



PHOENIX

revista de insolvență

Editată de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
din România

■ Legiferarea falimentului

pag. 4

■ Transferul de afacere

pag. 7

■ Modificarea actului constitativ

pag. 12

■ Legea insolvenței vs. Codul civil

pag. 19

Nr. 45, iulie-septembrie 2013

Publicație gratuită

ISSN 1583-2368



Phoenix, revista de insolvență

Nr. 45, iulie - septembrie 2013

sumar

	pag.
<input type="checkbox"/> INTRODUCERE	
CUVÂNTUL PREȘEDINTELUI _____	3
<input type="checkbox"/> RUBRICA PRACTICIANULUI	
LEGIFERAREA FALIMENTULUI _____	4
TRANSFERUL DE AFACERE _____	7
<input type="checkbox"/> RUBRICA ANALISTULUI	
MODIFICAREA ACTULUI CONSTITUTIV AL DEBITORULUI _____	12
<input type="checkbox"/> OPINIA ANALISTULUI	
LEGEA INSOLVENȚEI VS. CODUL CIVIL _____	19
<input type="checkbox"/> RUBRICA MAGISTRATULUI	
CONSIDERAȚII PRIVIND ONORARIUL _____	26
<input type="checkbox"/> RECENZII _____	31

Editor
Mihai Dimonie

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

Secretar general
Alexandru Frumosu
Secretariat de redacție
Adrian Ciochirdel
Andreea Mucileniță

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

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

Cuvântul președintelui



La mijlocul lunii iunie a.c. a avut loc Congresul anual UNPIR cu numărul 15. Dând curs invitației noastre, la congres a participat domnul Marc Andre, membru al Consiliului Național al Administratorilor Judiciari și Mediatorilor Judiciari din Franța, fost președinte al INSOLEurope. De asemenea ne-au onorat cu prezența reprezentanții conducerilor Oficiului Național al Comerțului, a Uniunii Profesiilor Liberale din România și nu în ultimul rând ai Asociației Lichidatorilor și Administratorilor din Republica Moldova.

În acest cadru festiv a avut loc semnarea convenției dintre Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România și Consiliul Național al Administratorilor Judiciari și Mediatorilor Judiciari din Franța, menită să definească regimul de lucru care să permită coordonarea eficientă a procedurilor de insolvență. Prin aceasta se propune adoptarea unor modalități practice privind regimul de tratare a pasivului și a elementelor de activ ale debitorilor împotriva cărora s-au deschis simultan mai multe proceduri colective în diferite țări membre ale Uniunii Europene. Convenția poate fi studiată accesând site-ul Uniunii.

Convenții similare au mai fost semnate de către Franța cu Italia, Spania și Germania, cu scopul aplicării în mod corect a legislației în materie.

Este de menționat că sistemul francez și-a dovedit eficiența în situații de criză, motiv pentru care și noi am adoptat reglementările privind mandatul ad-hoc și concordatul preventiv.

Dezbaterile din congres au relevat probleme de interes general privind îmbunătățirea activității Uniunii, a colaborării cu instituțiile statului, a pregătirii profesionale cu sprijinul recent înființatului Institut Național de Pregătire Profesională a Practicienilor în Insolvență și inițierea seminariilor on-line accesibile tuturor membrilor. Avem în vedere unele modificări în organizarea și desfășurarea examenelor de acces în profesie și de definitivare.

Participanții la congres au insistat asupra unor dificultăți în colaborarea cu ANAF, dar și cu privire la plățile efectuate din fondul de lichidare. Pe toate acestea dorim să le soluționăm în cel mai scurt timp.

Av. Arin Octav Stănescu
Președintele UNPIR

Legiferarea falimentului: un lung șir de adaptări juridice la schimbările politico-economico-sociale aduse de timp și de timpuri



Av. dr. Elena Bustea
Membră UNPIR, filiala București

Unde competiție nu e, nici performanță nu poate fi.

Directorul unei întreprinderi sovietice afirma într-un interviu, în perioada destinderii inițiate de Gorbaciov, că nu pot obține performanță economică până când fiecare angajat nu va simți presiunea unui șomer, care să vrea să-și ia locul. Convingere împărtășită, la nivelul managementului, în toate fostele țări comuniste. Mulți dintre directorii întreprinderilor cu probleme gândeau la fel. Aveau și nu aveau dreptate.

Aveau dreptate în sensul că „rolul conducător al clasei muncitoare”, fluturat în fostele țări comuniste, s-a redus până la urmă la un soi de hazard moral. Întreprinderile, fie că erau profitabile, fie că înregistrau pierderi, rămâneau în viață. Insolvență? Falimente? Nici vorbă. Nici întreprinderile nu aveau sabia falimentului deasupra, nici muncitorii nu se temeau că ar putea ajunge șomeri. Falimentul și șomajul nu încăpeau în sfera moralei comuniste. Argumentele tehnicienilor se opreau în fața barierei ideologice potrivit căreia falimentul era taxat ca...burghez, dar economiile din fosta zonă comunistă erau tot mai debile, pentru că în economie, unde nu e competiție, nici performanță nu poate fi.

Într-un alt sens, tehnicienii nu aveau dreptate. Ca să fi existat, la poarta fiecărei întreprinderi, câte un șomer care să tânjească după locul fiecărui angajat ar fi fost posibil numai în condițiile unor falimente în serie mare și ale unui șomaj de proporții uriașe. Ceea ce ar fi dezorganizat și mai dramatic atât societatea în general, cât și economia în special. Șomajul devine un pericol social dacă urcă mai sus de rata lui naturală, care nu poate fi mai mare de 4-5 procente. Totodată, și falimentele devin un pericol social

atunci când depășesc „rata naturală”. Îmi veți reproșa că, în materia falimentului, nu există o rată naturală. Dacă legea n-o prevede – și nici nu ar avea cum s-o prevadă – nu înseamnă că nu există. Falimentul însuși, dincolo de substanța lui juridică, e un proces natural. Un proces de asanare a vieții economice, de continuă înnoire. La urma-urmei, companiile se nasc și mor ca și oamenii. Dacă însă, în economia unei țări ori a oricărei comunități, companiile care își încheie ciclul de viață și se sting ajung să fie mai multe decât cele care vin să le ia locul, atunci falimentul devine periculos. Înseamnă că falimentele ar depăși rata naturală și inevitabil ar începe să producă suferințe societății în general și economiei în special. Este așadar cert, revenind la dorința exprimată în anii '80 de un director de întreprindere din fosta Uniune Sovietică, privind un număr egal de angajați și de șomeri, că nu asta era calea cea bună. Pentru că falimentele și șomajul în serie mare s-ar fi soldat cu o și mai cumplită sărăcire a populației. Dramatic era faptul că performanțele economice slabe din toată zona comunistă erau cauzate de absența competiției, de un management el însuși neperformant și de prea puțină valută ce putea fi dirijată spre atât de necesarele rețehnologizări.

Să tai crengile cărora le este dat să cadă.

E o măsură în toate, celebrul dicton latin, i se potrivește întocmai întregii problematici a falimentului. Într-o grădină, un grădinar priceput taie la timp crăcile... cărora le este dat să cadă. Iată măsura. Naturală. Scopul fiind un neîncetat proces de vitalizare și revitalizare a întregii grădini. Grădinarul nepriceput fie va întrece măsura și va

distruge toată grădina, fie va opera sub măsură și tot acolo se va ajunge, fiindcă dacă va lăsa netăiate crengi bolnave ele vor contamina toți pomii și grădina va muri. La fel se petrec lucrurile în economie. Companiile cărora le e dat să cadă, fiindcă sunt atât de grav bolnave încât cu niciun leac nu mai pot fi vindecate, nu au nicio șansă adevărată de a scăpa de faliment. Iar dacă nu vor fi lovite de faliment, contagioase fiind, vor îmbolnăvi întreaga economie.

Desigur, pot interveni șanse neadevărate. Închipuite, deci. Pe la începutul anilor '80, când România intrase în încetare de plăți, ca să dăm un exemplu de la rădăcina lucrurilor, un grup de economiști din apropierea vârfului piramidei puterii și-au asumat riscul să-i propună lui Ceaușescu să scoată din sistemul economiei naționale câteva „hălci” bolnave. O lege a falimentului nu exista iar cuvântul faliment era incendiar. Evitând să vorbească despre vreo procedură de falimentare, i-au dovedit, prin calcule, că au identificat mai multe „hălci” care suferă de boli contagioase și că, dacă nu vor fi izolate și eliminate, întreaga economie ar putea fi contaminată. De ce „hălci”? Pentru că nu aveau în vedere întreprinderi singulare. Economia României era planificată și multe întreprinderi se aflau unele față de altele într-o interdependență absolută. Așa că prin „hălci” au înțeles grupuri de întreprinderi interdependente, care deja se îmbolnăviseră unele pe altele într-o măsură atât de mare încât vindecarea lor nu mai era posibilă. Ceaușescu, după ce i-a ascultat cu atenție, le-a spus că le va răspunde a doua zi. Și le-a răspuns. A doua zi avea programată o vizită de lucru într-un județ, care urma să se încheie cu un miting. Vorbind la miting, în văzul și auzul întregii țări, căci mitingul a fost transmis la radio și la televiziune, a spus că a primit propuneri privind falimentarea unor întreprinderi. Și a adăugat că, în perioada imediat următoare, în România... chiar vor avea loc mai multe falimente dar...niciodată nu ca în capitalism, falimente ale unor întreprinderi. Era începutul unei serii de discursuri în care avea să sublinieze apăsător, datorită descoperirilor din domeniul geneticii, poate că plopul va face pere, dar că nici atunci România nu va trece la economia de piață liberă, la haos în economie și la falimente.

Istoria l-a contrazis. Dar, chiar dacă economia de piață liberă a fost consfințită în Constituție, mulți ani, după decembrie '89, în ceea ce privește falimentul, societatea românească a manifestat un blocaj ostil. Nu tocmai greu de înțeles. Organismul social ca și cel uman are nevoie să parcurgă natural etapele de maturizare. Populația în ansamblu, politicienii, chiar mare parte din elitele culturale au absorbit greu esența și instituția falimentului. Și dacă, la un moment dat, s-a trecut totuși la legiferarea falimentării companiilor iar procedura falimentului a luat amploare în practică, nici până astăzi nu avem o lege a falimentului personal. Abia în această primăvară, după aproape douăzeci și trei de ani și jumătate de nouă istorie, dezbateră despre falimentul personal începe să prindă un

contur ceva mai clar. Și abia acum, în 2013, într-un comentariu al unor experți FMI privind falimentul personal în țările din centrul și estul Uniunii Europene, este amintită și România. Fără să se precizeze dacă a sosit ori nu timpul ca țara noastră să legifereze și acest tip de faliment.

O explicabilă reacție întârziată

Revenind la companii, voi aminti că după ce, începând chiar din 1990, dezbateră despre economia de piață liberă a luat amploare, au trecut ani buni până când s-au făcut auzite și vocile unor juriști, economiști, jurnaliști ori chiar politicieni, care au pus pe rol cerința legiferării instituției falimentului. Dacă unele dintre aceste voci erau doar ecoul peste timp al binecunoscutei clamări „Să avem și noi faliții noștri” din binecunoscutul discurs electoral al lui Cațavencu, în care Caragiale deconspiră golul din spatele emfazei politice, cele mai multe voci au imprimat demersului făcut un alt sens, pe cel profund, legat de o cerință obiectivă de legiferare a falimentului. Cum se explică această reacție întârziată? După cincizeci de ani de comunism, nu ne-a fost tocmai ușor să înțelegem că, în viața economică, sunt și întreprinderi care mor. Unele, îmbătrânind pur și simplu, nu mai reușesc să-și reîncarce bateriile și se sting. Altele, în plină tinerețe, suferă accidente ori au parte de incidente care le scot din joc. Și, indiferent de motiv, este obligatoriu ca moartea lor să fie „constată” administrativ și juridic. Or, în condițiile proprii societății românești din anii '90, reglementarea acestui proces firesc s-a dovedit a fi extrem de complicată, fragmentată în prea multe etape, implicând o prea mare irosire de eforturi și de timp.

Paradoxal, mari poticneli au intervenit nu numai în legiferarea ieșirii din piață, ci și în cea a intrării în piață. Desigur, asimilând noțiunea de piață în sens larg – economic, juridic, sociologic, psihologic. Deși încă din 1990 ne-a fost limpede că în România a început tranziția – un proces de trecere de la economia de comandă, planificată centralizat și închisă, la economia de piață, liberă și deschisă – piața înțeală ca spațiul și timpul în care se confruntă fără întrerupere o infinitate de societăți lucrative, de la fabrici la bănci și burse, de la magazine și hoteluri la companii de asigurări ori de consultanță, de la utilități publice la servicii de interes restrâns, ei bine! și-a lăsat multă vreme porțile doar întredeschise. Abia către sfârșitul lui 1994, în septembrie, a apărut Legea nr.359, privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice. Dar mașinăria simplificărilor de acest fel a pornit în cursă cu frâna de mână trasă. La începutul anului 2000 intrarea în piață, în România, era încă un chin. Înregistrarea investitorilor străini, bunăoară, era o cursă cu obstacole îngreunată de zeci de avize și blocaje administrative. În aceste împrejurări, a fost nevoie

ca legea din 1994 să fie continuu actualizată prin alte legi ori ordonanțe de urgență, o simplificare ceva mai apropiată de sensul acestui cuvânt intervenind abia în anii 2006, 2007 și 2008, fiind impusă de dorința ardentă a țării noastre de a primi de la Uniunea Europeană statutul de economie de piață funcțională. Iar când, în sfârșit, am primit acest statut, ne-a fost limpede că făcusem doar o jumătate de pas. Pentru că România obținuse numai statutul de economie de piață funcțională, dar nu și pe cel de economie de piață competitivă, în stare să facă față presiunilor competiționale și concurenței dure din Uniunea Europeană și din economia globală.

Străvechiul Cod comercial nu mai era actual

Ori de câte ori spunem competiție și concurență, avem în vedere un proces complex, desfășurat între două mari borne de hotar. Prima indicând momentul în care o companie intră în piață, se aruncă deci în apele competiției unuia dintre cele două mari oceane concurențiale, fie în învolburarea celui roșu, de mare înghesuială, în care a curs și curge mult sânge, fie în cel albastru, al deschizătorilor de drumuri noi, de nișă încă prea puțin sau deloc explorate; a doua bornă indicând – pentru companiile care au pierdut competiția, fiind definitiv înfrânte – momentul falimentului. Între aceste două mari borne se desfășoară câmpul imens al vieții economice, măsurat cu milioane de alte borne, de indicatori care desenează trasee, reguli, experiențe, istorii, destine, victorii și înfrângeri, câștiguri și pierderi.

Notam, în prima parte a acestei analize, că în anii comunismului ne-am prefăcut că nu vedem stările de faliment din întreprinderi, deși numărul lor creștea exploziv. În toți acei ani, cuprinși într-o jumătate de veac, conjunctura ne-a obligat „să uităm” că în România, cea capitalistă, încă din 1887 a fost legiferat un Cod comercial, cu „Cartea a III-a, Despre faliment” și cu „Dispozițiuni speciale de procedură în materie de faliment”. Iar după '89, în împrejurări radical schimbate, cu un noian de priorități în față, nu ne-am rezeptat să dăm jos din bibliotecă exemplarele ce mai existau, câte mai existau, din străvechiul Cod comercial, și să le readucem pe mesele noastre de lucru. N-am făcut-o nici noi, profesioniștii dreptului, n-au făcut-o nici autoritățile. Când, în sfârșit, a fost republicat Codul comercial și a intrat în circulație, mai mult, când a început să fie invocat în fața unor instanțe judecătorești, a fost relevat și faptul că reglementările privind falimentul ar avea nevoie de un conținut nou, acomodat noilor realități. Atunci s-au făcut auzite vocile amintite mai înainte, care cereau în sens profund o legiferare a falimentului.

Legea falimentului, votată de Parlamentul României, a fost publicată la 22 iunie 1995. Avea numărul 64. și avea imprimată, în toate fibrele ei, vechea stare de spirit a unei societăți, cea românească, care timp de cincizeci de ani de economie comunistă a cultivat ideea că falimentarea unei

întreprinderi este un fenomen odios, antisocial și inuman, neacceptabil. În consecință, în noua lege a falimentului... cuvântul faliment nu apare nici în titlu (ea s-a intitulat „Legea 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare”) și nici în vreunul dintre cele 131 de articole.

O lege europeană în spiritul și în litera ei

Treptat, pe măsură ce societatea noastră s-a mai emancipat, îndeosebi în împrejurările concrete legate de pregătirile pentru intrarea României în NATO și aderarea la Uniunea Europeană, s-a schimbat și atitudinea față de faliment. În acest context, modificările aduse Legii 64/1994 și succesivele republicării ale acestei legi i-au adus semnificative transformări. Una dintre cele mai importante este schimbarea titlului: de la „Lege privind procedura reorganizării și lichidării judiciare” la „Lege privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului”. Era deja pregătit terenul pentru o lege europeană în spiritul și în litera ei. O lege cuprinsă în pachetul de acte normative ce a deschis drumul României către Uniunea Europeană. Era anul 2006. Parlamentul a votat Legea 85, privind procedura insolvenței. Cuvântul faliment nu mai este în titlu. Dar o întreagă secțiune a legii, a 7-a, este intitulată „Falimentul”. Ce reținem? Că insolvență, fie prezumată, fie iminentă, fiind „acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile”, constituie un proces complex și îndelungat, actul întâi fiind dedicat reorganizării activității debitorului aflat în încetare de plăți. Primul pas fiind, deci, un efort de salvare printr-un plan de reorganizare ce va indica, potrivit legii, perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile și cu specificul activității debitorului, cu mijloacele financiare disponibile și cu cererea pieții. Cu alte cuvinte, înainte de a tăia craca bolnavă se impune un tratament eficient pentru vindecarea ei. Falimentul, tăierea crăcii care nu mai poate fi salvată și riscă să contamineze întreaga grădină, fiind operațiunea de ultim moment. Fiindcă abia atunci când salvarea nu mai e posibilă, judecătorul sindic va dispune dizolvarea societății debitoare și îi va ridica dreptul de a se administra.

E o măsură în toate - iată un dicton aplicabil falimentului. Pentru că, în cazul în care redresarea unei întreprinderi e posibilă prin reorganizare, falimentul trebuie evitat. Iar când redresarea e imposibilă, falimentul devine iminent. Iar legea falimentului, adoptată în 2006 și modificată apoi în anii următori, vine cu un set de rânduieli care pune moartea unei companii într-o ecuație economico-socială, chiar de eficiență, în așa fel încât nici creditorii să nu fie înșelați și nici debitorul insolvent să nu ajungă în sapă de lemn. Este în firea lucrurilor ca spiritul și litera acestei legi să dirijeze comportamentul tuturor participanților la joc: debitori, creditori, judecători, lichidatori.

Transferul de afacere - o modalitate distinctă de valorificare în procedura insolvenței



Ec. Monica Angela Borza
Membră UNPIR, filiala București

În articolul de față, care are ca subiect transferul de afacere, se folosește și sintagma transfer de active, în sensul folosit de Codul fiscal, adică acela de transfer al unei afaceri / activități.

Criza economică din ultimii ani a impus inevitabil și nevoia de restructurare a multor companii aflate pe piață, restructurare care îmbracă atât o dimensiune financiară dar și o dimensiune socială. În aceste condiții practicianul în insolvență trebuie să găsească metoda optimă de valorificare a unui patrimoniu care să ducă la achitarea datoriilor unei companii aflată în dificultate financiară, ținând totodată seama și de aspectele sociale care pot apărea în urma desființării locurilor de muncă, dar mai ales a costurilor desființării acestor locuri de muncă.

În cele ce urmează ne referim la o modalitate mai puțin uzitată și anume transferul de activitate care permite continuarea activității economice specifice, scutirea de plată a T.V.A. aferentă transferului, dar și păstrarea locurilor de muncă.

Vânzarea tuturor activelor debitoarei sau a unei părți a acestora investite într-o anumită ramură a activității economice este o modalitate distinctă care nu este prevăzută în reglementarea executării silite potrivit Codului de procedură civilă. Această vânzare poartă denumirea de transfer de active total sau parțial. Această

modalitate de vânzare nu este expres prevăzută nici în Legea nr. 85/2006, însă poate fi aplicată deoarece în această lege este prevăzută vânzarea în bloc a activelor debitoarei, transferul de active fiind în esență o activitate ce asigură continuitatea unei afaceri (bineînțeles cu respectarea normelor legale caracteristice).

Prin Legea nr. 343/2006 din 17 iulie 2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, prin art. 1 pct. 88 se modifică articolul 128 din Codul fiscal. În acest sens, în cuprinsul alin. (7) al art. 128 se arată că: „*Transferul tuturor activelor sau al unei părți a acestora, efectuat cu ocazia transferului de active și pasive, ca urmare a unor operațiuni precum divizarea, fuziunea, indiferent dacă e făcut cu plată sau ca aport în natură la capitalul unei societăți, nu constituie livrare de bunuri dacă primitorul activelor este o persoană impozabilă. Primitorul este considerat a fi succesorul cedentului în ceea ce privește ajustarea dreptului de deducere prevăzută de lege.*” Acest articol este formulat pe baza opțiunii conferite statelor membre UE de art. 19 din Directiva TVA (fostul art. 5(8) din Directiva a șasea 77/388/EEC).

Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal, ne arată că „Se consideră transfer parțial de active în sensul art. 128 alin. (7) din Codul fiscal transferul tuturor

activelor sau al unei părți din activele investite într-o anumită ramură a activității economice, dacă acestea constituie din punct de vedere tehnic o structură independentă, capabilă să efectueze activități economice separate”. De asemenea, se consideră că transferul parțial are loc și în cazul în care bunurile imobile în care sunt situate activele transferate de cedent nu sunt înstrăinate, ci realocate altor ramuri ale activității aflate în uzul cedentului. Persoana impozabilă care este beneficiarul transferului prevăzut la alin. (7) este considerată ca fiind succesorul cedentului, indiferent dacă este înregistrat în scopuri de TVA sau nu. Beneficiarul va prelua toate drepturile și obligațiile cedentului, inclusiv cele privind livrările către sine prevăzute la art. 128 alin. (4) din Codul fiscal, ajustările deducerii prevăzute la art. 148 și 149 din Codul fiscal. De asemenea beneficiarul poate prelua soldul sumei negative de taxa pentru care nu s-a solicitat rambursarea sau soldul taxei de plată către bugetul de stat, dacă respectivele drepturi și obligații au fost cuprinse în contractul dintre părți. Dacă beneficiarul transferului este o persoană, alta decât persoana impozabilă, operațiunea de transfer constituie livrare de bunuri.

Transferul de active se poate face prin:

- vânzare
- divizare
- fuziune
- aport în natură la capitalul unei societăți

Din perspectiva Legii privind procedura insolvenței, transferul activelor unei societăți în insolvență se poate face prin vânzare, dar în cazuri speciale și prin divizare sau fuziune.

Primitorul activelor are obligația să transmită cedentului o declarație pe propria răspundere din care să rezulte că:

- intenționează să desfășoare activitatea economică sau partea din activitatea economică care i-a fost transferată, și
- nu lichidează imediat activitatea respectivă sau, după caz, nu vinde eventualele stocuri

1. Transfer total de active

În cazul în care între două societăți are loc un transfer total de active (de afacere) este clar că un asemenea transfer se califică drept un transfer de afacere pentru care nu se aplică TVA.

Exemplificând, transferul unei fabrici care are activitate de producție - înțelegând prin aceasta halele de producție cu terenul aferent, utilajele necesare continuării activității, stocul de materie primă împreună cu producția deja realizată, modelele sau desenele

industriale aparținând cedentului, mărcile, brevetele, drepturile de autor etc - va fi considerat transfer de afacere, pentru care nu se va aplica TVA.

2. Transfer parțial de active

a) Dacă acele active care au făcut obiectul transferului dreptului de proprietate pot funcționa independent, adică pot efectua o activitate economică, fără a avea importanță dacă primitorul activelor este specializat sau nu în desfășurarea și/sau dezvoltarea acelei activități, atunci, cu certitudine sunt aplicabile dispozițiile art. 128 alin. (7). Esențial este ca activitatea economică transmisă să poată funcționa independent, ca primitorul activelor să fie o persoană impozabilă (art. 127 Cod fiscal) și ca acesta să intenționeze să continue afacerea sau partea de afacere dobândită.

De asemenea, se consideră că transferul parțial are loc și în cazul în care bunurile imobile în care sunt situate activele transferate de cedent nu sunt înstrăinate, ci realocate altor ramuri ale activității aflate în uzul cedentului. Este foarte important să existe o continuare a activității cedentului, activitate care să genereze producție, chiar dacă se are în vedere folosirea părților de active într-un alt mod, sau alt loc, scopul final fiind același.

De exemplu, vânzarea sediului unui salon de înfrumusețare împreună cu denumirea sa, cu clientela existentă către o altă societate care păstrează obiectul specific de activitate, dar care pentru îmbunătățirea serviciilor folosite organizează în același spațiu și un mic magazin de prezentare și comercializare a unor produse de îngrijire corporală, nu va constitui o livrare de bunuri, ci un veritabil transfer de afacere, motiv pentru care considerăm că un asemenea transfer nu va intra în sfera de aplicare a TVA.

b) În celălalt caz, dacă primitorul activelor nu intenționează să continue activitatea preluată, tranzacția încheiată nu se consideră transfer de active ci livrare de bunuri, taxabilă cu TVA.

În practică, există posibilitatea ca primitorul activelor să nu continue activitatea și să înstrăineze activele primite. În acest caz, tranzacția va fi o simplă livrare de bunuri în înțelesul alin. (1) al art. 128 al Codului fiscal.

Exemplu: Cedentul înstrăinează un restaurant organizat într-un spațiu de tip vilă cu separeuri și curte interioară, împreună cu dotările și contractele de muncă ale personalului aferent acestuia, dar beneficiarul, în urma unor lucrări de renovare, transformă restaurantul într-un spațiu de birouri ce urmează a fi vândute sau închiriate. În acest caz, nu poate fi vorba despre un

transfer de afacere, ci de o livrare de bunuri ce intră în sfera de aplicare a TVA.

3. Forma actelor care se întocmesc la transferul de active

Documentația ce va trebui întocmită de părțile implicate într-o astfel de operațiune este prevăzută de dispozițiile art. 155¹ alin. (10) din Codul fiscal, reținând că într-un asemenea caz nu se va întocmi o factura, ci un document de transfer de active, care va trebui să conțină următoarele informații: un număr de ordine secvențial și data emiterii documentului, data transferului, denumirea/numele, adresa și codul de înregistrare în scopuri de TVA, prevăzut la art. 153, al ambelor părți, după caz, o descriere exactă a operațiunii și valoarea transferului.

Pentru transferul de active care implică și transferul de imobile documentul de transfer se va întocmi în forma autentică.

Normele metodologice de aplicare a art. 128 din Codul fiscal prevăd la alin. (10): Persoana impozabilă care este beneficiarul transferului prevăzut la alin. (9) este considerată ca fiind succesorul cedentului, indiferent dacă este înregistrată în scopuri de TVA sau nu. Beneficiarul va prelua toate drepturile și obligațiile cedentului, inclusiv cele privind livrările către sine prevăzute la art. 128 alin. (4) din Codul fiscal, ajustările deduceri prevăzute la art. 148 și 149 din Codul fiscal. Dacă beneficiarul transferului este o persoană impozabilă care nu este înregistrată în scopuri de TVA conform art. 153 din Codul fiscal și nu se va înregistra în scopuri de TVA ca urmare a transferului, va trebui să plătească la bugetul de stat suma rezultată ca urmare a ajustărilor conform art. 128 alin. (4), art. 148, 149 sau 161 din Codul fiscal, după caz, și să depună în acest sens declarația prevăzută la art. 156 (indice 3) alin. (8) din Codul fiscal. Momentul de referință pentru determinarea datei de la care începe ajustarea taxei, în cazul bunurilor de capital, nu este dată transferului, ci data obținerii bunului de către cedent, conform art. 149 sau 161 din Codul fiscal, după caz. Cedentul va trebui să transmită cesionarului o copie de pe registrul bunurilor de capital, dacă acestea sunt obținute după data aderării. Aplicarea regimului de taxare pentru transferul de active de către persoanele impozabile nu va fi sancționată de organele de inspecție fiscală, în sensul anularii dreptului de deducere a taxei la beneficiar, dacă operațiunile în cauză sunt taxabile prin efectul legii sau prin opțiune, cu excepția situației în care se constată că tranzacția a fost taxată în scopuri fiscale.

4. Riscurile implicate de operațiunea de transfer de afacere

În cazul în care transferul se va considera de către părți în mod eronat drept un transfer de afacere fără TVA, fără ca tranzacția să fie bine determinată prin contractul dintre părți, există riscul ca autoritățile fiscale să considere că cedentul ar fi trebuit să aplice TVA la valoarea tranzacției și drept urmare va fi obligat la plata TVA aferentă către stat, în condițiile în care primitorul activelor va refuza să îi plătească această sumă. Dacă, în schimb, părțile vor considera în mod greșit un transfer de afacere drept o livrare de bunuri, primitorul activelor va întâmpina dificultăți în ceea ce privește recuperarea TVA deductibile plătite cedentului de la bugetul statului.

5. Jurisprudența

Practica judiciară internă referitoare la această problemă este relativ nouă, în principal fiind vizate aspecte ce țin de forma documentelor încheiate și mai ales de continuarea activității transferate.

Jurisprudența europeană clarifică problema în discuție, amintind în acest sens cauza C-479/01, Zita Modes S.a.r.l. vs. Administration de l'Enregistrement et des Domaines a CJE. S-a reținut în această hotărâre că nicio livrare de bunuri nu a avut loc în eventualitatea unui transfer al unui activ, că nicio regulă înlocuitoare nu se aplică vreunui transfer de afacere sau de parte independentă dintr-o întreprindere, incluzând elemente tangibile și după caz, intangibile, care, împreună, constituie o întreprindere sau o parte dintr-o întreprindere capabilă să desfășoare o activitate economică independentă.

6. Situația angajaților cedentului

Transferul de afacere este singura modalitate de înstrăinare a activelor unei societăți debitoare care beneficiază de prevederi legale obligatorii pentru părțile implicate în transferul de proprietate, referitoare la angajații unei societăți în insolvență.

Cu privire la transferul angajaților, art. 173 alin. (1) din Codul muncii dispune că salariații beneficiază de protecția drepturilor lor în cazul în care se produce un transfer al întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acesteia către un alt angajator, potrivit legii.

Conform alin. (2) al aceluiași articol, drepturile și obligațiile cedentului, care decurg dintr-un contract sau raport de muncă existent la data transferului, vor fi transferate integral cesionarului. În același sens sunt și prevederile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului

întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora potrivit cărora, drepturile și obligațiile cedentului, care decurg din contractele individuale de muncă și din contractul colectiv de muncă aplicabil, existente la data transferului, vor fi transferate integral cesionarului.

Vor fi transferate și drepturile și obligațiile cedentului, care decurg din contractele individuale de muncă a căror executare este suspendată întrucât legea nu face distincție după cum contractele sunt în curs de executare sau sunt suspendate.

Prin excepție, drepturile și obligațiile nu se transferă integral în cazul în care cedentul este subiectul procedurii de reorganizare judiciară sau faliment potrivit legii, fiind transferați doar angajații implicați în activitatea propriu-zisă, iar în situația în care are loc doar un transfer parțial de active se vor transfera doar obligațiile aferente și specifice acelei activități, restul angajaților urmând a fi disponibilizați.

Transferul drepturilor care decurg din contractele individuale de muncă și din contractul colectiv de muncă aplicabil, existente la data transferului, are loc prin efectul legii independent de voința cedentului sau a cesionarului.

Conform art. 174 din Codul muncii cedentul și cesionarul au obligația de a informa și de a consulta, anterior transferului, sindicatul sau, după caz, reprezentanții salariaților cu privire la implicațiile juridice, economice și sociale asupra salariaților, decurgând din transferul dreptului de proprietate.

Legea nr. 67/2006 sancționează nerespectarea acestei obligații. Astfel, la art. 13 alin. (1) se prevede că nerespectarea de către cedent sau cesionar a obligațiilor prevăzute în lege constituie contravenție și se sancționează cu amendă de la 1.500 lei (RON) la 3.000 lei (RON). De asemenea, conform art. 15, salariații ori reprezentanții salariaților afectați de transfer se pot adresa instanței judecătorești competente pentru soluționarea conflictelor individuale sau colective de muncă, conform legii.

După încetarea suspendării, contractele individuale de muncă își reiau cursul, salariații având obligația de a presta activitate pentru noul angajator (cesionarul), iar acesta are obligația de a le acordă toate drepturile stabilite de lege, de contractul individual de muncă și de contractul colectiv de muncă.

În practică, la transferul de active, de regulă, se prevede și un termen minim de păstrare al locurilor de muncă preluate.

7. Modalitatea de valorificare a transferului de active (afacere)

Transferul de activitate în cazul unei societăți în insolvență presupune plata unui preț, preluarea datoriilor

sau combinarea celor două. Transferul de activitate se poate realiza, fie prin negociere directă, fie prin licitație publică, cu regulile specifice fiecărei modalități alese prezentată mai sus.

8. Avantajele aplicării transferului de active (afacere) în cazul insolvenței

Contractul prin care părțile vor transfera active (activitatea) din proprietatea lor, va trebui să conțină clauze care să lase cât mai puțin loc de interpretare, fiecare parte a transferului de active va fi analizată în detaliu, astfel ca fiecare dintre participanții la transfer este informat în detaliu asupra afacerii în ansamblul ei, care sunt punctele tari și punctele slabe ale afacerii având o reprezentare fidelă a întregului proces.

Scopul acestei facilități fiscale și avantajul acesteia este evitarea pre-finanțării unei sume considerabile a TVA și a blocării unor fonduri ce pot fi investite în societate, deoarece în cazul unei vânzări de active cu valoare foarte mare, cumpărătorul ar fi obligat la un efort considerabil cu finanțarea TVA plătită vânzătorului, chiar dacă această sumă ar fi în final recuperată de la stat. Cesionarul preia know-how-ul cedentului, contractele existente la cedent, atât cele de comandă produse cât și cele de mentenanță a produselor livrate de cedent, astfel că i se asigură deja o clientelă. Cesionarul, prin analiza activității cedentului poate să prevadă, să anticipeze și să remedieze punctele slabe ale activității preluate.

Know-how reprezintă cunoștințe specifice, deținute de o persoană fizică sau de o întreprindere, asupra unui produs sau procedeu de fabricație, adesea obținute prin lucrări de cercetare și de dezvoltare importante și costisitoare.

În practică, acesta poate consta în informații concrete despre procedeele de procesare a unor materii prime și materiale pentru obținerea unui produs finit.

De asemenea, transferul de active este avantajos și societății cedente, deoarece este scutită de tot efortul financiar al disponibilizării angajaților, asigură o continuitate a serviciilor în situația în care există contracte care să oblige cedentul la reparații și întreținerea produselor deja livrate pe piață. Cedentul este scutit de toate cheltuielile necesare dezmembrării bunurilor, este scutit de posibilele daune aduse prin încetarea contractelor deja existente. Prin transferul de activitate, cedentul transformă în venituri și know-how-ul său, situație foarte rar întâlnită în cazul vânzării de active prevăzută în livrarea clasică de bunuri.

Transferul de active asigură liniștea socială, deoarece contractele de muncă se transfera în aceleași condiții către cumpărător.

În cazul insolvenței unei societăți se pot separa activele toxice de activele care sunt generatoare de

producție și care pot să asigure o continuare a activității specifice. Astfel, prin transferul de active parțial, bine selectat, având la bază criteriile economice sănătoase, se poate asigura continuarea unei activități viabile, se pot obține venituri net superioare vânzării activelor în bloc sau pe bucăți, datorită transferării și a factorului uman, urmând ca restul de active toxice care nu au o reprezentare reală în procesul de producție, să fie vândute de către administratorul judiciar/lichidator prin celelalte metode de valorificare.

Transferul de active parțial sau total este avantajos pentru că redă circuitului economic o activitate viabilă producătoare de taxe și impozite, asigură locuri de muncă, asigură predictibilitatea unei afaceri, reprezintă o adevărată oportunitate de economisire și un important avantaj în ceea ce privește fluxul de numerar, cu condiția ca activitatea transferată să nu înceteze, fiind în interesul procedurii de insolvență prin redarea către mediul economic a unor companii viabile cu bază reală, procedură care trebuie privită ca un nou început și nu ca un sfârșit, asigurând menținerea în activitate a unei companii cu bază reală.

9. Probleme specifice ce ar putea să apară în cazul transferului de active (de afacere) ce se realizează de la o societate aflată în insolvență:

- Dacă societatea este în insolvență și transferă o ramură de activitate ca o afacere, atunci are de transferat și pasivele aferente acelei activități, constând din creanțe înscrise la masa credală.

Printre problemele ce se pun în legătură cu acest transfer poate fi și: cine trebuie să aprobe această diminuare a masei credale? Noi considerăm că acest transfer de afacere trebuie supus aprobării adunării creditorilor. Dacă acest transfer de afacere este cuprins în cadrul unui plan de reorganizare atunci această operațiune va fi aprobată prin aprobarea și confirmarea planului de reorganizare (cu regulile specifice votării și confirmării planului de reorganizare). Dacă transferul de afacere nu este cuprins în planul de reorganizare, și se propune în cadrul perioadei de observație, atunci aceasta operațiune se aprobă tot de către adunarea creditorilor prin vot (îmbrăcând regulile specifice unei valorificări de patrimoniu al debitoarei).

- O altă problemă ar fi dacă creditorii care vor fi transferați ca parte a ramurii de activitate ce urmează a se

transfera, pot să se opună (ca în cazul divizării) transferului.

Considerăm ca în cazul în care operațiunea de transfer se aprobă de către adunarea creditorilor prin vot, creditorii nu se pot opune operațiunii de transfer, pot doar să conteste decizia adunării creditorilor (în condițiile prevăzute de lege).

- O altă problemă ar fi dacă se pot opune creditorii rămași la masa credală a debitorului, care au altă opinie asupra valorii de piață a bunurilor transferate.

În situația în care se dorește un transfer de activitate este necesar să se întocmească un raport de evaluare prin care să se stabilească valoarea acestui transfer, acel raport de evaluare să fie prezentat adunării creditorilor, urmând ca în situația în care vreun creditor nu este mulțumit de această valoare să se poată adresa pentru probleme de oportunitate adunării creditorilor și administratorului judiciar, iar pentru probleme de legalitate judecătorului sindic, ca în cazul clasic al unei valorificări de patrimoniu al unei societăți aflate în insolvență.

- O altă problemă ar fi ce se întâmplă cu garanțiile constituite de către debitor pe bunuri care se transferă, dacă și acestea se transferă ca efect al transferării activității.

Considerăm că și garanțiile se transferă împreună cu bunurile care fac parte din transferul de activitate, deoarece garanțiile imobiliare (atât pentru bunurile mobile cât și pentru bunurile imobile) urmează bunul și nu proprietarul bunului. De altfel, transferul de activitate presupune tocmai preluarea acelei ramuri de activitate în stadiul și în forma în care se găsește la acel moment. Nimic nu împiedică însă ca noul proprietar să încheie ulterior transferului tranzacții care să ducă la stingerea debitelor și implicit la radierea garanțiilor.

- Când se optează pentru un transfer de activitate trebuie avut în vedere fiecare aspect în parte ce ar putea reieși din specificul activității debitoarei pentru a se împiedica riscul recalificării operațiunii într-o simplă vânzare cu TVA, care este foarte mare, mai ales în condițiile noului text al art. 11 alin.(1) Cod fiscal care definește operațiunile artificiale.

Trebuie avut în vedere în permanență faptul că dacă transferam numai bunuri, nu și obligațiile născute din operațiunile la care bunurile au luat parte sau contractele aferente acelor bunuri, cum ar fi spre exemplu contractele de închiriere, riscul recalificării transferului de afacere (active) într-o simplă livrare de bunuri, purtătoare de TVA, este considerabil.



Modificarea actului constitutiv al debitorului

Lector dr. Lavinia Tec

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept și Științe Administrative

Rezumat: *Modificarea actului constitutiv al debitorului în procedura insolvenței ridică o serie de probleme delicate cu privire la legea aplicabilă, instanța competentă a se pronunța și poate cel mai important, cu privire la drepturile asociaților/acționarilor. Studiul de față prezintă particularitățile acestei operațiuni juridice, conflictele juridice ce pot apărea, precum și limitele sale juridice.*

Cuvinte cheie: *procedura insolvenței, judecător-sindic, act constitutiv, asociați/acționari, norme conflictuale.*

Summary: *Amendment of articles of incorporation of the debtor in insolvency proceedings raises a number of sensitive issues of applicable law, the competent court to rule, and perhaps most importantly, on the rights of the partners/shareholders. This study shows the features of the legal operations, legal conflicts which may arise, as well as its legal limits.*

Key words: *insolvency procedure, syndic judge, article of incorporation, partners/shareholders, legal conflicts.*

1. Conflictul între dreptul insolvenței și dreptul societar

Modificarea actului constitutiv al debitorului aflat în insolvență este o temă în care dreptul insolvenței intră în coliziune cu dreptul societar. Soluționarea conflictelor care apar între normele dreptului insolvenței și cele de drept societar se face cu dificultate, având în vedere că Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței nu cuprinde nicio regulă în acest sens.

Dreptul insolvenței este un drept conflictual, întrucât cei implicați în procedura colectivă – debitor, creditor, asociați/acționari, salariați și alții – au interese divergente, iar rolul său este acela de a le concilia. În îndeplinirea acestei misiuni, organele abili-

tate să aplice procedura se confruntă cu reguli de dreptul insolvenței dar și de drept civil, de drept procesual civil, de drept comercial sau reguli din alte ramuri de drept, care pot fi concurente. Astfel, trebuie aleasă sau stabilită regula aplicabilă în procedură. În acest sens, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, conține o singură dispoziție legală. Art. 149 din lege prevede că dispozițiile sale se completează, în măsura compatibilității lor, cu cele ale Codului de procedură civilă, Codului comercial și ale Regulamentului (CE) nr. 1346/2000. Această regulă de drept este imprecisă și ineficientă în practică, deoarece lasă loc de interpretări neuniforme și contradictorii¹. Pe de o parte, ipoteza este restrictivă, având un domeniu de aplicare limitat la trei acte normative, dintre care unul abrogat², iar pe de altă

¹ I.Turcu, M. Stan, *Compatibilitatea normelor Codului de procedură civilă cu specificul procedurii insolvenței*, Revista de drept comercial nr. 12/2005, p. 12.

² Codul comercial din 1887 a fost abrogat, cu excepția unor articole, prin Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil

parte, lipsește însăși soluția legală pentru stabilirea compatibilității între norme.

După cum se poate observa, principalele izvoare ale dreptului societar – Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale și Legea nr. 297/2004 privind piața de capital - au rămas în afara ipotezei normei. Am putea găsi o explicație în metoda de tehnică legislativă aleasă de legislator. Astfel, în anumite cazuri, atunci când norme de drept societar se află în conflict cu cele de dreptul insolvenței, legislatorul a preferat să utilizeze sintagma ”*prin derogare de la Legea nr. 31/1990 și Legea nr. 297/2004*”. Însă, această metodă de excludere a normelor de drept societar nu este utilizată în toate cazurile de conflict, ci doar în anumite cazuri, expres prevăzute. Folosirea acestei metode conduce la concluzia că acele cazuri reprezintă situații de excepție de la regula aplicării dreptului societar, întrucât *exceptio est strictissimae interpretationis et applicationis*. În aceste situații, incompatibilitatea normelor de drept societar este evidentă. Însă, în toate celelalte cazuri, în care aplicarea normelor de drept societar nu este exclusă în mod expres, stabilirea compatibilității sau incompatibilității se va face cu dificultate.

Ipoteza noastră de lucru este modificarea actului constitutiv al debitorului ca măsură stipulată în planul de reorganizare, conform art. 95 din Legea nr. 85/2006, propunându-ne să prezentăm tipologii de conflicte între dreptul insolvenței și dreptul societar, care, în lipsa unor norme conflictuale, creează probleme dificile pe plan teoretic și practic, pe care vom încerca să le evidențiem. Astfel, mai întâi vom analiza natura conflictului dintre norme, apoi vom prezenta regimul juridic al modificării actului constitutiv al debitoarei stabilit de Legea privind procedura insolvenței, relevând problematica legată de această chestiune, pentru ca în final să stabilim câteva concluzii.

2. Un conflict între dreptul comun sau o lege generală și dreptul special sau o lege specială?

Înainte de a prezenta tipologiile de conflicte care pot apărea între dreptul insolvenței și dreptul societar, pe terenul modificării actului constitutiv al societății debitoare, apreciem necesitatea și utilitatea stabilirii naturii conflictelor.

Pornind de la singura regulă sau normă conflictuală înscrisă în art. 149 din Legea privind procedura insolvenței, ca paliativ la insuficiența acesteia, ne propunem să abordăm problema conflictelor la care se referă legea insolvenței în termenii raportului drept comun/lege generală – drept special/lege specială. Sintagma ”*se completează*” folosită în textul legal menționat sugerează ideea de întregire sau adăugare. Astfel, în procedura insolvenței, la normele prevăzute în Legea nr. 85/2006 se adaugă altele, ”*în măsura compatibilității lor*,,. Ultima sintagmă sugerează posibilitatea apariției unui conflict între eventualele norme de drept comercial sau procesual civil sau european care completează Legea privind procedura insolvenței și cele menționate în această lege. Ele se vor aplica numai dacă se conciliază sau pot coexista cu cele din legea insolvenței. Această ipoteză conturează ideea raportului între ”drept comun/lege generală” - ”drept special/lege specială”. Dar care este dreptul comun sau legea generală și care este dreptul special sau legea specială în contextul analizei noastre?

Dreptul insolvenței este un drept special față de dispozițiile Codului civil, care este dreptul comun al contractelor și al persoanelor juridice. Dar poate fi drept comun în raport cu legile care reglementează insolvența societăților cu obiect specializat.

Dreptul societar este un drept special față de dreptul civil, care reprezintă dreptul comun al contractelor și al persoanelor. Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale poate fi lege generală sau drept comun în raport cu alte legi care reglementează societăți cu obiect specializat.

În raportul dintre Legea privind procedura insolvenței și Legea societăților comerciale, analiza pare să se complice deoarece suntem tentați să le calificăm pe amândouă ca fiind speciale. Această concluzie este corectă dacă le raportăm independent una de cealaltă la Codul civil. Concluzia va fi eronată dacă raportăm o lege la cealaltă, deoarece. Legea societăților are caracterul de lege generală față de Legea privind procedura insolvenței în materia constituirii, funcționării și încetării societăților comerciale cu personalitate juridică, care pot fi debitoare în procedura insolvenței. Dacă o societate comercială cu personalitate juridică intră în insolvență, aceasta nu va mai avea un comportament normal, întrucât interesului social la care trebuie să

se raporteze asociații în deciziile lor și se adaugă interesul colectiv, al tuturor celor implicați în procedură. Creditorii sunt îndreptățiți să se preocupe de soarta societății debitoare, urmărind să valorifice chiar și cele mai mici șanse de recuperare a creanțelor. În acest sens, ei pot interveni în viața societății, astfel încât comportamentul acesteia se modifică în mod considerabil. În cadrul societății, asociații sunt siliți să suporte coabitarea dificilă cu creditorii. Aceste modificări comportamentale sunt permise și impuse de legea insolvenței, care subordonează interesul întreprinderii intereselor creditorilor, făcând anumite concesii în favoarea celor din urmă. Din această perspectivă, legea insolvenței este o lege specială față de Legea nr. 31/1990, în materia funcționării și încetării societății comerciale cu personalitate juridică.

În raportul dintre o lege generală și o lege specială, stabilirea apartenenței unei reguli de drept la o categorie sau alta determină ordinea de aplicare a normelor în raportul dat.

3. Regimul juridic al modificării actului constitutiv al debitorului

După cum am arătat, atunci când o societate comercială se află în procedura insolvenței, comportamentul acesteia se modifică datorită concursului de interese față de debitoare. Modificarea actului constitutiv al societății debitoare nu scapă acestei schimbări de comportament, impusă de o stare de anormalitate în care se găsește societatea la un moment dat.

3.1. Trăsături

Analiza regimului juridic al modificării actului constitutiv al debitorului permite calificarea acestuia ca fiind unul special, derogator de la Legea nr. 31/1990.

În primul rând, societatea trebuie să se afle într-o ipoteză specială, și anume să fie susceptibilă de a intra în procedura reorganizării judiciare.

În al doilea rând, instrumentul de modificare a actului constitutiv este unul special, și anume planul de reorganizare. În cadrul acestuia, modificarea

actului constitutiv poate fi o măsură voluntară sau forțată ori impusă, în funcție de autorul planului. Dacă autorul este însăși debitoarea, atunci modificarea apare ca o măsură voluntară. Cu toate acestea, măsura va deveni efectivă numai dacă planul a fost votat de creditorii conform regulilor stipulate în art. 100 din Legea nr. 85/2006. Dacă autorul este un creditor, atunci modificarea nu mai este rezultatul voinței debitoarei, nu mai are caracter voluntar, ci are caracter forțat sau impus. Și în acest caz, măsura va fi pusă în practică dacă planul va fi votat conform aceluiași reguli, prevăzute în textul legal menționat. Așadar, modificarea actului constitutiv al debitorului nu este rezultatul exclusiv al voinței sociale, ci al mai multor voințe, care se produc sau formează succesiv.

În al treilea rând, intervenția judecătorului-sindic este obligatorie. Planul prinde viață numai prin hotărâre judecătorească. Potrivit art. 101 – 102 din Legea nr. 85/2006, acesta pronunță o hotărâre (sentință) prin care admite sau confirmă planul de reorganizare. Judecătorul are un rol determinant pentru că apreciază viabilitatea și cea mai bună formă prin care se poate asigura viabilitatea întreprinderii.

De aici rezultă natura juridică specială a planului de reorganizare: un act jurisdicțional, care absoarbe elementele voliționale, contractuale, care transcende intervenția voințelor private. Planul este produsul negocierilor care este încadrat în forma juridică prescrisă de legea insolvenței: hotărârea judecătorească.

Ipoteze:

Din interpretarea art. 94 coroborat cu art. 95 din Legea nr. 85/2006 rezultă două ipoteze de modificare a actului constitutiv.

Prima ipoteză se referă la modificarea actului constitutiv rezultată din voința socială (art. 94 alin. 1 lit. 1 coroborat cu art. 95 alin. 6 din L. nr. 85/2006), adică a debitoarei însăși.

Cea de-a doua ipoteză vizează modificarea actului constitutiv rezultată din voința terților (creditorii care dețin împreună 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe, conform art. 95 alin. 7 coroborat cu art. 103

alin. 3 din Legea nr. 85/2006), derogându-se astfel de la dispozițiile Legii nr. 31/1990.

După cum vom vedea, ambele ipoteze ridică probleme serioase în practică.

I Modificarea actului constitutiv al debitorului prin voința socială, în condițiile legii (art. 95 alin. 6 lit. I)

Prima ipoteză de modificare a actului constitutiv al debitoarei în insolvență ridică următoarele probleme: a) dacă pe plan decizional pot să apară conflicte între asociați/acționari, abuzuri de majoritate/minoritate, care este mijlocul de apărare al asociaților? b) dacă hotărârea de modificare a actului constitutiv poate fi contestată, atunci care lege este aplicabilă și care va fi instanța competentă?

În primul caz, oricând pot să apară conflicte între asociați, mai ales când unii dispun de mijloace financiare cu care pot interveni în societate, modificând structura capitalului, a asociaților și de administrare a societății, iar alții sunt lipsiți de asemenea mijloace și trebuie să accepte să fie înlăturați din societate sau din administrare ori să suporte o diminuare a participației. Fiind o hotărâre internă a societății debitoare, apreciem că aceasta scapă domeniului de competențe al judecătorului-sindic, expres prevăzut în art. 11 din Legea nr. 85/2006. De altfel, legea nu conține nicio prevedere în acest sens. Astfel, mijloacele de apărare a asociaților vor fi acțiunea în nulitate/anulare a hotărârii adunării generale și cererea de suspendare a executării hotărârii pe calea ordonanței președințiale, conform dispozițiilor art. 132 și 133 din Legea nr. 31/1990. Instanța competentă ar trebui să fie secția a II-a civilă a tribunalului, iar nu judecătorul-sindic.

În aceste ipoteze, soarta litigiului de drept societar poate afecta grav și ireversibil procedura insolvenței, după cum executarea hotărârii de modificare prin plan poate afecta grav drepturile asociaților. În aceste condiții, se pune întrebarea dacă ar fi posibilă suspendarea la cererea societății debitoare a procedurii insolvenței. În doctrină s-a

considerat că aplicarea dispozițiilor art. 242 alin. 1 pct. 1 din Codul de procedură civilă s-ar putea face numai dacă suspendarea ar fi cerută de toate părțile participante la procedură³. Măsura va afecta toate operațiunile procedurii insolvenței precum convocarea creditorilor, votarea, admiterea sau confirmarea planului, date fiind termenele de decădere, foarte scurte impuse de Legea nr. 85/2006. În opinia noastră, în ipoteza analizată, soluția ce se va pronunța în acțiunea în nulitate/anularea hotărârii adunării generale privind propunerea reorganizării și a planului de reorganizare, în care se stipulează măsura modificării actului constitutiv, va fi determinantă pentru cursul procedurii și, pentru acest considerent, ar trebui admisă suspendarea la cererea debitoarei, independent de concluziile celorlalte părți în procedură. De altfel, o asemenea soluție este în concordanță cu scopul procedurii, asigurându-se protecția intereselor tuturor celor implicați în procedură, care, altfel, s-ar expune unei reorganizări ce se va desfășura sub semnul incertitudinii.

II Modificarea actului constitutiv al debitorului prin voința creditorului sau creditorilor, fără acordul statutar al asociaților/acționarilor debitorului (art. 95 alin. 7)

Această ipoteză de modificare a actului constitutiv ridică numeroase semne de întrebare: a) ce modificări pot face creditorii? b) majorarea capitalului social prin noi aporturi ale asociaților intră sau nu în conflict cu principiul intangibilității angajamentelor inițiale ale asociaților fără consimțământul lor, consacrat de dreptul comum, art. 1910 alin. 4 Noul Cod Civil? c) dreptul legal de preferință, în caz de majorare a capitalul social, trebuie respectat sau nu? d) dar cel statutar? e) excluderea asociaților poate fi stipulată prin planul de reorganizare al creditorilor, având în vedere caracterul judiciar al acesteia, cazurile expres și limitativ prevăzute de Legea nr. 31/1990? f) cesiunea forțată a părților sociale/acțiunilor poate fi stipulată prin planul de reorganizare al creditorilor? g) clauza statutară sau convențională de preemp-

³ I. Turcu, M. Stan, *op. cit.*, p. 19.

țiune trebuie respectată în cazul cesiunii forțate? h) ce mijloace de protecție au asociații/acționarii în cazul modificării forțate a actului constitutiv? i) dacă planul de reorganizare eșuează, cine și cum va răspunde pentru pasivul social produs după pronunțarea hotărârii de admitere sau confirmare a planului, în urma căruia s-au schimbat structura capitalului social și administratorii societății?

Multitudinea interogațiilor exprimă dificultățile reale pe care le ridică aplicarea normei conținute în art. 95 alin. 7 din Legea nr. 85/2006. Răspunsurile nu sunt deloc ușor de formulat, după cum vom vedea.

În ceea ce privește prima întrebare, se observă că legea nu face nicio distincție referitoare la modificările actului constitutiv ale debitorului. Astfel, s-ar putea contura răspunsul că prin planul creditorilor se poate face orice modificare a actului constitutiv, pentru că *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Această normă constituie o excepție de la regulile de drept societar, menționate în Legea nr.31/1990 și, respectiv Legea nr. 297/2004. După cum vom arăta, soluția poate afecta grav drepturile asociațiilor societății debitoare care izvorăsc din lege (dreptul de vot, dreptul de a rămâne în societate, dreptul de preferință) sau actul constitutiv (dreptul de preempțiune). Principiile de drept comun care guvernează societatea, precum pacta sunt servanda, principiul relativității efectelor și principiul irevocabilității actului juridic civil sunt înfrânte, precum și regulile stipulate în Legea nr. 31/1990, referitoare la modificarea actului constitutiv al societății comerciale, sunt înfrânte. Soluția este justificată față de comportamentul pasiv al asociațiilor societății debitoare, care nu propun nicio măsură de modificare a actului constitutiv. Asociații pot fi factori reali de blocaj al operațiunii de salvagardare a societății. Astfel, interesele creditorilor primează față de interesele asociațiilor. Ordinea publică din dreptul insolvenței prevalează față de ordinea publică de drept societar. Asociații își pierd suveranitatea în societate, devreme ce voința socială este înlăturată. Creditorii decid în locul asociațiilor, comportându-se ca adevărați proprietari ai societății debitoare. Reorganizarea este îndreptată mai mult spre întreprindere decât spre asociați, ceea ce justifică imixtiunea creditorilor în viața societății debitoare.

Referitor la cea de-a doua întrebare, răspunsul va fi pozitiv dacă modificarea impune mărirea angajamentelor asociațiilor, aceștia fiind obligați să contribuie cu noi aporturi la mărirea capitalului social împotriva voinței lor. Dacă modificarea impune modificarea structurii asociațiilor și capitalului social prin infuzia de capital din partea unuia sau mai multor creditori, atunci principiul intangibilității angajamentelor asociațiilor nu va fi încălcat.

Cea de-a treia și a patra întrebare sunt strâns legate de precedentă. În ipoteza analizată, legea dispune că modificarea actului constitutiv se face fără acordul statuar al asociațiilor/acționarilor. Însă, legea tace cu privire la drepturile asociațiilor. Astfel, dacă planul de reorganizare impune mărirea capitalului social prin aporturi în numerar din partea creditorilor, dreptul legal de preferință va fi înfrânt de dispozițiile legii insolvenței sau va fi limitat ori ridicat prin procedurile prevăzute de art. 217 din L. nr. 31/1990? Răspunsul este dificil. S-ar putea susține că art. 217 va fi inaplicabil, în condițiile în care voința socială este ignorată *ab initio* în cadrul operațiunii de majorare a capitalului social. Dacă voința socială nu a fost necesară la stabilirea modificării, ea nu va fi necesară nici pe parcursul derulării operațiunii de modificare, explicațiile de la primul răspuns fiind valabile și aici. În acest caz, asociații sunt "deposedați" de suveranitate, de cel mai important drept politic în societate – dreptul de vot. Soluția ar putea fi apreciată ca justă, întrucât încrederea creditorilor în deciziile asociațiilor a fost zdruncinată prin însăși intrarea în insolvență și pasivitatea lor, astfel încât voința socială nu mai poate intra în ecuația puterii decizionale în cadrul societății în insolvență. Aplicarea art. 217 ar putea paraliza reorganizarea propusă prin planul creditorilor, afectând interesele creditorilor, sacrificând șansa redresării societății debitoare. Astfel, art. 217 nu pare să fie compatibil cu dispozițiile Legii privind procedura insolvenței.

Cât privește posibilitatea excluderii asociațiilor din societate, trebuie avute în vedere următoarele aspecte: 1) caracterul judiciar; b) caracterul limitativ al cauzelor de excludere în cazul societăților de persoane și al societății cu răspundere limitată; c) excluderea măsurii în cazul societăților pe acțiuni. Caracterul judiciar presupune intervenția instanței de judecată în litigiile de excludere pentru

asigurarea garanțiilor procesuale ale părților implicate, în special a asociatului indezirabil în societate. În acest punct, se ridică din nou problema instanței competente să soluționeze cauza: secția a II-a civilă sau judecătorul sindic. Apreciem, din nou, că cel din urmă nu ar avea competența soluționării acestui litigiu, care interesează raporturile interne ale societății debitoare. Se ridică o altă problemă: cine va reprezenta societatea care cere excluderea unui asociat? Poate să o reprezinte administratorul special, a cărui misiune este aceea de a reprezenta interesele societății și ale asociaților/acționarilor în procedură, conform art. 18 din legea insolvenței? Misiunea acestuia se limitează la procedura insolvenței, nu la alte litigii. Totodată, va exista un conflict de interese între administrator și asociat, ale cărui interese este chemat să le reprezinte. Totuși, caracterul limitativ al excluderii și dificultățile care apar pe planul dreptului procesual civil, sunt de natură să descurajeze măsurile de excludere. Dar ar putea exista un paliativ: cesiunea forțată.

Referitor la cesiunea forțată a părților sociale/acțiunilor prin planul de reorganizare, se poate observa că această măsură intră în coliziune cu dreptul de dispoziție asupra titlurilor sociale, important atribut al dreptului de proprietate. În această ipoteză, creditorii ar putea intra în societate, dobândind statutul de asociat, eliminându-i pe asociații inițiali. Cesiunea forțată ridică următoarea problemă: cine stabilește prețul? Cum se va stabili prețul? Cesiunea forțată presupune transferul dreptului de proprietate de la cedent la cesionar împotriva voinței cedentului. Am putea face o analogie cu exproprierea pentru utilitate publică, însă aceasta este expres prevăzută de lege, are un regim juridic precis, acordând proprietarului supus exproprierii toate garanțiile procesuale. *Mutatis mutandis*, un caz de "utilitate privată" ar putea justifica cesiunea forțată, în ipoteza analizată. Însă, apreciem că fiind o măsură de natură să aducă atingere gravă dreptului de proprietate privată, în lipsa unor reguli exprese în acest sens, cesiunea nu poate fi admisă. Soluția contrară ar fi periculoasă, lăsând loc arbitrarului, mai ales în lipsa unor garanții procesuale. De asemenea, această soluție ar putea permite preluarea ostilă a societăților de către "vânătorii" de companii de pe piață, ceea ce ar perturba ordinea publică de drept societar. Soluția cesiunii forțate a titlurilor

sociale ar putea fi permisă numai dacă ar fi prevăzută expres de lege, sub control judiciar, asigurându-se asociatului cedent toate garanțiile procesuale. Măsura ar fi deosebit de utilă în cazul în care asociații și administratorii societății nu mai sunt interesați sau nu dispun de resursele necesare pentru redresarea societății, creditorii fiind astfel co-interesați să intervină în societate, dobândind statutul de asociat. În situația în care există și un drept de preempțiune la cumpărare, acordat unui terț, în temeiul unei convenții încheiate de acesta cu un asociat, ignorarea acestui drept prin cesiunea forțată ar avea ca efect nerespectarea previziunilor legitime ale terților născute din contracte anterioare intrării în insolvență. Denunțarea sau menținerea convenției prin care s-a stipulat clauza de preempțiune nu intră în sfera atribuțiilor administratorului judiciar, nefiind îndeplinită ipoteza normei art. 86 din Legea privind insolvența. Societatea debitoare nu este parte contractantă.

O altă problemă delicată este legată de clauzele statutare sau convenționale de preempțiune în favoarea asociaților și cele de agrement, mai exact de aplicarea sau neaplicarea acestora în procedura insolvenței. Rolul acestor clauze este de a prezerva echilibrul raportului de forțe sau putere în societate, generat de participațiile la capitalul social. Astfel că nerespectarea lor în procedură ar aduce atingere acestui echilibru.

În ceea ce privește protecția asociaților/acționarilor, analiza dispozițiilor legii insolvenței conduce la concluzia că aceasta este foarte slabă, aproape inexistentă în ipoteza noastră de lucru. În primul rând se observă că asociatul/acționarul nu va putea contesta măsura impusă prin planul de reorganizare propus de creditor, în condițiile în care hotărârile creditorilor pot fi contestate numai de către creditorii, în condițiile art. 14 alin. 7 din legea insolvenței. Excludem din sfera analizei noastre ipoteza în care asociatul este și creditor, ipoteză care nu ridică nicio problemă. De asemenea, asociatul nu va putea ataca cu recurs sentința de admitere sau confirmare a planului, nefiind parte în litigiul soluționat în primă instanță de judecătorul sindic. Așadar, asociatul/acționarul nu are acces la un tribunal efectiv, nu beneficiază de garanții procesuale, astfel încât încălcarea art. 6 din CEDO este flagrantă.

Dacă modificarea propusă prin planul de reorganizare vizează structura capitalului social și a asociațiilor, atunci, o altă problemă care se ridică, se referă la efectele modificării asupra răspunderii pentru pasivul social produs din momentul modificării până la data constatării eșecului reorganizării. Această ipoteză nu intră în domeniul de aplicare al art. 138 din Legea privind procedura insolvenței, astfel că se impune întorcerea la dreptul comun în materia răspunderii, care ar trebui să completeze legea insolvenței.

Așadar, după cum se poate observa, conflictul dintre legea insolvenței și legea societăților comerciale se amplifică în cazul modificării actului constitutiv al debitorului prin planul de reorganizare al creditorilor, fără acordul statutar al asociațiilor/acționarilor, iar rezolvarea acestuia se lovește de numeroase impedimente.

Concluzii

Modificarea actului constitutiv al societății debitoare reprezintă doar un singur caz care demonstrează faptul că dreptul insolvenței ”tulbură” dreptul societar. Acesta constituie terenul pe care se confruntă dreptul procedurii colective cu dreptul societar, ordinea publică de dreptul insolvenței cu ordinea publică de drept societar, interesele creditorilor, ale terților cu cele ale asociațiilor/acționarilor, puterea judecătorească cu voința socială. Dreptul insolvenței deranjează dreptul societar, uneori fără măsură. Legea insolvenței nu trasează limitele în care este posibilă înfrângerea dreptului societar, dar nici nu stabilește criterii sau metode de soluționare a conflictului între normele lor. Însă, dreptul insolvenței nu incomodează doar dreptul societar, ci și dreptul civil, ca drept comun. După cum am văzut, principiile de drept comun și drepturi subiective civile sunt ignorate sau încălcate. Toate aceste aspecte ale reglementării analizate ne permit să conchidem că dreptul insolvenței este un drept ”insolent”.

Cea de-a doua concluzie este că scopul și specificul procedurii insolvenței permit sacrificarea inte-

reselor asociațiilor în favoarea celor ale creditorilor. Ajunsă în insolvență, societatea debitoare nu va mai avea un comportament normal, pentru că insolvența însăși nu reprezintă o stare de normalitate în funcționarea societății, ci de anormalitate. În această etapă de existență a societății, viața ei nu mai este o afacere privată, doar a asociațiilor, ci devine o afacere publică sau colectivă, în care intervin terții, respectiv creditorii. În acest context, cel mai important drept politic al asociațiilor/acționarilor – dreptul de vot – este alterat. Cel mai important drept patrimonial al asociațiilor/acționarilor – dreptul de proprietate asupra părților sociale/acțiunilor – poate fi grav atins în procedura insolvenței. Însă, *de lege lata*, conflictele dintre interesele creditorilor și ale asociațiilor, dar și cele între normele de dreptul insolvenței și cele de drept societar nu sunt ordonate, uneori, iar alteori sunt insuficient reglate. Mai mult decât atât, uneori, dreptul la un proces echitabil consacrat de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului este grav încălcat. Alteori, dreptul de proprietate al asociațiilor/acționarilor asupra titlurilor sociale poate fi încălcat. În aceste condiții, statul român riscă să fie condamnat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea Convenției.

Cea de-a treia concluzie este că, în pofida reglementării posibilității de schimbare a participației și administratorilor societății debitoare, fără acordul statutar al asociațiilor/acționarilor, răspunderea pentru pasivul social realizat după modificare până la constatarea eșecului reorganizării scapă reglementării speciale. În aceste condiții, soluția nu poate să fie decât aceea că dreptul comun în materia răspunderii devine aplicabil în procedura insolvenței.

În fine, în cadrul dreptul insolvenței se intersectează un mare număr de orientări esențiale ale gândirii juridice, economice și politice, adesea contradictorii. Divergența concepțiilor, a ideilor reflectă dificultatea soluționării conflictelor sau divergențelor între regulile de drept societar și de drept civil, pe de o parte, și cele de dreptul insolvenței, pe de altă parte.

„Legea insolvenței” vs. Codul civil



Asist.univ.drd. Sergiu Golub*

Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai”, Cluj-Napoca

Rezumat: prin prezentul articol am considerat oportună readucerea în discuție a unei probleme mai vechi – incoerența terminologică a legiuitorului român și aceasta, mai ales, din perspectiva finalizării elaborării și punerii în vigoare a unui nou Cod al insolvenței. Chiar dacă abordarea primară este din perspectivă terminologică, vom încerca să demonstrăm că incoerența și inconsecvența terminologică poate genera și efecte practice nocive. În concret, ne-am focusat pe noțiunea de „insolvabilitate” și pe definițiile legale ale noțiunii de „insolvabilitate”. Polimorfia acestei noțiuni, în viziunea legiuitorului român, și o relaționare „complicată” cu o altă noțiune cheie în procedura insolvenței – „insolvență” – va completa analiza terminologică inițiată.

Cuvinte cheie: insolvabilitate, insolvență, patrimoniu, activ patrimonial, pasiv patrimonial, patrimoniu de afecțaiune

Summary: *In this article we considered proper to bring in discussion an older problem - Romanian terminological inconsistency of the legislator and, especially, in view of the completion, elaboration and the implementation of a new insolvency code. Even though the primary approach is in terms of terminology, we will try to prove that the incoherence and inconsistency of terminology can generate harmful practical effects. In particular, we have focused on the notion of “insolvability” and on the legal definitions of the term “insolvability”. Coexistence of this notion in the view of Romanian legislator; and a “complicated” relationship with another key notion used within the insolvency proceedings – “insolvency” - will complete the initial terminological analysis.*

Key words: *insolvability, insolvency, property, assets, liability, dedicated assets*

1. Considerații introductive. Dacă prin sistem înțelegem „Ansamblu de elemente (principii, reguli, forțe etc.) dependente între ele și formând un tot organizat, care pune ordine într-un domeniu de gândire teoretică, reglementează clasificarea materialului într-un domeniu de științe ale naturii sau face ca o activitate practică să funcționeze potrivit scopului urmărit”¹, atunci este firesc ca modificarea unui element important al sistemului să producă consecințe importante asupra celorlalte elemente din sistem, pentru ca acesta să rămână funcțional. Astfel, sistemul nostru juridic a resimțit din plin modificarea unui element de bază – codul civil - atunci când acesta a fost înlocuit după circa un secol și jumătate. O multitudine dintre celelalte elemente ale sistemului au fost modificate, implicit sau explicit (prin abrogare, modificare, completare etc.). Printre acestea se

regăsește și Legea nr. 85/2006² privind procedura insolvenței, act normativ anterior noului cod civil. Cu toate că reprezintă și ea un element important al sistemului (ba chiar unul foarte important în subsistemul de „drept comercial”³), din punct de vedere formal, intrarea în vigoare a noului cod civil nu aduce nici o atingere acestei legi. Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil⁴ „ignoră” cu desăvârșire existența legii privind procedura insolvenței, cu toate că se preocupă asiduu de o multitudine de alte acte normative din aceeași „zonă”. Prin urmare, starea de beligeranță, indusă prin titlul acestui articol, este una latentă întrucât aceste acte nu se confruntă direct. La nivel terminologic și Legea nr. 85/2006 suportă unele consecințe ale intrării în vigoare a noului cod civil. Astfel, noțiunea de comerciant va fi înlocuită cu referiri la „persoanele

* Asist. univ. drd. Sergiu Golub, Departamentul de Drept Privat, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai”, sgolub@law.ubbcluj.ro

¹ <http://dexonline.ro/definitie/sistem> sursa DEX 1998

² Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M.Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006, cu modificările ulterioare.

³ În ciuda faptului că această sintagmă, „drept comercial”, s-ar părea că produce o anumită „alergie” legiuitorului român modern, vom continua să o utilizăm, din mai multe considerente, unul dintre ele fiind fluiditatea limbajului.

⁴ Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil a fost publicată în M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011, și a fost modificată și completată prin O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil publicată în M.Of. nr. 696 din 30 septembrie 2011.

fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerțului”⁵, iar expresiile de „acte de comerț”, respectiv „fapte de comerț”, se înlocuiesc cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări de servicii”⁶. Chiar dacă referințele exprese cu privire la noțiuni și expresii terminologice se opresc aici, totuși, o altă noțiunea ne-a atras atenția: „insolvabilitatea”.

2. „Insovabilitatea” înaintea codului civil. Înainte de intrarea în vigoare a noului cod civil, noțiunea de „insolvabilitate” nu a ridicat prea multe probleme doctrinei și practicii judiciare, fiind una dintre noțiunile „cuminiți” ale dreptului privat care a fost definită cvasiidentific de-a lungul timpului.

Începând cu definițiile dicționarelor explicative: „**Insolvabilitate**, Situație în care se află un debitor ale cărui bunuri sunt de o valoare mai mică decât totalitatea obligațiilor care ar urma să fie satisfăcute cu acele bunuri”⁷, celor de specialitate: „**Insolvabilitate** (gen.), situația debitorului în al cărui patrimoniu elementele active (bunuri și drepturi) sunt inferioare valoric celor pasive (datorii)...”⁸; „**Insolvabilitate**, 1. stare deficitară a patrimoniului debitorului, concretizată în depășirea valorică a elementelor active de către elementele pasive, având drept consecință imposibilitatea, pentru creditorii acestuia, de a obține, prin executare silită, plata datoriilor ajunse la scadență.”⁹; „**Insolvabilitate**, starea deficitară a patrimoniului debitorului, concretizată în depășirea valorică a elementelor active de către elementele pasive, având drept consecință imposibilitatea, pentru creditorii acestuia, de a obține, prin executare silită, plata datoriilor ajunse la scadență”¹⁰; „**Insolvabilitate**, starea în care se află o persoană juridică ale cărei disponibilități au o valoare mai mică decât totalitatea obligațiilor de plată...”¹¹; și terminând cu cele doctrinare și jurispruden-

țiale: „Termenul de insolvabilitate definește un dezechilibru al patrimoniului debitorului, caracterizat prin prezența unui pasiv patrimonial care depășește activul”¹², „**Insolvabilitatea** exprimă dezechilibrul financiar al patrimoniului debitorului, caracterizat prin preponderența pasivului față de activ...”¹³. Trebuie de remarcat, însă, că uneori în jurisprudență s-a preferat utilizarea unor expresii echivalente și nu a termenului de „insolvabilitate”: „Întrucât bunurile identificate în patrimoniul societății și creanțele pe care societatea le are de recuperat nu sunt suficiente pentru a acoperi datoriile acesteia...”¹⁴.

3. Definiții legale ale noțiunii de „insolvabilitate”. Într-un mod surprinzător, nu există doar o singură definiție a noțiunii de „insolvabilitate”, legiuitor experimentând masiv în acest domeniu cu dezinvoltura cu care domnul Jourdain făcea proză¹⁵.

Cea mai veche¹⁶ definiție legală a „insolvabilității” o regăsim într-un act normativ fără vreo legătură caracterizantă cu domeniul în care am putea regăsi o asemenea definiție¹⁷.

„Insolvabilitatea - situația în care asiguratul nu achită debitul în termen de 15 (cincisprezece) zile calendaristice de la primirea de către acesta de la turist a documentelor justificative sau dacă întrerupe unilateral acordarea serviciilor.”¹⁸.

Următoarea, din punct de vedere cronologic, se regăsește într-o directivă europeană.

„În sensul prezentei directive, un angajator este considerat a fi în stare de insolvabilitate în cazul în care a fost formulată o cerere privind deschiderea unei proceduri colective întemeiate pe insolvabilitatea angajatorului, prevăzută de actele cu putere de lege și de actele administrative ale unui stat membru, implicând lipsirea, în tot sau în parte, a angajatorului de activele

⁵ Art. 6 alin. 1 din Legea 71/2011.

⁶ Art. 8 alin. 2 din Legea nr. 71/2011.

⁷ <http://dexonline.ro/definitie/insolvabilitate>

⁸ Mircea Mureșan, *Dicționar de drept civil*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 354.

⁹ Mircea N. Costin, în M.N. Costin, I. Leș, M.Ș. Minea, C.M. Costin, S. Spinei, *Dicționar de procedură civilă*, ed. a 2-a, Hamangiu, București, 2007, p. 490.

¹⁰ M.N. Costin, C.M. Costin, *Dicționar de dreptul afacerilor*, ed. a 2-a, Hamangiu, București, 2012, p. 555.

¹¹ Cristina Cucu, Cătălin Bădoiu, Cristian Hara, *Dicționar de drept comercial*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 303.

¹² Ioan Șchiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All Beck, București, 2001, p. 3. Acelapi autor precizează, însă, că noțiunea de insolvabilitate are conotații diferite în materie civilă și în materie comercială, fapt care generează efecte juridice diferite – *idem*, p. 4.

¹³ Ion Turcu, *Falimentul. Noua procedură. Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 18.; Ion Turcu, *Tratat de insolvență*, Editura C.H.Beck, București, 2006, p.4.

¹⁴ Trib. Teleorman, sent.com. nr. 1406 din 4 decembrie 2006, publicată în Edita Lovin, *Procedura insolvenței. Jurisprudență*, Editura Monitorul Oficial, București, 2008, p. 284.

¹⁵ A se vedea Ion Turcu, L. Pop, *Contractele comerciale. Formare și executare*, vol.1, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 12.

¹⁶ Cea mai veche dintre definițiile depistate de noi.

¹⁷ Cu toate că denumirea actului sugerează contrariul.

¹⁸ Art. 1.11 din Ordinul Ministrului Turismului nr. 235 din 6 iunie 2001 privind asigurarea turiștilor în cazul insolvabilității sau falimentului agenției de turism, publicat în M.Of. nr. 433 din 2 august 2001.

sale și numirea unui judecător-sindic sau a unei persoane care exercită o funcție similară, iar autoritatea care este competentă în temeiul dispozițiilor menționate:

- (a) a hotărât instituirea procedurii sau
- (b) a constatat că întreprinderea sau unitatea angajatorului a fost definitiv închisă și că activele disponibile sunt insuficiente pentru a justifica instituirea procedurii.¹⁹

Legiuitorul fiscal nu a ezitat să definească „insolvabilitate” într-un stil propriu.

„În sensul prezentului cod, este insolubil debitorul ale cărui venituri sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile.”²⁰

În cadrul legii privind procedura insolvenței nu avem definit acest termen, legiuitorul doar precizează, dorind să aducă clarificări terminologice că: „În toate actele normative în care figurează termenul insolvabilitate în contextul procedurilor de reorganizare și de faliment, cu sau fără referire la Legea nr. 64/1995, se înlocuiește cu termenul insolvență.”²¹

Și într-un final, cea mai recentă definiție a insolvabilității o regăsim în noul Cod civil.

“În sensul prevederilor alin. (1), starea de insolvabilitate rezultă din inferioritatea activului patrimonial ce poate fi supus, potrivit legii, executării silite, față de valoarea totală a datoriilor exigibile. Dacă prin lege nu se prevede altfel, această stare se constată de instanță, care, în acest scop, poate ține seama de anumite împrejurări, precum dispariția intempestivă a debitorului, neplata unor

datorii devenite scadente, declanșarea împotriva sa a unei proceduri de executare silită și altele asemenea.”²²

4. Analiza definițiilor legale. În pofida faptului că legiuitorul își oferă sie însuși un „sfat” excelent, care ar fi trebuit să-l ghideze în „hățișul”²³ normelor juridice creat tot de către acesta – „În limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni”²⁴, sfatul nu este urmat și de fapte.

Prima definiție reprodusă mai sus este, în mod evident, o definiție „parcelară”, „sectorială”, elaborată de un legiuitor „parcelar”, „sectorial”. Analizând-o, ne putem da foarte repede seamă că guvernează relația dintre un „asigurat” și un „turist”. Nu se referă neapărat și în mod special la patrimoniul „asiguratului”, ci reprezintă, mai degrabă un incident contractual – „nu achită debitul” sau „întrerupe unilateral acordarea serviciilor”. Nici o referire și nici o sugestie măcar la dezechilibrul patrimonial, regăsit în definițiile doctrinare și jurisprudențiale. Prin urmare, „insolvabilitatea” din cadrul acestei definiții nu are nicio legătură cu „insolvabilitatea” clasică. Într-un oarecare mod, „rătăcirea” legiuitorului în acest caz poate fi înțeleasă, dincolo de faptul că este un legiuitor „nespecializat”, și din perspectiva faptului că în perioada în care s-a elaborat actul nici măcar legiuitorul „specializat” nu era ferm convins²⁵ că utilizează noțiunile și limbajul potrivit. De altfel, inovările legiuitorului în cadrul acestui act normativ nu se opresc doar la definiția „insolvabilității”, acesta definește, într-un stil propriu, și noțiunea de „faliment”²⁶: „1.10 Falimentul - procedura judiciară

¹⁹ Art. 2 DIRECTIVA 2002/74/CE din 23 septembrie 2002 de modificare a Directivei 80/987/CEE a Consiliului privind apropierea legislațiilor statelor membre referitoare la protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvabilității angajatorului

²⁰ Art. 176 alin. 1 din Codul de procedură fiscală din 24 decembrie 2003, republicat în M.Of. nr. 513 din 31 iulie 2007, cu modificările și actualizările ulterioare.

²¹ Art 153 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței

²² Art. 1417 alin.2 C.civ.

²³ Ecranul de lansare a unui soft legislativ ne anunța „cu mândrie” că în secțiunea „Legislație românească” sunt 130067 acte normative...

²⁴ Art. 37: Unitatea terminologică, din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată și renumerotată, M.Of. nr. 215 din 6 aprilie 2010:

„(1) În limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni.

(2) Dacă o noțiune sau un termen nu este consacrat sau poate avea înțelesuri diferite, semnificația acestuia în context se stabilește prin actul normativ ce le instituie, în cadrul dispozițiilor generale sau într-o anexă destinată lexicului respectiv, și devine obligatoriu pentru actele normative din aceeași materie.

(3) Exprimarea prin abrevieri a unor denumiri sau termeni se poate face numai prin explicitare în text, la prima folosire”.

²⁵ Mărturie stau multiplele denumiri ale legilor care au reglementat și reglementează acest domeniu (Legea nr. 64/1995 și Legea nr. 85/2006) și căutările terminologice în cadrul acestora. Citându-l pe unul dintre promotorii coerenței și consecvenței terminologice în domeniu: „Cuvântul care exprimă cel mai corect starea actuală a legislației insolvenței este PROVIZORATUL. „Nimic mai durabil decât provizoratul”, spune un proverb francez”, Ion Turcu, *Falimentul. Noua procedură. Tratat*, Editura Lumina Lex, București, 2003, Introducere, p.13-14. Chiar dacă autorul nu se referea, în mod expres, la incoerența terminologică a legiuitorului, cele afirmate se pot aplica cu succes și acestui domeniu.

²⁶ Trebuie menționat faptul că la data intrării în vigoare a acestui act normativ, legiuitorul renunțase la pudibonderia excesivă și consacrase legal termenul de „faliment” în titlul și în conținutul Legii nr. 64/1995. Este adevărat și faptul că nu exista o definiție legală a falimentului în cadrul legii nr. 64/1995, dar definiția falimentului din cadrul Ordinului de Ministru a fost și rămâne eronată. În cadrul falimentului nu se acoperă doar „datoriile comerciale”, așa cum pretinde acest act normativ, ci toate datoriile debitorului, întrucât, în cazul debitorului persoană juridică, urmare a falimentului aceste dispăre, fiind radiat din registre. Confuzia legiuitorului este generată de faptul că doar datoriile comerciale puteau declanșa deschiderea procedurii. Art. 1 din Legea 64/1995 (în forma în care era în vigoare în august 2001) "Prezenta lege se aplică comercianților - persoane fizice și societăți comerciale -, care nu mai pot face față datoriilor lor comerciale (s.n. S.G.) și care vor fi denumiți, în continuare, debitor.". Distribuția sumelor în caz de faliment era guvernată de art. 108, care prevedea explicit că toate creanțele, și nu doar cele comerciale, puteau fi stinse, în măsura în care averea debitorului ar fi permis.

de executare silită a bunurilor din averea asiguratului, în scopul acoperirii datoriilor comerciale ale acestuia.”²⁷.

Definiția din cadrul Directivei 2002/74/CE, precitate mai sus, poate fi eliminată din cadrul prezentelor discuții pentru următoarele considerente. Directiva se adresa tuturor statelor membre și nu putea conține definiții „personalizate” ale noțiunii de „insolvabilitate”. Directiva explică clar că vizează o procedură colectivă, indiferent de denumirea acesteia, enunțând clar elementele componente ale acesteia. Definiția este una flexibilă, menită să se aplice pentru cât mai multe ipoteze care corespund scopului vizat de către legiuitorul european²⁸. Prin urmare, noțiunea de „insolvabilitate” utilizată în cadrul directivei este o noțiune generică, care în fiecare stat membru poate fi personalizată în funcție de sistemul său juridic. De altfel, în conformitate cu art. 153 din Legea nr. 85/2006, această definiție urmează a fi citită înlocuindu-se termenii de „insolvabilitate” cu cel de „insolvență”. În cazul definiției anterioare, instrucțiunile art. 153 s-ar putea să nu fie utile, chiar dacă am putea aplica acest text la ipoteza menționată.

Legiuitorul „fiscal” se abate de la înțelesul „clasic” al noțiunii de „insolvabilitate” și îl reglementează diferit. „În sensul prezentului cod, este insolubil debitorul ale cărui venituri sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile”. Spre deosebire de legiuitorul „din turism”, care atribuie unor incidente contractuale conotații străine, legiuitorul fiscal scoate în evidență un dezechilibru patrimonial, numai că și în acest caz particularizează și „fiscalizează” „insolvabilitatea”. Astfel, se remarcă cele două elemente de comparat – activul patrimonial „venituri sau bunuri urmăribile” și pasivul – „obligațiile fiscale de plată”. Dacă „activul”

este mai mic decât „pasivul”, debitorul este „insolubil”. Această afirmație este valabilă în ambele ipoteze. Atât în cazul „insolvabilității civile/comerciale”, cât și în cazul „insolvabilității fiscale”. Doar că în primul caz se compară întreg activul²⁹ cu întreg pasivul, iar în al doilea întreg activul³⁰ cu o parte din pasiv – obligațiile fiscale. În aceste condiții, ne putem imagina lesne ipoteza în care o persoană, respectiv patrimoniul său, să fie solvabil fiscal și insolubil civil/comercial. Trebuie să menționăm faptul că prevederile codului de procedură fiscală cu privire la insolabilitate se aplică și persoanelor juridice comercianți, prin urmare, aplicându-se în paralel cu dispozițiile din legea insolvenței³¹.

5. „Insolvabilitatea” în noul Cod civil. Spre deosebire de Codul civil anterior, care doar enunța „starea de deconținută” fără să o definească (art. 1025 C.civ.1865), actualul Cod civil definește legal „insolvabilitatea”³².

„Starea de insolabilitate rezultă din inferioritatea activului patrimonial ce poate fi supus, potrivit legii, executării silite, față de valoarea totală a datoriilor exigibile”.

Disecând „anatomic” această definiție, remarcăm că „insolvabilitatea” sau „starea de insolabilitate”, după cum se exprimă legiuitorul, este o stare a patrimoniului, întrucât în balanță sunt puse elemente de activ patrimonial și pasiv patrimonial. Până aici, conceptual, nu se poate remarca vreo diferență față de definițiile doctrinare și jurisprudențiale precipitate.

A. Elementele de activ. Legiuitorul civil precizează expres că ia în calcul doar „activul patrimonial ce poate fi supus, potrivit legii, executării silite”, continuând ideea legiuitorului fiscal „venituri sau bunuri urmăribile”³³.

²⁷ Art. 1.10 din Ordinul Ministrului Turismului nr. 235 din 6 iunie 2001 privind asigurarea turiștilor în cazul insolvenței sau falimentului agenției de turism, publicat în M.Of. nr. 433 din 2 august 2001.

²⁸ Pct. 3,5, 9 din preambul "(3)Evoluția dreptului în materie de insolabilitate în statele membre, precum și dezvoltarea pieței interne, indică necesitatea adaptării anumitor dispoziții din directiva menționată."; "(5)Pentru a se asigura o protecție echitabilă a lucrătorilor respectivi, definiția stării de insolabilitate trebuie adaptată noilor tendințe legislative din statele membre și ar trebui să includă în acest concept și alte proceduri de insolabilitate, cu excepția lichidării. În acest context, pentru a stabili obligația de plată a instituției de garantare, statele membre ar trebui să aibă posibilitatea de a prevedea că, în cazurile în care situația de insolabilitate duce la mai multe proceduri de insolabilitate, situația trebuie să fie abordată ca și cum ar fi vorba de o singură procedură de insolabilitate."; "(9)Pentru a facilita identificarea procedurilor de insolabilitate, în special în situațiile transnaționale, este necesar să se prevadă ca statele membre să notifice Comisia și celelalte state membre despre tipurile de proceduri de insolabilitate care atrag intervenția instituției de garantare."

²⁹ Chiar dacă definițiile doctrinare și jurisprudențiale nu specifică în mod expres, se consideră că se pune în balanță activul care poate fi executat silit conform normelor de procedură civilă (art. 371 ind.3 C.pr.civ.).

³⁰ "venituri sau bunuri urmăribile (s.n. - S.G.)".

³¹ Această concluzie se desprinde ușor din analiza mai multor texte, dar unele din ele fac referiri exprese la cele două seturi de norme: Art. 27 Răspunderea solidară, alin. (2) lit. c "c) administratorii care, în perioada exercitării mandatului, cu rea-credință, nu și-au îndeplinit obligația legală de a cere instanței competente deschiderea procedurii insolvenței (s.n. - S.G.), pentru obligațiile fiscale aferente perioadei respective și rămase neachitate la data declarării stării de insolabilitate (s.n. - S.G.)"; art. 177 Deschiderea procedurii insolvenței.

³² Art. 1417 alin. 2 C.civ.

³³ Precum și a legiuitorului specializat - "averea debitorului reprezintă totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale - inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței -, care pot face obiectul executării silite (s.n. - S.G.), în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă;" - art. 3 pct. 2 Legea 85/2006 privind procedura insolvenței.

Definițiile doctrinare nu particularizează și nu specifică nimic în legătură cu elementele de activ, comparând valoarea totală a activelor. Să fie o omisiune, care urcă din negura vremurilor în care nu existau reglementări exprese în codurile de procedură civilă care să tempereze sau să limiteze executările silită³⁴, sau este o diferență de viziune față de legiuitorul modern? Ambele răspunsuri pot fi acreditate și argumentate.

Astfel, privit mai ales din perspectiva debitorului, se poate afirma că trebuie calculat întreg activul – ca element de comparat – întrucât, în primul rând, obligațiile se execută voluntar, de bună voie, executarea silită fiind excepția³⁵; în al doilea rând chiar și etimologic „solvabilitate” înseamnă care poate plăti și nu care poate fi executat silit; în al treilea rând, dacă s-ar calcula doar activul executabil, iar debitorul ar deține bunuri neurmăribile suficient cât să echilibreze balanța pasivului, și drept urmare debitorul ar fi declarat insolubil, acest lucru s-ar putea întoarce chiar împotriva debitorului, întrucât efectele insolabilității sunt numeroase și importante³⁶.

Pe de altă parte, din perspectiva creditorilor, în condițiile în care plata voluntară începe să devină un fenomen tot mai rar, desuet chiar, iar executarea silită începe să devină regulă; ținând cont de rațiunea pentru care legiuitorul interzice sau temperează executarea silită asupra unor categorii de bunuri – asigurarea subzistenței și a unui „confort minim” pentru debitor și familia sa; prezumând că debitorul nu se va lipsi voluntar de bunurile exceptate de la executare, tocmai datorită faptului că acele bunuri asigură subzistența sa; ținând cont de faptul că, în principiu, valoare cumulată a acestor bunuri este una relativ redusă, se poate acredita ideea că activul care trebuie luat în calcul la stabilirea stării de „insolvabilitate” este activul executabil sau urmăribil.

Cu toate cele discutate mai sus, întrucât în prezent avem o definiție legală, criticabilă sau nu, activul care se

ia în calcul la stabilirea stării de insolabilitate este cel care poate fi executat silit.

O altă problemă, legată de calculul activului de comparat, o constituie reglementarea expresă a patrimoniilor de afectațiune. Definițiile doctrinare și jurisprudențiale nu abordează problema din această perspectivă întrucât patrimoniul de afectațiune nu era reglementat³⁷. La ora actuală avem două reglementări concurente, cea din O.U.G. nr. 44/2008³⁸ și cea din cadrul codului civil³⁹. Întrucât elementele de activ, dar și de pasiv, se supun unor regimuri juridice diferite, mai putem calcula totalitatea activului și totalitatea pasivului fără a face aceste diferențieri? Din punctul nostru de vedere, răspunsul nu poate fi decât negativ, și acesta este confirmat, punctual, chiar de către legiuitor prin dispoziții legale particulare exprese. În aceste condiții, definiția „insolvabilității” este deficitară, și chiar eronată. Dar întrucât problema este complexă, poate face ușor obiectul unui studiu separat pe această problemă⁴⁰.

B. Elementele de pasiv. „Valoarea totală a datoriilor exigibile” specifică *expressis verbis* definiția legală. Inovația legiuitorului în acest caz este evidentă – față de totalitatea pasivului din definițiile doctrinare – doar pasivul **exigibil** în cazul definiției legale. Acest element inovator pare a fi preluat dintr-o altă definiție, a unei situații asemănătoare (chiar până la confuziune pentru unii) – insolvența. Definiția legală a insolvenței „insolvență este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și **exigibile** (s.n. - S.G.)...”⁴¹ este edificatoare în acest sens. Chiar dacă în doctrină s-au mai făcut anumite comentarii și nuanțări cu privire la definiția stării de insolvență⁴², nu s-a pus în

³⁴ Dispoziții similare cu cele din cadrul secțiunii "Bunuri mobile care nu se pot urmări", art. 406-410 C.pr.civ.

³⁵ Art 371 ind.1 alin.1 C.pr.civ. "(1) Obligația stabilită prin hotărârea unei instanțe sau printr-un alt titlu se aduce la îndeplinire de bunăvoie."

³⁶ Enumerăm, doar exemplificativ, o serie de efecte importante ale insolabilității: persoanele în stare de insolabilitate nu pot face liberalități (art. 12 alin. 2 C.civ.); poate fi declanșată, mediat, rezoluțiunea anticipată; efecte în domeniul acțiunii oblice, pauliene, fidejusiunii, beneficiului de discuțiune, beneficiului de diviziune, revocare a mandatului, excepției de neexecutare a contractului, pierderea calității de asociat etc.

³⁷ Prima definiție legală a patrimoniului de afectațiune o regăsim în cadrul art. 2 lit. j "patrimoniul de afectațiune - totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, afectate scopului exercitării unei activități economice, constituite ca o fracțiune distinctă a patrimoniului persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, separată de gajul general al creditorilor personali ai acestora;" O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, M.Of. nr. 328 din 25 aprilie 2008

³⁸ O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, M. Of. nr. 328 din 25 aprilie 2008

³⁹ Art. 31, 771, 2324 etc. C.civ.

⁴⁰ A se vedea și Ion Turcu, *Legea procedurii insolvenței*. Comertariu pe articole, Ediția a 4-a, Editura C.H.Beck, București, 2012, p. 60-63, 99-102.

⁴¹ Art. 3 pct.1 Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

⁴² A se vedea spre exemplu: Gheorghe Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Editura Wolters Kluwer, București, p. 265 - 278.

discuție, după cunoștința noastră, acest aspect, considerat crucial, - pasivul **exigibil**⁴³.

De fapt, pasivul **exigibil** este adevărata „hârtie de turnesol” care deosebește cele două stări patrimoniale – insolabilitatea și insolvența. Tocmai exigibilitatea pasivului este elementul de bază care poate face un patrimoniu insolabil solvent și un patrimoniu solvabil insolvent⁴⁴.

Prin urmare „mixarea” celor două definiții⁴⁵ în una singură – definiția legală a „insolabilității” în noul Cod civil duce la crearea unui „Frankenstein juridic” – „insolabiliență”⁴⁶. Aidoma personajului vizat, indiferent de cât de nobile și frumoase ne-ar fi intențiile, rezultatul este urât, bizar și neînțeles.

Dincolo de impactul „științific” nefast al acestei inovații legislative, intuim și importante probleme de natură practică. Până la intrarea în vigoare a acestei definiții, era importantă stabilirea stării de solvabilitate sau insolabilitate în procedura insolvenței mai ales din perspectiva evaluării corecte a șanselor de reușită a unui plan de reorganizare. În cazul societăților solvabile dar insolvente șansele de redresare sunt mult mai mari decât în cazul societăților insolabile și insolvente. La ora actuală, întrucât legea procedurii insolvenței nu definește legal noțiunea de „insolabilitate” și întrucât codul civil este dreptul comun în domeniu⁴⁷, suntem ținuți de această definiție și în materie de insolvență. Dar, întrucât, această struțo-cămilă juridică suprapune aproape până la confuziune aceste noțiuni, rezultatul va fi puternic viciat. Astfel, diferența dintre solvabilitate și insolabilitate la ora actuală va fi dată exclusiv de diferența dintre elementele de activ – „fondurile bănești disponibile” și „activul patrimonial ce poate fi supus, potrivit legii, executării silită”. Prin urmare, dacă activele unui debitor ar fi mai mari decât pasivul exigibil, dar considerabil mai mici decât pasivul total, acel debitor va fi considerat solvabil în temeiul noii definiții.

C. Determinarea „insolabilității”. O altă problemă, la fel de bizară, din punctul nostru de vedere, ca și definiția „insolabilității” o reprezintă teza finală a alineatului doi al art. 1417 C.civ. „Dacă prin lege nu se prevede altfel, această stare se constată de către instanță, care, în acest scop, poate ține seama de anumite împrejurări, precum dispariția intempestivă a debitorului, neplata unor datorii devenite scadente, declanșarea

împotriva sa a unei proceduri de executare silită și alte asemenea”.

Până acum – și acest lucru a fost un numitor comun în cvasitotalitatea definițiilor – atât insolabilitatea cât și insolvența au fost văzute ca stări ale patrimoniului și nu ale persoanei titulară a patrimoniului. În lumina noii optici legale, această stare obiectivă, care viza exclusiv patrimoniul persoanei, tinde să devină subiectivă sau, cel puțin, puternic influențată de stări subiective. Să le analizăm pe rând.

a). Dispariția intempestivă a debitorului. Este de neînțeles, pentru noi cel puțin, care este legătura între dispariția intempestivă sau „programată” a debitorului sau apariția/repariția sa și echilibrul patrimonial. Până acum, atât dispariția, cât și moartea prezumată a unei persoane nu influențau cu nimic echilibrul patrimonial. Dispariția era fără un efect direct asupra patrimoniului dispărutului (se instituia o curatelă), iar moartea declarată judiciar declanșea procedura succesorală. Dar, sub nici o formă cele două stări nu puteau influența balanța sau echilibrul patrimonial. Dacă patrimoniul dispărutului sau presupusului decedat era solvabil, rămânea solvabil, dacă era insolabil, nimic nu-i putea modifica această stare. Conform „sfatului” dat de către legiuitor judecătorului unei asemenea situații, la ora actuală, faptul că titularul patrimoniului a „dispărut intempestiv”, poate afecta grav acest echilibru. Astfel, un debitor care are un patrimoniu solvabil care, însă, a dispărut intempestiv, se poate trezi în plină stare de „insolabilitate”, adică, cu elementele de activ executabil valoric mai mici decât cu elementele de pasiv exigibil, chiar dacă realitatea este cu totul alta. Cum se poate întâmpla o asemenea „metamorfoză kafkiană” patrimoniului acestui debitor? Care este mecanismul juridic? De ce ar avea nevoie creditorii de prezența fizică a debitorului pentru a-i executa silit bunurile? Să fie legiuitorul nostru un partizan ascuns al dorinței de a resuscita vechile pedepse aplicate debitorilor – vânzarea *trans Tiberium*, legarea la stâlpul infamiei, aruncarea în groapa datornicilor? Așteptăm cu nerăbdare răspunsul practicii la aceste întrebări.

b). Neplata unor datorii devenite scadente. Un alt element, de care ar trebui să țină cont judecătorul atunci când decide dacă un patrimoniu este solvabil sau insolabil este constatarea faptului dacă există sau nu

⁴³ În doctrină s-a specificat că doar pasivul exigibil efectiv pretins de către creditori trebuie să fie luat în calcul la stabilirea stării de insolvență. I. Turcu, *Tratat de insolvență*, C.H.Beck, 2006, p. 364; Gh. Piperea, *op.cit.*, p. 275.

⁴⁴ Incontestabil, și limitarea activului patrimonial - fondurile bănești disponibile - are un cuvând de spus în această problemă, dar ne limităm aici să discutăm doar elementele de pasiv.

⁴⁵ Definiția "clasică" a "insolabilității" și definiția legală a "insolvenței".

⁴⁶ Ne asumăm această noțiune, pocitanie la nivel terminologic, dar fondul este exclusiv creația legiuitorului...

⁴⁷ Art. 2 alin. 2 C.civ "Prezentul cod este alcătuit dintr-un ansamblu de reguli care constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale".

neplăți ale unor datorii scadente. Acest element este cel puțin bizar măcar din perspectiva faptului că la ora actuală nu putem discuta despre insolvență sau insolvabilitate decât dacă avem „pasiv exigibil”. Dacă nu ar exista nici o datorie scadentă neplătită, nu s-ar putea pune, nici măcar conceptual, problema insolvabilității sau insolvenței. Prin urmare, dacă în temeiul art. 1417 alin. 2 C.civ. un judecător ar fi chemat să constate starea de insolvabilitate, dar debitorul nu ar avea nici o datorie scadentă neplătită, acesta va trebui să respingă cererea, chiar dacă și activul patrimonial ar fi egal cu zero. Deci, este evident că analiza stării de insolvabilitate poate fi declanșată doar în temeiul unei datorii scadente. Dacă aceasta este procedura firească și logică, ce aduce în plus „sfatul” numărul doi al legiuitorului. Textual, „neplata **unor** (s.n. – S.G.) datorii devenite scadente”, ne poate duce cu gândul că, în această ipoteză specială, cheia descifrării rezidă în acest „**unor**”. Prin urmare, am putea deduce că legiuitorul discriminează între diferite categorii de datorii scadente. Unele, acelea „obișnuite” sunt luate în calcul în mod firesc, atunci când se face raportul activ/pasiv (alin. 2 teza inițială), altele, „speciale” sau „super creanțe” se iau în calcul suplimentar (eventual chiar cumulativ) în cadrul silogismului judiciar (alin. 2, teza finală).

Prin urmare, acest „sfat”, dacă este general, este eronat pentru că nu se iau în calcul doar „unele” datorii scadente, ci obligatoriu și întotdeauna „toate” datoriile scadente (iar în viziunea „clasică”, care este și cea corectă, din punctul nostru de vedere, toate datoriile, scadente sau nescadente); dacă este particular, iarăși este eronat, pentru că acele „unele” datorii scadente deja au fost luate în calcul la stabilirea raportului dintre activ și pasiv, plus că introduce o discriminare complet nejustificată între datoriile exigibile, fără indicarea sau măcar sugerarea vreunui criteriu de demarcare.

c). Declanșarea împotriva sa a unei proceduri de executare silită. Întrucât executarea silită este precedată în mod logic și firesc de către o datorie certă, lichidă și exigibilă, în principiu, toate observațiile făcute mai sus cu privire la „neplata unor datorii scadente” se pot aplica *mutatis mutandis* și la executarea silită. Desigur, pentru a constata insolvabilitatea nu există necesitatea existenței unui titlu executoriu sau a unei executări silite declanșate împotriva debitorului. Doar existența unei datorii exigibile (neacoperibilă de către activul executabil) este suficient. Dar, este la fel de adevărat că dacă o executare silită este pendinte, există o datorie exigibilă, iar aceasta a fost deja luată în calcul la stabilirea raportului dintre

activ și pasiv. Dacă judecătorul va ține cont încă o dată de aceeași creanță, o va număra de două ori în sarcina debitorului. Acest lucru este inacceptabil, prin urmare, nici acest „sfat” nu ar trebui luat în calcul de către judecător.

d). ... și alte asemenea. Pe lângă „sfaturile generoase” analizate mai sus, legiuitorul încheie lista promițător – și alte asemenea. Doar imaginația bogată a jurisprudenței și a doctrinei vor constitui limitele acestor sfaturi. Dacă patrimoniul cuiva ar putea fi declarat în stare de insolvabilitate atunci când „dispare intempestiv”, are „unele” datorii scadente, este subiect pasiv al „unei” executări silite și aceasta indiferent de raportul dintre activul executabil și pasivul exigibil (așa cum pretinde însuși legiuitorul cu câteva rânduri mai sus), probabil, ne-am putea imagina o insolvabilitate pentru impolitețe – debitorul nu salută vecinii, nu răspunde la telefon creditorului, vorbește urât, scuipă semințe pe stradă – toate aceste manifestări fiind în consonanță cu „sfaturile” legiuitorului și încadrându-se perfect la „alte asemenea”.

În încercarea, de a reveni, totuși, cu picioarele pe pământ, nu putem conchide decât faptul că insolvabilitatea (și insolvența) nu este decât un raport matematic, obiectiv, în care se compară unele elemente de activ cu unele elemente de pasiv. Nici un element subiectiv nu poate interfera și influența acest raport matematic.

6. În loc de concluzii și propuneri de lege ferenda.

O multitudine de definiții legale pentru unul și același termen sau noțiune, abordări diferite, din unghiuri și perspective diferite, cu rezultate și finalități diferite, nu reprezintă, cu siguranță, un punct forte al unui sistem juridic coerent. Din perspectiva elaborării unui Cod al insolvenței, considerăm că se impune clarificarea legală a acestor noțiuni de bază pentru acest domeniu. O definiție legală unică, clară și corectă a insolvabilității, abrogându-se expres toate definițiile anterioare, explicite sau implicite. O definiție clară și corectă a insolvenței. Eliminarea suprapunerii celor două noțiuni, pentru asigurarea unor rezultate practice optime. Respectarea tuturor regulilor de tehnică legislativă ar reprezenta un prim pas pentru atingerea acestor deziderate.

Cu speranța că viitorul Cod al insolvenței va aduce cu sine toate aceste modificări, așteptăm cu nerăbdare supunerea proiectului dezbaterii publice.

Unele considerații în legătură cu onorariul practicianului în insolvență



Judecător dr. Csaba Bela Nász
Curtea de Apel Timișoara

Remunerația practicienilor în insolvență într-un proces de executare colectivă este unul dintre drepturile prevăzute de O.U.G. nr. 86/2006, republicată, în beneficiul acestora, drept contra-prestație a serviciilor profesionale desfășurate în dosarele de sindic în care sunt numiți în calitate de administratori judiciari sau lichidatori.

Ideea de la care trebuie să pornim în analiza noastră este aceea că singurul criteriu de desemnare a administratorilor judiciari și a lichidatorilor în dosarele de proceduri colective ar trebui să fie oferta pieței de servicii de insolvență.

Legea nr. 85/2006, modificată, în art. 11 lit. c) și d), prevede, printre atribuțiile judecătorului-sindic, desemnarea motivată, prin sentința de deschidere a procedurii, dintre practicienii în insolvență compatibili care au depus ofertă de servicii în acest sens la dosarul cauzei, a administratorului judiciar provizoriu sau, după caz, a lichidatorului care va administra procedura până la confirmarea ori, după caz, înlocuirea sa de către adunarea creditorilor sau creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, *fixarea remunerației* în conformitate cu criteriile stabilite de legea de organizare a activității practicienilor în insolvență, precum și a atribuțiilor acestuia pentru această perioadă; de asemenea, judecătorul-sindic confirmă, prin încheiere, administratorul judiciar sau a lichidatorul desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, precum și *onorariul negociat*.

Art. 19 alin. 2 și 2¹ statuează că, la recomandarea comitetului creditorilor, în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor sau ulterior, creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor pot decide desemnarea unui administrator judiciar/lichidator,

stabilindu-i și remunerația. În cazul în care remunerația se va achita din fondul constituit conform prevederilor art. 4, aceasta va fi stabilită de către judecătorul-sindic, pe baza criteriilor stabilite prin legea privind profesia de practician în insolvență. Creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor poate să decidă, fără consultarea adunării creditorilor, desemnarea unui administrator judiciar sau lichidator în locul administratorului judiciar sau lichidatorului provizoriu ori să confirme administratorul judiciar provizoriu sau, după caz, lichidatorul provizoriu și să îi stabilească remunerația.

În același sens, art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, republicată, prevede că practicienii în insolvență au dreptul la *onorarii pentru activitatea desfășurată*, sub forma unor onorarii fixe, onorarii de succes sau o combinație a acestora. *Onorariul provizoriu* pentru perioada de observație este stabilit de judecătorul-sindic la deschiderea procedurii de insolvență, în temeiul criteriilor prevăzute la alin. 2. *Acesta va putea fi modificat de adunarea creditorilor* care va ține seama în mod obligatoriu de prevederile alin. 2. *Plata onorariilor practicienilor în insolvență* - administratori judiciari sau lichidatori ori a cheltuielilor de procedură se va face din fondul constituit conform art. 4 din Legea nr. 85/2006, cu modificările și completările ulterioare, iar calculul acestora va fi efectuat conform tarifelor și standardelor de cost ce se vor stabili de către Adunarea reprezentanților permanenți a U.N.P.I.R.

Din analiza sistematică a normelor legale de mai sus, se poate trage o singură concluzie: atunci când există active sau disponibilități bănești în averea debitorului, creditorii sunt cei care au ultimul cuvânt în fixarea

remunerăției practicianului în insolvență, iar dacă debitorul nu dispune de asemenea bunuri și plata onorariului urmează a fi făcută din fondul constituit conform prevederilor art. 4, acesta va fi stabilit de către judecătorul-sindic, în ambele situații trebuind a fi avute în vedere criteriile cuprinse în legislația privind profesia de practician în insolvență.

O speță recentă, soluționată de Curtea de Apel Timișoara, ne-a determinat să realizăm prezentul studiu, problematica analizată fiind nu numai de actualitate, ci și una extrem de importantă, întrucât aspectele reglementate de Legea nr. 85/2006, modificată, uneori, pot să se întrepătrundă cu cele de drept fiscal.

Prin sentința civilă nr. 2399 din 17 octombrie 2012 pronunțată în dosarul nr. 7271/108/2010*/a3 judecătorul-sindic din cadrul Tribunalului Arad a respins cererea formulată de creditoarea D.D.F.P. Arad având ca obiect anularea parțială a hotărârii adoptate în cadrul adunării creditorilor debitoarei S.C. A S.A. Arad din data de 22.06.2012, referitor la aprobarea ofertei financiare a administratorului judiciar (în prezent, lichidator judiciar).

Pentru a hotărî astfel, prima instanță a reținut că, art. 11 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 85/2006 prevede, printre atribuțiile judecătorului-sindic, desemnarea motivată, prin sentința de deschidere a procedurii, dintre practicienii în insolvență compatibili care au depus ofertă de servicii în acest sens la dosarul cauzei, a administratorului judiciar provizoriu sau, după caz, a lichidatorului care va administra procedura până la confirmarea ori, după caz, înlocuirea sa de către adunarea creditorilor sau creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, fixarea remunerăției în conformitate cu criteriile stabilite de legea de organizare a activității practicienilor în insolvență, precum și a atribuțiilor acestuia pentru această perioadă. Potrivit art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006, onorariul provizoriu pentru perioada de observație este stabilit de judecătorul-sindic la deschiderea procedurii de insolvență, în temeiul criteriilor prevăzute la alin. 2. Acesta va putea fi modificat de adunarea creditorilor care va ține seama în mod obligatoriu de prevederile alin. 2.

Conformându-se acestor dispoziții legale, judecătorul-sindic, prin sentința nr. 2774/17.11.2010, prin care a fost deschisă procedura insolvenței față de debitoarea S.C. A S.A. Arad, a fixat remunerăția practicianului în insolvență. Ulterior, adunarea creditorilor a aprobat onorariul de succes al practicianului în insolvență.

Potrivit art. 14 alin. 7 din Legea nr. 85/2006, hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul-sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor. Deci, judecătorul-sindic poate anula în tot sau în parte hotărârea adunării

creditorilor doar pentru motive de nelegalitate; or, modul în care adunarea creditorilor a raportat activitatea practicianului în insolvență la criteriile prevăzute de art. 38 alin. 2 din O.U.G. nr. 86/2006 și a stabilit cuantumul onorariului practicianului în insolvență nu este o problemă de nelegalitate. De asemenea, tribunalul nu are atributul de a cenzura onorariul practicianului în insolvență pe motiv că este stabilit în dezavantajul creditorilor, câtă vreme chiar creditorii, persoane presupus diligente în administrarea intereselor lor, au stabilit cuantumul acestuia.

Împotriva sentinței de mai sus a declarat recurs creditoarea D.G.F.P. Arad, solicitând modificarea acesteia, în sensul admiterii contestației formulate împotriva hotărârii adoptate în cadrul adunării creditorilor din 22.06.2012, considerând-o nelegală și netemeinică, dată cu interpretarea greșită a legii.

Judecătorul-sindic nu a avut în vedere art. 4 din Legea nr. 85/2006, care dispune că toate cheltuielile aferente procedurii instituite de acest act normativ, inclusiv cele privind notificarea, convocarea și comunicarea actelor de procedură efectuate de administratorul judiciar și/sau lichidator, vor fi suportate din averea debitorului. Așadar, achitarea onorariului practicianului de către cumpărătorul activelor debitoarei nu are temei legal, fiind efectuată în detrimentul instituției recurente.

Conform contractului de transfer de fond de comerț încheiat în data de 06.07.2012 între S.C. A S.A. S.A. (în calitate de cedent) și S.C. R S.R.L. (în calitate de cesionar), cedentul consimte la vânzarea întreprinderii feroviare, cuprinzând toate activele sale către cesionar, ca ansamblu în stare de funcționare, iar cesionarul agreează să cumpere întreprinderea feroviară, cuprinzând toate activele cedentului, dobândind astfel toate drepturile și interesele cedentului cu privire la sau născute din această întreprindere. Potrivit pct. 4.1.1, în schimbul achiziționării întreprinderii feroviare, cesionarul va plăti cedentului, la data semnării, suma totală de 16.686.064 euro, în echivalentul în lei, la cursul de schimb publicat de B.N.R., respectiv 74.746.892 lei. În plus, față de prețul menționat, cesionarul se obligă să preia obligația cedentului și să achite și onorariul de succes al administratorului judiciar, în cuantum de 482.000 euro din ziua plății.

În urma facturii primite de la S.C. A S.A., în valoare de 2.701.872,21 lei, cuprinzând „refacturare retribuție administrator judiciar”, la care debitoarea a anexat factura emisă de C.I.T – filiala Timiș S.P.R.L., în valoare totală de 2.701.872,21 lei, din care T.V.A. în sumă de 522.943,01 lei, S.C. R S.R.L. a dedus T.V.A.-ul în sumă de 522.943,01 lei.

Scopul Legii nr. 85/2006 este, potrivit art. 2, de a se institui măsurile necesare pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, astfel că atribuțiile lichidatorului sunt expres prevăzute, urmând ca în cazul

ducerii lor la îndeplinire acesta să fie retribuit cu sumele aprobate de adunarea creditorilor, printre atribuțiile administratorului judiciar fiind și cea de la art. 20 lit. m) – „cu condiția confirmării judecătorului-sindic, încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii...”.

Administratorul judiciar al S.C. A S.A. Arad a convocat adunarea generală a creditorilor pentru data de 22.06.2012, având ca principal punct pe ordinea de zi „aprobarea metodei de valorificare a întregului patrimoniu aparținând societății debitoare și a regulamentului de valorificare întocmit în acest sens”, un alt punct fiind „aprobarea modificării onorariului fix și a celui de succes a administratorului judiciar”. Cu majoritate de 81,54% din masa credală, s-a aprobat modificarea onorariului fix și a celui de succes, respectiv s-a aprobat un onorariu cumulativ în valoare de 482.000 euro+T.V.A., aferent momentului valorificării activelor debitoare, stabilindu-se, totodată, că de la momentul încasării acestuia nu se mai datorează niciun onorariu (nici cu titlu de onorariu fix lunar, nici cu titlu de onorariu de succes, nici pentru perioade trecute, nici pentru viitor) către administratorul judiciar.

În data de 05.07.2012 s-a întocmit procesul-verbal al adunării creditorilor, în care, cu privire la pct. 1 de pe ordinea de zi, creditoarea Banca R S.A. arată că se aprobă oferta finală precizată formulată de S.C. R S.R.L., ofertă care se referă la valorificarea tuturor activelor debitoare care alcătuiesc întreprinderea feroviară pentru prețul de 16.978.064 euro, cumpărătorul obligându-se, totodată, să preia și datoria debitoare de a plăti onorariului administratorului judiciarului. În fapt, s-a preluat obligația de plată a acestei sume datorate de către S.C. A S.A. Arad către lichidator.

Obligația privind onorariul de succes al administratorului judiciar este a societății debitoare, momentul nașterii datoriei fiind expres precizat și cunoscut de părțile implicate în procedura de insolvență – cel al valorificării activelor debitoare. În consecință, onorariul de succes nu poate fi suportat de o altă societate, ducerea la îndeplinire a atribuțiilor fiind, în fapt, sarcini pe care practicianul le avea de îndeplinit în virtutea numirii sale.

Potrivit Ordinului M.F.P. nr. 3055/2009 pentru aprobarea reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, pct. 20, „în înțelesul prezentelor reglementări: b) o datorie reprezintă o obligație actuală a entității ce decurge din evenimente trecute și prin decontarea căreia se așteaptă să rezulte o ieșire de resurse care încorporează beneficii economice. O datorie este recunoscută în contabilitate (...) atunci când este probabil că o ieșire de resurse încorporând beneficii economice va rezulta din decontarea unei obligații prezente și când valoarea la care se va realiza această decontare poate fi evaluată în mod credibil”.

În consecință, la data efectuării notelor contabile de preluare a activelor și datoriilor față de furnizori, S.C. R S.R.L. trebuia să preia și această obligație de plată datorată de S.C. A S.A. Arad față de lichidator, fără a exista implicațiile fiscale ale deducerii taxei pe valoarea adăugată și solicitării la rambursare a sumei de 522.943,01 lei. Conform art. 146 din Legea nr. 571/2003, dreptul de deducere a taxei pe valoarea adăugată se naște pentru lit. a) pentru taxa datorată sau achitată, aferentă bunurilor care i-au fost ori urmează să-i fie prestate în beneficiul său de către o persoană impozabilă, să dețină o factură emisă în conformitate cu prevederile art. 155. Deci, tribunalul, în mod nelegal a admis la deducere suma de 522.943,01 lei în luna iulie 2012, ca fiind, în fapt, o datorie a altei societăți pentru care lichidatorul a prestat servicii prin natura numirii lui în baza Legii nr. 85/2006.

Societatea debitoare nu și-a achitat T.V.A. datorată bugetului general consolidat al statului reprezentând datorie curentă. Prin refacturarea acestei sume s-a înregistrat o taxă pe valoarea adăugată de plată care nu a mai fost achitată de S.C. A S.A. Arad, fiind, în fapt, transferată obligația de plată către o terță societate, care s-a angajat să preia obligația respectivă. Această tranzacție nu trebuia să nască și obligații fiscale transferate pe altă societate, respectiv cu drept deducere a cheltuielii și a T.V.A. aferentă de către o altă societate, care a și solicitat rambursarea acestei taxe, rezultând astfel, în mod evident, implicații negative asupra bugetului de stat. Așadar, conform art. 146 lit. a) din Legea nr. 571/2003 nu poate fi acceptat dreptul de deducere al taxei pe valoarea adăugată la S.C. R S.R.L. pentru onorariul de succes refacturat de S.C. A S.A. Arad.

Art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006 prevede că practicienii în insolvență au dreptul la onorarii pentru activitatea desfășurată, sub forma unor onorarii fixe, onorarii de succes sau o combinație a acestora, la stabilirea nivelului onorariului urmând a se avea în vedere mai multe tipuri de factori, prevăzuți de lege, care reflectă gradul de complexitate a activității depuse.

Din analiza rapoartelor întocmite de administratorul judiciar nu se pot verifica criteriile prevăzute de art. 38 lit. a), b) și f) din O.U.G. nr. 86/2006. Totodată, la acel moment nu a fost ridicat dreptul de administrare al debitoare, astfel încât, în conformitate cu art. 49 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 85/2006, debitoarea se afla sub supravegherea administratorului judiciar, având în continuare drept de administrare, motiv pentru care nici din acest punct de vedere nu se justifică solicitarea unui onorariu de 482.000 euro exclusiv T.V.A.

Față de toate aceste aspecte, onorariul stabilit în cadrul adunării creditorilor din data de 22.06.2012 este mult prea mare și poate dezavantaja creditorii, atunci

când, în urma distribuției sumelor rezultate din lichidarea averii debitorului, li se diminuează sumele care le revin. O altă chestiune care s-ar putea ridica în legătură cu remunerarea practicianului ar fi aceea de a stabili căror cheltuieli este afectată, în opinia recurentei ea neputând fi afectată decât unor cheltuieli curente de mică importanță, plata unui onorariu avocațial pentru acțiunile promovate în numele debitorului, deplasări, plata unor expertize contabile, arhivarea documentelor, dacă acestea din urmă nu sunt de amploare. Celelalte cheltuieli, care privesc evaluarea bunurilor debitorului, recuperarea creanțelor, plata T.V.A. pentru bunurile valorificate în procedură și alte cheltuieli de amploare, care folosesc proceduri vor fi suportate din cheltuieli legate de procedură. Totodată, se impune a fi remarcat că, din punctul de vedere al organului fiscal, desemnarea administratorului judiciar susținut de acesta și, implicit, a onorariului său, se realizează în conformitate cu Ordinul președintelui A.N.A.F. nr. 1009/2007 privind procedurile de selecție a practicienilor în insolvență agreați de Agenția Națională de Administrare Fiscală, în acest sens existând deja ales R.S.P.R.L., cu un onorariu lunar de 0% și un onorariu de succes de 3% din sumele obținute din valorificarea bunurilor.

Prin decizia civilă nr. 288 din 20 februarie 2013 Curtea de Apel Timișoara a respins recursul declarat de creditoarea D.G.F.P. Arad împotriva sentinței civile nr. 2399 din 17 octombrie 2012 pronunțată de Tribunalul Arad în dosarul nr. 7271/108/2010*/a3.

Pentru a decide astfel, instanța de control judiciar a reținut că tribunalul în mod judicios a constatat că hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul-sindic *numai pentru nelegalitate*, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor (art. 14 alin. 7 din Legea nr. 85/2006, modificată).

În speță, ceea ce invocă în realitate recurenta nu vizează aspecte de nelegalitate, ci unele de oportunitate, care, însă, exced controlului instanței de judecată, pentru că tot Legea insolvenței, în art. 11 alin. 2, prevede fără echivoc că *atribuțiile judecătorului-sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței*. Atribuțiile manageriale aparțin administratorului judiciar ori lichidatorului sau, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-și administra averea. Deciziile manageriale pot fi controlate sub aspectul oportunității de către creditori, prin organele acestora.

De asemenea, alin. 1 lit. d) al art. 11 statuează că una dintre principalele atribuții ale judecătorului-sindic este aceea de a confirma, prin încheiere, administratorul

judiciar sau lichidatorul desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, precum și a *onorariului negociat*.

În același sens, art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006, republicată, prevede că, pentru activitatea desfășurată, practicienii în insolvență au dreptul la onorarii, sub forma unor onorarii fixe, onorarii de succes sau o combinație a acestora. La stabilirea nivelului onorariului se vor avea în vedere următoarele tipuri de factori care reflectă gradul de complexitate a activității depuse: a) numărul de salariați ai debitorului; b) riscul privind conflictele de muncă; c) cifra de afaceri a debitorului pe ultimii 3 ani; d) valoarea totală a datoriilor și numărul creditorilor; e) valoarea creanțelor, numărul debitorilor; f) numărul și complexitatea litigiilor aflate pe rol în care debitorul are calitate de reclamant și, respectiv, de pârât; g) valoarea patrimoniului, potrivit evaluării; h) natura activelor, atractivitatea pe piață, riscurile legate de conservarea lor; i) nivelul de lichidități aflate la dispoziția debitorului pentru acoperirea cheltuielilor inițiale de lichidare. Depunerea sau acceptarea de către practicianul în insolvență, în mod repetat, a unei oferte de onorariu care nu ține seama de prevederile alin. 2 constituie concurență ne-loială și se sancționează conform prevederilor art. 40. Onorariul provizoriu pentru perioada de observație este stabilit de judecătorul-sindic la deschiderea procedurii de insolvență, în temeiul criteriilor prevăzute la alin. 2. *Acesta va putea fi modificat de adunarea creditorilor care va ține seama în mod obligatoriu de prevederile alin. 2.*

În aceste condiții, corect a apreciat prima instanță că, modul în care adunarea creditorilor a raportat activitatea practicianului în insolvență la criteriile prevăzute de art. 38 alin. 2 din O.U.G. nr. 86/2006 și a stabilit cuantumul onorariului practicianului în insolvență, nu este o problemă de nelegalitate, instanța neavând atributul de a cenzura onorariul practicianului în insolvență pe motiv că este stabilit în dezavantajul creditorilor, de vreme ce chiar creditorii au stabilit nivelul acestuia.

Or, recurenta n-a invocat și nici dovedit vreun aspect de nelegalitate al ședinței adunării creditorilor debitoarei S.C. A.S.A. Arad, din data de 22 iunie 2012, care a avut pe ordinea de zi, printre altele, aprobarea modificării onorariului fix și a celui de succes al administratorului judiciar, ședință la care au participat creditorii reprezentând 99,77% din totalul creanțelor raportat la planul de reorganizare confirmat, acest punct al ordinii de zi fiind adoptat cu un procent de 81,54% din masa credală. Art. 15 din legea-cadru prevede următoarele: cu excepția cazurilor în care legea cere o majoritate specială, *ședințele adunării creditorilor vor avea loc în prezența titularilor de creanțe însumând cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor asupra averii debitorului, iar deciziile adunării creditorilor se adoptă cu votul*

favorabil al titularilor majorității, prin valoare, a creanțelor prezente. Calculul valorii totale a creanțelor prevăzute la alin. 1 împotriva averii debitorului se va determina, ulterior confirmării planului de reorganizare și până la afișarea tabelului definitiv consolidat, astfel cum reiese din planul de reorganizare confirmat.

Criticile recurenței privitoare la nesocotirea de către judecătorul-sindic a dispozițiilor art. 4 din lege nu sunt justificate, pentru că, deși acest text prevede expres că toate cheltuielile aferente procedurii instituite prin acest act normativ, inclusiv cele privind notificarea, convocarea și comunicarea actelor de procedură efectuate de administratorul judiciar și/sau de lichidator, vor fi suportate din averea debitorului, prin adoptarea de către creditorii, în ședința adunării generale din 22 iunie 2012, a unei decizii în sensul că onorariul practicianului urmează a fi suportat de către cumpărătorul activelor debitoarei, la data semnării contractului, masei credale nu i s-a adus niciun prejudiciu.

Mai mult decât atât, modificarea onorariului stabilit inițial este în beneficiul creditorilor, având în vedere că onorariul aprobat în adunarea generală din 22 iunie 2012 în sumă fixă este mai mic decât onorariul procentual de 5% din valoarea creanțelor stinse în procedură, formulă de calcul potrivit căreia practicianului i-ar fi revenit în plus o sumă de cca. 382.000 euro. De altfel, însăși recurența a recunoscut faptul că prin hotărârea adunării generale a creditorilor contestată s-a stabilit că, de la momentul încasării acestui onorariu fix, nu se mai datorează către administratorul judiciar niciun alt onorariu (nici cu titlu de onorariu fix lunar, nici cu titlu de onorariu de succes, nici pentru perioade trecute, nici pentru viitor).

Aspectele de drept fiscal, lăsând la o parte că nu au fost invocate în fața tribunalului, iar art. 294 din Codul de procedură civilă, la care face trimitere expresă art. 316 din același cod, interzice instanței de control judiciar să le aibă în vedere, pentru că altfel s-ar încălca regula *tantum devolutum quantum judicatum*, nici nu interesează procedura de insolvență derulată față de debitoarea S.C. A S.A. Arad, întrucât vizează o altă persoană juridică – S.C. R S.R.L., cea care a preluat prin cesiune fondul de comerț al intinatei debitoare. Or, chestiunile referitoare la nedeductibilitatea taxei pe valoare adăugată aferentă onorariului lichidatorului nu pot fi analizate și, eventual, cenzurate de instanța civilă, ci, dacă va fi cazul, de instanța de contencios administrativ competentă, și aceasta, independent de faptul că raportul de inspecție fiscală nu a fost înfățișat judecătorului-sindic din motive obiective (el fiind întocmit abia în data de 26 octombrie 2012), deducerea sumei de 522.943,01 lei de către S.C. R S.R.L. putând fi refuzată de organul fiscal, dacă, raportat la prevederile legale în vigoare, acesta apreciază că nu este posibilă.

În fine, nici susținerile recurenței privitoare la incidența Ordinului președintelui A.N.A.F. nr. 1009/2007 nu

sunt întemeiate, deoarece acest act normativ, după cum însăși denumirea o arată, privește procedura de selecție a practicienilor în insolvență agreeți de această instituție publică, ea neputând fi impusă și celorlalți creditori participanți la procedura de executare colectivă.

Așadar, nu are nicio relevanță juridică împrejurarea, reală de altfel, că în urma derulării acestei proceduri de selecție internă a Agenției Naționale de Administrare Fiscală a fost „desemnat” un alt practician în insolvență – R S.P.R.L., cu un onorariu lunar de zero lei și un onorariu de succes de 3% din sumele obținute din valorificarea bunurilor debitoarei, de vreme ce adunarea generală a creditorilor debitoarei S.C. A S.A. Arad, în condițiile de cvorum și de majoritate impuse de legea-cadru, a decis numirea unui alt practician, căruia i-a stabilit un alt onorariu. Aceasta, cu atât mai mult cu cât, raportat la prevederile constituționale și cele ale Legii nr. 24/2000, nu se poate adăuga la lege (*stricto sensu*) prin acte normative cu valoare inferioară (în speță, un ordin al unui președinte de agenție guvernamentală), neputându-se astfel limita sau îngradi reglementările în materie de insolvență privitoare la desemnarea administratorului judiciar / lichidatorului, ordinul invocat având valoarea unei reglementări cu caracter intern prin care se stabilește conduita pe care organele fiscale, atunci când își exercită atribuțiile prevăzute de Capitolul II din Legea nr. 85/2006, modificată, trebuie să o adopte (în acest sens fiind și art. 2 alin. 3 și 4, art. 4 etc. din Ordinul nr. 1009/2007).

Excepția lipsei de interes invocată de lichidator nu poate fi primită, deși, urmare a modalității alese, respectiv achitarea onorariului practicianului de către cumpărătorul activelor debitoarei la data semnării contractului, se poate considera că nu s-a adus niciun prejudiciu creditorilor participanți la această procedură colectivă, câtă vreme averea debitoarei S.C. A S.A. Arad nu a fost diminuată cu suma respectivă. Însă, instituția recurentă, prin criticile formulate, a invocat și alte aspecte de pretinsă nelegalitate a hotărârii adunării generale a creditorilor din data de 22 iunie 2012, astfel că excepția nu este întemeiată.

Note

¹ O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, publicată în M.O. al României, Partea I, nr. 944 din 22 noiembrie 2006, a fost aprobată prin Legea nr. 254/2007, publicată în M.O. al României, Partea I, nr. 507 din 30 iulie 2007; ulterior, ordonanța a fost republicată în M.O. al României, Partea I, nr. 724 din 13 octombrie 2011;

² Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer Romania, București, 2008, pag. 305;

³ Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a fost publicată în M.O. al României, Partea I, nr. 359 din 21 aprilie 2006;

⁴ A se vedea în acest sens, decizia civilă nr. 288 din 20 februarie 2013 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara în dosarul nr. 9349/30/2008, nepublicată

Problema răspunderii pentru pasivul social constituie o "buturugă mică" a reglementărilor privind insolvența care s-au succedat după 1989 în dreptul nostru.

Problema este delicată deoarece, pe fond, trebuie identificată vinovăția, element subiectiv practic imposibil de abordat în mod direct; în procedurile de insolvență, identificarea, separarea și evaluarea fiecărei cauze și a efectelor acesteia asupra pasivului constituie operațiuni complexe, greu de administrat în fiecare caz în parte.

Pe acest fond de dificultăți la care s-au adăugat și inerentele consecințe ale crizei economice actuale, legiuitorul român are opțiunea între a încerca să pedepsească doar pe cei care în mod evident sunt vinovați pe de o parte și a descuraja falimentele frauduloase, pe de altă parte.

Lucrarea structurată în două volume a doamnei dr. Lavinia-Olivia Iancu abordează întregul câmp al acestor "oscilații" legislative, prezentând mecanismul actual, cel al Legii nr.85/2006, într-o manieră bine documentată, inclusiv cu referire la dreptul comparat pe care-l putem aprecia drept relevant.

Sunt prezentate nu doar aspectele de drept material ci și cele de drept procesual, precum și, în final, metodele și mijloacele de limitare a răspunderii conducătorilor persoanelor juridice, utilizate în dreptul comparat. Analiza dezvoltată este bine structurată, îmbină plăcut și eficient aspectele teoretice cu bogată jurisprudență la care autoarea a avut acces în mod direct în calitate de practician în insolvență.

Referințele și trimerile la reglementările din dreptul comparat sunt benefice, pertinente, rod al îndelungatei colaborări a autoarei cu INSOL Internațional, la ale cărei manifestări este prezentă cu regularitate.

Întregul material adunat în cursul elaborării tezei de doctorat este valorificat prin aceea că autoarea nu rămâne la stadiul de critică obiectivă a reglementării existente; constientă de deficiențele sistemului actual care practic împiedică atragerea răspunderii foștilor conducători de societăți falite într-un număr mare de cazuri, autoarea propune modificarea reglementării în scopul atât al creșterii eficienței acesteia, dar și pentru o mai corectă sistematizare teoretică.

Aceste propuneri au fost în mare parte însușite de către grupul de lucru care elaborează proiectul de Cod al insolvenței, pe care sperăm să-l vedem finalizat în anul 2013.

Pentru teoreticienii și practicienii dreptului insolvenței această carte constituie un reper teoretic prețios, dar și un instrument de lucru util.

Prof.univ.dr.Radu Bufan



