special
23.	Convocatorul comitetului creditorilor
24.	Certificat de admitere la tranzacționare pe o piață reglementată a valorilor mobiliare
25.	Comunicare către CNVM privind stadiul procedurii
26.	Contestație la creanța creditorilor
27.	Contractul de vânzare cumpărare active
28.	Contractul de credit
29.	Contul de profit și pierderi al debitorului
30.	Convocatorul adunării creditorilor
31.	Convocatorul adunării generale a asociaților/acționarilor
32.	Declarația debitorului privind intenția de intrare în procedura simplificată sau reorganizare în baza unui plan
33.	Declarația debitorului precum că nu a fost condamnat definitiv
34.	Descrierea sumară a modalității de reorganizare
35.	Înregistrarea mențiunilor la ORC pentru modificarea actului constitutiv
36.	Lista activităților curente pe care intenționează să le desfășoare debitorul în perioada de observație
37.	Lista bunurilor debitorului
38.	Lista conturilor bancare ale debitorului
39.	Lista numerelor și adreselor creditorilor și creanțelor acestora la intrarea în faliment
40.	Lista inventar
41.	Lista plăților și transferurilor patrimoniale în cele 120 zile anterioare introducerii cererii introductive
42.	Mențiunea pe originalele titlurilor de valoare la ordin sau la purtător prezentate de creditorii
43.	Notificarea creditorilor privind intrarea în faliment
44.	Notificarea debitorului privind intrarea în faliment
45.	Notificare ORC privind intrarea în faliment
46.	Notificarea băncilor unde debitorul are conturi
47.	Notificarea creditorilor privind planul de distribuție
48.	Notificarea experților numiți în dosar.
49.	Notificarea prin Buletinul Procedurilor de Insolvență
50.	Notificarea privind închiderea procedurii
51.	Notificarea privind intrarea în procedura falimentului.
52.	Notificarea adunării generale a creditorilor și a administratorului special privind propunerile. de vânzare
53.	Ordine de plată plătite din contul debitorului
54.	Notificare - copie deschidere procedură
55.	Obiecțiuni la tabelul creanțelor
56.	Ofertă de servicii
57.	Opinia administratorului judiciar privind posibilitatea de realizare a planului
58.	Planul de distribuție
59.	Planul de reorganizare
60.	Preavizul de denunțare a unor contracte
61.	Proces-verbal de verificare a creanțelor
62.	Proces-verbal de comunicare către creditorii privind aprobarea cheltuielilor de evaluare
63.	Proces-verbal de adjudecare
64.	Proces-verbal de valorificare inventariere
65.	Proces-verbal al adunării/comitetului creditorilor
66.	Proces-verbal de sigilare/conservare
67.	Programul de administrare al lichidării
68.	Programul de plată a creanțelor
69.	Bugetul previzionat pentru cheltuielile efectuate din fondul de lichidare
70.	Raportul amănunțit
71.	Raport asupra fondurilor obținute din lichidare și încasarea creanțelor
72.	Raport către comitetul creditorilor privind evaluarea bunurilor și metoda valorificării
73.	Raport de evaluare
74.	Raport final
75.	Raport lunar
76.	Raport privind intrarea în procedura simplificată
77.	Raport privind măsurile convenite să ofere protecție creanței garantate a creditorului
78.	Dări de seamă, situații financiar- contabile
79.	Raportul administratorului judiciar privind intrarea în procedura simplificată
80.	Raport privind continuarea perioadei de observație
81.	Raport trimestrial privind situația financiară a averii debitoarei
82.	Regulamentul de vânzare
83.	Situațiile financiare finale
84.	Situația cheltuielilor efectuate pentru bunul mers al activității
85.	Solicitarea către judecătorul-sindic ca administratorul și alte persoane să fie interogate, să asiste și să dea concursul la efectuarea actelor de procedură
86.	Solicitarea informațiilor privind creanțele creditorilor și/sau ale debitorului
87.	Tabelul preliminar
88.	Tabelul definitiv
89.	Tabelul definitiv consolidat
90.	Tabelul suplimentar

Noul Cod civil, despre compensația datoriilor reciproce cu implicații în procedura insolvenței



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

Scurt istoric

Art. 1616-1618 din Noul Cod civil¹ reglementează efectele compensației datoriilor reciproce, compensație care operează de plin drept, precum și situațiile în care este exclusă.

În urmă cu un secol, autorii francezi G. Baudry-Lacantinerie și L. Barde, profesori la Universitatea din Bordeaux, publicau, la Editura Librairie de la Societe du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, cea de-a treia ediția a *Tratatului teoretic și practic de drept civil*, vol. III, consacrat stingerii obligațiilor prin novație, iertarea de datorie, compensație etc.

În secțiunea a IV-a, consacrată compensației, autorii definesc operațiunea ca stingere a două obligații existente între două persoane, în sensuri inverse, care se produce până la concurența cuantumului celei mai mici. Expresia provine de la *pensare cum* din dreptul roman. Autorul Domat citat de cei doi semnatari ai operei analizate reduce definiția la două plăți reciproce, concomitente, fără chitanță.

În opinia autorilor tratatului, acest mod de stingere nu este necesar din punct de vedere juridic, dar este util din

punct de vedere practic. Compensația poate opera convențional, dar prin voința legii operează automat și părțile o pot invoca una contra celeilalte. Există anumite asemănări între compensație și dreptul de retenție, fără a se confunda.

Mai întâi dreptul roman a admis compensația și apoi Instituțiile lui Justinian au reglementat-o. Țările care au adoptat dreptul cutumiar au fost rezistente la recunoașterea compensației.

Dreptul francez a admis atât compensația judiciară, cât și pe cea legală.

În Noul Cod civil, compensația este reglementată ca modalitate de stingere a obligațiilor, conform căreia, datoriile reciproce se sting prin compensație până la concurența celei mai mici dintre ele, dacă cele două datorii, indiferent de izvorul lor, sunt certe, lichide, exigibile și au ca obiect o sumă de bani sau o anumită cantitate de bunuri fungibile de aceeași natură. Compensația poate face obiect al renunțării exprese sau tacite din partea creditorilor reciproci și creditorul interesat poate obține recunoașterea judiciară a compensației.

¹ Art. 1.616. Noțiune - Datoriile reciproce se sting prin compensație până la concurența celei mai mici dintre ele.

Art. 1.617. Condiții - (1) Compensația operează de plin drept de îndată ce există două datorii certe, lichide și exigibile, oricare ar fi izvorul lor, și care au ca obiect o sumă de bani sau o anumită cantitate de bunuri fungibile de aceeași natură.

(2) O parte poate cere lichidarea judiciară a unei datorii pentru a putea opune compensația.

(3) Oricare dintre părți poate renunța, în mod expres ori tacit, la compensație.

Art. 1.618. Cazuri în care compensația este exclusă - Compensația nu are loc atunci când:

- creanța rezultă dintr-un act făcut cu intenția de a păgubi;
- datoria are ca obiect restituirea bunului dat în depozit sau cu titlu de comodat;
- are ca obiect un bun insesizabil.

Art. 1618 interzice compensația în trei situații:

a) atunci când creanța opusă în compensare rezultă dintr-un act ilicit, făcut cu intenția de a păgubi;

b) atunci când datoria are ca obiect restituirea bunului dat în depozit sau cu titlu de comodat și partea datornică este interesată să facă uz de dreptul de retenție;

c) când bunul este insesizabil. De exemplu, sunt insesizabile creanțele privind dreptul de întreținere și creanțele salariale și fiscale.

Compensația operează prin voința legii și, de aceea, nu este împiedicată de acordarea de către una dintre părți celeilalte a unui termen de grație sau acordarea acestuia termen de grație de către instanță. Stingerea datoriei prin compensație respectă regulile imputației plății din art. 1506-1509.

Dacă una dintre creanțe nu îndeplinește condiția de a fi lichidă și certă, datorită dezacordului între creditor și debitor, cu privire la cuantumul creanței, creditorul interesat poate cere instanței să determine lichiditatea creanței cu scopul de a opune compensația (art. 1617 alin. (2)).

Noul Cod civil aduce schimbarea

Un text interesant este cel cuprins în alin. (3) al art. 1617: „*Oricare dintre părți poate renunța, în mod expres ori tacit, la compensație.*” Din acest text rezultă cu claritate și fără puțință de interpretare diferită că instituția compensației nu este de ordine publică, deoarece depinde de voința uneia sau alteia dintre părțile raportului de compensație să renunțe la efectele compensației, care s-ar produce „de plin drept” și această renunțare poate fi nu numai expresă, ci și tacită. Această normă, din alin. (3) al art. 1617 are o importanță capitală în procedura insolvenței.

Dreptul de a opune compensația îl are și garantul fidejutor al uneia dintre obligații, dar debitorul principal nu poate opune compensația creditorului cu creanța pe care fidejuratorul o are față de creditor, neexistând identitatea de calitate.

Drepturile dobândite de o terță persoană nu pot fi prejudiciate de compensație. Debitorul terț poprit, care dobândește o creanță față de creditorul poprit nu poate opune compensația față de acest creditor. Debitorul care a plătit datoria nu mai poate opune compensația și nu se mai poate prevala, în dauna terțelor persoane, de garanțiile creanței sale.

De asemenea, nu mai poate fi opusă terței persoane compensația pe care debitorul putea să o invoce înainte de a accepta pur și simplu cesiunea sau ipoteca asupra creanței consimțită de creditorul său unui terț.

Dacă debitorul nu a acceptat cesiunea sau ipoteca, dar aceasta i-a devenit opozabilă, este împiedicată numai compensația datoriei creditorului inițial născute ulterior opozabilității cesiunii sau ipotecii.

O preluarea necritică și nelegală

În procedura insolvenței, textul art. 52 din Legea nr. 85/2006 recunoaște efectele compensației legale. Această recunoaștere, este conformă Regulamentului UE 1346/2000, Preambul pct. 26 și textului art. 6. Textul art. 52 prevede că “deschiderea procedurii de insolvență nu afectează dreptul unui creditor de a invoca compensarea

creanței sale cu cea a debitorului asupra sa, atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii”.

În opinia noastră, introducerea acestui text în Legea nr. 85/2006 este o gravă eroare, provocată de preluarea necritică a literei regulamentului menționat, deoarece compensația este incompatibilă cu procedura insolvenței, reglementată de Legea nr. 85/2006.

Astfel, conform prevederilor art. 149 din Legea nr. 85/2006 „dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura compatibilității lor cu cele ale Codului de procedură civilă, Codului civil, Codului comercial român și ale Regulamentului (CE) 1346/2000 referitor la procedurile de insolvență”.

Art. 52 se referă la compensarea creanței creditorului cu creanța debitorului față de el „atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii”. Prin condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală se înțeleg dispozițiile art. 1144 C.civ. actual „Compensația operează de drept, în puterea legii, și chiar când debitorii n-ar ști nimic despre aceasta; cele două datorii se sting reciproc în momentul când ele se găsesc existând deodată și până la concurența cotității lor respective”. Aceste dispoziții ale Codului civil în vigoare astăzi sunt, însă, incompatibile cu principiile fundamentale, de ordine publică, ale procedurii insolvenței, reglementate de Legea nr. 85/2006, pentru următoarele motive:

1) această compensare legală încalcă flagrant ordinea de prioritate a creanțelor prevăzută ca normă de interes publică la art. 123 din Legea nr. 85/2006 și această încălcare a ordinii este deosebit de flagrantă în ce privește creanțele de la punctele 8 și 9 ale art. 123;

2) prin această compensare sunt favorizați, contrar însuși scopului legii, prevăzut la art. 2 din Legea nr. 85/2006, acei creditori care au și calitatea de datornici față de debitorul în procedură, în prejudiciul inevitabil al celor care sunt numai creditori (iar unii chiar creditori privilegiați) din cauză că în averea debitorului nu mai intră acele fonduri cu care sunt datori creditorii ce se prevalează de compensație. Se diminuează astfel, în mod corespunzător sumele ce vor putea fi plătite creditorilor cu rang prioritar față de cei care invocă o compensație legală;

3) compensația legală încalcă principiului enunțat în art. 125 al Legii nr. 85/2006, conform căruia “creditorii dintr-o categorie pot primi suma numai după deplina îndestulare a titularilor de creanțe din categoria ierarhic superioară potrivit ordinii prevăzute de art. 123”;

4) conform principiilor specifice Legii insolvenței, singura soluție corectă este ca fiecare creditor cu dublă calitate, atât creditor, cât și datornic față de debitor, mai întâi să plătească ceea ce datorează debitorului și apoi să își înscrie creanța în tabel la rangul convenit de prioritate;

5) pentru România, nu era obligatorie preluarea art. 6 din Regulamentul UE 1346/2000, pentru că nici Danemarca nu a preluat-o, după cum rezultă din pct. 33 al Preambulului. Precedentul era deja creat și în legislația noastră prin OUG nr. 10/2004, care a refuzat să preia întregul capitol ce reglementează reorganizarea din Directiva DALEC.

Încă o eroare judiciară?

Jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a pronunțat în sensul că este posibilă compensația legală pentru că este prevăzută de art. 52 din Legea nr. 85/2006, care trimite la condițiile prevăzute de lege în materie de compensație, art. 1144 Cod civil. Astfel, prin decizia 1604 din 13 mai 2008, pronunțată de secția comercială a Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2008, p. 564, se reține că, în speță, recurenta, prin cerere reconvențională, a solicitat să se constate stingerea reciprocă a obligațiilor de plată, prin compensație legală, intervenită anterior deschiderii procedurii insolvenței asupra reclamantei. Instanța de apel, în mod greșit, a concluzionat că pârâta nu are calitate de creditor întrucât nu s-a înscris la masa credală și greșit a dispus suspendarea judecării cererii în temeiul art. 36 din Legea nr. 85/2006. Această concluzie este greșită pentru că poate fi invocată pe calea dreptului comun stingerea obligației prin compensație, ea constituind o excepție de la regula prevăzută la art. 36 privind suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare și extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale.

Cu amară decepție trebuie să constatăm că decizia ICCJ, secția comercială, este nelegală sub toate aspectele motivării sale.

În primul rând, eroarea prealabilă pe care a comis-o ICCJ este aceea că nu a sesizat că nu posedă competența materială pentru a soluționa recursul declarat de pârâta societate comercială care a invocat stingerea creanțelor reciproce între ea și reclamanta aflată în insolvență, astfel cum a cerut prin acțiunea reconvențională. Textul publicat al deciziei ICCJ, s.com., din 13 mai 2008 reține în primul alineat că prin sentința nr. 6443 din 19 aprilie 2007 Tribunalul Bacău, s.com. și de cont. adm., a respins acțiunea reclamantei SC R. SRL prin lichidator judiciar, în contradictoriu cu pârâta SC A.T. SRL prin lichidator judiciar și a admis cererea reconvențională a pârâtei SC A.T. SRL, astfel cum a fost precizată, constatând stingerea prin compensație a creanțelor reciproce ale părților. Pentru a hotărî astfel, sentința tribunalului a reținut că sunt îndeplinite condițiile compensării legale prevăzute de art. 1143-1144 din C.civ. Apelul declarat de reclamantă prin lichidatorul judiciar a fost admis de Curtea de Apel Bacău, s. com. și de cont. adm. și fisc., care a schimbat în tot sentința, în sensul că a admis în parte acțiunea și a obligat-o pe pârâta să plătească suma datorată și prin acea decizie a suspendat judecarea cererii reconvenționale în temeiul art. 36 din Legea nr. 85/2006.

Din aceste informații rezultă cu certitudine că sentința s-a pronunțat în cadrul procedurii de insolvență, la cererea lichidatorului judiciar al debitorului. Competența de a soluționa această cerere aparține exclusiv judecătorului-sindic investit cu soluționarea procedurii ale cărui atribuții sunt enumerate în art. 11 al Legii nr. 85/2006, numai exemplificativ, după cum rezultă din fraza inițială a textului art. 11: „principalele atribuții ale judecătorului-sindic, în cadrul prezentei legi, sunt:...”.

Această concluzie este consolidată și de textul art. 6 al Legii nr. 85/2006, conform căreia „toate procedurile prevăzute de prezenta lege, cu excepția recursului prevăzut la art. 8, sunt de competența secției de insolvență a tribunalului în a cărei rază teritorială își are sediul debitorul...”.

Hotărârile judecătorului-sindic sunt definitive și executorii și pot fi atacate separat cu recurs, conform dispozițiilor clare ale art. 12. Art. 8 prevede că recursul împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul-sindic se judecă de curtea de apel.

Concluzia ce se desprinde din textele invocate mai sus este în sensul că cererea administratorului judiciar trebuia să fie judecată de judecătorul-sindic, hotărârea acestuia putând fi cenzurată numai de curtea de apel, în ultimă instanță, un nou recurs neputând fi promovat la ICCJ pentru că și curtea de apel judecase tot un recurs.

Aceasta, în ce privește cererea lichidatorului.

În ce privește cererea reconvențională, este limpede că are conexitate cu cererea lichidatorului și s-a promovat de către pârâta numai pentru că reclamanta o chemase în judecată pentru plata unei creanțe. Competența de a soluționa cererea reconvențională aparține aceleiași instanțe care este investită cu cererea de chemare în judecată. În consecință, tribunalul a judecat ambele cereri și s-a pronunțat asupra ambelor, așa cum s-a arătat mai sus, iar prin tribunal trebuie să înțelegem obligatoriu judecătorul-sindic pentru că așa ne impune textul primului alineat al art. 6 din Legea nr. 85/2006.

Concluzia este că ICCJ nu avea nicio competență să se investească pentru a judeca recursul pârâtei, exceptând obligația legală de a-l respinge ca inadmisibil.

Textul art. 36 din Legea nr. 85/2006 prevede că „de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale”.

Textul a fost înțeles greșit de ICCJ. Aplicarea lui se face numai atunci când, la data deschiderii procedurii, pe rolul altor instanțe sau chiar pe rolul tribunalului competent să aplice procedura insolvenței se află în curs procese contra averii debitorului. Partea referitoare la executarea silită nu are relevanță în acest caz concret.

Menirea textului art. 36 este să concentreze la judecătorul-sindic toate pretențiile creditorilor.

Prin urmare, art. 36 nu se aplică în sensul dirijării dosarelor de către instanța de control judiciar, așa cum dintr-o regretabilă eroare de interpretare a înțeles să o facă ICCJ, s.com. Suspendarea se pronunță de fiecare instanță investită în parte, fără a trimite dosarul la judecătorul-sindic. Aceasta este sarcina reclamantului din acel dosar, care îl va investi cu cerere de înscriere a creanței pe judecătorul-sindic. ICCJ a trimis cauza instanței de apel pentru a se pronunța pe fondul cererii reconvenționale, demonstrând în acest fel că nu a înțeles sensul dispozițiilor din art. 36.

Este semnificativă absența oricărei referiri la art. 149 din Legea nr. 85/2006 în cuprinsul acestei decizii.

În concluzie, această decizie de speță a ICCJ poate fi reținută ca fiind exemplară, dar numai pentru a ilustra

erorile de care este capabilă o instanță care creează jurisprudență îndrumătoare pentru instanțele inferioare. Personal, recomand evitarea acestei erori din respect pentru lege.

Compensația este o operațiune matematică, dar nu și mașinală

Pentru a înțelege corect mecanismul care se opune compensației, trebuie mai întâi să înțelegem și să fim de acord că $1 + 1$ nu este doar egal cu 2, ci și cu relația între 1 și 2, acel plus (+) fiind un element care se adaugă cifrei 2. Tot astfel, relația între creditor și debitor este una în situația de normalitate a comerțului și alta în situația de criză pe care o generează insolvența. Multe lucruri se schimbă odată cu starea de insolvență și toate aceste schimbări se află sub geneza unei însușiri specifice a acestei proceduri: caracterul colectiv. Dacă până la insolvență raporturile se stabileau între debitor și un creditor, odată cu deschiderea procedurii insolvenței, relațiile se stabilesc între debitor și toți creditorii la un loc și fiecare în parte, precum și între creditorii aceluiași debitor. Această țesătură complicată nu reprezintă toar o cantitate suplimentară, diferită, ci și o calitate cu totul schimbată a raporturilor între debitor și creditorii săi pentru că procedura insolvenței nu este doar colectivă, ci este și concursuală (concretențială). Precaritatea averii debitorului naște spaima creditorilor că nu vor fi plătiți. Cei precauți sunt mai calmi, cei creduli sunt disperati, legea îi potolește pe toți, instituind o ordine necruțătoare și un sistem de distribuire riguros. Mai întâi se îndestulează practicantul în insolvență pentru integralitatea drepturilor sale bănești și apoi vine rândul, pentru ceea ce a mai rămas numai, creditorilor privilegiați sau cu creanțe garantate. Marea masă a creditorilor este, în modul cel mai firesc, a celor chirografari și pentru această categorie, realitatea demonstrează că aproape întotdeauna nu ajung banii rămași sau că nu rămâne nimic.

În această ordine militărească, cel ce încearcă să se strecoare neplătindu-și datoria față de debitor și valorificându-și propria creanță de rang inferior înaintea creditorilor care posedă creanțe cu rang prioritar nu are nicio șansă legală, dar poate avea o șansă nesperată în eroarea judiciară.

Cu toată fermitatea ne opunem acestor tendințe și, în sprijinul opoziției avem solide argumente de text.

Jurisprudența franceză în domeniu recunoaște efectele compensației care s-au produs, prin efectul legii, până în momentul deschiderii procedurii, dar nu și cele produse ulterior acestui moment, pentru că ar echivala compensația cu o plată și asemenea plăți sunt interzise debitorului după deschiderea procedurii. Compensația ar mai putea fi sancționată cu nulitatea prevăzută pentru actele debitorului în perioada suspectă. Concluzia jurisprudenței franceze și a doctrinei care o aprobă este că în orice domeniu al relațiilor de afaceri, inclusiv în domeniul insolvenței, compensația operează deplin drept ca modalitate de plată pentru stingerea obligațiilor. În ce privește perioada de

după deschiderea procedurii, jurisprudența franceză nuanțează soluția și admite ipoteza compensației în cazul conexității creanțelor reciproce (*F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette*, Droit civil. Les obligations, 9e édition, Ed. Dalloz, 2005, p. 1326 și urm. împreună cu abundența jurisprudență citată în subsoluri). Sunt conexe, în această accepțiune, creanțele născute din același raport contractual sau din contracte distincte dar legate economic între ele și până la urmă chiar dintr-o relație a unei obligații contractuale cu o obligație delictuală.

Dacă toată pledoaria de mai sus va fi ignorată, în stilul bine cunoscut al „revizuirii” caragialești („să se revizuiască, primesc, dar să nu se schimbe nimic”), viitorul apropiat mă va răzbuna, pentru că textul art. 1617 este substanțial diferit de textele Codului civil actual (art. 1143-1153).

Noutatea revoluționară constă în proclamarea principiului conform căruia, compensația nu este un efect de ordine publică, ci ea poate fi înlăturată în sensul că „oricare dintre părți poate renunța, în mod expres sau tacit, la compensație” (alin. (3) al art. 1617).

Dacă primul alineat al acestui articol reprezintă un vestigiul al Codului actual, prin conservarea expresiei „compensația operează deplin drept” (în Codul actual art. 1144: „Compensația se operează de drept, în puterea legii”), în schimb, textul celui de-al treilea alineat ne avertizează cu claritate că oricât de automat ar acționa, efectul compensației poate fi înlăturat prin renunțare la compensație, de către „oricare dintre părți”. Este limpede că administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar desemnat în procedura insolvenței este dator, în virtutea celor două principii menționate anterior (principiul ordonării rangului creanțelor și principiul maximizării averii debitorului) să renunțe expres sau implicit la compensare, refuzând să înscrie creanța și obligându-l pe acel creditor să plătească mai întâi ceea ce datorează față de averea debitorului.

Teoretic, trei ipoteze pot fi imaginate:

1) creanța creditorului este mai mică decât datoria lui față de debitor. Creditorul nu are niciun interes să participe la procedură;

2) creanța creditorului este mai mare decât datoria lui față de debitor. Creditorul va cere înscrierea diferenței dintre cele două creanțe;

3) creanțele sunt egale, ipoteză pur teoretică. Creditorul nu va participa la procedură, neavând niciun interes.

Este posibil ca acel creditor să conteste, în tot sau în parte, creanța debitorului față de el. Dacă, în această ipoteză, participă la procedură și cere înscrierea creanței în tabel, se procedează conform celor expuse anterior. Mai întâi i se va cere să plătească datoria față de averea debitorului și, în măsura în care va aprecia administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul, creanța se va înscrie la rangul convenit.

+

cyanmagentablack

NOȚIUNEA DE INSOLVENȚĂ

Aspecte generale

(Partea a III-a)

(continuare din nr. 36/2011)

Judecător Marcela Comșa
Curtea de Apel Brașov

1.3.5. Procedura insolvenței și respectarea drepturilor omului

O problemă deosebită o pun și societățile comerciale în care statul sau unitățile administrativ-teritoriale sunt asociați/acționari. Multe din aceste întreprinderi cu capital majoritar de stat au trecut prin perioade dificile din punct de vedere economic. O parte au fost privatizate și în acest mod comerciantul și-a continuat activitatea, altele au intrat în procedura de insolvență.

În cazul acestora din urmă s-a pus în mod deosebit și problema respectării drepturilor omului. În materia dreptului comercial în general și al dreptului insolvenței în special, respectarea drepturilor omului prezintă anumite particularități. Natura și finalitatea comerțului reclamă în mod necesar o reglementare proprie. Regulile de drept comun sunt adaptate cerințelor materiei sau interpretate în mod diferit. Se edictează reguli specifice care corespund exigențelor impuse de particularitățile operațiunilor de comerț. Principiile care guvernează dreptul comercial sunt: principiul libertății comerțului, principiul concurenței loiale și principiul libertății convențiilor. Respectându-se aceste convenții se respectă și drepturile omului incidente.

Atunci când comerciantul trece prin dificultăți financiare din diverse motive și nu mai face față cu lichiditățile disponibile plăților curente se declanșează procedura insolvenței. Caracterele procedurii de reorganizare judiciară și a falimentului sunt așa cum arătat și anterior, caracterul judiciar, caracterul profesional, caracterul de remediu sau executare silită, caracterul colectiv (sau concursual) și caracterul unitar. Procedura insolvenței este deci o procedură colectivă, generală și egalitară. Ea urmărește interesele tuturor creditorilor. În caz de faliment procedura se aplică întregului patrimoniu și satisface toți creditorii, în limita cotei falimentare, proporțional cu valoarea creanțelor¹. Procedura specială nu poate însă să justifice încălcarea unor drepturi fundamentale ale omului, iar o eventuală îngrădire a acestora trebuie să fie proporțională cu scopul urmărit.

Deși procedura ar trebui să fie aceeași indiferent de asociat/acționar, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat în alt mod prin decizii de speță.

În Cauza Cone împotriva României, cererea nr. 35935/02, Curtea a hotărât să analizeze în același timp admisibilitatea și temeinicia cauzei, iar hotărârea a fost pronunțată în data de 24 iunie 2008².

Circumstanțele acestei cauze sunt următoarele:

Prin decizia din 7 mai 1998, societatea agricolă pe acțiuni cu capital majoritar de stat A. ("societatea A.") a concediat-o pe reclamanta Georgeta Cone din postul de inginer șef al unei ferme agricole, decizie care urma să intre în vigoare, retroactiv, din ianuarie 1998.

Prin hotărârea din 17 februarie 1999, Judecătoria Turnu Măgurele a admis contestația reclamantei, anulând decizia respectivă și disponibilizând reintegrarea reclamantei în postul deținut anterior.

La 6 martie 1999, în cadrul unei ședințe interne având ca obiect reorganizarea societății A. în vederea privatizării, s-a stabilit, printre altele, restructurarea a trei ferme existente, precum și o reducere de personal. Răspunzând la problema privind eventuala divizare a societății, directorul a anunțat că a primit o scrisoare de la Ministerul Agriculturii, din care reieșea că nu se renunțase la divizare și că rămânea doar proiectul de restructurare. Conform Guvernului, deciziile luate în cadrul ședinței respective au avut ca urmare desființarea postului ocupat de reclamantă anterior concedierii sale.

Prin hotărârea Tribunalului Teleorman din 30 septembrie 1999, apelul societății A. împotriva hotărârii din 17 februarie 1999 a fost respins ca tardiv, aceasta din urmă rămânând astfel definitivă.

La 22 martie 2000, reclamanta a sesizat instanțele interne cu o acțiune în plata drepturilor salariale datorate acesteia de societatea A., pentru perioada cuprinsă între ianuarie 1998 și aprilie 2000. Prin hotărârea din 9 noiembrie 2000, Tribunalul Teleorman a admis parțial acțiunea și a obligat societatea să plătească reclamantei suma de 18.741.423 lei vechi (ROL), reprezentând prejudiciul suferit de aceasta între ianuarie 1998 și noiembrie 1999. Conform reclamantei, instanța i-a respins acesteia cererea de admitere de probe suplimentare în sprijinul acțiunii sale. Hotărârea a rămas definitivă prin decizia din 21 februarie 2001 a Curții de Apel de București, care a respins ca inadmisibil recursul formulat de societatea A.

După mai multe demersuri verbale, la 28 februarie și respectiv 20 decembrie 2000, reclamanta i-a solicitat în scris directorului societății A. executarea hotărârilor definitive din 17 februarie 1999 și 9 noiembrie 2000, fără a primi însă răspuns.

Prin hotărârile de încetare a procesului penal din 19 martie și respectiv 27 aprilie 2001, Parchetul de pe lângă Judecătoria Turnu Măgurele a respins plângerile penale introduse de reclamantă împotriva contabilului și directorului societății A., pentru neexecutarea unei hotărâri judecătorești definitive, pe motiv că faptele invocate nu corespund realității și că nu pot fi calificate drept delict. Procurorul și-a motivat hotărârile prin faptul că nu contabilului îi era imputabilă neexecutarea respectivă, aceasta datorându-se desființării postului reclamantei în 1999 și dificultăților financiare întâmpinate de societatea A, care făcea obiectul unei proceduri reglementate de Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului. S-a reținut că rezultă din elementele dosarului că reclamantei i-au fost comunicate hotărârile de încetare a procesului penal însă fără a fi motivate. Aceste

hotărâri au fost confirmate prin hotărârile din 15 aprilie și 7 august 2002 ale parchetelor ierarhic superioare, care au adus la cunoștința reclamantei și motivările respective.

Printr-o hotărâre din 28 noiembrie 2000, Tribunalul Teleorman a admis cererea unei societăți terțe, creditor al societății A., dispunând deschiderea față de aceasta a procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995 privind reorganizarea judiciară și falimentul. La 6 martie 2001, Tribunalul a admis cererea reclamantei Georgeta Cone, dispunând înscrierea acesteia pe lista de creditori a societății A., cu suma fixată prin hotărârea din 9 noiembrie 2000.

Printr-o hotărâre din 26 iunie 2001, în prezența reclamantei, Tribunalul Teleorman a admis cererea creditorilor și, constatând că planul de reorganizare al societății debitoare nu a fost confirmat de instanță, a decis deschiderea procedurii de faliment și a numit un lichidator în acest sens.

Prin hotărârile din 30 septembrie și 3 decembrie 2003, Tribunalul Teleorman a constatat că activul debitoare nu era suficient pentru a acoperi toate sumele înscrise, inclusiv cele ale reclamantei, și a închis procedura de faliment, dispunând dizolvarea societății A. și radierea sa din Registrul Comerțului.

Societatea A. figura la data deschiderii procedurii de insolvență, în anexa Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 198 din 10 decembrie 1999³ și a Legii nr. 268 din 8 mai 2001⁴ ca fiind guvernată de dispozițiile legale respective, care prevedeau privatizarea anumitor societăți comerciale cu capital integral sau majoritar de stat, în numele statului, prin Ministerul Agriculturii iar, în lege, și prin Agenția Domeniilor Statului (ADS). Privatizarea urma să se realizeze prin vânzarea acțiunilor și activelor acestor societăți și prin privatizarea managementului acestora.

Examinând aspectele relevante ale acestei cauze, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că, în ceea ce privește hotărârea din 17 februarie 1999, reclamanta putea încă să spere la punerea în executare a acesteia de către autorități, în ciuda desființării postului său în 1999, desființare care i-a fost adusă la cunoștință târziu, în hotărârea din 9 noiembrie 2000 prin care i se acorda doar o parte din drepturile bănești convenite. În ceea ce privește perioada de după pronunțarea hotărârii Tribunalului Teleorman din 26 iunie 2001, lucrurile stau altfel. În această privință, Curtea a arătat că, la cererea creditorilor, printre care și reclamanta, instanța respectivă a constatat că reorganizarea societății A. este imposibilă și a dispus deschiderea procedurii de faliment împotriva societății debitoare, ceea ce a însemnat încetarea activității acesteia și punerea în vânzare a bunurilor sale de către un lichidator.

În urma pronunțării acestor hotărâri judecătorești, autoritățile, cărora până atunci li se putea imputa neexecutarea hotărârii în cauză, nu mai erau în măsură să reintegreze reclamanta în postul pe care îl ocupase în cadrul societății A. În aceste împrejurări, recursul reclamantei împotriva hotărârilor de încetare a procesului penal pronunțate de Parchet nu putea avea ca efect decât o eventuală urmărire penală a persoanelor responsabile, fără consecințe asupra executării obligației de reintegrare a reclamantei în postul său ori într-un post echivalent. În acest sens, Curtea a observat că, niciun element din dosar nu a indicat faptul că autoritățile au adoptat poziții contradictorii față de executarea hotărârii din 17 februarie 1999 sau că societatea A. a fost înlocuită cu o structură analogă, astfel încât să fie posibilă executarea prin echivalent. Nici reclamanta nu a susținut această teză (a se vedea, a contrario, cauzele Tarverdiyev, Ștefănescu și SC Ruxandra Trading SRL, și de asemenea Costin împotriva României, nr. 57810/00, hotărârea din 26 mai 2005⁵).

Având în vedere circumstanțele speciale ale acestei cauze, Curtea a considerat că prin deschiderea procedurii de faliment

împotriva societății debitoare A. prin hotărârea din 26 iunie 2001, s-a pus capăt situației continue privind obligația de reintegrare a reclamantei în postul deținut anterior și că ea constituie punctul de plecare al termenului de șase luni, aplicabil în speță.

Având în vedere că reclamanta Georgeta Cone a sesizat Curtea cu privire la neexecutarea hotărârii din 17 februarie 1999 la data de 20 septembrie 2002, s-a admis excepția invocată de Guvern, și s-a dispus în sensul respingerii acestui capăt de cerere ca fiind tardiv, conform art. 35 alin. (1) și (4) din Convenție.

Referitor la celelalte capete de cerere, respectiv cele privind neexecutarea hotărârii Tribunalului Teleorman din 9 noiembrie 2000, Curtea a constatat că acestea nu sunt în mod vădit nefondate în sensul art. 35 alin. (3) din Convenție și că nu există niciun alt motiv de inadmisibilitate. În consecință, le-a declarat admisibile. Motivarea Curții Europene a Drepturilor Omului prin care a fost condamnat Statul român prezintă interes din perspectiva temei de față.

S-a arătat că, Guvernul a recunoscut că neexecutarea hotărârii din 9 noiembrie 2000, prin care Tribunalul Teleorman i-a acordat reclamantei suma de 18.741.423 lei ROL, constituie o ingerință în exercițiul dreptului de acces al acesteia la o instanță și în dreptul la respectarea bunurilor sale. Totuși, în opinia Guvernului, ingerința a respectat cerința de proporționalitate în măsura în care neexecutarea hotărârii s-a datorat dificultăților financiare ale societății A. și insuficienței sumelor obținute prin scoaterea la licitație a bunurilor acesteia în cadrul procedurii de faliment.

Curtea a arătat faptul că, în această cauză, deși prin hotărârea din 9 noiembrie 2000 rămasă definitivă prin respingerea ca inadmisibilă a recursului formulat de societatea A. s-a dispus plata de către aceasta a unei sume reprezentând prejudiciul suferit de reclamantă între ianuarie 1998 și noiembrie 1999 prin neplata drepturilor salariale convenite, hotărârea respectivă nu a fost nici executată, în pofida demersurilor reclamantei, nici anulată ori modificată prin exercitarea vreunei căi de atac prevăzute de lege. În acest sens, Curtea a notat că, deși reclamanta și-a înscris creanța rezultând din hotărârea definitivă respectivă în procedura de faliment deschisă împotriva societății A., aceasta nu a obținut plata iar Guvernul nu a dovedit executarea ulterioară a hotărârii judecătorești.

Pe de altă parte, constatând că autorităților le revenea obligația executării acestei hotărâri, Curtea a menționat jurisprudența sa constantă conform căreia acestea nu pot invoca lipsa de fonduri pentru neachitarea unei datorii rezultând dintr-o hotărâre judecătorească. Se face trimitere la cauza Bourdov împotriva Rusiei, nr. 59498/00, CEDO 2002-III.⁶ În consecință s-a arătat că derularea unei proceduri de reorganizare judiciară și faliment împotriva unei societăți aflate sub răspunderea statului nu este, conform Convenției, de natură să o exoneraze pe aceasta de obligația de executare a hotărârii respective, nici să justifice neexecutarea sa. Se citează și cauzele Shlepkin împotriva Rusiei, nr. 3046/03, hotărârea din 1 februarie 2007, și Mikhailenki și alții.

După examinarea tuturor elementelor care i-au fost aduse la cunoștință, Curtea a considerat că Guvernul nu a expus vreun fapt sau argument care să conducă la o concluzie diferită în cauza de față. Ținând cont de jurisprudența sa în materie, Curtea a arătat că statul, prin neexecutarea hotărârii din 9 noiembrie 2000, a lipsit de efecte utile dreptul reclamantei de acces la un tribunal și a privat-o pe aceasta fără temei de suma ce i se cuvenea în baza hotărârii respective, sumă care reprezintă un bun în sensul art. 1 din Protocolul nr. 1.

În consecință, s-a constatat încălcarea art. 6 alin. (1) din Convenție și art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenția europeană a drepturilor omului.

Curtea a considerat că singurul element ce permite acordarea unei satisfacții echitabile este dat de constatarea încălcării art. 6 alin. (1) din Convenție și a art. (1) din Protocolul nr. 1, având în vedere neexecutarea de către autorități a hotărârii din 9 noiembrie 2000 a Tribunalului Teleorman, care a ordonat acestora să achite reclamantei suma de 18.741.423 lei ROL, pentru prejudiciul suferit între ianuarie 1998 și noiembrie 1999 în urma concedierii sale.

O hotărâre prin care se constată o încălcare atrage în sarcina statului obligația juridică de a pune capăt încălcării respective și de a-i înlătura consecințele, restabilind pe cât posibil situația anterioară. Se face trimitere la cauzele Metaxas împotriva Greciei, nr. 8415/02, hotărârea din 27 mai 2004, și Latridis împotriva Greciei (satisfacție echitabilă) (GC), nr. 31107/96, CEDO 2000-XI⁷.

În speță, Curtea a apreciat că plata sumei fixate prin hotărârea respectivă, reactualizată cu indicele inflației de la data pronunțării și până în prezent, ar pune-o pe reclamantă într-o situație pe cât posibil echivalentă cu cea în care s-ar fi aflat dacă exigențele art. 6 alin. (1) din Convenție și ale art. 1 din Protocolul nr. 1 nu ar fi fost încălcate.

S-a considerat însă că reclamanta a suferit și un prejudiciu moral datorat frustrării provocate de neexecutarea hotărârii din 9 noiembrie 2000 pronunțată în favoarea sa și că simpla constatare a încălcării nu este de natură să compenseze suficient acest prejudiciu. Având în vedere ansamblul elementelor de care a dispus și statuând în echitate, conform art. 41 din Convenție, Curtea a atribuit reclamantei suma de 3.500 euro pentru prejudiciul moral suferit.

În această speță s-a subliniat că neexecutarea unei hotărâri judecătorești poate în mod indirect să ducă la lăsarea fără conținut a dreptului de acces la un tribunal. În alte cazuri, Curtea a arătat că dreptul fiecărei persoane de a avea acces la justiție se completează cu obligația statului de a facilita accesul, astfel încât pentru respectarea acestei exigențe nu este suficientă obligația negativă de a nu împiedica în nici un fel accesul la o instanță, ci uneori statele sunt obligate să asigure adevărate drepturi sociale și economice.

Scopul principal al art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (raportat la speța de față) este de a arăta care sunt garanțiile procedurale care trebuie să însoțească judecarea cererilor privind drepturi și obligații cu caracter civil. Acestea se analizează în concret. În cazul prezentat s-a observat că societatea comercială A. era sub controlul statului, acesta având putere de decizie. S-a reținut în mod expres că derularea unei proceduri de reorganizare judiciară și faliment împotriva unei societăți aflate sub răspunderea statului nu este de natură să exonereze pe aceasta de obligația de executare, nici să justifice neexecutarea sa.

Totuși apreciez că se crează un precedent periculos. Statul va fi obligat, raportându-ne la considerentele din decizia Curții Europene a Drepturilor Omului, să suporte tot pasivul societăților falimentare la care este acționar. Majoritatea creditorilor înscrși în tabelul definitiv al creanțelor într-o procedură de faliment beneficiază de o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă care nu a fost executată.

S-ar putea în acest fel să se afecteze și concurența pe piață. Muncitorii vor prefera să se angajeze la întreprinderi la care statul sau instituții ale statului sunt asociați/acționari, iar firmele vor încheia mai ușor afaceri cu aceste societăți știind că indiferent de situația economico-financiară a acestora vor avea „garantate” creanțele.

Societatea comercială este persoană juridică, ea are elementele constitutive impuse de lege: o organizare de sine stătătoare, un patrimoniu propriu și un scop determinat. Personalitatea juridică îi conferă societății comerciale calitatea de a fi titulară de drepturi și obligații, de a fi un subiect de drept. Ea nu se confundă cu asociații sau acționarii ei.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului are însă o jurisprudență constantă în a obliga Statul să execute hotărârile pronunțate împotriva unor societăți comerciale pentru care este responsabil (în speță asociat/acționar majoritar, direct sau prin instituțiile aflate în subordinea sa).

În anul 2008 s-a mai pronunțat o hotărâre în acest sens în cauza Moldoveanu împotriva României⁸. Reclamantul Moldoveanu Victor era comandant de vas al companiei naționale Navrom SA Constanța. El s-a plâns Curții de imposibilitatea obținerii plății unei creanțe având ca obiect drepturi salariale datorită deschiderii procedurii de lichidare judiciară a Navrom SA Constanța și a invocat încălcarea art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție. Curtea a reținut că împrejurarea potrivit căreia procedura de lichidare judiciară a Navrom SA Constanța era în curs nu ar justifica neplata timp de 8 ani a sumei acordate reclamantului prin hotărâre definitivă. Curtea, referindu-se la faptul că Navrom SA Constanța este o societate pentru care statul este responsabil, a hotărât și în acest caz că art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție a fost încălcat și a acordat reclamantului Moldoveanu Victor 19.000 euro pentru prejudiciul material și 3000 euro pentru prejudiciul moral.

În viitor situații de tipul celor analizate anterior vor fi din ce în ce mai puține având în vedere că statul a privatizat majoritatea societăților comerciale.

Pentru înțelegerea „instituției” insolvenței, care reprezintă situația dificilă a debitorului, ruina, eșecul în afaceri, dar și procedura colectivă aferentă se impune analizarea acesteia și din perspectivă istorică. Această stare economică precară era și este încă cunoscută sub denumirea de faliment și reglementată ca atare.

D. N. North, laureat al premiului Nobel pentru economie, apreciază că istoria contează nu numai pentru că putem învăța din trecut ci și pentru că prezentul și viitorul sunt legate de trecut prin continuitatea instituțiilor unei societăți. De aceea „operațiunile de azi și de mâine sunt formate de trecut.”

Note:

1 Marie-Jeanne Campana - "Entreprises en difficulte - Redressement judiciaire", Recueil, Le Dalloz nr. 2, 14 aprilie 2000, pag. 2 -43;

2 Hotărârea a fost publicată în Buletinul CEDO nr. 8/2008 (revistă lunară, publicație a Editurii Hamangiu), traducere de Raluca Feneșan - pag. 62-68;

3 Ordonanța de urgență nr. 198 din 10 decembrie 1999 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri agricole sau terenuri aflate permanent sub luciul de apă a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 607 din 13 decembrie 1999. Ea a fost respinsă prin Legea nr. 566 din 19 octombrie 2001;

4 Legea nr. 268 din 28 mai 2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 299 din 7 iunie 2001;

5 Hotărârea a fost publicată în Monitorul Oficial al României nr. 367 din 27 aprilie 2006;

6 Vincent Berger - "Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului", Ediția a 5-a în limba română, Editura Institutul Român pentru Drepturile Omului, București 2005., pag. 287 - 289.

7 Hotărâri accesibile pe site-ul - www.echr.coe.int.

8 Hotărârea a fost publicată în Buletinul CEDO nr. 9/2008 (revistă lunară, publicație a Editurii Hamangiu).

Anularea actelor frauduloase perfectate în perioada suspectă

Interpretarea dispozițiilor art. 79 coroborat cu art. 85 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Cadru procesual. Sancțiunea nerespectării dispozițiilor privind calitatea procesuală.

Notă la Decizia civilă nr. 771 din 18 aprilie 2011.

Judecător Anca Buta
Curtea de Apel Timișoara
Secția Comercială

Practica ultimilor ani relevă numeroase încercări ale debitorului de a-și „amenaja” procedura, în sensul de a transfera o mare parte a activelor societății, care ulterior va fi supusă procedurii insolvenței, în favoarea unor terți – agenți economici, de regulă – în care acționarii debitorului au importante interese și dețin chiar majoritatea capitalului social¹.

Ținând seama de realitățile menționate mai sus, legiuitorul a reglementat un instrument juridic menit să desființeze actele juridice frauduloase perfectate în perioada suspectă. Este vorba despre acțiunea în anularea actelor juridice încheiate de către debitor cu terțe persoane în dauna drepturilor creditorilor, prin fraudarea acestora.

Prin Sentința comercială nr.768/16.09.2010, pronunțată de Tribunalul Caraș-Severin în dosarul nr.3358/115/2008 s-a admis cererea formulată de lichidatorul SCP. M. SPRL Reșița, pentru anularea transferului patrimonial realizat între debitoarea Societatea comercială „V 2000” S.R.L. Bocșa și pârâtele SC IA SRL Reșița, SC ECC SRL Reșița, SC VO SRL Reșița prin lichidator SCP. LG. SPRL Reșița; s-au anulat facturile fiscale fiind obligată pârâta SC ECC SRL Reșița la plata sumei de 7.351,65 lei actualizată la data plății, către debitoare, iar pârâta SC IA SRL Reșița la plata sumei de 97.072,57 lei actualizată la data plății, către debitoare.

De asemenea, s-a dispus anularea contractului de vânzare-cumpărare încheiat între debitoare și pârâta SC ECC SRL Reșița autentificat sub nr. 708/07.05.2007 de către B.N.P. B. L., privind 2 imobile, situate în Bocșa, jud. Caraș-Severin și s-a dispus anularea contractului de vânzare-cumpărare încheiat între debitoare și pârâta SC ECC SRL Reșița autentificat sub nr. 2070/08.09.2006 de către B.N.P. B.L., privind imobilul apartament nr. 2 compus din trei camere în suprafață de 73,92 mp situat în Reșița, jud. Caraș-Severin.

Totodată s-a dispus anularea contractului de vânzare-cumpărare încheiat între debitoare și pârâta SC ECC SRL Reșița autentificat sub nr. 2069/08.09.2006 de către B.N.P. B.L., privind imobilul situat în Reșița, jud. Caraș-Severin și s-a dispus anularea contractului de vânzare-cumpărare încheiat între

debitoare și pârâta SC VO SRL Reșița autentificat sub nr. 2071/08.09.2006 de către B.N.P. B.L., privind imobilul situat în Reșița, jud. Caraș-Severin, precum și radierea tuturor înscrierilor făcute în C.F. și restituirea în natură a imobilelor ce au făcut obiectul vânzării fiind obligate pârâtele să înapoieze averii debitoarei imobilele.

Pentru a pronunța această sentință, instanța de fond a reținut următoarele:

În cadrul procedurii falimentului, deschisă împotriva debitoarei Societatea comercială „V 2000” S.R.L. Bocșa, județul Caraș-Severin, la 9.02.2010 lichidatorul a formulat acțiune pentru anularea facturilor fiscale enumerate la dosar, obligarea pârâtei SC ECC SRL Reșița la plata sumei de 7.351,65 lei actualizată la data plății, în contul debitoarei; și obligarea pârâtei SC IASRL Reșița la plata sumei de 97.072,57 lei actualizată la data plății, în contul debitoarei, pentru următoarele motive:

În fapt, prin sentința comercială nr. 63/JS/19.02.2009 s-a admis cererea introductivă formulată de către creditoarea SC PR SRL și, în consecință, s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței față de debitoare SC V 2000 SRL, desemnându-se ca administrator judiciar SCP M SPRL Reșița. Având în vedere actele contabile depuse de către debitoare, precum și copiile contractelor de vânzare-cumpărare, prin procesul-verbal al adunării generale a creditorilor din data de 29.09.2009, creditorii au aprobat și au împuternicit administratorul judiciar să introducă acțiuni în anulare a transferurilor patrimoniale efectuate de debitoare în cei trei ani anterior deschiderii procedurii insolvenței.

Creditorii au apreciat că, prin facturile fiscale mai sus menționate, debitoare și-a înstrăinat întreg patrimoniul mobil către pârâți la prețuri derizorii, toate facturile fiind încheiate în aceeași zi. Din actele contabile depuse și analizate s-a constatat că facturile fiscale emise nu au fost achitate integral, fiind făcute doar plăți parțiale. Referitor la aceleași facturi, la rubrica privind datele de identificare ale delegatului din partea cumpărătorilor figurează numitul D.A., respectiv C. D., care, conform listei de inventar a debitoarei cu privire la bunuri mobile aflate în gestiune, aveau calitatea de angajați ai debitoarei, fiind astfel

evidentă intenția debitoarei de a scoate în mod fraudulos din patrimoniul bunurile mobile mai sus menționate.

Autoturismele proprietatea debitoarei au fost vândute de două ori, la date diferite, emițându-se astfel facturi fiscale cu dată și număr diferit, având același obiect.

Astfel, s-a observat că facturile fiscale sus-menționate au fost emise cu intenția tuturor părților implicate de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii.

Administratorul judiciar a considerat că părțile, cu rea-credință, au încheiat actele contestate în dauna intereselor creditorilor, cu finalitatea diminuării masei active a debitoarei și a obținerii unui avantaj injust de către acestea, aflându-se în legături relaționale strânse.

Astfel, administratorul judiciar a considerat că una din cauzele ajungerii debitorului în stare de insolvență a fost generată de faptul că actele juridice încheiate de acesta au fost dăunătoare averii sale și că actele juridice respective nu se încadrau în activitatea curentă pe care o desfășura debitorul.

În concluzie, administratorul judiciar a considerat că sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 80 alin.1 lit. c) din Legea nr. 85/2006 deoarece au avut loc tranzacții în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, fiind vorba practic de un act juridic lezionar, în sensul că între prestațiile părților a existat o diferență vădită de valoare, în defavoarea debitorului, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii, lezându-le astfel drepturile.

În drept lichidatorul și-a întemeiat acțiunea pe prevederile art. 79-80 pct. 1 lit. c) din Legea nr. 85/2006.

Prin acțiunea în anulare din 05.02.2010, lichidatorul SCP M SPRL Reșița a solicitat să se constate că următoarele contracte de vânzare-cumpărare încheiate de către debitoare sunt frauduloase, având ca efect prejudicierea creditorilor și aducerea debitoarei în stare de insolvență, și, în consecință să se dispună anularea contractelor de vânzare-cumpărare (mai sus expuse), cu revenirea la situația anterioară înscrierii în cartea funciară a imobilelor de mai sus.

Lichidatorul și-a motivat cererea pe aceeași propunere făcută în adunarea generală a creditorilor din data de 29.09.2009, prin care creditorii au aprobat și au împuternicit administratorul judiciar să introducă acțiuni în anulare a transferurilor patrimoniale efectuate de debitoare în cei trei ani anterior deschiderii procedurii insolvenței, arătând că, prin contractele de vânzare-cumpărare mai sus menționate, debitoarea și-a înstrăinat întreg patrimoniul imobil către părți la prețuri derizorii, trei contracte fiind încheiate în aceeași zi.

Mai mult decât atât, din actele contabile depuse și analizate, chiar dacă în contractele mai sus menționate se specifică faptul că prețul a fost achitat și încasat, s-a constatat că au fost făcute doar plăți parțiale.

Lichidatorul a arătat că facturile fiscale (privind prețul imobilelor) emise de debitoare poartă aceeași semnătură atât la furnizor cât și la cumpărător, că la rubrica privind datele de identificare ale delegatului din partea cumpărătorilor figurează numita G. L., care, conform istoricului firmei eliberat de O.R.C. de pe lângă Tribunalul Caraș-Severin avea calitatea de administrator al debitoarei, fiind astfel evidentă intenția debitoarei de a scoate în mod fraudulos din patrimoniul bunurile mobile mai sus menționate.

Astfel, s-a observat că actele translativ de proprietate s-au făcut cu intenția tuturor părților implicate de a sustrage bunuri de

la urmărirea de către creditorii, dovadă stând și faptul că părțile cumpărătoare au sediul social la aceeași adresă.

Lichidatorul a considerat că părțile contractante, cu rea-credință, au încheiat actele contestate în dauna intereselor creditorilor cu finalitatea diminuării masei active a debitoarei și a obținerii unui avantaj injust de către acestea, aflându-se în legături relaționale strânse.

Astfel, una din cauzele ajungerii debitorului în stare de insolvență a fost generată de faptul că actele juridice încheiate de acesta au fost dăunătoare averii sale, care nu se încadrau în activitatea curentă pe care o desfășura debitorul.

În concluzie, lichidatorul a considerat că sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 80, alin. 1, lit. c) din Legea nr. 85/2006 fiind făcute tranzacții în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, un act juridic lezionar, în sensul că între prestațiile părților a existat o diferență vădită de valoare, în defavoarea debitorului, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii, lezându-le astfel drepturile.

Din analiza înscrisurilor de la dosar, judecătorul-sindic a constatat, în fapt, următoarele:

Acțiunile formulate de lichidator pentru anularea acestor acte juridice ale debitoarei sunt întemeiate și au fost admise pentru următoarele considerente:

În conformitate cu art. 79 din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Potrivit art. 80 din același act normativ, practicianul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea constituțiilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor prin următoarele acte: (...) c) acte încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturile;

Din prevederile art. 79 rezultă fără echivoc că, pe de o parte, titularul acțiunii în anulare a actelor frauduloase încheiate de către debitor în dauna creditorilor este administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz, iar pe de altă parte, că anularea vizează actele frauduloase.

Ca atare, acțiunea în anulare are un domeniu de aplicare limitat la constituțiile sau transferurile de drepturi patrimoniale către terți realizate de debitor prin acte și operațiuni neobișnuite sau care depășesc limitele normale ale activității sale.

Condițiile de admisibilitate a acțiunii revocatorii speciale sunt următoarele:

a) actul juridic a cărui anulare se solicita trebuie să fie un act fraudulos, cerința care impune ca prin actul contestat debitorul să fi urmărit fraudarea intereselor creditorilor înscriși la masa credală; ca atare, pentru ca acțiunea să poată fi promovată este necesar, așadar, ca debitorul să urmărească sau să conștientizeze măcar că actul săvârșit va conduce, total sau parțial, la destabilizarea activității sale, patrimoniul sau putând ajunge într-o stare de insuficiență de fonduri bănești disponibile.

Această primă condiție este îndeplinită atât în cadrul acțiunii care are ca obiect anularea facturilor, cât și în cadrul acțiunii care are ca obiect anularea contractelor de vânzare-cumpărare a imobilelor, pentru că: în ce privește prima acțiune, așa cum arată

și lichidatorul, judecătorul sindic a reținut, analizând înscrisurile de la dosar, că toate facturile au fost încheiate în 31.01.2008, debitoarea renunțând, practic, într-o singură zi, la întreg patrimoniul mobil (mașini, calculatoare, unelte, scule). Pe facturi apare ca și cumpărător pârâta SC I SRL- filele 247 și urm. dosar. La data perfectării tranzacției, pe facturi, la rubrica privind datele de identificare ale delegatului din partea cumpărătorilor figurează numiții D.A., respectiv C. D., care, conform listei de inventar a debitoarei cu privire la bunuri mobile aflate în gestiune, aveau calitatea de angajați ai debitoarei, fiind astfel evidentă intenția debitoarei de a scoate în mod fraudulos din patrimoniu bunurile mobile mai sus menționate.

Autoturismele proprietatea debitoarei au fost vândute de două ori, la date diferite (31.01.2008 și 14.04.2008- filele 247 și urm. dosar), emițându-se astfel facturi fiscale cu dată și număr diferit, având același obiect.

O singură factură, fila 256 dosar are alt cumpărător, și anume pârâta SC E C SRL, însă, din verificarea fișei de informații a acestei pârâte, judecătorul-sindic a constatat că acționar și administrator era numitul D. E., aceeași persoană care are calitate de asociat unic și administrator al debitoarei SC V 2000 SRL.

Astfel, s-a observat că facturile fiscale sus-menționate au fost emise cu intenția tuturor părților implicate de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii.

Că această achiziționare este frauduloasă și în paguba intereselor creditorilor, rezultă din împrejurările că, valoarea bunurilor înstrăinate este mică și neachitată chiar dacă au fost emise facturi fiscale în acest sens. Din înscrisurile de la dosar a rezultat că au fost făcute doar plăți parțiale, astfel cum reține și lichidatorul. Aceste acte trebuie supuse anulării, în condițiile art.78 și următoarele din Legea nr.85/2006.

Relativ la a doua cerere, care privește contractele de vânzare-cumpărare, judecătorul-sindic reține, pe de o parte, că ultimele trei contracte au fost încheiate la aceeași dată - 8.09.2006 cu pârâtele SC EC SRL, (acționar și administrator era numitul D.E.- fila 416 dosar) și SC VO SRL, (acționar și administrator era numitul D.E.) aceeași persoană care are calitate de asociat unic și administrator al debitoarei SC V 2000 SRL. În ce privește cel de-al patrulea contract, încheiat după câteva luni, a fost tot între SC EC SRL și debitoare, în aceleași condiții de acționariat.

Judecătorul-sindic a reținut că părțile contractante, cu recredință, au încheiat actele contestate în dauna intereselor creditorilor cu finalitatea diminuării masei active a debitoarei și a obținerii unui avantaj injust de către acestea, aflându-se în legături relaționale strânse: asociatul debitoarei are și calitatea de asociat în societățile pârâte. Este dovedit, astfel, că una din cauzele ajungerii debitorului în stare de insolvență a fost generată de faptul că actele juridice încheiate de acesta au fost dăunătoare averii sale, care nu se încadrau în activitatea curentă pe care o desfășura debitorul.

b) Cea de a doua condiție din lege este aceea ca actul juridic încheiat să aibă ca efect prejudicierea creditorilor. Este de domeniul evidenței prejudicierea creditorilor societății prin înstrăinarea întregului patrimoniu (atât mobilele cât și imobilele) al debitoarei, astfel încât starea de insolvență devine iminentă - creanțele creditorului majoritar datează din luna iulie 2007.

c) Ultima condiție, aceea ca actul a cărui revocare se cere să fi fost încheiat în perioada suspectă, respectiv în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii colective este îndeplinită deoarece procedura s-a deschis prin sentința comercială nr. 63/JS/19.02.2009. În perioada suspectă, judecătorul-sindic

constată că debitoarea, simțind apropierea stării de încetare de plăți, a încercat să diminueze efectele negative pentru sine ale insolvenței externalizând fraudulos sau prin mijloace ruinătoare activele de care dispunea, diminuându-și, astfel, pasivul în dauna creditorilor. Din actele contabile depuse de către debitoare nu rezultă că s-a făcut plata prețurilor imobilelor în integralitate și nici că prețurile la care s-au vândut imobilele ar fi fost reale. Și aceste acte trebuie, așadar, supuse anulării, în condițiile art.78 și următoarele din Legea nr.85/2006.

Ca urmare a anulării actelor, imobilele se vor întoarce în patrimoniul debitoarei.

În ce privește cererea de suspendare a acțiunii față de pârâta SC VO SRL Reșița, prin lichidator SCP LG SPRL Reșița pe motiv că, la rândul său, această pârâta se află în insolvență, judecătorul-sindic a respins-o, nefiind îndeplinită condiția prevăzută de art.36 din lege, aceea ca acțiunea să aibă ca obiect realizarea creanțelor asupra averii debitoarei. Din starea de fapt reținută rezultă că cererea în anulare de față are ca obiect anularea unor transferuri patrimoniale frauduloase și nu realizarea unor creanțe.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a declarat recurs pârâta SC ECC SRL solicitând admiterea recursului și pe cale de consecință modificarea sentinței recurate în sensul desființării acesteia și rejudecând cauza pe fond respingerea acțiunii în anulare formulată de către SC V 2000 SRL prin lichidator SP M SPRL.

În motivarea recursului pârâta arată că fraudă actului constă în subevaluarea imobilelor, neachitarea prețului contractelor, iar urmare a acestor fapte au fost prejudiciați creditorii.

Pârâta recurentă arată că din actele existente la dosar cât și din actele pe care le-a depus în dovedirea recursului său, reiese în mod clar că nu se află în situația unor acte frauduloase.

Referitor la subevaluarea bunurilor vândute, pârâta recurentă arată că acest aspect trebuia dovedit prin expertiza tehnică și nu numai afirmat, iar această afirmație să fie reținută de către instanța de judecată ca motiv de anulare.

Astfel pârâta recurentă consideră că nu există dovada fraudei actului a cărui anulare se cere și nici cea a prejudicierii creditorilor.

Toate bunurile cumpărate au fost plătite integral, banii încasați au fost utilizați în firmă, iar în ceea ce privește susținerea lichidatorului că aceste bunuri au fost subevaluate nu există nicio dovadă la dosar.

Pârâta recurentă mai arată că a solicitat respingerea capătului de cerere privind anularea facturilor fiscale având în vedere faptul că la momentul încheierii facturilor a căror anulare se cere prețul corect al bunurilor cumpărate era acela cuprins în facturi iar la momentul cumpărării bunurile prevăzute în facturi nu exista niciun motiv ca transferul inițial al bunurilor să fie anulat.

Față de aceste motive, având în vedere faptul că în recurs a depus înscrisurile privind achitarea în totalitate a bunurilor încă de la momentul cumpărării lor, pârâta recurentă solicită admiterea recursului.

Împotriva aceleiași sentințe, în termen legal, a declarat recurs și pârâta SC IA SRL solicitând admiterea recursului și pe cale de consecință modificarea sentinței recurate în sensul desființării acesteia și rejudecând cauza pe fond respingerea acțiunii în anulare formulată de către SC V 2000 SRL prin lichidator SP M SPRL.

În motivarea recursului pârâta arată că în cauză nu există dovada fraudei actului a cărui anulare se cere și nici cea a

+

cyanmagentablack

prejudicierii creditorilor. Toate bunurile cumpărate au fost plătite integral, banii încasați au fost utilizați în firmă, iar în ceea ce privește susținerea lichidatorului că aceste bunuri au fost subevaluate nu există nicio dovadă la dosar.

Pârâta recurentă mai arată că a solicitat respingerea capătului de cerere privind anularea facturilor fiscale având în vedere faptul că la momentul încheierii facturilor a căror anulare se cere prețul corect al bunurilor cumpărate era acela cuprins în facturi iar la momentul cumpărării bunurile prevăzute în facturi nu exista nici un motiv ca transferul inițial al bunurilor să fie anulat.

Față de aceste motive, având în vedere faptul că în recurs a depus înscrisurile privind achitarea în totalitate a bunurilor încă de la momentul cumpărării lor pârâta recurentă solicită admiterea recursului.

Împotriva aceleiași sentințe, în termen legal, a declarat recurs și pârâta SC VO SRL prin lichidator SCP LG SPRL solicitând admiterea recursului și modificarea în tot a sentinței recurate și în fond respingerea cererii de judecată ca inadmisibilă, nelegală, neîntemeiată și nefondată.

În motivarea recursului pârâta arată că prin sentința recurată prima instanță a admis cererea de judecată formulată de către SC V 2000 SRL prin lichidatorul SCP M SPRL împotriva mai multor pârâte, pentru anularea unor transferuri patrimoniale făcute de către SC V 2000 SRL în perioada anterioară intrării în faliment.

Analizând prevederile art.79 și 80 din Legea nr.85/2006, așa cum a fost modificată și completată pârâta recurentă solicită să se constate că în acțiunea de anulare a actelor frauduloase și a transferurilor către terți a bunurilor din patrimoniul debitoarei aflate în stare de insolvență, *calitatea procesuală activă* o are administratorul judiciar sau după caz lichidatorul care poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de către debitor, în asemenea situație *debitorul având indiscutabil calitate procesuala pasivă*, urmând a fi citat ca pârât în cauza alături de co-contractanții actelor a căror anulare se solicită conform art.85 alin 6 din Legea nr.85/2006.

Atunci când formulează acțiuni în anulare administratorul judiciar/lichidatorul va avea poziția reclamantului formulând acțiunea în nume propriu, el judecându-se cu debitorul precum și cu co-contractantul, față de debitor aflându-se în contradicție de interese.

Pârâta recurenta arată că în speța de față acțiunea în anulare este formulată de către SC V 2000 SRL – debitoarea - în calitate de reclamant prin lichidator, debitorul nefiind citat în calitate de pârât pe tot parcursul desfășurării litigiului.

Astfel, pârâta recurentă solicită să se constate că prima instanță interpretând greșit actul juridic dedus judecății a soluționat cauza fără a verifica calitatea procesuala a părților, fără a observa că SC V 2000 SRL nu poate avea calitate procesuala activă în cauză și drept urmare solicită admiterea recursului și modificarea în tot a sentinței recurate și să se constate că reclamanta nu are calitate procesuală activă în cauză și respingerea cererii de judecată ca inadmisibilă.

De asemenea pârâta recurentă solicită să se constate că interpretând greșit actul juridic dedus judecății, prima instanță a pronunțat o hotărâre complet nelegală, cu încălcarea prevederilor art.36 din Legea nr. 85/2006, făcând abstracție de faptul că SC VO SRL se află și ea la rândul său în insolvență, respingând cererea sa de suspendare, întemeiată pe susmenționata prevedere legală.

Analizând noțiunea de drept de creanță care este definită ca îndrituirea creditorului unui raport juridic de obligație de a

pretinde debitorului îndeplinirea obligației corelative de a da, de a face, sau de a nu face ceva, pârâta recurentă solicită să se constate că cererea de anulare formulată de debitoarea SC V 2000 SRL, prin lichidatorul său, se încadrează fără dubiu în categoria drepturilor de creanță.

Recurenta susține că este evident că scoaterea din patrimoniu său, aflate în insolvență, a unui bun patrimonial prin anularea transferurilor solicitate, reprezintă o cerere de creanță care nu poate fi admisă fiind supusă suspendării prevăzute de art. 36 din Legea nr.85/2006, în scopul de a proteja interesele creditorilor săi. Față de cele de mai sus pârâta recurentă solicită admiterea recursului său, modificarea sentinței recurate și suspendarea cererii de judecată, conform art. 36 din Legea nr.85/2006 așa cum a fost modificată și completată.

Intimatul SCP M SPRL, în calitate de lichidator al SC V 2000 SRL, a formulat întâmpinare în cauză prin care a solicitat respingerea recursurilor ca nefondate, cu cheltuieli de judecată.

În ce privește excepția lipsei calității procesuale active a SC V 2000 SRL, invocată de recurente, intimatul solicită respingerea excepției ca fiind neîntemeiată, arătând că prima instanță a dispus admiterea cererii lichidatorului SCP M SPRL Reșița. Faptul că în cuprinsul cererilor depuse la dosar la termenul din 4.03.2010 apare că acțiunea ar fi fost formulată de debitoarea SC V 2000 SRL, deși în antetul actelor este trecut numele lichidatorului nu este decât o simplă eroare materială voluntară supusă rectificării.

În final intimatul arată că lichidatorul recurentei SC VO SRL încearcă să întoarcă soluția justă a Tribunalului Carș-Severin, fie pe calea excepției, fie pe fond, fie măcar să obțină suspendarea judecății în temeiul art.36 din Legea privind procedura insolvenței, motivul său fiind obținerea, în urma valorificării imobilului dobândit în mod fraudulos, un onorariu pe măsură în cadrul procedurii insolvenței pe care o administrează.

Pârâta recurentă SC VO SRL prin lichidator SP LG SPRL a formulat răspuns la întâmpinare arătând că SC V 2000 SRL nu poate avea calitate procesuală activă în prezenta acțiune, acțiunea în anulare poate fi introdusă de către administratorul judiciar sau lichidator împotriva SC V 2000 SRL - în calitate de pârât-debitor, conform art. 85 din Legea nr. 85/2006.

Or, acțiunea inițială a fost formulată de către SC V 2000 SRL reprezentată de Societatea profesională M S.P.R.L., astfel că nu se poate vorbi despre o eroare materială, așa cum se susține în întâmpinarea depusă și nici despre o îndreptare a erorii materiale. Dacă ar fi fost vorba despre o eroare materială, s-ar fi făcut demersurile necesare îndreptării ei de către cei în cauză în fața instanței de fond, mai ales în condițiile în care s-a invocat excepția lipsei calității procesuale active. Un asemenea demers nu a avut loc.

Recurenta mai arată că o acțiune de acest tip este introdusă de către administratorul judiciar în nume propriu și nu în calitate de reprezentant al debitoarei.

Referitor la îndeplinirea condițiilor impuse de lege pentru a anula actele încheiate cu scopul fraudării intereselor creditorilor recurenta arată că instanța de fond a considerat că în speța sunt îndeplinite condițiile pentru anularea actelor încheiate de către părți și achiziționarea bunurilor este frauduloasă întrucât valoarea bunurilor înstrăinate este modică și neachitată.

Pârâtele recurente SC IA SRL și SC ECC SRL au formulat concluzii scrise în cauză prin care au solicitat admiterea recursurilor și pe cale de consecință modificarea sentinței recurate în sensul desființării acesteia și rejudecând cauza pe

fond respingerea acțiunii în anulare formulată de către SC V 2000 SRL prin lichidator SCP M SPRL.

Pe cale de excepție recurențele au invocat lipsa calității procesuale active a reclamantului având în vedere faptul că acțiunea a fost formulată de către SC V 2000 SRL prin lichidator și nu de către lichidatorul așa cum prevede art. 80 din Legea nr.85/2006.

Față de cele arătate recurențele solicită admiterea recursurilor și rejudecând cauza pe fond respingerea acțiunii în anulare formulată de către SC V 2000 SRL prin lichidator SCP M SPRL, ca fiind formulată de o persoană fără calitate procesuală.

În cauză, Curtea a constatat că se impune admiterea recursurilor declarate de pârâta SC VO SRL prin lichidator SP LG SPRL, pârâta SC IA SRL și SC ECC SRL împotriva sentinței comerciale nr.768/16.09.2010, pronunțată de Tribunalul Caraș-Severin în dosar nr.3358/115/2008, casarea hotărârii recurate și trimiterea cauzei spre rejudecare aceleiași instanțe.

S-a reținut, în esență, că nu s-au respectat nici dispozițiile legale privind reprezentarea debitoarei prin administrator special sau curator și nici titularul cererii de chemare în judecată nu era debitoarea – prin lichidator, ci, în concepția legii, lichidatorul (în speță).

Pe lângă motivarea dată de instanța de recurs, din care vom alege unele pasaje, în continuare, credem că este util să precizăm unele aspecte ce țin de stricta interpretare a dispozițiilor legale incidente.

S-a arătat, în decizia menționată, faptul că, în conformitate cu dispozițiile art. 79 din Legea nr. 85/2006, *administratorul judiciar* sau, după caz, *lichidatorul* poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

De asemenea, art. 80, în continuare, arată că administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea constituirilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor ...

Pe de altă parte, art. 85 în alin. 5 și 6 stipulează:

(5) *Legitimarea procesuală activă* în acțiunile în anulare reglementate de art. 79 și 80 aparține *administratorului judiciar* și, respectiv, *lichidatorului*, iar în cazul prevăzut la art. 81 alin. (2), *comitetului creditorilor*.

(6) Au *calitate procesuală pasivă* în acțiunile în anulare prevăzute la art. 79 și 80 *debitorul* și, după caz, *cocontractantul* său. Debitorul va fi citat în calitate de pârât prin *administratorul special*. (tocmai pentru realizarea scopului alin.3 al art. 85 - Dacă sunt îndeplinite condițiile art. 79 și 80, se instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor. Prezumpția poate fi răsturnată de către debitor. Ea nu se extinde la terțul dobânditor sau subdobânditor.)

Din aceste dispoziții legale rezultă condițiile de exercitare a acțiunii în anulare prevăzute de art. 79 din Legea nr. 85/2006 care presupune îndeplinirea mai multor condiții specifice, determinate atât de cadrul legal, cât și de participanți².

1. O primă cerință se referă la *titularul acțiunii în anulare*, care, în principal, nu poate fi decât administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz.

Totuși, în cazul în care administratorul judiciar sau lichidatorul nu introduce acțiunea în anularea actelor frauduloase, legea

abilitează comitetul creditorilor să exercite o asemenea acțiune în fața judecătorului-sindic. Legiuitorul nu a conferit expres calitatea de reclamant, preferând expresia „legitimare procesuală activă”, care, practic, include calitatea de reclamant și, totodată, accentuează prioritatea, relativa exclusivitate a practicianului în insolvență în formularea acestui gen de acțiuni³.

a) *Practicianul în insolvență*. După cum s-a arătat și anterior într-un context general, promovarea acțiunilor în anulare revine și în viziunea Legii nr. 85/2006, în principal practicianului în insolvență, în raport cu obligația acestuia de maximizare a averii debitorului, deși nu a participat la încheierea actului, este chemat să îl analizeze și mai mult să se judece cu debitorul, cocontractantul, subdobânditorul, și să reprezinte interesele creditorilor⁴.

Chiar dispozițiile art. 78 din Legea nr. 85/2006 prevăd că măsurile din secțiunea referitoare la situația unor acte juridice ale debitorului se aplică atât în caz de reorganizare cât și de faliment, indiferent dacă este vorba de o procedură generală sau simplificată. Din cele arătate, rezultă deci de ce promovarea acțiunilor în anulare poate să revină nu numai lichidatorului, în faliment, dar și administratorului judiciar, în perioada de observație și/sau de reorganizare. Aceasta, dincolo de faptul că același aspect rezultă și mai direct din prevederile art. 85 alin. (1) sau alin. (5) care au în vedere expres legitimitatea procesuală activă nu numai pentru lichidator ci și pentru administratorul judiciar, fără a face distincție în funcție de preluarea sau nu de către aceștia a dreptului de conducere a activității debitorului⁵.

Pe de altă parte, în conferirea atribuției de a promova acțiunea în anulare nu prezintă relevanță măsura în care s-a ridicat sau nu, respectiv, s-a transmis sau nu către practician dreptul debitorului de conducere a activității/de administrare, nepunându-se nici problema ca administratorul judiciar să trebuiască să aștepte în promovarea acțiunilor în anulare până când i se va conferi cel puțin în parte dreptul de conducere a activității debitorului. Acest aspect putea fi, eventual, reținut doar în condițiile Legii nr. 64/1995, în aplicarea căreia promovarea acțiunilor în anulare se făcea - în principal - în calitate de reclamant de către debitor, prin administratorul judiciar/lichidator; în cazul Legii nr. 85/2006 legitimitatea procesuală activă revine personal practicianului în insolvență, indiferent dacă acesta a preluat sau nu și dreptul de conducere/de administrare, iar debitorul poate avea doar calitatea de pârât; dacă practicianul în insolvență exercită și dreptul de conducere, aceasta se face în mod distinct de exercitarea acțiunilor în anulare (adică în același timp poate fi reprezentantul debitorului referitor la un aspect dar și reclamant în acțiunea în anulare).

În mod repetat în dispozițiile art. 79-84 se prevede expres că administratorul judiciar/lichidatorul „poate” să formuleze acțiunea în anulare, aspect în raport cu care, având în vedere și prevederea comitetului creditorilor ca alternativă pentru introducerea acțiunii⁶.

b) *Comitetul creditorilor*. În raport cu dispozițiile art. 85 alin. (5) legitimarea procesuală activă poate reveni comitetului creditorilor doar în cazul prevăzut de art. 81 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. Potrivit acestor din urmă dispoziții, comitetul creditorilor poate introduce la judecătorul-sindic o acțiune în anulare dacă administratorul judiciar/lichidatorul nu o formulează.

În raport cu art. 16 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 comitetul creditorilor, care nu are personalitate juridică va formula acțiunea

în anulare și va fi citat prin președintele său, sau în lipsa acestuia prin oricare dintre membrii săi⁷.

În cazul în care în procedură nu există numărul minim de creditori prevăzut de art. 16 alin. (1) pentru formarea comitetului, dreptul prevăzut expres de lege pentru acesta de a formula acțiunea în subsidiar, dacă practicianul nu o face, revine creditorilor existenți (unul sau cel mult doi, în ipoteza în discuție)⁸.

Dispozițiile art. 16 alin. (1) nu au caracter imperativ ci de recomandare, astfel că nu se poate înlătura exercitarea și de către creditorii existenți a dreptului care revine comitetului creditorilor, în lipsa unei dispoziții contrare exprese. În fapt, s-ar putea considera că se poate constitui formal un comitet constituit numai din unul⁹ sau doi creditori sau că dreptul poate fi exercitat de oricare dintre creditorii respectivi, sau în comun¹⁰. Totuși, acțiunea nu se poate introduce de un singur creditor care își arogă calitatea de reprezentant al comitetului creditorilor¹¹.

În schimb, în cazul în care nu s-a constituit comitetul creditorilor, deși numărul acestora din urmă era suficient în acest sens sau atunci când în cursul procedurii comitetul creditorilor își pierde structura și funcționalitatea, se pierde posibilitatea subsidiară a formulării acțiunii în anulare de către comitetul creditorilor. Cum însă constituirea și menținerea comitetului constituie dreptul și apanajul creditorilor, pierderea posibilității menționate se datorează în primul rând culpei acestora. În cadrul derulării în ansamblu a procedurii, față de atribuțiile pe care Legea nr. 85/2006 le prevede pentru comitetul creditorilor, constituirea acestuia are caracter necesar și obligatoriu, iar nu facultativ, ori de câte ori sunt îndeplinite condițiile legale în acest sens. În raport cu prevederile art. 16 se impune însă să se precizeze în sarcina cui revine obligația referitoare la constituirea comitetului. În cazul prevăzut de art. 16 alin. (1), (2) obligația în discuție revine exclusiv judecătorului-sindic. Îndeplinirea acestei obligații se raportează însă doar la perioada dintre întocmirea tabelului preliminar și momentul de la care se poate constitui comitetul potrivit art. 16 alin. (4), (5), prin convocarea primei adunări a creditorilor. Constituirea comitetului în mod definitiv, conform art. 16 alin. (4) revine în primul rând creditorilor, alături de care poate fi implicat și practicianul în insolvență, deoarece și acesta are atribuții în convocarea adunării creditorilor¹².

S-a susținut în doctrină că acțiunea în anulare formulată de către comitetul creditorilor ar fi admisibilă doar dacă se probează riscul pierderii termenului, lipsa de diligență sau refuzul expres sau implicit al practicianului în insolvență de a introduce acțiunea¹³. În condițiile în care dispozițiile art. 81 alin. (2) conferă comitetului legitimitate procesuală sub aspectul formulării acțiunii în anulare doar dacă practicianul în insolvență nu o formulează, fără a distinge în legătură cu motivele inacțiunii, precizările de genul celor arătate limitează în mod nepermis aplicarea dispozițiilor art. 81 alin. (2)¹⁴.

De remarcat că, din analiza coroborată a dispozițiilor alin. (1) și (2) din art. 81 rezultă că termenul menționat în cuprinsul art. 81 alin. (1) este prevăzut expres, exclusiv pentru ipoteza introducerii acțiunii în anulare de către administratorul judiciar/lichidator iar nu și pentru introducerea de către comitetul creditorilor. Condiția prevăzută de lege pentru a se putea introduce acțiunea de către comitetul creditorilor - neintroducerea ei de către practicianul în insolvență - trebuie considerată ca un aspect de fapt, care poate fi probat ca atare. Probarea îndeplinirii condiției în discuție poate interveni nu doar abia la momentul la care se împlineste termenul menționat în art. 81 alin. (1) ci și

anterior acestui moment și în funcție de aceasta în mod obiectiv comitetul este în măsură să introducă acțiunea, nefiind ținută în acest sens exclusiv de împlinirea termenului respectiv (de exemplu, practicianul ar putea arăta expres în procedură, mai devreme de împlinirea termenului din art. 81 alin. (1), că nu introduce acțiunea, inclusiv și de ce nu o face, ceea ce echivalează cu îndeplinirea condiției prevăzute de art. 81 alin. (2) și poate justifica în mod suficient formularea acțiunii de către comitetul creditorilor).

Rezultă din acestea, că nu termenul, ci neformularea acțiunii de către practician conferă legitimitate procesuală activă comitetului¹⁵. Cum termenul respectiv nu este prevăzut expres a i se aplica, rezultă că inclusiv după împlinirea termenului respectiv, comitetul poate formula acțiune în anulare; aceasta chiar până la închiderea procedurii, în condițiile în care pentru comitet nu este prevăzută expres nicio condiție sau termen de limitare în timp a exercitării dreptului în discuție și deoarece înlăturarea dreptului de promovare a acțiunii, ca orice sancțiune legală, trebuie să rezulte din lege în raport cu o parte și în mod clar, expres [iar termenul din art. 81 alin. (1) nu intervine în raport cu dispozițiile art. 81 alin. (1) și (2) și în ceea ce privește comitetul creditorilor, ci doar expres în raport cu practicianul în insolvență].

S-a considerat, în literatura de specialitate¹⁶ faptul că, odată depășit acest termen, nimic nu împiedică persoanele interesate să formuleze acțiuni de drept comun pentru nulitatea, revocarea sau invalidarea în alt mod a actelor specifice. Numai că, această teorie produce mai multe discuții decât clarificări.

Prima critică ar fi aceea că, fiind stabilit un cadru procesual special - legea insolvenței, ar fi admisibile acțiunile de drept comun? Cum se va răsturna poziția părților într-un proces de drept comun, în sensul că debitorul va fi reprezentat de practicianul în insolvență, în calitate de pârâți, reclamantul fiind, de exemplu, creditorul interesat? Ar putea fi susceptibilă de suspendare conform dispozițiilor art. 36 din Legea privind procedura insolvenței acțiunea în discuție dacă, se solicită, urmare a restabilirii situației anterioare, obligarea debitorului la o contraprestație și, în fine, cum s-ar executa silit o astfel de hotărâre, dacă ar fi finalizată când, toate actele de executare individuală sunt, de asemenea suspendate ope legis? De aceea, credem că menținerea posibilității de a acționa doar în cadrul legal special profită și creditorilor procedurii, finalitatea acțiunii în anulare fiind mărirea masei active a bunurilor din care vor fi îndestulați¹⁷.

În doctrină, s-a exprimat ideea că dacă practicianul renunță la continuarea unei acțiuni introduse (are dreptul să renunțe, bineînțeles), comitetul creditorilor ar putea continua această acțiune, făcând opoziție la actul de renunțare.

Nu suntem de acord sub acest aspect, pentru că dacă practicianul renunță, renunță la judecată și se pronunță o hotărâre în acest sens, atacabilă cu recurs. Opoziția ar privi un act de renunțare pentru care practicianul este abilitat legal.

Oricum legea nu prevede posibilitatea continuării acțiunii practicianului ci formularea ei de către comitet, dacă acesta nu o formulează. Prin urmare, dacă practicianul renunță, se consideră că acesta nu a formulat o acțiune, deci devine aplicabil dreptul comitetului de a formula acțiunea. Dacă practicianul a renunțat cu rea-credință, se poate cere sancționarea lui.

În concluzie, considerăm că pentru admisibilitatea acțiunii în anulare depuse de comitetul creditorilor este necesară constatarea manifestării de voință a lichidatorului sau administratorului judiciar în sensul neintroducerii acțiunii. De

pildă, o asemenea manifestare de voință poate rezulta din conținutul raportului privind cauzele ajungerii debitorului în stare de insolvență.

2. *Calitatea procesuală pasivă.* Cuprinsul art. 85 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 stabilește și faptul că au calitate procesuală pasivă în acțiunile în anulare prevăzute la art. 79 și art. 80 debitorul și, după caz, cocontractantul său.

a) *Debitorul.* Debitorului trebuie să i se recunoască un drept propriu la apărare¹⁸. În cazul persoanelor juridice, nu numai potrivit art. 85 alin. (6) dar și conform art. 18 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 85/2006 debitorul este reprezentat la judecata acțiunilor în anulare de către administratorul special¹⁹. Ca urmare, citarea debitorului se va face prin acesta.

Art. 3 pct. 26 din Lege²⁰ conferă o atribuție specială adunării generale, față de cele cuprinse în actul constitutiv al societății ori în Legea nr. 31/1990. Se prevede că adunarea generală a acționarilor / asociaților debitorului, persoană juridică, desemnează ca reprezentant, în derularea procedurii, administratorul special²¹.

Odată cu efectuarea acestui demers, orice rol al adunării asociaților/acționarilor pare să ia sfârșit²². De la acest moment, persoana care poate să efectueze în numele și pe seama debitorului actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să își administreze activitatea și să le reprezinte interesele în procedură pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare, este numai administratorul special²³.

Pornind de la discuțiile din practica judiciară cu privire la reprezentarea debitorului după ridicarea dreptului de administrare în cadrul procedurii, pentru prima dată, legiuitorul Legii nr. 85/2006 a reglementat, ca participant la procedură, instituția administratorului special.

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 10 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.

Administratorul special poate fi o persoană fizică sau o persoană juridică.²⁴ Considerăm că nimic nu se opune ca administratorul social al persoanei juridice debitoare să fie desemnat în cursul procedurii ca administrator special. El poate fi și un practician în insolvență.²⁵

De asemenea, nu mai este contestat astăzi faptul că, la fel ca orice participant la procedură, desigur cu excepția judecătorului-sindic, administratorul special poate fi reprezentat sau asistat de un avocat²⁶.

Nu putem fi de acord cu ipoteza obligativității desemnării administratorului special de către adunarea generală²⁷.

Dacă un administrator special nu a fost desemnat, pentru soluționarea acțiunilor prevăzute la art. 46 și a celor reglementate de art. 79 și 80, debitorul va fi reprezentat de un curator special desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exercițiul funcțiunii la data deschiderii procedurii. Desemnarea se va face de către judecătorul-sindic în camera de consiliu și fără citarea părților. În cazul în care ulterior adunarea asociaților/acționarilor alege un administrator special, acesta va lua procedura în stadiul în care se găsește la data desemnării²⁸.

Deși dispoziția este controversată, legislația franceză permite tribunalului să-l înlocuiască pe conducătorul întreprinderii, la sesizarea procurorului, dar nu și din oficiu²⁹. Măsura nu se poate aplica decât conducătorului de drept, exceptând societățile unipersonale și comercianții persoane fizice. Justificarea acestei măsuri rezidă în oportunitatea aplicării ei.

Transpunerea ei în legislația noastră ar fi, desigur, urmată de numeroase interpretări, dar credem că ea se aseamănă, într-o anumită măsură, cu numirea curatorului special, în cazul indiferenței sau imposibilității desemnării unui administrator special de către debitoare.

Însă, ambele măsuri sunt luate pentru adoptarea măsurilor de reorganizare, judiciare sau nu, urmărind apărarea intereselor debitorului și opozabilitatea actelor îndeplinite în procedură.

b) *Cocontractanții.* Cocontractanții sunt, în primul rând, părțile din actul sau operațiunea a cărei anulare se solicită, către care s-a efectuat de către debitor transferul.

Tot la categoria părților, având calitate procesuală pasivă, trebuie menționat, deși nu este cocontractant al debitorului, și subdobânditorul bunului, către care a transmis printr-un alt act sau altă operațiune, subsecventă cel care a dobândit direct, prin actul sau operațiunea inițială, de la debitor.

În această ipoteză, în care au intervenit, pe lângă actul inițial și unul sau mai multe acte subsecvente de transmitere, reclamantul trebuie să formuleze acțiunea în anularea mai întâi sub aspectul transferului de la debitor la cocontractantul acestuia și apoi în ceea ce privește transferul sau operațiunea subsecventă.

În formularea textului art. 85 alin (6) se prevede calitatea procesuală pasivă a cocontractantului „după caz”, ceea ce permite interpretarea în sensul că ar putea fi și cazuri în care cocontractantul debitorului nu are această calitate. Formularea constituie desigur o eroare de tehnică legislativă în redarea ideii că pot avea calitatea respectivă și cocontractantul debitorului (terțul dobânditor și subdobânditorul).

Tot decizia menționată precizează, reluând din dispozițiile legale, că, în cuprinsul art. 20 lit. h și, respectiv al art. 25 lit. c, din lege se prevăd, printre principalele atribuții ale administratorului judiciar, în cadrul prezentei legi, introducerea de acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial, a unor operațiuni comerciale încheiate de debitor și a constituirii unor garanții acordate de acesta, susceptibile a prejudicia drepturile creditorilor.

Totodată, art. 11 alin. 1 stabilește, la lit. h că, printre principalele atribuții ale judecătorului-sindic, în cadrul prezentei legi, este și aceea de a judeca acțiunile introduse de administratorul judiciar sau de lichidator pentru anularea unor acte frauduloase și a unor constituirii ori transferuri cu caracter patrimonial, anterioare deschiderii procedurii.

În speța dedusă judecății, niciuna dintre aceste dispoziții legale nu a fost respectată. Pentru început, acțiunea a fost introdusă de debitoare, prin practicianul în insolvență, împotriva a doi părți. Ori, așa cum pe larg s-a explicat mai sus, acțiunea, conform dispozițiilor legale citate, trebuia introdusă de practician, împotriva debitoare – reprezentată de administratorul special sau de un curator special și a celor doi părți.

Această rațiune a legiuitorului de a impune reprezentarea debitoare de către un administrator special sau de un curator special rezidă tocmai în conferirea unui mijloc procedural prin care să îi fie asigurată apărarea de către o altă persoană decât

+

cyanmagentablack

practicianul în insolvență care, în acest context, are interese contrare.

În sprijinul acestei aprecieri vine și dispoziția legală cuprinsă în art. 85 alin. 3 tocmai pentru realizarea scopului impus aici - *Dacă sunt îndeplinite condițiile art. 79 și 80, se instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor. Prezumpția poate fi răsturnată de către debitor.* Ori, în absența îndeplinirii unei astfel de condiții - debitorul va fi citat în calitate de pârât prin *administratorul special* - este evident că debitorul, nefiind reprezentat în condițiile legii, nu s-a îndeplinit nici condiția legale citări a acestuia conform art. 85 din lege, iar în apărarea lui nu putea fi realizată de practician, a cărei poziție procesuală este opusă³⁰.

Note

¹ R. Bufan, Anularea operațiunilor comerciale încheiate de către debitor cu persoane afiliate în anul anterior deschiderii procedurii Legii nr. 64/1995, în R.D.C. nr. 11/2003, p. 98.

² St. D. Cârpenaru, Vasile Nemeș, Mihai Adrian Hotca, Noua lege a insolvenței. Legea nr.85/2996. Comentarii pe articole., Ed.Hamangiu, 2008, p. 669; Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, 2008, p. 540 și urm.

³ Totuși, literatura utilizează noțiunea de calitate procesuală activă, I.Adam, C.N. Savu, , Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații, Ed. C.H.Beck, 2006, p. 496.

⁴ Gh.Piperea, Cum să (nu) faci afaceri cu o societate aflat? în perioada suspectă, www.piperealaw.ro

⁵ A. Avram, Procedura insolvenței, Partea generală, Ed. Hamangiu, 2008,, p. 213.

⁶ S-ar putea reține că pentru practicianul în insolvență introducerea acțiunii nu are caracter obligatoriu ci facultativ. S-a considerat că instituția cuprinsă în art. 79 este expresia liberului arbitru, deoarece promovarea acțiunii este la dispoziția practicianului în insolvență - D. Moțiu, Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței, Ed. Wolterskluwer, 2008, p. 262 și I.Turcu, Tratat de insolvență, Ed. C.H.Beck, 2007, p. 385.

⁷ Pentru dezvoltări, vezi R. Bufan, Anularea operațiunilor comerciale încheiate de către debitor cu persoane afiliate în anul anterior deschiderii procedurii Legii nr. 64/1995, în R.D.C. nr. 11/2003, p. 98 și urm.

⁸ C.A. Cluj, s. com. cont. adm. fisc., dec. nr. 395 din 12 martie 2002, în BJ 2002, p. 450 și dec. nr. 1856 din 26 noiembrie 2002, în BJ 2002, p. 450; idem, dec. nr. 4486 din 21 septembrie 2004, în BJ 2004, 2005; idem, dec. nr. 74 din 25 ianuarie 2005, în BJ 2005, p. 568.

⁹ În susținerea ideii că nu se poate continua procedura numai cu un creditor, D.Moțiu, op. cit., p. 262.

¹⁰ A. Avram, op. cit., p. 223.

¹¹ D. c. nr. 178 din 7 februarie 2008, Curtea de Apel Suceava - Secția comercială, contencios administrativ și fiscal, nepublicată.

¹² Fiind vorba de o desemnare provizorie în timp, obligația desemnării comitetului de către judecătorul sindic potrivit art. 16 alin. (1) și (2) devine caducă la momentul la care intervine obligația de constituire a comitetului potrivit art. 16 alin. (4), (5), fiind înlocuită de aceasta din urmă. În orice caz, după ce a devenit incidentă obligația constituirii comitetului în raport cu art. 16 alin. (4), (5), care presupune alegerea membrilor comitetului de către creditorii, în adunarea creditorilor, faptul ca nu s-a constituit sau nu funcționează un comitet al creditorilor nu mai poate fi reproșat judecătorului sindic ci numai creditorilor.

¹³ Considerăm nejustificată aplicarea aceleiași măsuri prevăzută de art. 44 față de un act ulterior deschiderii procedurii în decizia nr. 463/2001 pronunțată de secția comercială și de contencios administrativ a Curții de apel Constanța, publicată în Culegerea de practică judiciară 1999-2002 a Ministerului Justiției, p. 276.

¹⁴ I.Turcu, op. cit., p. 388.

¹⁵ A. Avram, op. cit., p. 224.

¹⁶ Piperea, Gh., Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 411.

¹⁷ Totuși, în cazul comitetului se pune problema aplicării termenului de prescripție de drept comun de 3 ani. considerpm că în raport cu principiul celerității, de lege ferenda ar trebui prevăzut expres termenul în

discuție și pentru comitetul creditorilor, dar cu un alt moment de începere a curgerii, dat fiind subsidiaritatea (de exemplu de când a luat sau trebuia să ia cunoștință comitetul creditorilor, în raport cu poziția practicianului sub acest aspect, că poate să formuleze acțiunea în anulare.). Într-o altă opinie exprimată în doctrină, cu care nu suntem de acord, s-a apreciat că în cazul unei acțiuni în anulare introdusă de comitetul creditorilor mai înainte de expirarea termenului de un an, dacă mai apoi și practicianul în insolvență exercită acțiunea în anulare, atunci acțiunea introdusă de comitet se va stinge, pentru că având caracter subsidiar este rămasă fără interes. Or, opinia nu se poate reține, în condițiile în care pare ficțiune generată de o premisă nevalabilă. Legiuitorul nu a urmărit stabilirea unei subsidiarități și sub acest aspect, interesul nefiind punerea într-o situație de concurență a practicianului în insolvență, respectiv, a comitetului creditorilor, ci asigurarea posibilității de promovare a acțiunii fie și de către acesta din urmă. în ipoteza în discuție, în varianta în care cele două acțiuni sunt identice, bineînțeles că doar una dintre acestea va putea să rămână pe rolul instanței. În acest sens trebuie să se analizeze în raport cu acțiunea formulată de către practician, dacă acțiunea introdusă de către comitet este admisibilă sau nu. Dacă introducerea acțiunii de către comitetul creditorilor se probează a se fi realizat în condițiile în care, la acel moment, neformularea acțiunii de către practician a avut un aspect definitiv, inclusiv raportat la întinderea termenului prevăzut de art. 81 alin. (1) (de exemplu practicianul a consenmat în raportul său că înțelege să nu formuleze acțiunea în anulare respectivă) atunci trebuie considerat că a operat transmiterea legitimității procesuale active de la practician la comitetul creditorilor, astfel că acțiunea practicianului se va respinge pentru lipsa legitimității menționate. în cazul contrar, acțiunea comitetului trebuie considerate a fi fost formulată când nu operase transferul către acesta al legitimității procesuale active, cu consecința respingerii acesteia, A. Avram, op.cit., p. 217.

¹⁸ A. Lienhard, Cass. com. 1er mars 2005, Bull. civ. IV, no 40, D. 2005, AJ 953.

¹⁹ I. Turcu, op. cit., p. 388; A. Avram, op. cit., p. 219.

²⁰ Textul a fost modificat prin Legea nr. 169/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M.Of. nr. 505 din 21 iulie 2010.

²¹ O inovație importantă a Legii privind procedura insolvenței, comparativ cu Legea nr. 64/1995, este instituția administratorului special, care înlocuiește instituția reprezentantului asociaților/acționarilor reglementată de legea precedentă în art. 19-22.

²² Aparent doar, pentru că una dintre excepții este în cuprinsul art. 103, alin.2, de exemplu.

²³ Prin excepție, un curator, desemnat conform art. 3, pct. 26.

²⁴ S-a susținut că persoana juridică desemnată ca administrator special trebuie să desemneze o persoană fizică care să participe la procedură pe seama debitorului, deși legea nu prevede aceasta expres. St. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op.cit., p.82.

²⁵ Aceeași opinie și St. Cârpenaru, V. Nemeș, M. A. Hotca, op.cit., p.83. S-a afirmat că ar fi de dorit ca administratorul special să fie un practician în insolvență, persoană cu o bună pregătire în materie - Gh. Piperea, Insolvența, op.cit., p.310.

²⁶ Gh. Piperea, op. cit., p. 308, referindu-se și la încetarea mandatului dat de debitor avocatului, anterior deschiderii procedurii.

²⁷ În acest sens A. Avram, op. cit., p. 120, I. Adam, C.N.Savu, op. cit., p. 191, Gh. Piperea, op. cit., p. 311. În sensul contrar I.Turcu, op. cit., p. 205.

²⁸ Pentru dezvoltări privind administratorul special vezi de exemplu: N. Tândăreanu, Administratorul special în procedura insolvenței, RDC nr. 6/2010, p. 51 și urm., R.Bufan, R. Andraș, Spinoasa problemă a retribuirii administratorului special, Pfoenix, nr.30 , oct.-dec., 2009, p. 25 și urm.

²⁹ M.Jeantin, P. Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulte, Dalloz, 2007, Ed. a 7-a, p. 235. Autorul își imaginează cum ar fi să-l înlocuiască pe conducătorul de fapt. Măsura nu se poate aplica în cazul falimentului.

³⁰ Cum instanța s-a raportat doar la aceste considerente, fără a face aprecieri asupra fondului litigiului și, impunându-se casarea hotărârii pentru a se asigura rejudecarea cauzei în condiții de deplină legalitate, nici noi nu vom extinde discuția la celelalte condiții impuse de textul legal pentru admiterea unei astfel de acțiuni.

Particularități ale creanțelor împotriva averii debitorului insolvent rezultate din contractele de leasing



Judecător-sindic Flavius-Iancu Moțu
Tribunalul Comercial Cluj

Contractele de leasing reprezintă instrumente deosebit de utile pentru realizarea activității a numeroase societăți comerciale. Facil de încheiat și, adeseori, conținând condiții de acordare a creditului mai relaxate decât condițiile de obținere a unui împrumut bancar, aceste convenții se regăsesc în fondurile de comerț ale unui număr semnificativ de societăți comerciale care ajung în insolvență.

În conformitate cu dispozițiile art. 8 din OG nr. 51/1997, actualizată, contractele de leasing sunt titluri executorii fără vreo altă formalitate, dând astfel naștere unor creanțe care, potrivit art. 66 alin. 1 și alin. 3 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, nu sunt supuse verificării, fiind prezumate a fi valabile și corecte astfel cum au fost înregistrate spre admitere la grefa tribunalului, sub rezerva contestării lor de către debitoare, administratorul judiciar / lichidatorul sau ceilalți creditori.

Astfel, la momentul deschiderii procedurii, pot fi identificate următoarele situații :

contractul de leasing se află în curs de executare de către părți

În această situație, contractul va putea fi menținut sau denunțat de către societatea de leasing sau de către administratorul judiciar / lichidatorul, în conformitate cu dispozițiile art. 86 din Legea nr. 85/2006, orice clauză de desființare a unui contract în derulare pentru motivul deschiderii procedurii insolvenței fiind nulă, astfel cum rezultă neechivoc din dispozițiile art. 86 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/7 iulie 2009, publicată în M.Of. nr. 486/14 iulie 2009.

În ipoteza menținerii contractului de leasing, la momentul deschiderii procedurii, societatea de leasing finanțatoare este titulara unei creanțe nescadente, plătită de către debitoare sub forma ratelor de leasing convenite. Cu toate acestea, pentru a-și putea realiza dreptul de creanță împotriva debitoarei, societatea de leasing finanțatoare este ținută să

formuleze o cerere de admitere a creanței sale nescadente, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 64 alin. 4 din Legea nr. 85/2006, creanță care urmează să fie înscrisă ca atare, nescadentă, în tabelul definitiv al creanțelor împotriva averii debitoarei.

În conformitate cu dispozițiile art. 86 alin. 2 din Legea nr. 85/2006, în cazul denunțării unui contract de leasing, societatea de leasing va putea formula împotriva debitoarei o acțiune pentru despăgubiri, care, potrivit art. 6 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, va fi soluționată de către judecătorul-sindic. În condițiile în care măsura denunțării contractului de leasing reprezintă o cauză prevăzută de lege de încetare a contractului de leasing, ea nu poate fi asimilată unui caz de culpă a debitoarei pentru neexecutarea contractului de leasing, astfel încât, în această situație, creditoarea finanțatoare nu se va putea prevala de o eventuală clauză penală cuprinsă în contractul de leasing. Creanța creditoarei finanțatoare va cuprinde doar ratele de leasing neachitate la data denunțării contractului și despăgubirile care vor fi stabilite de judecătorul-sindic, la cererea creditoarei finanțatoare. Desigur, creditoarea finanțatoare rămâne proprietara bunului finanțat, astfel încât este îndreptățită să recupereze bunul finanțat din posesia debitoarei, iar eventualele cheltuieli de recuperare urmează a fi considerate cheltuieli născute în timpul perioadei de observație, plătibile de către debitoare în condițiile art. 64 alin. 6 din Legea nr. 85/2006.

contractul de leasing este reziliat la data deschiderii procedurii din culpa debitoarei

De regulă, în această situație, creditoarea finanțatoare solicită înscrierea în tabelul preliminar al creanțelor împotriva averii debitoarei cu o creanță compusă din ratele de leasing neachitate la data deschiderii procedurii și, respectiv, dintr-o sumă reprezentând daune-interese evaluate contractual pe calea unei clauze penale, egale cu valoarea ratelor de leasing

+

cyanmagentablack

datorate de debitoare de la momentul rezilierii contractului până la finalizarea contractului de leasing.

Printr-o astfel de clauză penală, creditoarea finanțatoare și debitoarea utilizatoare, convin, de regulă, că în cazul incidenței vreunui dintre cazurile de neîndeplinire a obligațiilor contractuale, precum și în cazul în care debitoarea utilizatoare nu își îndeplinește vreuna dintre obligațiile asumate prin contractul de leasing, creditoarea finanțatoare are dreptul să considere contractul desființat de plin drept, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără vreo altă formalitate prealabilă. În acest caz, debitoarea utilizatoare are obligația să plătească creditoarei finanțatoare ratele de leasing scadente și neachitate până în acel moment, inclusiv penalitățile aferente și o indemnizație de reziliere care devine exigibilă imediat, prin efectul rezilierii, compusă din toate celelalte rate de leasing rămase de achitat și valoarea reziduală. De regulă, debitoarea utilizatoare datorează și TVA, taxe vamale și orice alte costuri aferente încetării contractului.

În conformitate cu dispozițiile art. 1066 C.civ., clauza penală este aceea prin care o persoană, spre a da asigurare pentru executarea unei obligații, se leagă a da un lucru în caz de neexecutare din parte-î, iar potrivit art. 1069 C.civ. clauza penală este o compensație a daunelor interese ce creditorul suferă din neexecutarea obligației principale. Nu poate, dar, creditorul cere deodată și penalitatea și obiectul obligației principale, afară dacă penalitatea nu s-a stipulat pentru simpla întârziere a executării.

Suma solicitată de creditoarea finanțatoare cu titlu de indemnizație de reziliere are natura unor daune interese compensatorii pentru veniturile pe care nu le mai realizează ca urmare a rezilierii contractelor de leasing.

Chiar dacă creditoarea finanțatoare nu solicită, pe calea cererii de admitere a creanței, atât obiectul obligației principale, cât și penalitatea, prin înscrierea la masa credală cu întreaga penalitate, ea ar obține o dublă reparație a neexecutării de către debitoarea utilizatoare a obligației asumate, deoarece, pe lângă penalitate, creditoarea finanțatoare rămâne și proprietara bunurilor finanțate, a căror valoare, de regulă, nu este indicată în cererea de admitere a creanței, valoare pe care creditoarea finanțatoare o poate încasa prin simpla vânzare a bunului finanțat către un terț sau prin încheierea unui nou contract de leasing cu un terț. Neexecutarea de către debitoarea utilizatoare a obligației de plată a ratelor de leasing nu are drept consecință doar rezilierea contractului de leasing, ci și pierderea dreptului debitoarei utilizatoare de opțiune pentru dobândirea dreptului de proprietate asupra bunului utilizat de ea și finanțat de creditoarea finanțatoare.

Contractul de leasing este sinalagmatic, prestațiile reciproce și interdependente ale părților fiind predeterminate la momentul încheierii contractului, convenția neavând caracter aleatoriu. Obligația principală a creditoarei finanțatoare este aceea de a finanța bunul, iar obligația principală corelativă a debitoarei utilizatoare este aceea de a achita ratele de leasing. În condițiile în care părțile convin asupra unei clauze penale de tipul celei mai sus analizate, creditoarea finanțatoare își realizează integral dreptul de creanță reprezentând echivalentul ratelor de leasing, însă debitoarea utilizatoare nu își realizează dreptul de a utiliza bunul decât în măsura plății ratelor de leasing, iar realizarea

dreptului său de opțiune pentru dobândirea dreptului de proprietate asupra bunului este condiționată de plata integrală a ratelor de leasing și a accesoriilor. Or, a accepta că menținerea în patrimoniul creditoarei finanțatoare a dreptului de proprietate asupra bunului finanțat și, implicit, realizarea de către debitoarea utilizatoare a dreptului său de opțiune pentru dobândirea dreptului de proprietate asupra bunului finanțat depind de rezilierea contractului de leasing din culpa utilizatoarei sau de finalizarea contractului de leasing prin plata integrală a ratelor de leasing și a accesoriilor, în condițiile în care creditoarea finanțatoare își realizează, oricum, integral, dreptul de a încasa ratele de leasing, înseamnă a conferi contractului de leasing caracter aleatoriu. O astfel de caracterizare ar echivala cu încălcarea dispozițiilor art. 1 alin. 1 din OG nr. 51/1997, actualizată, care stabilesc, implicit, natura sinalagmatică a contractului de leasing prin definirea neechivocă a obiectului acestei operațiuni juridice prin care, o parte, denumită locator/finanțator, transmite pentru o perioadă determinată dreptul de folosință a unui bun al cărui proprietar este, celelalte părți, denumită utilizator, la solicitarea acesteia, contra unei plăți periodice, denumită rată de leasing, iar la sfârșitul perioadei de leasing, locatorul/finanțatorul se obligă să respecte dreptul de opțiune al utilizatorului de a cumpăra bunul, de a prelungi contractul de leasing, ori de a înceta raporturile contractuale...

Contractele sinalagmatice sunt guvernate de principii echilibrului prestațiilor reciproce și interdependente asumate de părți.

Desigur, termenul de „*echilibru al prestațiilor*” nu presupune o echivalență valorică absolută a acestor prestații, ci existența unui raport rezonabil între drepturile și obligațiile părților, ambele părți urmărind realizarea unui avantaj patrimonial propriu prin încheierea contractului sinalagmatic. Or, în situația clauzei mai sus analizate, în cazul în care contractul de leasing ar fi integral executat de către părți, debitoarea utilizatoare ar fi folosit deja bunul finanțat pe întreaga durată a contractului și ar dobândi dreptul de proprietate asupra bunului finanțat, cu condiția plății valorii reziduale (de regulă inclusă în ratele de leasing) și a celorlalte accesorii, iar creditoarea finanțatoare ar obține plata ratelor de leasing, compuse din valoarea finanțată și accesoriile acesteia.

În cazul rezilierii contractului de leasing din culpa debitoarei utilizatoare, aceasta rămâne doar cu beneficiul utilizării bunului finanțat până la momentul predării posesiei bunului către creditoarea finanțatoare, în timp ce creditoarea finanțatoare ar beneficia atât de plata integrală de către debitoarea utilizatoare a ratelor de leasing, anticipată în ceea ce privește ratele de leasing scadente ulterior rezilierii contractului și valoarea reziduală (de regulă inclusă în ratele de leasing), cât și de dreptul de proprietate asupra bunului finanțat, drept de care poate dispune liber. În ipoteza în care valoarea reziduală nu este inclusă în ratele de leasing, iar ratele de leasing ar fi achitate în întregime, transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului la cererea debitoarei utilizatoare ar fi condiționată de plata de către debitoarea utilizatoare a valorii reziduale.

Dimpotrivă, în situația rezilierii contractului de leasing din culpa debitoarei, aplicarea clauzei penale ar conferi creditoarei finanțatoare și dreptul de a încasa contravaloarea valorii reziduale, cu toate că creditoarea finanțatoare nu ar fi transmis debitoarei utilizatoare dreptul de proprietate asupra bunului.

Desigur, în condițiile în care atât finanțatoarea creditoare cât și utilizatoarea debitoare sunt comercianți, acest dezechilibru nu poate fi analizat prin prisma legislației protecției drepturilor consumatorului, aceasta fiind inaplicabilă raporturilor între comercianți. Cu toate acestea, dezechilibrul contractual astfel creat nu se află în afara oricărui control al instanțelor judecătorești, el putând fi cenzurat, cel puțin parțial, prin verificarea validității cauzei acestei clauze contractuale, în condițiile art. 966 C.civ.

Aplicarea întocmai a unei astfel de clauze penale ar avea efectul ruperii echilibrului prestațiilor, cu încălcarea principiului reparației integrale a prejudiciului suferit de creditoarea finanțatoare, prejudiciu care ar fi depășit de daunele interese plătite de debitoarea utilizatoare.

În consecință, suma pe care creditoarea finanțatoare o va obține din valorificarea bunului finanțat se impune a fi dedusă din creanța solicitată de creditoarea finanțatoare cu titlu de despăgubiri. În măsura în care întinderea acestei sume nu poate fi determinată, creanța solicitată de creditoarea finanțatoare cu titlu de despăgubiri nu are, în parte, caracter cert, întinderea sa neputând fi stabilită cu exactitate. Din perspectiva cauzei clauzei penale, obligația de plată a debitoare este lipsită de cauză pentru suma reprezentând contravaloarea la momentul rezilierii a bunului finanțat, fiind aplicabilă sancțiunea nulității parțiale a clauzei penale pentru această sumă, conform art. 966 C.civ.

Chiar dacă contractul de leasing are valoare de titlu executoriu, simpla sa existență nu poate suplini lipsa de caracter cert a sumelor pe care acesta le constată, nefiind posibilă înscrierea creditoarei finanțatoare la masa credală a debitoare utilizatoare cu o sumă necertă.

Potrivit art. 1070 C.civ., penalitatea poate fi împuținată de judecător, când obligația principală a fost executată în parte. Penalitatea convenită de părți reprezintă tocmai diferența între valoarea totală a contractelor și valoarea achitată de debitoare cu titlu de rate de leasing și accesorii, astfel încât diminuarea penalității nu poate lua în calcul sumele deja achitate de debitoare.

Pentru determinarea penalității convenite creditoarei finanțatoare este necesară stabilirea sumei pe care creditoarea

finanțatoare o poate recupera prin valorificarea bunului finanțat.

În condițiile în care art. 66 alin. 3 din Legea nr. 85/2006 prezumă valabile și corecte toate creanțele necontestate de către participanții la procedura insolvenței, sarcina probei în cazul contestării întinderii unei creanțe revine titularului contestației, conform art. 1169 C.civ. și art. 129 alin. 1 C.proc.civ. Desigur, fiind o chestiune de legalitate a modului de evaluare a creanței prin intermediul clauzei penale, întinderea creanței creditoarei finanțatoare poate fi pusă în discuție și din oficiu de judecătorul-sindic, conform art. 11 alin. 2 din Legea nr. 85/2006. În această situație, în conformitate cu dispozițiile art. 129 alin. 5 C.proc.civ., judecătorul-sindic are îndatorirea să stăruie, prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșeală privind aflarea adevărului în cauză, pe baza stabilirii faptelor și prin aplicarea corectă a legii, în scopul pronunțării unei hotărâri temeinice și legale, putând ordona administrarea probelor pe care le consideră necesare, chiar dacă părțile se împotrivesc.

Contravaloarea la momentul rezilierii a bunului finanțat este o chestiune de fapt, astfel încât poate fi dovedită prin orice mijloc de probă. Desigur, fiind vorba despre o operațiune de evaluare, proba cea mai pertinentă rămâne raportul de expertiză, judiciară sau extrajudiciară.

În situația în care creditoarea finanțatoare valorifică bunul finanțat anterior înregistrării cererii de admitere a creanței, prejudiciul suferit de ea ca urmare a rezilierii contractului de leasing devine cert, fiind egal cu diferența dintre valoarea obligațiilor de plată ale debitoare utilizatoare până la finalizarea contractului de leasing și prețul de vânzare al bunului.

Concluzionând, la stabilirea întinderii creanței creditoarei finanțatoare, administratorul judiciar / lichidatorul este ținut să aplice atât clauzele contractului de leasing, obligatorii pentru părți conform art. 969 alin. 1 C.civ., cât și principiile reparației integrale a prejudiciului și echilibrului contractual, forța juridică de titlu executoriu a contractului de leasing neputând fi deturnată de la scopul său prevăzut de lege, pe calea unui abuz de drept, pentru a stabili obligații de plată nelegale în sarcina debitoare utilizatoare.

