

MINUTA

întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate (foste comerciale) ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, în materia litigiilor cu profesioniști și insolvenței

Curtea de Apel Cluj, 5-6 noiembrie 2015

În perioada 5-6 noiembrie 2015 a avut loc, la Curtea de Apel Cluj, întâlnirea reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate (foste comerciale) ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, dedicată discutării aspectelor de practică neunitară în materia litigiilor cu profesioniști și insolvenței.

Din partea Consiliului Superior al Magistraturii au participat:

- Domnul judecător Adrian Bordea, membru ales al Consiliului Superior al Magistraturii;
- Domnul judecător Cristi Danileț, membru ales al Consiliului Superior al Magistraturii.

Institutul Național al Magistraturii a fost reprezentat de doamna judecător Diana Elena Ungureanu, formator cu normă întreagă la disciplina Drept comercial și titularul catedrei de drept comercial care, a elaborat, pe baza propunerilor primite de la curțile de apel, punctajul de discuții al întâlnirii. Pentru fiecare problemă supusă dezbaterii a fost indicat punctul de vedere al Catedrei de drept comercial din cadrul INM.

Înalta Curte de Casație și Justiție și curțile de apel au fost reprezentate, în principal, de președinții secțiilor specializate, de judecători din cadrul acestor secții și vicepreședinți ai instanței.

Din partea Ministerului Justiției – Direcția Elaborare acte normative a participat doamna judecător Marcela Comșa.

Din partea Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Direcția recursuri în interesul legii au participat doamnele procuror Cătălina Gliga și Diana Berlic.

În deschiderea întâlnirii, doamna judecător Denisa Livia Băldean, Președintele Curții de Apel Cluj și domnul judecător Adrian Bordea au subliniat importanța și utilitatea acestor întâlniri pentru unificarea practicii judiciare, amintind că ele se desfășoară în cadrul reglementat prin Hotărârea Secției pentru judecatori a Consiliului Superior al Magistraturii nr. 148/2015, cu modificările și completările ulterioare.

Domnul judecător Cristi Danileț a informat participanții cu privire la faptul că în aplicația EMAP gestionată la nivelul Consiliului Superior al Magistraturii a fost consacrată o rubrică specială jurisprudenței unitare. Secțiunea include minutele întâlnirilor trimestriale de practică neunitară desfășurate la nivelul instanțelor, precum și cele ale președinților secțiilor specializate ale curților de apel și permite căutarea problemelor și soluțiilor agreeate prin intermediul cuvintelor-cheie dar și formularea de observații cu privire la soluțiile expuse.

În urma dezbaterilor, referitor la temele puse în discuție, s-au conturat concluziile expuse în cele ce urmează.

I. Clauze abuzive

1. Titlul problemei de drept:

Anularea clauzelor abuzive în contractele bancare. Repunere în situația anterioară. Caracterul prescriptibil sau imprescriptibil al cererii de repunere în situația anterioară prin restituirea ratelor sau a acelei părți din ratele achitate băncii în baza unei clauze declarată nulă absolut

Materia: Drept civil.
Subcategoria: Pretenții
Obiect ECRIS: acțiune în constatare/acțiune în anulare
Acte normative incidente: art. 2.501, art. 2.525 C. civ.
Cuvânt cheie: clauze abuzive; prescripție

a) Potrivit unei opinii, repunerea în situația anterioară prin restituirea ratelor sau a acelei părți din ratele achitate care corespunde clauzei declarate abuzivă de către instanță este imprescriptibilă. În consecință, toate sumele achitate în baza clauzelor anulate trebuie restituite integral, indiferent de intervalul de timp scurs de la data încheierii contractului de credit și până la data introducerii cererii de chemare în judecată.

Această opinie pare a fi împărtășită și de către Înalta Curte de Casație și Justiție (e.g. decizia nr. 992/13.03.2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție în dosar nr. 19419/118/2010, având ca obiect constatare nulitate absolută a clauzelor privind comisionul de risc).

b) Potrivit unei alte opinii, caracterul abuziv al clauzei este sancționat cu nulitatea absolută, dar caracterul imprescriptibil al acțiunii în constatarea nulității absolute nu se extinde și asupra cererii de repunere în situația anterioară și de restituire a sumelor achitate în baza clauzelor abuzive, chiar dacă o astfel de cerere este formulată cu caracter accesoriu în litigiul având ca obiect principal constatarea nulității absolute. În sprijinul acestei opinii se invocă faptul că dreptul consumatorului nu cuprinde dispoziții speciale care să reglementeze caracterul imprescriptibil al cererii de repunere în situația anterioară.

Or, potrivit dreptului comun, deși indisolubil legate, acțiunea în nulitate (absolută sau relativă, prescriptibilă sau imprescriptibilă) nu se confundă cu acțiunea în restituirea prestațiilor efectuate în baza unui act desființat. Iar acțiunea în restituire, având un obiect patrimonial este întotdeauna prescriptibilă¹. Soluția este analizată sub imperiul Decretului lege nr. 167/1958 dar este neschimbată și în condițiile noului Cod civil care, în art. 2.501, se referă tot la acțiunile patrimoniale ca domeniu de aplicare al prescripției extinctive.

O singură excepție este admisă în cazul bunurilor individual determinate, deoarece în cazul acestora repunerea în situația anterioară echivalează cu valorificarea unui drept real. Dimpotrivă, în cazul bunurilor de gen, fungibile, așa cum sunt sumele de bani achitate periodic în baza contractului de credit cu clauze abuzive, repunerea în situația anterioară are un caracter esențialmente prescriptibil, indiferent de caracterul absolut sau relativ al nulității care generează o astfel de repunere în situația anterioară. În consecință, reclamantul ar putea să ceară restituirea sumelor achitate în cei trei ani anteriori momentului introducerii cererii de chemare în judecată.

Opinie formatori INM:

Această problemă s-a aflat pe ordinea de zi a întâlnirii pe practică neunitară de la Craiova din 27-28 aprilie 2015, în care s-a consemnat că:

➤ **Participanții la întâlnire au apreciat** că *pretențiile reprezentând restituirea sumelor achitate de consumatori în executarea obligațiilor contractuale derivate din clauzele abuzive sunt **imprescriptibile**, în considerarea faptului că sancțiunea aplicabilă stipulării de către profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii este nulitatea absolută, practica constantă a Î.C.C.J. fiind în același sens.*

Față de această concluzie, considerăm că se impune, totuși, o precizare care nuanțează soluția consemnată:

➤ **În realitate, problema care se discută nu este cea a caracterului prescriptibil sau imprescriptibil al acțiunilor în pretenții** reprezentând **restituirea** sumelor achitate de consumatori în executarea obligațiilor contractuale derivate din clauzele abuzive, ci cea a momentului de la care începe să curgă acest termen. Astfel, **acțiunile având ca obiect anulare** clauze abuzive sunt **imprescriptibile**, în considerarea faptului că sancțiunea aplicabilă stipulării de către profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii este **nulitatea absolută** (în acest sens: ÎCCJ decizia nr. 1393 din 2 aprilie 2013 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare nulitate absolută a clauzelor privind comisionul de risc; decizia nr. 992 din 13 martie 2014 pronunțată în recurs de

¹ **Marian Nicolae**, *Tratat de prescripție extinctivă*, Editura Universul Juridic, 2010, p. 433, 434 și toată doctrina și jurisprudența acolo citate.

Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă; decizia nr. 3234 din 23 octombrie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă dobândă contractuală). **Acțiunile în pretenții** reprezentând **restituirea** sumelor achitate de consumatori în executarea obligațiilor contractuale derivate din clauzele abuzive, deși prescriptibile în termenul general de prescripție, sunt considerate în jurisprudență ca fiind **imprescriptibile** prin prisma faptului că termenul de prescripție începe să curgă numai de la momentul pronunțării hotărârii de anulare a acestor clauze. Considerăm că această abordare este cea corectă, în temeiul principiului **contra non valentem agere non currit praescriptio**. Or, în realitate, în toate litigiile se solicită atât anularea clauzelor, cât și restituirea sumelor, astfel încât problema nu este una de practică neunitară, ci doar de rigurozitate a noțiunilor folosite, consecințele practice fiind aceleași.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

În cadrul discuțiilor a fost exprimată opinia conform căreia trebuie operată o distincție în funcție de caracterul prestațiilor – succesive sau *uno actu*, în ipoteza prestațiilor succesive, restituirea urmând să se dispună doar pe ultimii 3 ani anteriori iesirii debitorului din pasivitate prin introducerea cererii de chemare în judecată având ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzei și repunerea în situația anterioară. Actul normativ care da drept la acțiune în acest sens este în vigoare din anul 2000, iar pasivitatea de la momentul introducerii acțiunii și până la momentul demersului judiciar cu acest obiect este imputabilă consumatorului. Mai mult, prescripția limitează efectele principiului „*quod nullum est nullum producit effectum*”, care nu este un principiu cu valoare absolută și cunoaște limitări prin incidenta prescripției mai ales atunci când este vorba despre prestații succesive având ca obiect bunuri fungibile și consumptibile cum sunt sumele de bani.

Referitor la acest punct de vedere, s-a apreciat însă că o astfel de soluție ar fi contrară principiilor echității, *quod nullum est nullum producit effectum* și principiilor jurisprudențiale europene, în special cele statuate în cauza Cofidis.

Pentru ipoteza contractelor încheiate sub regimul noului Cod civil, urmează a se face aplicarea regimului acțiunii în restituirea prestațiilor, astfel cum este reglementat de art. 2.525 C.civ., care prevede în mod expres ca moment de la care curge prescripția dreptului la acțiunea în restituirea prestațiilor, data rămânerii definitive a hotărârii prin care s-a desființat actul.

În absența oricărei distincții operate sub acest aspect în jurisprudența europeană relevantă în materie existentă la acest moment, soluția restituirii prestațiilor pentru întreaga perioadă în care clauza abuzivă anulată a produs efecte se impune și cu privire la contractele ale căror efecte sunt epuizate integral la momentul promovării acțiunii. S-a apreciat însă oportună formularea unei întrebări prealabile adresate CJUE cu privire la interpretarea dispozițiilor Directivei în ipoteza acestui tip de contracte.

O problemă similară se pune și în ipoteza contractelor în derulare, în care clauza abuzivă a fost înlocuită prin acordul părților și în care se solicită repunerea în situația anterioară prin restituirea prestațiilor pentru intervalul în care clauza abuzivă inițială, înlocuită ulterior, a produs efecte. O atare acțiune este însă condiționată de constatarea prealabilă a caracterului abuziv al clauzei primare.

Concluzii:

În unanimitate, participanții au opinat în sensul opiniei exprimate de formatorii INM, potrivit căreia acțiunea în constatarea nulității absolute a clauzelor abuzive este una imprescriptibilă.

În ceea ce privește acțiunea în restituirea prestațiilor, se impune următoarea distincție:

– introducerea acțiunii în restituire se prescrie în 3 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii de anulare a clauzelor abuzive;

– cu toate acestea, restituirea sumelor încasate ilegal în temeiul clauzelor anulate ca fiind abuzive se face pentru întreaga perioadă în care cauza a produs efecte, în temeiul principiilor echității, *quod nullum est nullum producit effectum* și al principiilor jurisprudențiale europene, în special cele statuate în cauza Cofidis.

2. Titlul problemei de drept:

Acțiune având ca obiect constatarea caracterului abuziv al unor clauze din contractele de credit bancare. Competența teritorială în cazul în care, în contractele respective, s-a stabilit instanța competentă teritorial

Materia: Drept civil
Subcategoria: Alte tipuri de cauze
Obiect ECRIS: conflict de competență
Acte normative incidente: art. 126 alin. (2) C. proc.civ.
Cuvânt cheie: clauze abuzive; nulitate; competență teritorială

Reclamanții au calitatea de consumatori în sensul prevederilor Legii nr. 193/2000 și au solicitat, în contradictoriu cu părțile, având calitatea de bănci comerciale, să se constate caracterul abuziv al unor clauze contractuale cuprinse în contractele de credit bancar.

Referitor la competența teritorială, în contractele de credit s-a stabilit o clauză atributivă de competență, în sensul că orice litigiu în legătură cu respectivul contract, care nu s-a putut soluționa amiabil, va fi soluționat de instanțele judecătorești din București.

Opinia formatorilor INM:

Instanța este ținută să aprecieze din oficiu caracterul abuziv al clauzelor atributive de competență. O clauză atributivă de competență, care este inserată fără a fi făcut obiectul unei negocieri individuale într-un contract încheiat între un consumator și un profesionist și care conferă competență exclusivă instanței de la sediul profesionistului, trebuie să fie considerată ca fiind abuzivă, în sensul art.3 al Directivei, în măsura în care crează, cu încălcarea bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ, în detrimentul consumatorului, între drepturile și obligațiile părților contractante, clauza urmând a fi analizată în funcție de împrejurările proprii ale cauzei. Instanța este obligată să analizeze în concret, raportat la împrejurările concrete ale cauzei, dacă obligația de a se supune competenței exclusive a unei instanțe ar face mai dificilă sau chiar imposibilă prezentarea consumatorului în fața instanței și l-ar putea determina, prin cheltuielile suplimentare ce le necesită, sau din alte motive, să renunțe la acțiunea în justiție sau la apărare, având ca efect obstrucționarea dreptului acestuia de a formula acțiunea în justiție.

În acest sens, în cauza C-240/98-C-244/98, Océano Grupo, CJUE a hotărât că "o clauză atributivă de competență, care este inserată fără a fi făcut obiectul unei negocieri individuale într-un contract încheiat între un consumator și un profesionist și care conferă competență exclusivă instanței de la sediul profesionistului, trebuie să fie considerată ca fiind abuzivă, în sensul art.3 al Directivei, în măsura în care aceasta crează, cu încălcarea bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ în detrimentul consumatorului între drepturile și obligațiile părților contractante."

De asemenea, în cauza C-243/08, Pannon GSM, Curtea a arătat că: "o clauză contractuală abuzivă nu creează obligații pentru consumator și nu este necesar în acest sens ca respectivul consumator să fi contestat în prealabil cu succes o astfel de clauză; instanța națională are obligația de a examina din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale de îndată ce dispune de elementele de drept și de fapt necesare în acest sens. Atunci când consideră că o astfel de clauză este abuzivă, instanța nu o aplică, exceptând cazul în care consumatorul se opune. Această obligație revine instanței naționale inclusiv atunci când verifică propria competență teritorială."

În același sens este și cauza C-168/05, [Mostaza Claro](#).

În situația în care sunt aplicabile dispozițiile Noului Cod de procedură civilă, dispozițiile art. 126 alin. (2) din noul Cod de procedură civilă sunt imperative, în sensul că **în litigiile din materia protecției drepturilor consumatorilor, părțile pot conveni alegerea instanței competente, în condițiile prevăzute la alin. (1), numai după nașterea dreptului la despăgubire, orice convenție contrară fiind considerată ca nescrisă.**

Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat în acest sens și în aplicarea Codului civil anterior, prin decizia nr. 2938 din 27 septembrie 2013, făcând aplicarea directă a jurisprudenței CJUE, în soluționarea unui conflict de competență într-o cauză având ca obiect acțiune în constatare caracter abuziv clauze dintr-un contract de credit, ivit între instanța de la domiciliul reclamantului, situat în Oradea, și instanța de la sediul părții, situat în București: "în raport de cele anterior expuse și având în vedere că **instanțele din București sunt situate la distanță mare față de localitatea de domiciliu a reclamanților**, de natură să creeze o prezumție în sensul că deplasarea și cheltuielile implicate în sarcina consumatorilor pentru a compărea în fața instanței s-ar putea dovedi disuasive și i-ar putea determina pe aceștia să renunțe la orice acțiune în justiție sau la orice apărare, în baza dispozițiilor art. 22 alin. (5) C. proc. civ. raportat la art. 7 alin. (2) din același cod,

precum și a locului situării sediului sucursalei care reprezintă pârâta în litigiu, a stabilit competența de soluționare a litigiului având ca obiect constatarea caracterului abuziv al unor clauze din contractul de credit în favoarea Judecătoriei Oradea.”

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Problema pusă în discuție vizează doar ipoteza în care consumatorul are calitatea de reclamant, pentru ipoteza în care acesta are calitatea de pârât fiind aplicabile dispozițiile art. 121 C. proc. civ., care statuează competența teritorială exclusivă. Singurul text referitor la competență care poate pune probleme de compatibilitate cu jurisprudența CJUE este cel de la art. 130 alin. (2) C. proc. civ., sub aspectul momentului până la care poate fi invocată necompetența materială și teritorială de ordine publică.

Concluzii:

Participanții și-au însușit, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

S-a luat, de asemenea, în discuție, problema competenței materiale, în sensul stabilirii valorii la care se raportează această competență, respectiv valoarea contractului sau suma a cărei restituire se cere ca urmare a constatării nulității clauzei abuzive?

Referitor la acest aspect, s-a precizat că în practică au existat și soluții (în special în hotărârile de declinare a competenței de la judecătorie la tribunal) în care s-a apreciat că suntem în prezența unor acțiuni neevaluabile în bani, raportat la capătul principal de cerere.

Participanții au opinat, în unanimitate, că suntem în prezența unei acțiuni evaluabile în bani și se impune a raporta valoarea prag pentru competența materială la obiectul pretenției concrete, respectiv la suma a cărei restituire se cere ca urmare a constatării nulității clauzei abuzive. Această sumă poate fi mai greu de cuantificat în unele ipoteze (spre exemplu, nulitatea clauzei cu privire la scadența anticipată etc.), dar este aproape întotdeauna posibilă, astfel încât nu ar trebui să ne raportăm la valoarea întregului contract. Inclusiv în cazul litigiilor privind sume în franci elvețieni, competența trebuie stabilită în raport de diferența rezultată ca efect al ”înghețării cursului”.

3. Titlul problemei de drept:

Admisibilitatea cererilor de stabilire pe cale judiciară a ratei dobânzii și/sau a conversiei creditului din CHF/EUR în RON. Criterii de stabilire a ratei dobânzii

Materia: Drept civil

Subcategoria: Pretenții

Obiect ECRIS: acțiune în constatare/acțiune în anulare

Acte normative incidente: art. 4 alin. (2), art. 6 alin. (1) din Directiva 93/13 CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993; art. 1.255 alin. (2) C. civ.

Cuvânt cheie: clauze abuzive, impreviziune

Opinii exprimate:

Într-o opinie, se declară admisibile cererile de stabilire pe cale judiciară a ratei dobânzii, pornind de la jurisprudența CJUE C-26/13 (Kasler), cu următorul raționament: declararea ca nulă a clauzei privind dobânda (mecanismul de ajustare a dobânzii) duce la lipsirea de efecte a întregii clauze, transformând împrumutul într-unul fără dobândă, contrar intenției inițiale a părților. În condițiile în care împrumutul a fost acordat și se restituie într-o altă monedă decât cea națională, nu se poate aplica dobânda legală. Revine instanței să stabilească rata dobânzii, iar soluția propusă este următoarea: se ia rata dobânzii de la momentul încheierii contractului și se descompune în LIBOR CHF la 3 luni / EURIBOR EUR la 3 luni (cel mai utilizat indice independent de voința băncii pentru CHF, respectiv EUR) de la momentul încheierii contractului, plus marja fixă a băncii (e.g., dacă la momentul încheierii contractului de credit rata aplicabilă era de 3,99%, iar LIBOR CHF 3M era 2%, rata dobânzii stabilită pe cale judiciară va fi LIBOR CHF 3M + 1,99%).

Într-o altă opinie, care are ca punct de plecare jurisprudența CJUE din cauza C-618/10 (Banco Espanol de Credito), instanțelor nu le este recunoscută prerogativa de a înlocui o clauză abuzivă cu o altă clauză,

competența instanțelor fiind limitată la declararea nulității clauzei abuzive, revenind părților obligația de a negocia dobânda.

Opinie formatori INM:

➤ Această problemă s-a aflat pe ordinea de zi a întâlnirii de practică neunitară de la Craiova din 27-28 aprilie 2015. Având în vedere soluțiile încă neunitare prezentate, reiterăm argumentele prezentate în materialul pregătit pentru această întâlnire.

Potrivit jurisprudenței CJUE în cauza C-618/10 (Banco Espanol de Credito), articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că **se opune unei reglementări a unui stat membru care permite instanței naționale, atunci când constată nulitatea unei clauze abuzive cuprinse într-un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor și un consumator, să completeze respectivul contract, modificând conținutul acestei clauze.**

Nici cauza Unicaja Banco, C-482/13, C-484/13, C-485/13 și C-487/13 nu poate conduce la o altă interpretare. În această cauză, concluzia Curții este aceea că:

”Articolul 6 alineatul (1) Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că **nu se opune unei dispoziții naționale în temeiul căreia instanța națională** sesizată cu o procedură de executare ipotecară **are obligația să dispună recalcularea sumelor** datorate în temeiul unei clauze a unui contract de credit ipotecar care prevede dobânzi moratorii a căror rată depășește cu mai mult de trei ori dobânda legală, astfel încât cuantumul dobânzilor menționate să nu depășească acest prag, cu condiția ca aplicarea dispoziției naționale:

– să nu prejudice aprecierea de către instanța națională menționată a caracterului abuziv al unei astfel de clauze și

– să nu împiedice această instanță să înlăture clauza menționată dacă ar trebui să constate caracterul „abuziv” al acesteia, în sensul articolului 3 alineatul (1) din directiva menționată.”

Prin urmare, ipoteza în care judecătorul spaniol a dispus recalcularea dobânzii este aceea în care **dispoziția sa de drept național îl obliga să facă o astfel de recalculare, dându-i, în acest scop, și criteriile.**

Astfel, potrivit articolului 83 din Decretul regal legislativ 1/2007 din Spania:

„1. Clauzele abuzive sunt nule de plin drept și sunt considerate nescrise.

2. Partea contractului afectată de nulitate este corectată în conformitate cu prevederile articolului 1258 din Codul civil și cu principiul bunei-credințe obiective.

În acest scop, instanța care declară nulitatea respectivelor clauze completează contractul și dispune de competențe de moderare cu privire la drepturile și la obligațiile părților, în cazul în care contractul este menținut, și cu privire la consecințele lipirii acestuia de efecte, în cazul unui prejudiciu considerabil pentru consumator și utilizator. Numai în cazul în care clauzele care sunt menținute conduc la o situație inechitabilă în ceea ce privește poziția părților, care nu poate fi remediată, instanța poate declara că contractul este lipsit de validitate.”

Legea 1/2013, intervenită după cauza Aziz adaugă următoarea dispoziție tranzitorie: „Limitarea dobânzilor de întârziere în cazul ipotecilor constituite asupra unei locuințe principale, prevăzută la articolul 3 punctul 2, se aplică ipotecilor constituite după intrarea în vigoare a acestei legi.

De asemenea, limitarea menționată este aplicabilă dobânzilor de întârziere prevăzute de creditele cu garanție ipotecară asupra unei locuințe principale constituită înainte de intrarea în vigoare a legii, care sunt datorate ulterior acestei date, precum și celor care erau datorate la data menționată, însă nu au fost plătite.

În procedurile de executare sau de vânzare extrajudiciară inițiate, însă nefinalizate la data intrării în vigoare a acestei legi, precum și în cele în care a fost deja stabilită suma pentru care se solicită încuviințarea executării sau vânzarea extrajudiciară, grefierul sau notarul acordă părții care solicită executarea un termen de 10 zile pentru a recalcula suma respectivă în conformitate cu dispozițiile punctului anterior.”

Prin urmare, soluția din cauza Unicaja nu poate fi preluată în contextul legislativ românesc, care nu prevede obligația instanței de a completa contractul și nici competențele de moderare la care se referă legea spaniolă, ci, în art. 1.255 alin. (2) C. civ. care prevede că: „În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”.

Argumente:

Principial, din această cauză trebuie reținute efectele constatării caracterului abuziv al clauzei, în interpretarea articolului 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 (clauza „nu creează obligații pentru consumator”), respectiv: instanțele naționale au numai obligația de a exclude aplicarea unei clauze contractuale abuzive pentru ca aceasta să nu producă efecte obligatorii în ceea ce privește consumatorul, fără a avea posibilitatea să modifice conținutul acesteia; contractul trebuie să continue să existe, în principiu, fără nicio altă modificare decât cea rezultată din eliminarea clauzelor abuzive, în măsura în care, în conformitate cu normele dreptului intern, o astfel de menținere a contractului este posibilă din punct de vedere juridic (pct. 65). Argumentele folosite de Curte sunt cele de text, respectiv: art. 6 (1) din Directiva 93/13 și considerentul (21) din preambul: contractul continuă să angajeze părțile „prin aceste clauze”, în cazul în care poate continua să existe „fără clauzele abuzive” (pct. 64), precum și cele rezultând din economia și obiectivele directivei (pct. 67-71): dacă instanța națională ar avea posibilitatea să modifice conținutul clauzelor abuzive, profesioniștii ar fi tentați în continuare să utilizeze clauzele menționate, știind că, chiar dacă acestea ar fi invalidate, contractul va putea fi totuși completat de instanța națională în măsura în care este necesar, ceea ce ar aduce atingere scopului urmărit de directivă (pct. 67).

În speță, instanța spaniolă a căutat în dreptul intern un reper și a stabilit respectiva rată la 19 %, făcând referire la rata dobânzii legale și la rata dobânzii moratorii care figura în legile bugetare naționale din perioada 1990-2008. Potrivit Curții, ar fi fost conform directivei numai dacă la această referință făcea trimitere dreptul intern contractual comun.

În concluzie, soluția dispusă de unele instanțe de a modifica o clauză considerată abuzivă sau de a invita părțile să renegocieze contractul nu este conformă directivei, pentru aceleași motive de la pct. 67 din hotărâre.

Această jurisprudență rămâne perfect valabilă și după pronunțarea CJUE în cauza C-26/13 (Kasler). Această cauză se înscrie în contextul ofertei de contracte de credit de consum încheiate în monede străine. Recurgerea la acest tip de contracte, care constituie o practică relativ curentă în anumite state membre ale Uniunii Europene și care, *prima facie*, poate fi considerată atractivă de împrumutați datorită ratei dobânzii, inferioară celei aplicate în general, s-a dovedit problematică, în urma crizei financiare internaționale de la sfârșitul anilor 2000, pentru numeroși particulari, din cauza deprecierei puternice a anumitor monede în raport cu moneda străină vizată (în special francul elvețian). Acești particulari au fost obligați să ramburseze sume lunare, exprimate în moneda națională, considerabil mai mari decât cele pe care ar fi trebuit să le achite dacă ar fi fost calculate pe baza ratei de schimb istorice, aplicabilă la momentul deblocării împrumutului. Inconveniente observate au fost atât de mari încât, prin ricoșeu, sectorul bancar al anumitor state membre a fost considerabil afectat de acestea (concl. AG Wahl, pct. 1).

Această cauză este importantă pentru următoarele aspecte:

a) Oferă o interpretare a art. 4(2) din Directivă în ceea ce privește noțiunea: „obiectul principal al contractului” și caracterul adecvat între prestații, interpretare relevantă pentru că România, spre deosebire de Spania (a se vedea Caja de Ahorros), a transpus acest text:

– „termenii «obiectul principal al contractului» nu acoperă o clauză, cuprinsă într-un contract de împrumut încheiat în monedă străină între un vânzător sau un furnizor și un consumator și care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale, precum cea în discuție în litigiul principal, în temeiul căreia pentru calcularea ratelor împrumutului se aplică cursul de schimb la vânzare al acestei valute, decât în cazul în care se constată – ceea ce revine în sarcina instanței de trimitere să verifice având în vedere natura, economia generală și prevederile contractului, precum și contextul său juridic și factual – că respectiva clauză stabilește o prestație esențială a acestui contract care, ca atare, îl caracterizează”;

– „o astfel de clauză, în măsura în care cuprinde o obligație pecuniară a consumatorului de a plăti, în cadrul ratelor împrumutului, sumele care rezultă din diferența dintre cursul de schimb la vânzare și cursul de schimb la cumpărare ale monedei străine, nu poate fi considerată ca cuprinzând o „remunerație” al cărei caracter adecvat în calitate de contrapartidă a unei prestații efectuate de împrumutător să nu poată face obiectul unei aprecieri pentru a se stabili dacă este abuzivă în temeiul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13.”

Sub acest aspect, sintetizând, din cauza citată este important de reținut că:

- Acestea sunt noțiuni autonome de dreptul UE (pct. 37-38)

- premisa interpretării care urmează este aceea că imperativul protecției consumatorului este impus de situația de inferioritate a consumatorului, din două puncte de vedere: putere de negociere; nivel de informare (pct. 39) (stabilit anterior în jurisprudența CJUE prin interpretare teleologică a obiectivului urmărit de directivă)

- interpretarea art. 4(2): prevede o excepție și este, deci, de strictă interpretare.

- ce vizează: stabilirea modalităților și a sferei controlului de fond al clauzelor contractuale ce nu au făcut obiectul unei negocieri individuale, care descriu prestațiile esențiale ale contractelor încheiate între vânzător sau furnizor și un consumator (pct. 46, confirmând Caja de Ahorros, pct. 34)

- „obiectul principal al contractului” = clauzele care stabilesc prestațiile esențiale ale contractului și care, ca atare, îl caracterizează (pct. 49), prin contrast cu clauzele care au caracter accesoriu (pct. 50). „În opinia noastră, pentru a determina ceea ce constituie obiectul principal al unui contract, revine instanței sarcina de a decide, în fiecare caz, prestația sau prestațiile esențiale care trebuie considerate în mod obiectiv esențiale în economia generală a contractului. Această apreciere, care nu poate fi concepută în mod abstract, nu se poate limita la o examinare a parametrilor care definesc un anumit contract în raport cu dreptul național, ci trebuie să țină cont de specificitățile care rezultă chiar din conținutul contractului. Obiectul principal al unui contract presupune în general mai multe aspecte indisociabile, un astfel de contract nu poate fi definit suficient prin referire la o parte din serviciul sau din bunul vizat.” (concluzii AG Wahl, pct. 49-50)

Prin urmare, CJUE evită să răspundă concret, arătând că revine instanței naționale să aprecieze, având în vedere natura, economia generală și prevederile contractului (în schimb, AG Wahl pct. 56-66 apreciază că „nu se poate exclude că, în ceea ce privește un contract de împrumut precum cel vizat în cauza principală, clauza care determină cursul de schimb aplicabil, întrucât constituie unul dintre pilonii unui contract exprimat în monedă străină, se înscrie în obiectul principal al contractului.”)

- „caracterul adecvat ...” = raportul calitate/preț al bunurilor/serviciilor furnizate, conform lămuririlor din preambul, consid. 19 (pct. 52)

Sub acest aspect, CJUE răspunde concret, prin trimitere la precedent: excluderea controlului în privința raportului calitate/preț nu se aplică în cazul unei clauze referitoare la un mecanism de modificare a costului serviciilor care trebuie furnizate consumatorului (Hotărârea Invitel, EU:C:2012:242, punctul 23). Clauza în speță „se limitează să stabilească, în vederea calculării ratelor, cursul de schimb al monedei străine în care este încheiat contractul de împrumut, fără însă ca vreun serviciu de schimb să fie furnizat de împrumutător cu ocazia calculului menționat, și care nu cuprind, în consecință, nicio „remunerație”. (pct. 54-58). Deci plata de către consumator a diferenței dintre cursurile de schimb, fără vreo intervenție a băncii, nu este remunerație. Nu poate fi analizată sub aspectul raport calitate/preț, deci intră în controlul judecătoresc. (AG Wahl, pct. 70-71: acesta este un contract de împrumut încheiat în monedă străină, care prevede că, în momentul deblocării împrumutului, se aplică cursul la cumpărare al valutei, în timp ce, la momentul rambursării împrumutului menționat, se aplică cursul la vânzare. În cazul în care, astfel cum pare a fi situația în cauza principală, banca nu pune la dispoziția clientului un serviciu special, iar referirea la moneda străină nu constituie decât un etalon de valoare, atunci se va putea considera că această diferență dintre prețul de cumpărare și prețul de vânzare ale monedei străine nu este o contraprestație adecvată și că poate fi examinat caracterul abuziv al clauzei contractuale corespunzătoare. În schimb, dacă se dovedește că există un raport direct între, pe de o parte, diferența care există între cursul la cumpărare și la vânzare și, pe de altă parte, calitatea prestației furnizate, ceea ce pare că trebuie exclus având în vedere caracterul fluctuant al acestei diferențe, prevederile referitoare la această diferență nu pot fi supuse aprecierii caracterului lor abuziv.)

b) Oferă o interpretare a art. 4(2) Directivă în ceea ce privește noțiunile de „în mod clar și inteligibil” , aspect relevant pentru că România a transpus acest text:

– „Articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că, în ceea ce privește o clauză contractuală precum cea în discuție în litigiul principal, cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie redactată în mod clar și inteligibil trebuie înțeleasă ca impunând nu numai ca respectiva clauză să fie inteligibilă pentru consumator din punct de vedere gramatical, ci și ca contractul să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului de schimb al monedei străine la care se referă clauza respectivă, precum și relația dintre acest mecanism și cel prevăzut prin alte clauze referitoare la deblocarea împrumutului, astfel încât acest consumator să poată să evalueze, pe baza unor criterii clare și inteligibile, consecințele economice care rezultă din aceasta în ceea ce îl privește.”

Sub acest aspect, din cauza citată se desprind următoarele idei:

– dacă se ia decizia transpunerii art. 4(2), transpunerea trebuie să fie completă - cerința de claritate și lizibilitate (transparența) din art. 4(2) are cel mai larg sens, similar celui din art. 5 al Directivei;

– cerința privind transparența clauzelor contractuale prevăzută de Directiva 93/13 nu poate fi redusă numai la caracterul inteligibil al acestora pe plan formal și gramatical, ci trebuie înțeleasă în mod extensiv (pt. 71). Explicația este aceea că, pentru un consumator, informarea, înaintea încheierii unui contract, cu privire la condițiile contractuale și la consecințele respectivei încheieri este de o importanță fundamentală. Acesta din urmă decide, în special pe baza respectivei informări, dacă dorește să se oblige contractual față de un vânzător sau de un furnizor prin aderarea la condițiile redactate în prealabil de acesta (CJUE trimite la propriul precedent în hot. RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punctul 44).

CJUE nu răspunde concret, ci doar arată că revine instanței de trimitere sarcina de a stabili dacă, având în vedere ansamblul elementelor de fapt pertinente, printre care se numără publicitatea și informațiile furnizate de împrumutător în cadrul negocierii unui contract de împrumut, un consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat, putea nu numai să cunoască existența diferenței, în general prezentă pe piața valorilor mobiliare, dintre cursul de schimb la vânzare și cursul de schimb la cumpărare ale unei monede străine, ci și să evalueze consecințele economice, potențial semnificative, pentru acesta ale aplicării cursului de schimb la vânzare pentru calcularea ratelor la care va fi în definitiv obligat și, prin urmare, costul total al împrumutului său (pct. 73-74). Avocatul General Wahl face chiar o analiză, la pct. 85-86, precizând expres „fără a vrea să ne antepunem în privința examinării pe care instanța națională va avea sarcina să o efectueze”.

c) Mai mult, Curtea reține că articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în litigiul principal, în care un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor și un consumator nu poate continua să existe după eliminarea unei clauze abuzive, această dispoziție nu se opune unei norme de drept național care permite instanței naționale să remedieze nulitatea clauzei respective prin înlocuirea acesteia cu o dispoziție de drept național cu caracter supletiv.

O astfel de dispoziție este cuprinsă în art.1.255 alin. (2) C. civ. care prevede că: „În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile.” Prin urmare, judecătorul nu ar putea înlocui clauza cu privire la dobândă, pentru că el nu poate opera o adaptare a contractului, aceasta fiind specifică doar acțiunilor întemeiate pe impreviziune (art.1271 C. civ.). Or, **ipoteza în cazul impreviziunii este a unei clauze contractuale valabile, dar care, prin schimbarea împrejurărilor de la momentul încheierii contractului, a devenit excesiv de oneroasă pentru una dintre părți.**

Nu poate fi acceptată o soluție care mixează cele două instituții: **nulitatea** clauze abuzive [cu consecința prevăzută la art.1255 alin.(2), respectiv înlocuirea cu norma legală supletivă preexistentă] și **adaptarea** contractului, potrivit teoriei impreviziunii, care pleacă de la ipoteza unui contract (unor clauze contractuale) valabile.

Cu toate acestea, Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat și hotărâri prin care a confirmat hotărârea instanței de fond care a anulat clauza abuzivă și a constatat că dobânda este formată din indicele EURIBOR + 1,2 p.p. pentru două contracte de credit și din indicele EURIBOR + 1,5 p.p. pentru alte două contracte de credit (decizia nr. 990 din 13 martie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă).

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Participantii au arătat că există o practică foarte bogată în sensul respingerii acestor acțiuni. Au fost identificate un număr de șase hotărâri de admitere, dar a căror motivare nu este cunoscută încă.

Totodată, s-a opinat că teoria impreviziunii era aplicabilă și potrivit vechiului Cod civil și că se poate discuta despre restabilirea echilibrului contractual potrivit principiului *rebus sic stantibus* (principiu aplicat în special în materia contractului de transport din dreptul maritim).

În ceea ce privește cauza Kasler, opiniile exprimate au vizat următoarele aspecte:

- în această cauză se face referire la ”caracterul imprevizibil” în contextul francului elvețian;
- referirea din cauza Kasler este făcută în contextul explicării înțelesului noțiunii de ”caracter clar și inteligibil” și are în vedere predictibilitatea clauzei, în sensul de reprezentare exactă a consecințelor

mecanismului contractual, iar nu ideea de imprevizibilitate, în sensul de eveniment imprevizibil, independent de voința părților (eveniment de hardship).

Referitor la problema în discuție, în măsura în care vor fi identificate hotărâri definitive suficiente în sensul ambelor soluții, s-a apreciat oportună promovarea unui recurs în interesul legii.

Concluzii:

Participanții au îmbrățișat, în unanimitate, opinia formatorilor INM, potrivit căreia nu poate fi acceptată o soluție care mixează cele două instituții: **nulitatea** clauzelor abuzive [cu consecința prevăzută la art. 1.255 alin. (2), respectiv înlocuirea cu norma legală supletivă preexistentă] și **adaptarea** contractului, potrivit teoriei impreviziunii, care pleacă de la ipoteza unui contract (unor clauze contractuale) valabil.

În ceea ce privește aplicarea teoriei impreviziunii, se poate reține o practică majoritară a soluțiilor de respingere și caracterul izolat al soluțiilor de admitere.

Cu toate acestea, participanții au agreeat asupra necesității reluării demersurilor de colectare a jurisprudenței în vederea promovării unui recurs în interesul legii cu privire la următoarele două aspecte:

- Aplicarea teoriei impreviziunii pentru contractele încheiate anterior intrării în vigoare a noului Cod civil;
- Caracterul de eveniment imprevizibil al evoluției francului elvețian în perioada 2007-2015.

Suplimentar tematicii înscrise în punctajul de discuții, cu ocazia dezbaterilor privitoare la clauzele abuzive, participanții au fost informați cu privire la decizia Curții Constituționale prin care au fost declarate neconstituționale dispozițiile art. 15 din Legea nr. 72/2013 privind clauzele abuzive în raporturile dintre comercianți.

INSOLVENȚĂ

1. Probleme în interpretarea Legii nr. 85/2006

1. Titlul problemei de drept:

Clauzele penale în contractele de leasing – aria analizei practicianului în insolvență, în cadrul atribuției de verificare a creanței, respectiv aria analizei instanței de judecată în cadrul procesual al contestației formulate de creditor cu privire la neînscrierea în tabelul de creanțe a sumei reprezentând „daune interese” rezultând din clauzele penale ale unui contract de leasing (Curtea de Apel Târgu Mureș)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestație

Acte normative incidente: art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000; art. 1538 C. civ.

Cuvânt cheie: contract de leasing, clauze abuzive, contestație la tabelul de creanțe

În condițiile în care contractele de leasing sunt încheiate între profesioniști, iar nu între un profesionist și o persoană având calitatea de „consumator”, astfel cum este definită de dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, acestora nu li se aplică normele speciale cuprinse în Legea nr. 193/2000.

Prin Decizia nr. 213/5 aprilie 2014, Curtea Constituțională a respins, ca inadmisibilă, excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, dar a făcut trimitere la Decizia nr. 621/12 iunie 2012 (publicată în M.Of. nr. 487/17 iulie 2012) și la Decizia nr. 1.129/16 octombrie 2008 (publicată în M.Of. nr. 776/19 noiembrie 2008), în care a reținut că autorul excepției de neconstituționalitate critica modalitatea de redactare a prevederilor art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, susținând că definiția noțiunii de "consumator" ar trebui să includă și persoana juridică, atunci când aceasta este parte la încheierea

unor contracte comerciale ce pot intra sub sfera actului normativ criticat; aşadar, pretinsa neconstituţionalitate era dedusă dintr-o omisiune de reglementare, pe care însă Curtea Constituţională nu o poate complini, întrucât, potrivit art. 61 din Constituţie, "Parlamentul este (...) unica autoritate legiuitoare a ţării", modificarea sau completarea normelor juridice fiind atribuţii exclusive ale acestuia.

Potrivit dispoziţiilor art. 67 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 85/2006 [art. 106 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 85/2014], în vederea îndeplinirii atribuţiei de verificare a creanţelor prin efectuarea unei „cercetări amănunţite”, administratorul/lichidatorul judiciar are obligaţia, atunci când este necesar pentru stabilirea legitimităţii, valorii exacte şi priorităţii fiecărei creanţe, să solicite informaţii/documente suplimentare de la creditorii. În aceste condiţii, practicianul în insolvenţă poate conchide că o creanţă nu a fost dovedită numai după ce şi-a îndeplinit toate atribuţiile care îi reveneau cu ocazia întocmirii tabelului preliminar de creanţe, ca rezultat al verificărilor făcute [art. 72 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, art. 5 pct. 66, art. 110 alin. (1) din Legea nr. 85/2014].

Prin urmare, administratorul/lichidatorul judiciar este scutit de verificări „de fond” numai în situaţia în care constată că a intervenit prescripţia extinctivă, excepţie expres prevăzută art. 106 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

De asemenea, administratorul/lichidatorul judiciar are obligaţia de a stabili existenţa şi valoarea creanţei, chiar dacă aceasta nu este constatată printr-un titlu sau dacă este afectată de un termen sau de o condiţie, trebuind, aşadar, să verifice atât creanţele scadente, cât şi cele nescadente [art. 64 alin. (1)-(4) din Legea nr. 85/2006, art. 5 pct. 66, art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2014].

În privinţa contractelor de leasing reziliate anterior deschiderii procedurii insolvenţei, necesitatea verificării creanţei „în fond” rezultă şi din ipotezele de înscriere a acestuia în tabel, formulate de legiuitor prin dispoziţiile art. 105 alin. (3), (4) din Legea nr. 85/2014.

În acelaşi sens, instanţa are, în cadrul procesual determinat de formularea unei contestaţii, de către creditor (societate de leasing), cu privire la neînscrierea/înscrierea parţială a creanţei în tabel, abilitarea legală de a proceda la verificarea modului de calcul al creanţei, prin raportare la clauzele contractuale, sens în care îi poate cere contestatorului lămuriri necesare soluţionării cauzei [art. 129 alin. (4) C. proc.civ. 1865, raportat la art. 149 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 22 alin. (2) din noul Cod proc. civ., raportat la art. 342 din Legea nr. 85/2014].

Aşadar, cercetarea fondului cauzei ţine de analiza caracterului fondat/nefondat al contestaţiei, prin raportare la pretenţiile creditoarei şi la existenţa/inexistenţa dovezilor cu privire la suma solicitată.

Problema a fost relevată în contextul în care s-au constatat situaţii – însuşite de instanţă – în care practicienii în insolvenţă s-au limitat la o analiză aparentă, fără verificarea concretă a creanţei, susţinând fie că activarea clauzei penale din contractele de leasing se opune unei astfel de analize, fie că această clauză penală este abuzivă şi, prin urmare, nu i se poate da eficienţă juridică.

Opinia formatorilor INM:

Legea nr. 85/2006 nu a prevăzut reguli speciale în materia contractelor de leasing, însă specificul acestui contract a generat dificultăţi frecvente în practică în ceea ce priveşte modalitatea de înscriere a creanţei decurgând dintr-un astfel de contract în tabelul de creanţe sau soarta acestui contract în situaţia în care utilizatorul debitor intra în procedura insolvenţei.

Astfel, la momentul deschiderii procedurii insolvenţei împotriva unui debitor, contractul de leasing se poate afla în curs de executare, caz în care el poate fi menţinut sau denunţat.

În ipoteza în care contractul era deja reziliat la data deschiderii procedurii din culpa debitoarei (ca urmare a operării unui pact comisoriu de gradul IV), societatea de leasing solicita, sub imperiul Legii nr. 85/2006, înscrierea în tabel a unei creanţe în quantum egal cu valoarea ratelor neachitate la data deschiderii procedurii şi o sumă calculată potrivit unei clauze penale care estimează prejudiciul la totalitatea ratelor de leasing datorate de debitoare de la momentul rezilierii până la finalizarea contractului (clauză devenită deja standard în aceste contracte şi declarată ca abuzivă de unele instanţe, pe terenul Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive în contractele încheiate între profesionişti şi consumatori, normă care nu este însă incidentă raporturilor între profesionişti).

Această situaţie era des întâlnită în practică. Astfel, pentru dezvoltarea afacerilor sale, comerciantul încheia, printre altele, contracte de leasing, dobândind calitatea de utilizator. La un moment dat în derularea

contractului utilizatorul nu mai reușea să mai plătească ratele și, somat de către finanțator, preda bunul ce făcea obiectul acestui contract.

În această situație, contractul era reziliat în baza art. 15 din O.G. nr. 51/1997, conform căruia dacă în contract nu se prevede altfel, în cazul în care locatarul/utilizatorul nu execută obligația de plată integrală a ratei de leasing timp de două luni consecutive, calculate de la scadența prevăzută în contractul de leasing, locatorul/finanțatorul are dreptul de a rezilia contractul de leasing, iar locatarul/utilizatorul este obligat să restituie bunul și să plătească toate sumele datorate, până la data restituirii în temeiul contractului de leasing.

Ulterior, dacă se deschidea procedura insolvenței fostului utilizator, finanțatorul depunea o cerere de înscriere la masa credală (sau, în unele cazuri, era chiar el inițiatorul procedurii de declarare a insolvenței utilizatorului) prin care solicita:

- contravaloarea ratelor neachitate până la data rezilierii contractului, în baza unui pact comisoriu expres inserat în contractul de leasing;

- penalități de întârziere până la data deschiderii procedurii pentru fiecare rată scadentă și neachitată;

- daune-interese reprezentând totalitatea ratelor ulterioare momentului rezilierii (aceste daune se cereau ca urmare a unei clauze penale inserate în condițiile generale ale contractului de leasing financiar, nenegociabile și care conținea de multe ori și valoarea reziduală);

- în cazul autovehiculelor supuse înmatriculării, contravaloarea ratelor de asigurare CASCO neplătite, de la data rezilierii și până la finalizarea contractului de leasing.

În legătură cu această situație sunt de menționat prevederile art. 1538 C. civ., care definesc clauza penală ca fiind aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale. În caz de neexecutare, creditorul poate cere fie executarea silită în natură a obligației principale, fie clauza penală.

În mod normal, conform dreptului comun, creditorul nu poate solicita atât executarea în natură, cât și clauza penală. În cazul contractului de leasing însă, creditorul, prevalându-se de efectul rezilierii, reîntra în posesia bunului, proprietatea lui, dar solicita și plata ratelor pentru întreaga perioadă a contractului desființat.

El beneficia de o dublă reparație, deoarece, pe lângă penalitate, creditorul rămânea și proprietarul bunului finanțat, a cărui valoare nu era indicată în cererea de admitere a creanței, valoare pe care creditorul o putea încasa fie prin vânzarea bunului către un terț, fie prin încheierea unui nou contract de leasing.

Nereglementarea expresă a acestor situații a dus la o practică judiciară neunitară. În mod evident, această conduită a creditorilor care invocau creanțe provenite din contracte de leasing era menită să împiedice orice efort al debitorului și chiar al celorlalți creditori ai debitorului pentru redresare și revenirea în circuitul economic, ducând, aproape invariabil, la faliment și la o poziție privilegiată a acestor creditori în raport cu ceilalți creditori înscriși la masa credală.

Potrivit art. 67 din Legea nr. 85/2006 „(1) Administratorul judiciar va proceda de îndată la verificarea fiecărei cereri și a documentelor depuse și va efectua o cercetare amănunțită pentru a stabili legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe. (2) În vederea îndeplinirii atribuției prevăzute la alin. (1), administratorul judiciar va putea solicita explicații de la debitor, va putea să poarte discuții cu fiecare creditor, solicitându-i, dacă consideră necesar, informații și documente suplimentare”.

Din interpretarea sistematică a dispozițiilor art. 3 pct. 7, ale art. 73, precum și cele ale art. 67 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 rezultă că legitimitatea creanțelor solicitate spre înscriere în tabelul preliminar al creanțelor va fi apreciată de către administratorul judiciar prin raportare la înscrisurile depuse și la actele juridice invocate în susținerea cererii de admitere a creanței. Administratorul judiciar poate aprecia cu privire la legitimitatea lor, putându-le admite sau respinge, iar judecătorul sindic cenzurează această soluție prin soluționarea contestațiilor la tabel formulate de cei interesați.

Legea nr. 85/2014 a încercat să dea o rezolvare problemelor practice legate de creanțele provenite din contractele de leasing. Astfel, în Legea nr. 85/2014 sunt reglementate, la art. 105 și 123, trei situații, corespunzătoare unor momente diferite din punct de vedere temporal:

1. În cazul contractelor de leasing reziliate înainte de data deschiderii procedurii insolvenței, creanțele vor fi înregistrate:

- a) dacă proprietatea bunurilor ce fac obiectul contractului de leasing se transferă debitorului, finanțatorul va dobândi o ipotecă legală asupra acelor bunuri, având rang egal cu cel al operațiunii de leasing

inițiale, iar creanța sa va fi înregistrată potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 3 din lege (creanță care beneficiază de o cauză de preferință);

b) dacă bunurile ce fac obiectul contractului de leasing sunt recuperate de finanțator, va fi înregistrată, beneficiind de ordinea de prioritate prevăzută la art. 161 pct. 8 (creanțe chirografare), dacă nu există alte bunuri care să confere titularului calitatea de creditor care beneficiază de o cauză de preferință, doar diferența dintre valoarea întregii creanțe și valoarea de piață a bunurilor ce fac obiectul contractului de leasing, stabilită de un evaluator independent;

c) dacă unul sau mai multe din bunurile recuperate au fost valorificate de către societatea de leasing până la data întocmirii tabelului preliminar al creanțelor, pentru acestea se va deduce din totalul creanței de înregistrat prețul obținut din vânzare.

2. În cazul contractului de leasing financiar în derulare la data deschiderii procedurii și menținut, creanțele curente nu vor fi înscrise în tabelul de creanțe, fiind plătite la scadență. Pentru ratele anterioare înscrise în tabel, acestea vor urma regimul juridic al creanțelor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 3.

Dacă toate creanțele curente au fost plătite și toate celelalte obligații născute după deschiderea procedurii au fost achitate va opera transferul dreptului de proprietate către debitor asupra bunului ce face obiectul contractului de leasing financiar, caz în care, pentru ratele anterioare înscrise în tabel finanțatorul va dobândi concomitent o ipotecă legală asupra bunului respectiv, având rang egal cu cel al operațiunii de leasing inițiale.

3. În cazul rezilierii contractelor de leasing financiar de către finanțator în cursul derulării procedurii insolvenței, acesta va putea opta pentru una dintre următoarele variante:

a) transferul proprietății asupra bunurilor ce fac obiectul contractului de leasing către debitor, caz în care finanțatorul dobândește o ipotecă legală asupra acelor bunuri, având rang egal cu cel al operațiunii de leasing, și este înregistrat la masa credală, conform ordinii de prioritate prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 3, cu contravaloarea ratelor și accesoriilor restante facturate și neplătite la data deschiderii procedurii, la care se adaugă restul sumelor datorate, în temeiul contractului de leasing, fără a se putea depăși valoarea de piață a bunurilor, stabilită de un evaluator independent;

b) recuperarea bunurilor ce fac obiectul material al contractului de leasing, iar finanțatorul va fi înregistrat la masa credală potrivit prevederilor art. 161 pct. 8, dacă nu există alte bunuri care să confere titularului calitatea de creditor care beneficiază de o cauză de preferință, cu contravaloarea ratelor și accesoriilor restante facturate și neplătite la data deschiderii procedurii, la care se adaugă restul sumelor datorate în temeiul contractului de leasing minus valoarea de piață a bunurilor recuperate, stabilită de un evaluator independent, potrivit prevederilor art. 61.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Se admite posibilitatea analizei creanței decurgând din contractul de leasing, similar analizei efectuate cu privire la fiecare creanță, utilizând instrumentele oferite de Legea nr. 85/2014, clauza penală rămând însă valabilă sub aspectul efectelor.

Au existat însă și soluții izolate în practica judiciară în care clauzele penale au fost cenzurate, reținându-se caracterul abuziv al acestora.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

2. Titlul problemei de drept:

Constituirea cadrului procesual în căile de atac, în situația atacării hotărârilor judecătorești sindic de trecere la procedura falimentului (Curtea de Apel Oradea)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: intrare/trecerea în faliment la cererea debitorului

Acte normative incidente: art. 7 alin. (2), art. 73 alin. (1), art. 75, art. 107 din Legea nr. 85/2006; art. 478 C. proc. civ.; art. 43 alin. (3), art. 342 din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: hotărâre de deschidere a procedurii

În minuta întâlnirii trimestriale de practică neunitară a Curții de Apel Alba Iulia - Secția a II-a civilă din data de 22.06.2015, s-a apreciat că citarea în căile de atac doar a comitetului creditorilor răspunde imperativului de desfășurare a procedurii insolvenței într-un cadru organizat, garantând, totodată, exercitarea și apărarea drepturilor legitime ale creditorilor.

La adoptarea acestei soluții s-au adus drept argumente numărul mare de creditori ce vin, de regulă, în concurs, pentru satisfacerea propriilor creanțe, în procedura insolvenței, precum și prevederile art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, care prevăd că vor fi citate în calitate de părți numai persoanele ale căror drepturi sau interese sunt supuse spre soluționare judecătorului sindic, în condiții de contradictorialitate.

La întâlnirea lunară a judecătorilor specializați în materia insolvenței din cadrul Secției a II-a civile de contencios administrativ și fiscal a Curții de Apel Oradea, din aprilie 2015, a fost luată în discuție problema cadrului procesual în căile de atac în dosarele de insolvență, statuându-se atunci că stabilirea părților ce urmează a fi citate se va face prin raportare la cadrul procesual stabilit în primă instanță de judecătorul sindic.

Astfel s-a statuat că, atunci când s-a format dosar asociat, se va avea în vedere cadrul procesual stabilit de judecătorul sindic în dosarul asociat, în conformitate cu art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 ori art. 42 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, sau când sentința este pronunțată în dosarul mamă, în contradictoriu cu toate părțile, vor fi citate toate părțile din dosarul de insolvență: debitor, creditori, comitet al creditorilor, atunci când e cazul, și administratorul/ lichidatorul judiciar.

S-au avut în vedere și prevederile art. 478 C. proc. civ.: ”prin apel nu se poate schimba cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe”.

Conform principiului astfel stabilit, în practica judiciară a Curții de Apel Oradea, în situația atacării hotărârilor judecătorului sindic de deschidere a procedurii falimentului, în căile de atac sunt citați toți creditorii, alături de debitor și lichidator judiciar.

Totodată, pornind de la cele expuse mai sus, există o problemă susceptibilă a genera practică neunitară în ce privește stabilirea cadrului procesual în căile de atac declarate împotriva hotărârilor judecătorului sindic asupra contestațiilor la tabelul de creanțe, când se formează dosar asociat și sunt citați, în primă instanță, numai creditorii ce formulează contestație, debitorul și administratorul judiciar, în temeiul art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 ori art. 42 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

În practica judiciară a Curții de Apel Oradea s-a stabilit că vor fi citate numai părțile în contradictoriu cu care a fost soluționat dosarul asociat, nu toți creditorii debitoarei. Problema a fost ridicată de situația în care calea de atac este declarată de un alt creditor ce își justifică interesul prin aceea că, în urma admiterii contestației la tabel a creditorului contestator, i-a fost afectată cota procentuală în cadrul categoriei de creditori din care face parte sau rangul de preferință ori acel creditor solicită a fi introdus în cauză în calitate de intimat pentru a formula apărări față de contestația formulată de creditorul contestator, invocând același interes.

Opinia formatorilor INM:

În acest caz este vorba despre două ipoteze diferite:

a) Constituirea cadrului procesual în căile de atac, în situația atacării hotărârilor judecătorului sindic de deschidere a procedurii falimentului;

b) Stabilirea cadrului procesual în căile de atac declarate împotriva hotărârilor judecătorului sindic asupra contestațiilor la tabelul de creanțe, când se formează dosar asociat.

a) În ceea ce privește problema atacării hotărârilor judecătorului sindic de deschidere a procedurii falimentului și constituirea cadrului procesual în calea de atac, această problemă urmează a fi soluționată în funcție de cazul concret de intrare în faliment, respectiv urmează a fi avute în vedere prevederile art. 107 din Legea nr. 85/2006, prin raportare la textele legale care reglementează ipotezele diferite în care urmează a se deschide procedura falimentului (art. 32, 54, 60, 94, 105 din Legea nr. 85/2006).

Prin raportare la aceste ipoteze și texte legale, vor fi incidente dispozițiile art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, conform cărora „în procedurile contencioase reglementate de prezenta lege vor fi citate în calitate de părți numai persoanele ale căror drepturi sau interese sunt supuse spre soluționare judecătorului-sindic, în condiții de contradictorialitate. În toate celelalte cazuri se aplică dispozițiile din Codul de procedură civilă

referitoare la procedura necontencioasă, în măsura în care nu contravin unor dispoziții exprese prevăzute de prezenta lege”.

De asemenea, sunt aplicabile și prevederile art. 478 C. proc. civ., potrivit cărora ”prin apel nu se poate schimba cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe”.

b) În ceea ce privește stabilirea cadrului procesual în căile de atac declarate împotriva hotărârilor judecătorești sindic asupra contestațiilor la tabelul de creanțe, când se formează dosar asociat, pot fi avute în vedere două ipoteze:

– când este vorba despre contestații la tabelul preliminar de creanțe vor fi aplicabile prevederile art. 73 din Legea nr. 85/2006;

Potrivit art. 73 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 „debitorul, creditorii și orice altă parte interesată vor putea să formuleze contestații cu privire la creanțele și drepturile de preferință trecute de administratorul judiciar/lichidator în tabelul preliminar de creanțe”.

Coroborând aceste prevederi legale cu dispozițiile art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 rezultă că la soluționarea contestației, deci implicit și în căile de atac, în principiu ar trebui să fie citați: contestatorul, creditorul a cărui creanță este contestată și practicianul în insolvență.

– când este vorba despre contestații la tabelul definitiv de creanțe vor fi aplicabile prevederile art. 75 din Legea nr. 85/2006, iar cadrul procesual este prevăzut în această situație de art. 75 alin. (2) din lege, potrivit căruia „judecarea contestației se va face de judecătorul-sindic, după citarea contestatorului, a creditorului care deține creanța contestată, dacă acesta nu este chiar contestatorul, a administratorului judiciar/lichidatorului, a membrilor comitetului creditorilor și a oricărei alte părți interesate, după caz”.

Și în aceste cazuri sunt aplicabile prevederile art. 478 C. proc. civ., potrivit cărora ”prin apel nu se poate schimba cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe”.

Deși ipoteza problemei de drept propuse se referă la aplicarea Legii nr. 85/2006, problema se poate pune și sub imperiul Legii nr. 85/2014. În această situație, considerăm că problema urmează a fi rezolvată potrivit următoarelor principii:

Potrivit art. 342 din Legea nr. 85/2014, dispozițiile acestei legi se completează, în măsura compatibilității, cu cele ale Codului de procedură civilă.

Articolul 43 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 prevede expres derogările de la Codul de procedură civilă, în materia apelului, respectiv: ”Apelul se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, cu următoarele derogări: termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 10 zile de la comunicarea cererii și a motivelor de apel, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul-sindic fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 3 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.”

Nici dispozițiile art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, care reglementează expres citarea în apel nu prevăd vreo derogare cu privire la constituirea cadrului procesual în apel. Astfel, cadrul procesual se constituie în primă instanță, potrivit regulii prevăzute la art. 42 alin. (2), respectiv: ”în procedurile contencioase reglementate de prezentul capitol vor fi citate în calitate de părți numai persoanele ale căror drepturi sau interese sunt supuse spre soluționare judecătorești-sindic, în condiții de contradictorialitate. În toate celelalte cazuri se aplică dispozițiile din Codul de procedură civilă referitoare la procedura necontencioasă, în măsura în care nu contravin unor dispoziții exprese prevăzute de prezenta lege.”

În lipsa oricărei derogări prevăzute expres în această materie, acest cadru procesual nu se poate schimba în apel, întrucât, potrivit art. 478 C. proc. civ.: ”prin apel nu se poate schimba cadrul procesual stabilit în fața primei instanțe”.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

În practică, problema a fost ridicată în cauzele cu un număr foarte mare de creditori, în care s-a pus problema modalității de citare a acestora și a posibilității citării comitetului creditorilor. Legat de acest aspect, s-a precizat că desemnarea unui reprezentant al acestor creditori, în condițiile Codului de procedură civilă, reprezintă o modalitate de gestionare eficientă a procedurii de citare, care nu trebuie însă să conducă la schimbarea cadrului procesual stabilit în primă instanță, soluție la care s-ar ajunge prin citarea comitetului creditorilor.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

3. Titlul problemei de drept:

Admisibilitatea provizionării sumelor destinate să acopere cheltuielile viitoare ale averii debitorului din fondurile obținute prin vânzarea bunurilor grevate de sarcini reale (art. 121, 123, 127, 130 din Legea nr. 85/2006, art. 159, 160, 161, 165, 168 din Legea nr. 85/2014). Dacă se admite o astfel de posibilitate, care ar fi mecanismul prin care s-ar putea echilibra ulterior situația? Este posibil ca creditorului garantat care a suportat sarcina constituirii acestor provizioane să-i fie achitate ulterior sume, pe temeiul subrogației sau a dreptului de regres, în acord cu prevederile art. 121 alin. (1) pct. 1 (art. 159) sau art. 123 pct. 1 (art. 161 pct. 1, în noua reglementare), în categoria cheltuielilor aferente procedurii? (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestare raport și plan de distribuire sume

Acte normative incidente: art. 39, art. 121, art. 123, art. 127 din Legea nr. 85/2006

Cuvânt-cheie: creditor garantat, cheltuieli de procedură, provizioane

Într-o opinie, în legătură cu prima chestiune, s-a apreciat că provizionarea cheltuielilor viitoare ale procedurii este incompatibilă cu caracterul și atributele unui drept real accesoriu. În același sens, s-a indicat că textul art. 121 din Legea nr. 85/2006 are un caracter special față de cel al art. 127, pentru că dacă se admite că art. 127 instituie o normă cu caracter general, atunci înseamnă că în cazul oricărei distribuirii făcute din fondurile obținute prin valorificarea bunurilor grevate trebuie să se constituie provizioane care să urmărească provizionarea sumelor datorate și pentru creditorii cu creanțe sub condiție suspensivă sau creanțe admise provizoriu, chiar dacă acestea nu sunt garantate. Or, o atare dezlegare intră în contradicție flagrantă cu caracterele generale ale ipotecii.

În opinia contrară, s-a indicat că nici în cazul creditorului garantat nu se poate face abstracție de specificul procedurii colective, existând riscul blocării acesteia, din lipsa fondurilor necesare în vederea valorificării activelor rămase, iar textul art. 127 din Legea nr. 85/2006 nu face distincția între distribuiri realizate în urma valorificării bunurilor grevate de sarcini reale și cele efectuate în baza prevederilor art. 123 din Legea nr. 85/2006 (decizia civilă nr. 9391/2013, din dosar nr. 1894/1285/2009/a3 al Curții de Apel Cluj).

Totodată, dacă se achiesează la cea de-a doua opinie, se ridică problema necesității existenței unui mecanism de reglare a situației și dacă el ar putea fi cel anterior amintit, în sensul includerii creditorului în discuție, cu rang de prioritate maxim, în distribuirea/ile ulterioare.

Opinia formatorilor INM:

Aprețiem că, din modul în care sunt redactate textele legale și având în vedere poziția privilegiată a creditorului garantat în procedura insolvenței, rezultă că nu sunt aplicabile prevederile art. 127 din Legea nr. 85/2006 în cazul vânzării bunurilor garantate.

În acest sens, din prevederile art. 121 din Legea nr. 85/2006 rezultă că fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipotecă, gajuri sau alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție de orice fel, vor fi distribuite pentru acoperirea cheltuielilor aferente vânzării *bunurilor respective*, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea *acestor bunuri*, ceea ce înseamnă că doar aceste cheltuieli vor fi achitate din prețul obținut în urma valorificării acestor bunuri, iar nu și altele, care privesc averea debitorului².

Textul art. 121 din Legea nr. 85/2006 este un text special raportat la prevederile art. 123 din Legea nr. 85/2006, care se referă la „cheltuielile aferente procedurii instituite prin prezenta lege, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului”, fiind logic ca „rezervele destinate să acopere cheltuielile viitoare ale *averii debitorului*” la care se referă art. 127 din Legea nr. 85/2006 să fie constituite doar în cazul valorificării altor bunuri din averea debitorului decât cele garantate.

² A se vedea, în același sens, raportat și la Legea nr. 85/2014, R. Bufan, A. Deli Diaconescu, F. Moțiu, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 757.

În sprijinul acestei opinii pot fi aduse și prevederile art. 39 din Legea nr. 85/2006, potrivit căreia „creditorul titular al unei creanțe garantate cu ipotecă, gaj sau altă garanție reală mobilă ori drept de retenție de orice fel poate solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 36 cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 116 - 118 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă garanția sau dreptul de retenție”.

În această ipoteză, legea a prevăzut expres că valorificarea se poate face cu condiția achitării din preț doar a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1, deci provizionarea sumelor destinate să acopere cheltuielile viitoare ale averii debitorului nu este posibilă.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Discuțiile asupra acestei probleme de drept au reliefat o practică neunitară semnificativă la nivelul întregii țări. O parte a practicii judiciare este în sensul provizionării cheltuielilor viitoare ale procedurii și din sumele obținute din vânzarea bunului garantat, justificarea fiind aceea că există riscul blocării procedurii, din lipsa fondurilor necesare în vederea valorificării activelor rămase.

Referitor la argumentul invocat în opinia formatorilor INM privind dispozițiile art. 39 care prevăd condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1, s-a menționat că art. 39 poate fi privit ca o prevedere de excepție, aplicabilă doar în ipoteza în care creditorul solicită ridicarea suspendării prevăzute la art. 36. În măsura în care nu formulează o atare solicitare și se realizează o distribuție parțială, conform art. 127 – textul nedistingând după cum distribuția parțială se realizează dintr-un bun grevat sau negrevat de sarcini –, astfel de provizioane ar putea fi constituite, în vederea asigurării bunului mers al procedurii. Fără a nega dreptul la executarea garanției, trebuie avute în vedere regimul diferit al executării de drept comun față de executarea efectuată în cadrul procedurii speciale, una din rigorile acesteia din urmă fiind constituirea sumelor minime necesare pentru continuarea procedurii.

În favoarea opiniei exprimate în punctul de vedere al INM, suplimentar față de argumentele prezentate în material, s-a arătat că, dacă se admite ideea provizionării cheltuielilor viitoare ale procedurii, nu există nicio justificare pentru care nu s-ar proviziona și celelalte sume menționate la art. 127, respectiv pentru creditorii cu creanțe sub condiție suspensivă sau creanțe admise provizoriu, chiar dacă acestea nu sunt garantate, textul nefăcând nicio distincție. Or, o atare soluție nu este împărtășită nici de susținătorii opiniei contrare, care susțin doar provizionarea cheltuielilor viitoare ale procedurii, nu și a celorlalte sume.

De asemenea, s-a precizat că nu pot fi ignorate argumente de topografie a textelor: art. 123 și art. 127 instituie regimuri speciale, diferite iar plasarea art. 127 îndreptățește concluzia ca aceste cheltuieli viitoare ale averii debitorului să se raporteze doar la sumele obținute din valorificarea altor bunuri decât cele grevate de datorii. S-a mai arătat că argumentul constând în interpretarea sistematică a dispozițiilor 121, prin raportare la cele ale art. 39 nu este la adăpost de critică, nejustificându-se aplicarea unui regim juridic diferențiat după cum s-a optat pentru ridicarea suspendării procedurii sau valorificarea bunului în cadrul procedurii.

Din sumele obținute din valorificarea bunului garantat trebuie deduse cheltuielile de procedură și cele ocazionate de vânzarea aceluși bun; nu este echitabil ca procedura să se desfășoare doar pe spezele creditorului garantat.

Referitor la soluția din noua lege a insolvenței, de imputare *pro rata* a cheltuielilor procedurii, s-a precizat că aceasta a fost rezultatul unui compromis, dar că, potrivit reglementării anterioare, o astfel de soluție nu are susținere în textele de lege.

În final, a fost avansată ideea verificării practicii judiciare existente pe acest aspect, pentru a aprecia dacă se impune promovarea unui recurs în interesul legii.

Concluzii:

Majoritatea participanților au îmbrățișat punctul de vedere exprimat în opinia formatorilor INM.

S-a apreciat însă necesară verificarea practicii judiciare existente pe acest aspect, pentru a analiza dacă se impune promovarea unui recurs în interesul legii.

4. Titlul problemei de drept:

Plata sumelor datorate cu titlu de onorariu pe seama practicianului în insolvență desemnat în procedura debitoarei (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestare raport și plan de distribuire sume

Acte normative incidente: art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006; art. 159 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: onorariu practician în insolvență

Întrebarea care se pune este dacă este necesară stabilirea unui echilibru între îndeostularea creditorului garantat, diligent, care și-a constituit o garanție reală în scopul asigurării restituirii creanței sale și remunerația persoanei care a făcut posibilă realizarea acestei creanțe (plecându-se de la premisa că în averea debitoarei există și alte bunuri care urmează a fi valorificate). Un posibil criteriu obiectiv l-ar putea constitui, în acest sens, ponderea creanței creditorului garantat în totalul masei credale?

În sens contrar, se poate susține că prevederile din cuprinsul art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006 nu sunt supuse regulii proporționalității, astfel cum aceasta este prevăzută la art. 124 din același act normativ, ea referindu-se la creditorii debitorului, și nu la cheltuielile cu procedura insolvenței, astfel cum sunt acestea reglementate la art. 121, 123 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006.

Opinia formatorilor INM:

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

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

Apreciem că plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24 din Legea nr. 85/2006 trebuie făcută numai pentru acoperirea cheltuielilor aferente vânzării *bunurilor respective*, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea *acestor bunuri*, ceea ce înseamnă că doar aceste cheltuieli vor fi achitate din prețul obținut în urma valorificării acestor bunuri, iar nu și altele, care privesc averea debitorului în general.

În cazul distribuirii acestor fonduri, remunerațiile acestor persoane vor fi cuprinse în planul de distribuire și vor fi putea fi contestate în condițiile art. 122 din Legea nr. 85/2006.

Textul art. 121 din Legea nr. 85/2006 este un text special raportat la prevederile art. 123 din Legea nr. 85/2006, care se referă la „cheltuielile aferente procedurii instituite prin prezenta lege, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului”.

În rezolvarea acestei probleme poate fi avută în vedere și noua reglementare din Legea nr. 85/2014, care prevede, în art. 159 alin. (1), că creditorii cu creanțe garantate vor suporta cheltuielile aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, dar și „remunerațiile datorate la data distribuirii persoanelor angajate în interesul comun al tuturor creditorilor, în condițiile art. 57 alin. (2), art. 61 și 63, care se vor suporta *pro rata, în raport cu valoarea tuturor bunurilor din averea debitorului*”³.

Această reglementare este un specială, în sensul că se arată contribuția creanțelor garantate la suportarea unei anumite părți din cheltuielile generale ale lichidării, în raport cu valoarea tuturor bunurilor din averea debitorului, dar numai a acelei părți.

Concluzii:

Participanții au agreat, în majoritate, opinia exprimată de formatorii INM.

³ Pentru dezvoltări raportat la Legea nr. 85/2006 și la Legea nr. 85/2014, a se vedea **R. Bufan, A. Deli Diaconescu, F. Moțiu, *Tratat practic de insolvență***, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 756 – 759.

A fost exprimată și opinia conform căreia se impune, totuși, o abordare mai nuanțată, având în vedere abuzurile identificate în practică.

5. Titlul problemei de drept:

Înscrierea valorii garanțiilor în tabelul definitiv de creanțe, în urma întocmirii rapoartelor de evaluare, potrivit art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, la „valoarea de piață” (valoarea de circulație) sau la „valoarea încasabilă” (reprezentând prețul rămas de achitat de către promitenții-cumpărători în urma perfectării unor antecontracte de vânzare-cumpărare, anterior deschiderii procedurii de insolvență, având ca obiect bunuri aflate în proprietatea debitoarei asupra cărora un creditor are instituit drept de ipotecă). Aplicabilitatea prevederilor art. 53 din Legea nr. 85/2006, în cazul executării obligațiilor rezultând din antecontracte de vânzare-cumpărare cu dată certă, anterioară deschiderii procedurii, conform art. 93¹ din Legea nr. 85/2006 (Curtea de Apel Târgu Mureș)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestare raport și plan de distribuire sume

Acte normative incidente: art. 41 alin. (2), art. 116 alin. (3), art. 93¹ din Legea nr. 85/2006

Cuvânt-cheie: creanță garantată, înscriere în tabel, valoarea de piață

Prin rapoartele de evaluare s-a stabilit prețul de piață (valoarea de circulație) al imobilelor. Apoi, rapoartele au fost completate, la solicitarea administratorului judiciar care i-a cerut evaluatorului să precizeze „valoarea încasabilă” reprezentând prețul rămas de achitat de către promitenții-cumpărători în urma perfectării unor antecontracte de vânzare-cumpărare, anterior deschiderii procedurii de insolvență, ce au ca obiect bunuri aflate în proprietatea debitoarei, asupra cărora un creditor are instituit drept de ipotecă. Prin prisma art. 149 din Legea nr. 85/2006 și în raport cu momentele la care au fost încheiate contractele de garanție, aplicabile sunt atât dispozițiile vechiului Cod civil, cât și cele ale noului Cod civil.

În tabelul definitiv, administratorul judiciar a înscris creanțele garantate ale băncii – care avea constituit un drept de ipotecă asupra imobilelor – la „valoarea încasabilă”, adică mult sub prețul de evaluare (valoarea de piață) a imobilului. Creditorul a contestat această măsură, solicitând să fie luată în considerare valoarea de piață a imobilelor, cu consecința înscrierii creanței sale în categoria celor garantate, la valoarea cuprinsă în raportul inițial de evaluare (valoarea de piață).

Într-o opinie, s-a pornit de la faptul că întocmirea raportului de evaluare se înscrie într-o obligație legală a administratorului judiciar, conform art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, însă această măsură se impune a fi realizată cu respectarea dispozițiilor legale.

Conform art. 1746 alin. (1) și (2) din Codul civil din 1864, ipoteca este un drept real asupra imobilelor afectate la plata unei obligații, drept care „se conservă asupra imobilelor în orice mână va trece” (dispoziții similare regăsindu-se și în noul Cod civil, potrivit art. 2345 dreptul de ipotecă menținându-se asupra bunurilor grevate în orice mână ar trece). Aceste prevederi sunt menite să asigure îndeplinirea creditorului diligent, chiar și în situația în care imobilul este înstrăinat.

Or, asupra imobilelor ipotecate a fost înscrisă și o interdicție de înstrăinare, iar administratorul judiciar a menționat că, până la întocmirea tabelului definitiv, imobilele ipotecate în favoarea contestatoarei (banca) nu au fost înstrăinate (nefiind încă încheiate contracte de vânzare-cumpărare), aflându-se, deci, în proprietatea debitoarei. Prin urmare, nu există niciun motiv pentru care să nu fie luate în considerare la stabilirea valorii garanției, la valoarea de piață. Debitoarea a fost cea care s-a obligat să înstrăineze imobilele, cu toate că asupra acestora era înscrisă o ipotecă, astfel că tot ea avea obligația ca, până la momentul achitării integrale a ratelor datorate de cumpărători, fie să achite creanța în baza căreia a fost constituit dreptul de ipotecă, fie să ofere băncii o altă garanție. În acest fel, avea posibilitatea să-și îndeplinească atât obligațiile asumate față de bancă, cât și față de cumpărător. Respectarea antecontractelor de vânzare-cumpărare cade în sarcina debitoarei care nu se poate prevala de obligațiile asumate față de promitenții-cumpărători pentru a nu-și respecta obligațiile asumate față de bancă - în favoarea căreia s-a înscris dreptul de ipotecă în cartea funciară.

Prin fiecare contract de vânzare-cumpărare/construire cu plata în rate, promitentul-cumpărător s-a obligat să-i acorde debitoarei libertatea de a contracta creditul cu banca, dar numai în limita ratelor rămase de achitat. Or, această obligație a societății debitoare este una personală (nefiind o obligație a creditoarei), așa

încât nerespectarea obligației asumate față de cumpărătorii-promitenți nu poate sta la baza încălcării unei alte obligații față de bancă (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Potrivit art. 1746 alin. (2) din Codul civil din 1864 (art. 2345 din noul Cod civil), chiar și în situația în care aceste imobile ar fi înstrăinate, dreptul de ipotecă ar greva în continuare bunurile vândute, care nu pot fi, deci, înstrăinate libere de sarcini întrucât nu au făcut obiectul procedurii de lichidare prevăzute de art. 116 din Legea nr. 85/2006.

Doar în situația în care bunul este înstrăinat în realizarea planului de reorganizare sau în cadrul procedurii de lichidare a patrimoniului la valoarea de vânzare forțată ar fi aplicabile dispozițiile art. 53 din Legea nr. 85/2006 și acesta s-ar „curăța” de ipoteca instituită deoarece întreaga valoare obținută din vânzare, cu excepția sumelor prevăzute de art. 121 alin. (1) pct. 1, ar fi utilizată pentru realizarea dreptului de ipotecă, drept care, astfel, s-ar stinge. În situația în care bunul este înstrăinat în condițiile art. 93¹ din Legea nr. 85/2006, atâta timp cât creditorul care are o ipotecă asupra bunului înstrăinat nu a fost îndestulat, ipoteca va greva în continuare bunul.

Într-o altă opinie, s-a susținut că obligațiile asumate de debitoare prin antecontractele de vânzare-cumpărare sunt asumate și de creditoare (bancă), în condițiile în care aceasta avea cunoștință despre încheierea lor, la momentul acordării împrumutului către debitoare, respectiv la momentul înscrierii dreptului de ipotecă asupra imobilelor, însușindu-și, prin urmare, efectele acestora.

În consecință, obligațiile asumate de debitoare prin antecontractele de vânzare-cumpărare influențează valoarea garanției. Concluzia se impune cu atât mai mult cu cât, prin fiecare contract de vânzare-cumpărare/construire cu plata în rate, promitentul-cumpărător s-a obligat să-i acorde debitoarei libertatea de a contracta creditul cu banca.

În acest context, administratorul judiciar a avut în vedere, în mod legal, interesele cumpărătorilor-promitenți, ținând seama și de faptul că rezilierea contractelor încheiate cu clienții ar fi în defavoarea creditoarei (banca). Prin urmare, completarea adusă rapoartelor de evaluare – în sensul diminuării valorii bunurilor – are temei legal, neîncalcând dreptul de ipotecă înscris în favoarea creditoarei-contestatoare.

Opinia formatorilor INM:

În legătură cu prima problemă ridicată, respectiv aceea a înscrierii valorii garanțiilor în tabelul definitiv de creanțe, în urma întocmirii rapoartelor de evaluare, potrivit art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, la „valoarea de piață” (valoarea de circulație) sau la „valoarea încasabilă” (reprezentând prețul rămas de achitat de către promitenții-cumpărători în urma perfectării unor antecontracte de vânzare-cumpărare, anterior deschiderii procedurii de insolvență, având ca obiect bunuri aflate în proprietatea debitoarei asupra cărora un creditor are instituit drept de ipotecă) apreciem că întocmirea raportului de evaluare se înscrie într-o obligație legală a administratorului/lichidatorului judiciar, conform art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, iar această măsură se impune a fi realizată cu respectarea dispozițiilor legale.

Potrivit art. 116 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, care detaliază procedura de evaluare, „în vederea evaluării bunurilor din averea debitorului, lichidatorul poate fie să angajeze în numele debitorului un evaluator, fie, cu acordul comitetului creditorilor, să utilizeze un evaluator propriu. Evaluatorii trebuie să fie membri ai Asociației Naționale a Evaluatorilor din România, iar evaluarea trebuie efectuată în conformitate cu standardele internaționale de evaluare”.

Prin urmare, nu există niciun motiv pentru care evaluarea să se refere la „valoarea încasabilă” (reprezentând prețul rămas de achitat de către promitenții-cumpărători în urma perfectării unor antecontracte de vânzare-cumpărare, anterior deschiderii procedurii de insolvență, având ca obiect bunuri aflate în proprietatea debitoarei asupra cărora un creditor are instituit drept de ipotecă), întrucât nici un text legal nu permite o asemenea modalitate de evaluare.

În ceea ce privește a doua problemă, respectiv aplicarea dispozițiilor art. 93¹ din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și încheierea contractelor de vânzare-cumpărare cu creditorii promitenți cumpărători, practica judiciară a fost neunitară.

Astfel, potrivit prevederilor art. 93¹ din Legea nr. 85/2006, obligațiile ce rezultă dintr-un antecontract de vânzare-cumpărare cu dată certă anterioară deschiderii procedurii, în care promitentul-vânzător intră în procedură, vor fi executate de către administratorul judiciar/lichidator la cererea promitentului-cumpărător, dacă prețul contractual a fost achitat integral sau poate fi achitat la data cererii, iar bunul se află în posesia

promitentului-cumpărător și prețul nu este inferior valorii de piață a bunului și dacă bunul nu are o importanță determinantă pentru reușita unui plan de reorganizare.

În ceea ce ne privește, apreciem că prevederile art. 93¹ din Legea nr. 85/2006 au caracter special, fiind prevăzute de legiuitor în favoarea promitentului-cumpărător și în defavoarea creditorului garantat și derogând de la prevederile dreptului comun.

În sprijinul acestei opinii, pot fi aduse și deciziile Curții Constituționale, care a fost sesizată cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 93¹ din Legea nr. 85/2006 în mai multe rânduri.

Cu acele prilejuri, prin Decizia nr. 549 din 3 mai 2011 (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 606 din 29 august 2011), Decizia nr. 1.382 din 20 octombrie 2011 (publicată în Monitorul Oficial al României nr. 47 din 20 ianuarie 2012) și Decizia nr. 809/2012, Curtea Constituțională a respins ca neîntemeiate criticile de neconstituționalitate.

În motivare, Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile legale criticate nu încalcă prevederile art. 44 din Constituție, ele reprezentând opțiunea legiuitorului care a înțeles să protejeze stabilitatea raporturilor juridice constituite înainte de deschiderea procedurii insolvenței și, implicit, drepturile promitentului-cumpărător care, în lipsa acestor prevederi, ar fi obligat să achite, pe lângă prețul imobilului, și contravaloarea ipotecii la care acesta nu s-a obligat prin încheierea antecontractului de vânzare-cumpărare.

În noua reglementare, problema a fost rezolvată prin prevederile art. 131 din Legea nr. 85/2014, care conține măsuri de natură să echilibreze interesele promitentului-cumpărător și ale creditorului garantat în asemenea situații.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

A fost prezentată pe larg speța care a dat naștere problemei de practică neunitară, subliniindu-se că, în conturarea celei de-a doua opinii expuse, s-a susținut că aplicarea textelor de lege incidente poate fi atenuată de reaua-credință a creditorului (banca), care a avut cunoștință de încheierea antecontractelor. De asemenea, referitor la situația de fapt, s-a precizat, suplimentar elementelor expuse în material, că în speță promitenții-cumpărători au mandatat banca să încheie contractele până la limita ratelor rămase de achitat iar garanția constituită viza întregul bun, care nu a fost scos din patrimoniul debitoarei.

S-a exprimat și opinia că, astfel cum a fost expus, contextul factual ar permite și o analiză a unei posibile exercitări abuzive a dreptului prevăzut la art. 41 din Legea nr. 85/2006.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

6. Titlul problemei de drept:

Acțiune formulată de către lichidatorul judiciar al debitoarei, fundamentată pe prevederile art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 în ipoteza în care aceasta este promovată, deși în raportul de cauze și împrejurări întocmit s-a menționat că nu există persoane care ar putea fi trase la răspundere pe acest temei și în lipsa unei motivări explicite care să justifice schimbarea de poziție (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: antrenare răspundere organe de conducere

Acte normative incidente: art. 138 alin. (1) și (3) din Legea nr. 85/2006

Cuvânt-cheie: antrenarea răspunderii membrilor organelor de conducere

Într-o opinie, s-a susținut că dacă prin raportul de cauze și împrejurări s-a stabilit de către practicianul în insolvență că, deși a analizat actele puse la dispoziția acestuia, nu a identificat fapte care să justifice antrenarea răspunderii personale și nici persoane care să fie vinovate de insolvența debitoarei, promovarea ulterioară a unei acțiuni fundamentate pe prevederile art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 este posibilă

doar dacă practicianul în insolvență motivează care sunt împrejurările care au determinat schimbarea concluziilor inițiale.

Această motivare a practicianului în insolvență este necesară cu atât mai mult cu cât, conform alin. (3) din art. 138, dacă administratorul judiciar nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului și/sau a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1), legiuitorul a recunoscut legitimare procesuală activă altor participanți la procedură, participanți care pot promova această acțiune doar dacă practicianul în insolvență nu a făcut-o. Desigur, motivarea practicianului în insolvență poate fi făcută și prin intermediul cererii de chemare în judecată, însă această motivare trebuie să fie una explicită, iar nu implicită, nefiind admis ca simpla formulare a acțiunii să fie interpretată de către instanță drept justificare a modificării susținerilor inițiale cuprinse în raportul de cauze și împrejurări.

Mai mult, dacă se și invocă de către pârât această neîndeplinire a obligațiilor de către lichidatorul judiciar – indicarea motivelor care au determinat schimbarea poziției procesuale față de fapte și vinovați – tăcerea practicianului în insolvență nu poate fi suplinită prin diverse interpretări date de judecătorul sindic cererii de chemare în judecată.

În sens contrar, s-a relevat că nu există niciun impediment pentru analiza pe fond a pretențiilor invocate, făcându-se apel la scopul procedurii, la principiile care o guvernează și la principiul interpretării sistematice a art. 138 prin raportare la prevederile art. 139 și 80 din lege, instituirea unor cerințe de formă nefiind impusă de lege.

În esență, practicianul în insolvență, deși lansează ideea unor posibile fapte ale administratorului statutar, în lipsa predării actelor societății debitoare, nu propune tragerea la răspundere a acestuia prin raport. Ulterior întocmirii raportului, după notificarea fostului administrator statutar formulează acțiune în antrenarea răspunderii.

Necesitatea completării raportului inițial, în sensul indicării persoanelor responsabile sau a justificării într-un alt mod a schimbării opțiuni sale inițiale, este un formalism pe care niciunul din textele Legii nr. 85/2006 nu îl cere și nu îi sancționează lipsa.

Dacă textul nu face nici un fel de distincție în acest caz, acest formalism, chiar dacă ar fi necesar soluționării cauzei, nu poate constitui un veritabil fine de neprimire. Nimic nu împiedică în calea de atac a apelului (devolutivă) ca acest raport să fie completat, dacă în concret o asemenea completare ar fi necesară. Pe de altă parte, formularea unei asemenea apărări de către pârât este nelegitimă, întrucât se invocă tocmai propria conduită nelegitimă, de nepredare a actelor societății, eludându-se astfel principiul *nemo auditur propria turpitudine* – prin invocarea propriei culpe ca motiv de inadmisibilitate a acțiunii.

Nu se poate reține nicio încălcare a dreptului la apărare al pârâtului de vreme ce acuzațiile sunt devoalate prin acțiune, iar raportul sau completarea la raport prin care s-ar lansa concluzii cu privire la persoana responsabilă de apariția stării de insolvență nu poate fi contestat sub aspectul concluziilor sale, ci doar cu privire la neregularitățile formale.

Opinia formatorilor INM:

Apreciem că, dacă prin raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la insolvența debitoarei s-a stabilit de către practicianul în insolvență că, deși a analizat actele puse la dispoziția acestuia, nu a identificat fapte care să justifice antrenarea răspunderii personale și nici persoane care să fie vinovate de insolvența debitoarei, promovarea ulterioară a unei acțiuni fundamentate pe prevederile art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 este posibilă doar dacă practicianul în insolvență motivează care sunt împrejurările care au determinat schimbarea concluziilor inițiale.

Această motivare a practicianului în insolvență este necesară, având în vedere prevederile alin. (3) din art. 138 din Legea nr. 85/2006, potrivit cărora dacă administratorul judiciar, sau după caz, lichidatorul nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului și/sau a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1), legiuitorul a recunoscut legitimare procesuală activă altor participanți la procedură, participanți care pot promova această acțiune doar dacă practicianul în insolvență nu a făcut-o.

Este evident că, în lipsa predării actelor societății debitoare înainte de data întocmirii raportului privind cauzele și împrejurările care au dus la insolvența debitoarei, dacă aceste acte îi sunt predate ulterior

poate fi formulată această acțiune, justificarea fiind dată de împrejurările care au determinat schimbarea concluziilor inițiale.

Apreciem, în acest caz, că nu este necesară completarea raportului inițial în sensul indicării persoanelor responsabile sau a justificării într-un alt mod a schimbării opțiuni sale inițiale, însă motivarea practicianului în insolvență este necesar să fie făcută prin intermediul cererii de chemare în judecată.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Prin prevederea obligațiilor menționate în sarcina practicianului în insolvență, legiuitorul a urmărit să îl oblige la efectuare de diligențe pentru aflarea cauzelor și împrejurărilor care au condus la insolvență, și mai ales pentru identificarea de posibile persoane vinovate de starea de insolvență a debitorului.

În acest context, s-a exprimat opinia că, în practică, acțiunile nu au fost respinse ca inadmisibile, fiind soluționate pe fond, mențiunea făcută în raportul lichidatorului fiind esențială în acest sens.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

7. Titlul problemei de drept:

Admisibilitatea acțiunii în răspundere patrimonială a administratorilor, formulată după închiderea procedurii insolvenței. Închiderea procedurii insolvenței anterior soluționării irevocabile/definitive a cererii de atragere a răspunderii în baza dispozițiilor art. 138 din Legea nr. 85/2006 (Curtea de Apel Ploiești)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: antrenare răspundere organe de conducere

Acte normative incidente: art. 138 din Legea nr. 85/2006

Cuvânt-cheie: antrenarea răspunderii membrilor organelor de conducere

Soluțiile majoritare au fost de admitere a excepției inadmisibilității și respingere a acțiunii ca inadmisibilă. Acțiunea în răspundere poate fi formulată doar până la închiderea procedurii. Prin închiderea procedurii, judecătorul sindic, administratorul/lichidatorul judiciar și toate persoanele care i-au asistat sunt descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați. Prin urmare, câtă vreme cererea de antrenare a răspunderii membrilor organelor de conducere intră în atribuțiile judecătorului sindic, conform art. 11 lit. g) din Legea nr. 85/2006, rezultă, implicit, că investirea judecătorului sindic, precum și soluționarea unei atare cereri se pot efectua numai înainte de închiderea procedurii și nu după închiderea procedurii.

Fiind reglementată ca acțiune în cadrul procedurii speciale a insolvenței, specifică acesteia, formularea acțiunii ulterior închiderii procedurii insolvenței nu este posibilă.

În referatul întocmit în luna noiembrie 2014, discutat la întâlnirea trimestrială de practică neunitară a judecătorilor din data de 4 noiembrie 2014, a fost analizată problema de drept referitoare la închiderea procedurii insolvenței anterior soluționării irevocabile/definitive a cererii de atragere a răspunderii în baza dispozițiilor art. 138 din Legea nr. 85/2006, și s-a concluzionat în sensul că închiderea procedurii insolvenței nu afectează soluționarea cererii întemeiate pe dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006, neexistând temei juridic pentru menținerea procedurii insolvenței până la soluționarea irevocabilă/definitivă a cererii privind instituirea răspunderii patrimoniale, cerere pentru care se formează dosar asociat distinct.

În ceea ce privește executarea sentinței de atragere a răspunderii, în situația admiterii cererii de instituire a răspunderii patrimoniale, art. 142 alin. (1) prevede că executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 138 alin. (1) se efectuează de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă, iar alin. (2) al art. 142 precizează, în situația închiderii procedurii falimentului, faptul că sumele rezultate din executarea silită vor fi repartizate de către executorul judecătoresc, în conformitate cu

prevederile Legii nr. 85/2006, în temeiul tabelului definitiv consolidat de creanțe pus la dispoziția sa de către lichidator.

Ulterior închiderii procedurii insolvenței poate fi continuată soluționarea acțiunii în atragerea răspunderii reglementată de dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006, formulată anterior închiderii, este însă inadmisibilă formularea acesteia ulterior închiderii procedurii insolvenței.

Opinia formatorilor INM:

Această problemă a mai fost discutată și cu ocazia întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii și ai Ministerului Justiției cu președinții secțiilor specializate din cadrul curților de apel și ai tribunalelor specializate de la Târgu Mureș din 22 mai 2014.

Cu acea ocazie s-a arătat că problema pusă în discuție vizează admisibilitatea cererilor de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere în 2 ipoteze:

1. dacă astfel de cereri au fost formulate după închiderea procedurii de insolvență, în practică fiind exprimate opinii în sensul inadmisibilității, cu motivarea că prin închiderea procedurii falimentului, judecătorul-sindic, administratorul și lichidatorul judiciar se dezinvestesc, respectiv în sensul admisibilității unei atare cereri, motivat de mandatul pe care administratorul/lichidatorul judiciar l-ar păstra și după închiderea procedurii, înăuntrul termenului de prescripție prevăzut de art. 139;

2. închiderea procedurii insolvenței în timp ce pe rolul instanței se află cererea de atragere a răspunderii patrimoniale formulată în temeiul art. 138 din Legea nr. 85/2006, și pentru această ipoteză fiind înregistrate opinii în sensul că închiderea procedurii paralizează acțiunea în răspundere patrimonială, respectiv în sensul că închiderea procedurii insolvenței nu afectează soluționarea nici în primă instanță și nici într-o eventuală cale de atac a cererii întemeiate pe dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006.

Soluția propusă de formatorii INM în punctajul de discuții a fost, pentru prima ipoteză, inadmisibilitatea cererilor de atragere a răspunderii formulate după închiderea procedurii, motivat de faptul că prin închiderea procedurii falimentului, judecătorul-sindic se dezinvestește iar promovarea cererii de atragere răspundere este intrinsec legată de existența unei proceduri de insolvență în curs, numai în acest context lichidatorul având legitimare procesuală pentru formularea ei.

Pentru cea de a doua ipoteză, soluția propusă a fost în sensul că închiderea procedurii insolvenței nu ar trebui dispusă înainte de soluționarea definitivă a acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale, pentru următoarele argumente:

- închiderea procedurii insolvenței înainte de soluționarea definitivă a acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere ale societății lipsește de eficiență juridică dispozițiile art. 138 alin. (6) și art. 140 din Legea nr. 85/2006 cu privire la declararea apelului împotriva hotărârii de respingere a acțiunii, întrucât, dacă între timp procedura s-a închis, lichidatorul nu va mai avea calitate procesuală pentru a promova calea de atac, iar în ipoteza casării cu trimitere nu se știe cine ar mai fi investit cu soluționarea cauzei;

- destinația sumelor obținute în urma angajării răspunderii persoanelor care au cauzat starea de insolvență după închiderea procedurii rămâne incertă, în condițiile în care, în temeiul legii, prin închiderea procedurii, judecătorul-sindic și administratorul/lichidatorul judiciar sunt descărcați de orice îndatoriri și responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, debitorul urmand a fi radiat, dispozițiile art. 136 fiind imperative.

În cadrul dezbaterilor s-a conturat o opinie unanimă cu privire la inadmisibilitatea acțiunii în antrenarea răspunderii promovată după închiderea procedurii, moment la care hotărârea devine executorie.

În ceea ce privește a doua ipoteză de discuție, respectiv a cadrului dezbaterilor privind cererile aflate în curs la momentul închiderii procedurii, au fost formulate următoarele observații:

- în practică, acțiunile în antrenarea răspunderii pe temeiul art. 138 au fost formulate concomitent cu calea de atac împotriva hotărârii de închidere a procedurii, unele instanțe admitând calea de atac și casând cu trimitere, în vedere continuării procedurii insolvenței până la soluționarea cererii formulate pe temeiul art. 138, în timp ce alte instanțe au respins căile de atac;

- analiza trebuie să aibă în vedere că art. 138 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 consacră un caz unic în care o cerere formulată în dosarul procedurii de insolvență se judecă separat;

- trebuie analizat dacă într-o astfel de situație mai există fonduri disponibile în vederea acoperirii cheltuielilor administrative, în sensul dispozițiilor art. 131 din Legea nr. 85/2006, în caz contrar judecătorul-sindic având posibilitatea închiderii procedurii în orice stadiu al acesteia;

- în cazul unei decizii de menținere deschisă a procedurii insolvenței până la soluționarea căii de atac exercitate împotriva soluției dispuse cu privire la cererea de antrenare a răspunderii se pune problema cine urmează să suporte costurile aferente remunerării administratorului/lichidatorului;

- opinia potrivit căreia după închiderea procedurii de insolvență nu mai pot fi discutate niciun fel de aspecte nu se conciliază cu posibilitatea atacării soluției de închidere a procedurii cu contestație în anulare sau revizuire.

Pentru ipoteza în care, în paralel cu închiderea procedurii insolvenței a fost atacată și soluția pronunțată cu privire la cererea de atragere a răspunderii, opinia agreată de majoritatea participanților a fost în sensul că, pentru rațiuni de natură economică ce țin de costurile procedurii, nu se impune prelungirea nejustificată a acesteia până la soluționarea căii de atac cu privire la cererea formulată pe temeiul art. 138, dacă este evident că nu mai există șanse de reușită în acoperirea pasivului prin antrenarea răspunderii organelor de conducere ale debitorului aflat în insolvență.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

În ipoteza în care acțiunea a fost promovată anterior și continuă după închiderea procedurii insolvenței, în ceea ce privește atribuțiile lichidatorului, legea prevede descărcarea acestuia de răspundere, context în care s-a pus problema necesității consemnării acestei descărcări în minută.

Concluzii:

Participanții au agreat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

8. Titlul problemei de drept:

Cerere de închidere procedură. Art. 11 alin. (2) raportat la art. 131 din Legea nr. 85/2006. (Curtea de Apel Craiova)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: închiderea procedurii

Acte normative incidente: art. 11 alin. (2), art. 131 din Legea nr. 85/2006

Cuvânt-cheie: închiderea procedurii

Într-o primă opinie, cererea de închidere a procedurii formulată în temeiul art. 131 din Legea nr. 85/2006 se impune a fi respinsă în măsura în care lichidatorul nu a făcut o analiză economico-financiară a situației debitoare și nici nu s-au făcut un minim de demersuri pentru ca administratorul social să predea documentele contabile (acțiune în antrenarea răspunderii, plângere penală etc). S-a reținut, totodată, că nu au fost efectuate demersuri pentru atingerea scopului procedurii, cu excepția adresei către Primăria de la sediul debitorului.

Într-o altă opinie, s-a considerat că în exercitarea atribuțiilor prevăzute de art. 11 alin. (2) raportat la art. 131 din Legea nr. 85/2006 [art. 45 alin. (2) raportat la art. 174 din Legea nr. 85/2014], judecătorul sindic nu poate cenzura deciziile administratorului/lichidatorului judiciar privind formularea de plângeri penale sau a cererii de antrenare a răspunderii, măsuri ce pot fi cenzurate de către creditorii în cadrul controlului de oportunitate.

De asemenea, s-a apreciat că în lipsa documentelor prevăzute de art. 28 din Legea nr. 85/2006, demersul de identificare a bunurilor constând în emiterea unei adrese la primăria de la sediul debitorului reprezintă singura posibilitate de a identifica eventuale bunuri.

Opinia formatorilor INM:

Potrivit art. 131 din Legea nr. 85/2006, „în orice stadiu al procedurii prevăzute de prezenta lege, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile

administrative și nici un creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare, judecătorul-sindic va da o sentință de închidere a procedurii, prin care se dispune și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat”.

Pentru a se dispune această măsură trebuie să se constate de judecătorul sindic, pe baza rapoartelor prezentate de administratorul/lichidatorul judiciar desemnat pe seama debitoarei, că debitoarea nu dispune de bunuri valorificabile și că creditorii debitoarei nu și-au manifestat intenția de a avansa eventualele sume ce ar fi necesare continuării procedurii de insolvență.

În aceste condiții, închiderea procedurii în baza art. 131 din Legea nr. 85/2006 se poate dispune oricând, nefiind condiționată de vreun act sau moment anume în cadrul procedurii insolvenței.

În ceea ce privește angajarea răspunderii administratorului debitoarei, potrivit art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, administratorul/lichidatorul judiciar nu poate fi obligat să formuleze o asemenea acțiune, dacă acesta consideră că nu sunt întrunite condițiile legale pentru a se dispune antrenarea răspunderii membrilor de conducere sau de supraveghere din cadrul debitoarei aflate în procedura insolvenței.

În ceea ce privește susținerea că nu au fost efectuate demersuri pentru atingerea scopului procedurii, este de relevat faptul că legiuitorul a prevăzut soluția închiderii procedurii în baza art. 131 din Legea nr. 85/2006 pentru a se evita efectuarea de cheltuieli din fondul de lichidare și a fi prelungită inutil procedura, în condițiile în care creditorii, persoane direct interesate în continuarea procedurii, nu își asumă riscul efectuării unor astfel de cheltuieli.

De asemenea, potrivit art. 20 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 85/2006, practicianul în insolvență trebuie să sesizeze de urgență judecătorul sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului, în vederea închiderii procedurii în baza art. 131 din lege.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

În sprijinul opiniei că, în ipoteza avută în vedere, se impune închiderea procedurii s-a arătat că masa credală dispune de instrumente pentru exercitarea acțiunii în răspundere, iar câtă vreme aceasta nu iese din pasivitate și nu avansează sume pentru continuarea procedurii, se impune aplicarea dispozițiilor art. 131 cu precădere.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

9. Titlul problemei de drept:

Interpretarea dispozițiilor art. 100 alin. (4) și alin. (5) din Legea nr. 85/2006, cu referire la determinarea majorității absolute din valoarea creanțelor dintr-o categorie, pentru a se considera acceptat planul de reorganizare de către acea categorie de creditori

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: acțiune în anularea hotărârii adunării creditorilor

Acte normative incidente: art. 100 alin. (4) și (5) din Legea nr. 85/2006

Cuvânt cheie: plan de reorganizare, majoritatea absolută din valoarea creanțelor

Obiectul acțiunii îl constituie anularea hotărârii adunării creditorilor prin care aceștia au votat planul de reorganizare al debitorului, pentru motivul că administratorul judiciar a determinat greșit majoritatea absolută din valoarea creanțelor dintr-o categorie. Prin ipoteză, în acea categorie sunt înscrși mai mulți creditori, dintre care un creditor majoritar în categorie nu poate vota cu privire la plan întrucât controlează societatea debitoare, iar planul îi acordă mai mult decât ar primi în cazul falimentului. Ceilalți creditori, care sunt minoritari în categorie, ca valoare a creanțelor, votează pentru și aprobă planul de reorganizare.

În această situație, noțiunea de „valoare a creanțelor din acea categorie” a fost interpretată diferit în jurisprudență.

– Într-o opinie, s-a apreciat că în valoarea creanțelor nu trebuie inclusă și valoarea creanței aceluia creditor majoritar care nu poate vota;

– Într-o altă opinie s-a apreciat că, întrucât legea nu distinge, în această valoare se include și valoarea creanței creditorului majoritar din categoria respectivă.

1. În susținerea primei opinii s-a arătat că nu este în litera și spiritul Legii insolvenței excluderea creditorilor de la votarea planului de reorganizare sau de la participarea activă în cadrul procedurii insolvenței. Scopul legii insolvenței este acoperirea pasivului debitorului falit, fiind protejate astfel, în primul rând, drepturile creditorilor în procedură, scop în care legiuitorul a conferit acestora o serie de drepturi pe care le pot exercita individual, în cadrul adunării creditorilor sau al comitetului creditorilor. Restrângerile drepturilor creditorilor în procedura insolvenței sunt în mod expres și limitativ reglementate de lege, sunt de strictă interpretare și nu pot fi extinse prin analogie.

Or, textul art. 100 din Legea nr. 85/2006 prevede o singură astfel de restrângere, interzicând creditorilor care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul, în sensul legislației pieței de capital, să voteze planul. Nici dreptul lor nu este restrâns în totalitate sau în orice condiții, ei putând participa la ședința de votare a planului și putând chiar vota în cazul în care planul le acordă mai puțin decât ar primi în cazul falimentului.

Textul alin. (4) al art. 100 nu instituie nici o restrângere a drepturilor creditorilor de a vota planul, prevăzând însă că un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie.

Însă, în situația în care sunt incidente și dispozițiile alin. (5), respectiv unuia sau mai multor creditori, le este interzis să voteze, creanța acestora trebuie înlăturată în totalitate, nu numai de la vot, ci și de la calculul majorității absolute a creanțelor din acea categorie, în caz contrar fiind profund afectate drepturile celorlalți creditori din categorie care pot ajunge, cum este și cazul de față, la imposibilitatea de a exprima un vot valabil în favoarea sau în defavoarea planului, fără ca legea să prevadă o asemenea interdicție în sarcina lor. Practic, sancțiunea aplicabilă creditorilor la care se referă alin. (5) s-ar răsfrânge și asupra celorlalți creditori din aceeași categorie, categorie care ar putea fi exclusă în totalitate de la vot din acest motiv, interpretare care nu poate fi în spiritul și în litera Legii insolvenței.

2. În cea de a doua opinie s-a considerat că este contrar prevederilor art. 100 alin. (4) din Legea insolvenței *calcularea procentelor* fără luarea în considerare a creanțelor aparținând creditorilor subordonați, care nu pot vota planul față de prevederile art. 100 alin. (5).

Opinia formatorilor INM:

Potrivit art. 100 din Legea nr. 85/2006:

„(1) La începutul ședinței de vot, administratorul judiciar va informa creditorii prezenți despre voturile valabile primite în scris.

(2) Fiecare creanță beneficiază de un drept de vot, pe care titularul acesteia îl exercită în categoria de creanțe din care face parte creanța respectivă.

(3) Următoarele creanțe constituie categorii distincte de creanțe, care votează separat:

a) creanțe garantate;

b) creanțe salariale;

c) creanțe bugetare;

d) creanțe chirografare stabilite conform art. 96 alin. (1);

e) celelalte creanțe chirografare.

(4) Un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie.

(5) Creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul, în sensul legislației pieței de capital, pot participa la ședință, dar pot vota cu privire la plan doar în cazul în care acesta le acordă mai puțin decât ar primi în cazul falimentului”.

Problema care se pune este dacă, în aplicarea și interpretarea textului art. 100 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, în cazul în care sunt incidente dispozițiile alin. (5) din același text de lege, **trebuie exclus doar votul creditorului sau și creanța sa, ultima de la calculul majorității cerute de alin. (4) pentru votarea planului în acea categorie.**

Astfel cum prevede în mod expres art. 100 alin. (4), un plan va fi considerat acceptat de o categorie de creanțe, dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din

acea categorie. Din interpretarea acestei dispoziții reiese că, la stabilirea procentelor de vot, raportarea trebuie să se facă nu doar la creditorii cu drept de vot din categoria respectivă, ci la toți creditorii din respectiva categorie, indiferent de faptul că aceștia au sau nu dreptul legal de a-și exprima votul. Potrivit alin. (5) din același text, "creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul, în sensul legislației pieței de capital, pot participa la ședință, dar pot vota cu privire la plan doar în cazul în care acesta le acordă mai puțin decât ar primi în cazul falimentului."

Cu toate acestea, deși nu poate vota, la calculul majorității cerute de lege se ia în considerare și creanța respectivă. Așadar, pentru votarea planului, nu prezintă relevanță numărul creditorilor care au votat planul, ci valoarea creanțelor din categoria respectivă.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Participanții au fost de acord că redactarea textului impune soluția propusă de formatorii INM, însă au semnalat o serie de inconveniente practice ale acestei soluții, care poate produce consecințe foarte importante.

Concluzii:

Participanții au agreeat, cu o largă majoritate, opinia exprimată de formatorii INM, deși apreciază că o astfel de reglementare nu este oportună, impunându-se modificarea sa.

2. Probleme în interpretarea Legii nr. 85/2014

1. Titlul problemei de drept:

Cerere de deschidere a procedurii formulată de către debitor. Necesitatea dovedirii de către debitor a existenței și a caracterului cert, lichid și exigibil al creanțelor deținute de terți împotriva sa, într-un quantum care să depășească valoarea-prag (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: deschiderea procedurii la cererea debitorului

Acte normative incidente: art. 5 pct. 20, art. 67 din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: cerere de deschidere a procedurii

a) **Într-o opinie**⁴, cererea debitorului și actele anexă (în principal actele contabile și lista creditorilor cuprinse în enumerarea de la art. 67) au valoarea unei mărturisiri judiciare a stării de insolvență. În consecință, în ipoteza deschiderii voluntare a procedurii, debitorul nu este ținut de obligația de a mai dovedi ceva, deoarece mărturisirea debitorului reprezintă o probă deopotrivă relevantă și suficientă în dovedirea stării de insolvență. Mărturisirea este, desigur, una judiciară deoarece este realizată prin cererea adresată instanței de judecată și nu vizează creanțele creditorilor, ci starea de insolvență sau de insolvență iminentă.

În plus, enumerarea de la art. 67 din Legea nr. 85/2014 nu cuprinde și obligativitatea administrării unor probe care să probeze existența, quantumul, caracterul cert și lichid al creanțelor deținute împotriva debitorului.

b) **Într-o altă opinie**, existența și caracterul cert și lichid al creanțelor deținute împotriva debitorului trebuie dovedită chiar și în condițiile în care cererea de deschidere a procedurii aparține acestuia, similar ipotezei în care cererea de deschidere a procedurii aparține creditorului (creditorilor). Potrivit acestui punct de vedere⁵, introducerea valorii prag și în cazul cererilor formulate de către debitor confirmă această concluzie, deoarece simpla mărturisire judiciară a debitorului ar proba doar starea de insolvență, nu și îndeplinirea condiției quantumului minim al valorii prag (art. 5 pct. 72 din Legea nr. 85/2014).

⁴ *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 269.

⁵ A se vedea și **St. D. Cărpenu**, *Drept comercial român*, ed. 7, p. 659.

Singura diferență ar consta în faptul că debitorul nu trebuie să dovedească neapărat și caracterul exigibil al creanței (creanțelor), deoarece potrivit art. 66 alin. (4) din Legea nr. 85/2014 debitorul poate formula cerere și în caz de insolvență iminentă, când prin ipoteză scadenta creanțelor nu este încă îndeplinită.

În susținerea acestui punct de vedere trebuie remarcat și faptul că, potrivit art. 5 pct. 72, valoarea prag reprezintă cuantumul minim al creanței, iar art. 5 pct. 20 din același act normativ reglementează definiția creanței certe prin raportare la existența unor acte de creanță sau alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul. În consecință, existența acestor acte trebuie dovedită prin administrarea unor probe în acest sens, simpla recunoaștere a debitorului fiind total insuficientă. În caz contrar, condiția valorii prag ar fi foarte ușor eludată printr-o simplă afirmație a debitorului, fără vreun remediu ulterior deschiderii cu caracter definitiv a procedurii, cu consecința derulării unor proceduri în scopul recuperării unor creanțe cu cuantum infim, așa cum s-a întâmplat frecvent sub imperiul Legii nr. 85/2006.

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. (2) din noul Cod de procedură civilă, registrele profesioniștilor, chiar neținute cu respectarea dispozițiilor legale, fac dovadă **contra** celor care le-au ținut. *Per a contrario*, profesionistul care a ținut registrele (debitorul în analiza noastră) nu se poate prevala de propriile acte contabile pentru a-și dovedi o afirmație, deci în favoarea sa, un argument în plus că starea de insolvență iminentă sau instalată, justificată de creanțele deținute de terți împotriva sa trebuie dovedită în condițiile art. 5 pct 20 din Legea nr. 85/2014.

Opinia formatorilor INM:

În cazul cererii debitorului de deschidere a procedurii insolvenței trebuie dovedită existența unor creanțe certe, lichide și exigibile împotriva acestuia, care să depășească valoarea-prag prevăzută de art. 3 pct. 72 din Legea nr. 85/2014.

Depunerea listei de creditori și înregistrarea creanțelor acestora în evidențele contabile ale debitoarei sunt necesare și suficiente pentru a se putea constata îndeplinirea condițiilor legale pentru deschiderea procedurii insolvenței la cererea debitoarei.

Pentru a preîntâmpina situațiile în care debitorul ar solicita deschiderea procedurii insolvenței în mod abuziv și pentru a avea încă de la început o oglindă a situației juridice a debitorului, art. 67 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 prevede că cererea debitorului de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să fie însoțită de mai multe acte, esențiale pentru a se desfășura în bune condiții procedura de insolvență.

Aceste documente au, în principal, menirea de a reflecta situația financiară și rezultatele activității economice a debitorului, de a se putea stabili masa activă și masa pasivă, precum și modalitatea de derulare a procedurii (reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale ori faliment).

Dacă în Legea nr. 85/2006 sancțiunea pentru nedepunerea documentelor prevăzute de lege la cererea debitorului de deschidere a procedurii insolvenței era decăderea din dreptul de a propune un plan de reorganizare, în Legea nr. 85/2014 sancțiunea nedepunerii unor documente este mult mai drastică.

Astfel, nedepunerea documentelor prevăzute la alin. (1) lit. a) - g), k), l), m) atrage respingerea cererii de deschidere a procedurii, iar nedepunerea documentelor prevăzute la lit. h), i) și j) este sancționată cu decăderea din dreptul de a depune un plan de reorganizare.

Excepție fac cazurile prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d), precum și cazul în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990. Este vorba, în aceste cazuri, de debitori care nu dețin niciun bun în patrimoniul lor ori actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite sau administratorul nu poate fi găsit ori sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului, precum și de persoane juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive.

Întrucât deschiderea procedurii insolvenței la cererea debitorului are loc în cadrul unei proceduri necontencioase, depunerea de către debitor a documentelor prevăzute de lege este suficientă pentru ca judecătorul sindic să se pronunțe asupra cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulată de acesta. În cazul în care creditorii ar considera că nu sunt îndeplinite condițiile deschiderii procedurii au la îndemână opoziția prevăzută de art. 71 alin. (2) din Legea nr. 85/2014.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

S-a exprimat opinia că existența și caracterul cert și lichid al creanțelor deținute împotriva debitorului trebuie dovedite chiar și în condițiile în care cererea de deschidere a procedurii aparține acestuia. Astfel, s-a menționat că sub imperiul Legii nr. 85/2006, atât în doctrina de specialitate, cât și în practica judiciară s-a îmbrățișat soluția că simpla recunoaștere a debitorului poate justifica deschiderea procedurii de insolvență, în condițiile în care legea nu prevedea o valoare prag. În acest context, se pune problema dacă introducerea valorii prag și pentru debitor în noua reglementare este de natură să conducă la o altă soluție, intenția legiuitorului fiind de a preîntâmpina, în acest fel, deschiderea de către debitor a procedurii pentru creanțe inexistente sau infime, context în care ar trebui admis ca dovada valorii prag să poată fi solicitată și făcută și cu alte documente (CEC, factură, bilet la ordin etc.) decât cele expres menționate de lege.

De asemenea, în ipoteza în care cererea de deschidere a procedurii se fundamentează pe creanțe certe, lichide și exigibile care au statut de creanțe subordonate – creanțe deținute de asociați, sub imperiul Legii nr. 85/2006, în soluționarea cererii unele instanțe au solicitat înscrisuri suplimentare, pentru a elimina posibilitatea deschiderii unei proceduri în scop șicanator.

În practică, în ipoteza în care, prin documentele depuse – liste emise de organele financiare - debitorul nu a făcut dovada creanței în cuantumul valorii prag prevăzute de lege, soluția a fost de respingere a cererii; în acest context, se poate susține că sancțiunile prevăzute de art. 67 au fost prevăzute de legiuitor ca un fine de neprimire al cererii de deschidere a procedurii.

Concluzii:

Participanții au votat, cu o largă majoritate, opinia exprimată de formatorii INM.

A fost exprimat și punctul de vedere că judecătorul are oricând posibilitatea să ceară și alte acte, dar fără a fi obligat, textul de lege indicând clar care sunt actele a căror depunere este necesară pentru deschiderea procedurii. Această abordare este necesară pentru a dovedi îndeplinirea condiției valorii prag introdusă prin Legea nr. 85/2014 și a evita deschiderea procedurii pentru creanțe cu valoare infimă, așa cum se întâmpla sub imperiul Legii nr. 85/2006. Pentru lipsa demersurilor suplimentare nu poate fi însă aplicată niciuna din sancțiunile prevăzute de art. 67, ci, eventual, respingerea cererii de deschidere a procedurii pe fond pentru lipsa dovezii caracterului cert al creanței.

2. Titlul problemei de drept:

Admisibilitatea cererii de deschidere a procedurii insolvenței pentru creanțe bugetare constatate prin titluri executorii contestate (Curtea de Apel Oradea)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: deschiderea procedurii la cererea creditorului

Cuvânt cheie: cerere de deschidere a procedurii, creanțe bugetare contestate

În practica Curții de Apel Alba Iulia, în cadrul minutei întâlnirii trimestriale de practică neunitară din data de 22.06.2015, s-a apreciat că atât timp cât titlul executoriu, deși contestat, nu a fost suspendat, creanța fiind certă, lichidă și exigibilă, este admisibilă cererea de deschidere a procedurii insolvenței, cu mențiunea că lipsa dovezilor de comunicare a titlurilor de creanță afectează caracterul exigibil al creanței bugetare.

Pe această temă, într-o soluție de speță a Curții de Apel Oradea, în care debitoarea a contestat caracterul cert al creanței invocate de creditorul bugetar, arătând că aceasta a fost contestată în procedura administrativă prevăzută de Codul de procedură fiscală, s-a reținut că până la soluționarea contestației și stabilirea cu caracter definitiv a împrejurării dacă sumele pretins a fi datorate către stat sunt reale, nu se poate reține existența unei creanțe certe, lichide și exigibile în patrimoniul creditoarei, fiind fără relevanță faptul că aceasta nu a solicitat ori nu a obținut suspendarea executării actului administrativ contestat. (Decizia nr. 125/25.04.2015, pronunțată în dosarul nr. 55/83/2014/a1).

Opinia formatorilor INM:

Problema creanțelor bugetare, în condițiile în care titlul executoriu a fost contestat, a fost discutată și la întâlnirea reprezentanților curților de apel pentru unificarea practicii judiciare în materie comercială de la Craiova, din 27-28 aprilie 2015, la care s-a decis, în unanimitate, că formularea unei contestații, fără să existe

vreo dispoziție de suspendare a executării titlului executoriu, nu afectează caracterul cert, lichid și exigibil al creanței bugetare.

Existența neîndoielnică a creanței și caracterul său exigibil decurg tocmai din titlul executoriu care, deși contestat, nu a fost suspendat, deci poate fi pus în executare, distribuirea către acești creditori a unor sume nefiind altceva decât o formă de executare. În acest caz, dacă ulterior se admite contestația și titlul este anulat, devin pe deplin aplicabile dispozițiile privind executarea pe riscul creditorului și întoarcerea executării.

De altfel, fiind titlu executoriu, în temeiul acestuia, chiar contestat fiind, atâta timp cât nu s-a dispus suspendarea, se poate cere inclusiv deschiderea procedurii insolvenței.

În concluzie, simpla înregistrare a unei contestații, fără să existe vreo dispoziție de suspendare a executării titlului executoriu, nu afectează caracterul cert, lichid și exigibil al creanței bugetare.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

3. Titlul problemei de drept:

Renunțarea la judecarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței (Curtea de Apel Iași)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: deschiderea procedurii la cererea creditorului

Acte normative incidente: art. 342 din Legea nr. 85/2014; art. 406-407 C. proc. civ.

Cuvânt cheie: cerere de deschidere a procedurii, renunțare la judecată

Legea nr. 85/2014 reglementează doar modalitatea de soluționare a cererii de deschidere a procedurii insolvenței și nu și renunțarea la judecată privind cererea de deschidere a procedurii insolvenței, astfel că se pune problema care ar fi normele juridice aplicabile în cazul renunțării la cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

Sub aspectul exercitării căii de atac împotriva hotărârii prin care se constată renunțarea la judecarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței a fost pus în discuție aspectul dacă administratorul judiciar are interes de a exercita calea de atac a recursului împotriva hotărârii de renunțare la judecată, cât timp voința reprezentanților societății a fost aceea de a renunța la cererea privind deschiderea procedurii de insolvență.

Opinia formatorilor INM:

În condițiile în care Legea nr. 85/2014, ca lege specială, nu prevede nimic în această privință, apreciem că vor fi aplicabile dispozițiile art. 406-407 Cod procedură civilă care completează dispozițiile legii speciale în materia insolvenței, în conformitate cu art. 342 din Legea nr. 85/2014.

Ca atare, hotărârea prin care judecătorul-sindic constată renunțarea la judecata cererii de deschidere a procedurii insolvenței va fi supusă recursului în condițiile art. 406 alin. (6) C. proc. civ., instanța de recurs fiind instanța superioară celei care a luat act de renunțare, respectiv curtea de apel.

Cu privire la problema dacă administratorul judiciar are interes de a exercita calea de atac a recursului împotriva hotărârii de renunțare la judecată, apreciem că această problemă nu se pune în practică, în condițiile în care procedura insolvenței nu a fost deschisă, deci numirea practicianului în insolvență nu a avut loc.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

S-a exprimat opinia potrivit căreia, inclusiv atunci când se renunță la o cerere de deschidere a procedurii, suntem în prezența unei hotărâri a judecătorului sindic, susceptibilă de apel, dispozițiile art. 406-407 C. proc. civ. fiind incompatibile cu dispozițiile speciale edictate în materia insolvenței, în acest sens pledând interpretarea sistematică a mai multor texte ale Legii nr. 85/2014:

- art. 41 din Legea nr. 85/2014 care stabilește că toate procedurile care se fundamentează pe această lege sunt de competența tribunalului / tribunalului specializat;

- art. 46 care dispune că hotărârile judecătorului sindic pot fi atacate numai cu apel;

- art. 43 alin. (1) care stabilește competența materială a curții de apel, ca instanță de apel în această materie („Curtea de apel va fi instanța de apel pentru hotărârile pronunțate de judecătorul-sindic”.)

Ca argument suplimentar în favoarea aplicării dispozițiilor referitoare la renunțarea la judecată din Codul de procedură civilă au fost invocate prevederile art. 83 lit. k) din Legea nr. 76/2012 care stabilesc abrogarea oricăror dispoziții contrare, chiar cuprinse în legi speciale, ca urmare a intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă.

Concluzii:

Participanții au agreeat, cu majoritate, opinia exprimată de formatorii INM.

S-a consemnat și punctul de vedere potrivit căruia, inclusiv atunci când se renunță la o cerere de deschiderea a procedurii, suntem în prezența unei hotărâri a judecătorului sindic, susceptibilă de apel.

4. Titlul problemei de drept:

Modalitatea de comunicare a hotărârii judecătorului sindic prin care s-a admis/respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Momentul de la care curge termenul de apel împotriva acestor hotărâri (Curtea de Apel Alba Iulia)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: deschiderea procedurii la cererea creditorului; deschiderea procedurii la cererea debitorului

Acte normative incidente: art. 42 alin. (1), (3), (9), art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: Cerere de deschidere a procedurii, sentință de admitere/respingere, modalitate de comunicare

În practica Tribunalului Alba, Hunedoara și Sibiu s-a constatat existența unor diferențe în modalitățile de comunicare a hotărârii judecătorului sindic prin care se soluționează cererile creditorului/debitorului de deschidere a procedurii insolvenței.

Astfel, un tribunal procedează la comunicarea hotărârii doar prin BPI, iar celelalte atât prin publicare în BPI, cât și conform Codului de procedură civilă.

Acest aspect a fost sesizat prima oară cu ocazia soluționării apelului declarat de debitoare împotriva sentinței nr. 1106/2014 a Tribunalului Hunedoara, prin care s-a respins contestația debitoarei și s-a admis cererea creditoarei de deschidere a procedurii insolvenței. S-a constatat, cu acest prilej, că la dosar nu exista dovada comunicării sentinței la sediul declarat al debitoarei, potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă, considerându-se insuficientă îndeplinirea procedurii de comunicare doar prin publicare în BPI. S-a apreciat că sunt incidente dispozițiile art. 42 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, iar termenul de apel s-a stabilit că va începe să curgă conform normei de excepție reglementată de art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, respectiv de la comunicarea hotărârii conform Codului de procedură civilă, iar în lipsa unei astfel de comunicări apelul este apreciat în termen.

Această problemă a fost consemnată și în Minuta Curții de Apel Constanța aferentă trimestrului II al anului 2015, întocmită conform art. 1 pct. 8 din Hotărârea CSM nr. 148/2015, respectiv la capitolul Insolvență pct. 2.

Curtea de Apel Alba Iulia consideră că, atât în ipoteza respingerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, cât și în cea a admiterii acesteia, în urma demersului creditorului sau debitorului, termenul de apel de 7 zile ar trebui calculat în raport de momentul comunicării hotărârii conform Codului de procedură civilă, iar nu în raport de cel al publicării hotărârii în BPI.

Argumente:

1. În ipoteza respingerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, pentru respectivul debitor nu se editează BPI, dispozițiile art. 42 alin. (9) din Legea nr. 85/2014 reglementând expres o astfel de editare, în vederea publicării citațiilor, convocărilor și notificărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești, după deschiderea procedurii insolvenței.

De asemenea, citarea părților s-a realizat în condițiile art. 42 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, conform căroră „Prin excepție de la prevederile alin. (1), comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă”.

Comunicarea hotărârii și în modalitatea reglementată de Codul de procedură civilă, este acceptată de legiuitor prin excepția prevăzută de art. 43 alin. (2) din legea specială, respectiv termenul de apel curge de la comunicarea hotărârii realizată prin BPI, doar dacă prin lege nu se prevede altfel.

În acest context, rațiunea stabilirii momentului curgerii termenului de apel, în raport de data comunicării hotărârii la sediul legal sau ales al părții, este dată de necesitatea respectării dreptului la apărare și al dreptului la un proces echitabil.

2. Corelativ argumentelor expuse, în ipoteza admiterii cererii creditorului și deschiderii procedurii insolvenței față de debitor, stabilirea momentului curgerii termenului de apel de la data publicării hotărârii în BPI nu corespunde garanțiilor unui proces echitabil.

Astfel, debitorul care a fost citat, în condițiile art. 42 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, la sediul procesual are așteptarea legitimă, ca și efect al predictibilității modului de derulare a procesului civil, ca și comunicarea hotărârii să i se realizeze în același mod, respectiv conform Codului de procedură civilă.

Prin editarea BPI și prin prevederea generală a art. 42 alin. (1) - “Citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI” - după deschiderea procedurii de insolvență, se instituie prezumția cunoașterii derulării procedurii, echivalent al unui termen în cunoștință dat părților.

Până la momentul aducerii la cunoștința debitorului a modalității în care se va derula în viitor citarea sa în procedura insolvenței, stabilirea momentului de începere a termenului de apel, de la publicarea hotărârii în BPI, nu corespunde necesității asigurării unui acces la justiție al părții, în contextul efectelor pe care procedura insolvenței le și produce asupra respectivului debitor.

Opinia formatorilor INM:

Situația este diferită atunci când s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței față de cea în care s-a admis cererea de deschidere a procedurii insolvenței de către judecătorul sindic.

Astfel, potrivit art. 5 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, “Buletinul procedurilor de insolvență, denumit în continuare BPI, este publicația editată de Oficiul Național al Registrului Comerțului, care are drept scop publicarea citațiilor, convocărilor, notificărilor și comunicărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar după deschiderea procedurii de insolvență prevăzute de prezenta lege, precum și a altor acte care, potrivit legii, trebuie publicate, iar conform art. 42 alin. (9) “în vederea publicării citațiilor, convocărilor și notificărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești, după deschiderea procedurii prevăzute de prezenta lege, se editează BPI”.

Articolul 42 alin. (1) din lege prevede regula potrivit căreia “citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI”, însă conform art. 42 alin. (3) “prin excepție de la prevederile alin. (1), comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă”.

Conform art. 43 alin. (2) din lege “termenul de apel este de 7 zile de la comunicarea hotărârii realizată prin publicare în BPI, dacă prin lege nu se prevede altfel”.

1. În ipoteza în care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței nu există teme juridic pentru comunicarea hotărârii prin BPI, dispozițiile art. 42 alin. (9) din Legea nr. 85/2014 reglementând expres editarea prin BPI doar în vederea publicării citațiilor, convocărilor și notificărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești după deschiderea procedurii insolvenței.

În această ipoteză nu s-a dispus deschiderea procedurii, astfel că sunt incidente prevederile Codului de procedură civilă, comunicarea prin BPI putându-se realiza numai după trecerea de momentul procedural al deschiderii procedurii insolvenței.

Comunicarea hotărârii în modalitatea reglementată de Codul de procedură civilă este acceptată de legiuitor prin excepția prevăzută de art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, respectiv termenul de apel curge de la comunicarea hotărârii realizată prin BPI, doar dacă prin lege nu se prevede altfel. Astfel, în acest caz, comunicarea hotărârii trebuie realizată conform prevederilor Codului de procedură civilă, iar termenul de apel este de 7 zile de la data acestei comunicări.

2. Situația este diferită însă în cazul în care s-a admis cererea de deschidere a procedurii insolvenței de către judecătorul sindic, în această ipoteză fiind incidente dispozițiile cu caracter de regulă din art. 42 alin. (1) și art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, întrucât a fost deschisă procedura insolvenței, iar hotărârea judecătorului sindic este executorie, chiar dacă împotriva ei se poate exercita calea de atac a apelului.

În acest caz, termenul de apel este de 7 zile și curge de la comunicarea hotărârii realizată prin publicare în BPI, nefiind incidente cazurile de excepție prevăzute de art. 42 alin. (3) sau (4) din Legea nr. 85/2014.

Cu privire la exercitarea dreptului la apărare și existența dreptului la un proces echitabil, Curtea Constituțională, sub imperiul Legii nr. 85/2006, prin Decizia nr. 1137/2007, ale cărei considerente sunt valabile și azi, a reținut că instituirea unor proceduri speciale, ținând cont de specificul procedurii insolvenței, nu poate fi privită ca aducând atingere dreptului la apărare sau dreptului la un proces echitabil.

S-a stabilit că, din punct de vedere material, publicarea prin BPI este similară publicării actului de procedură într-un ziar de mare circulație sau în Monitorul Oficial al României, în ambele cazuri legiuitorul prezumând că mijloacele respective pot constitui o sursă de informare suficient de generală pentru a fi accesibilă persoanelor vizate.

De asemenea, prin Decizia nr. 283/2014, Curtea Constituțională și-a menținut jurisprudența și cu privire la prevederile Legii nr. 85/2014, constatând că citarea și comunicarea actelor prin BPI își găsesc justificarea în însuși specificul acestei proceduri și au ca scop desfășurarea cu celeritate a acesteia. Obligațiile corelative ale părților nu pot fi privite ca aducând o restrângere a dreptului la apărare, atât timp cât părțile au posibilitatea de a participa la termenele fixate de judecătorul sindic și de a consulta dosarul în vederea cunoașterii tuturor actelor de procedură depuse la acesta.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Fără a contesta avantajele procedurii de comunicare realizate prin BPI, procedură a cărei constituționalitate a fost statuată în jurisprudența Curții Constituționale, într-o opinie, s-a apreciat că citarea debitorului, în condițiile art. 42 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, la sediul procesual, naște pentru acesta așteptarea legitimă, ca efect al predictibilității modului de derulare a procesului civil, ca și comunicarea hotărârii să i se realizeze în același mod, respectiv conform Codului de procedură civilă; comunicarea hotărârii fiind realizată conform Codului de procedură civilă, este firesc ca și termenul de apel să curgă de la această comunicare, chiar dacă formalitățile de comunicare s-au realizat și prin BPI. Prin urmare, câtă vreme judecata s-a desfășurat conform dispozițiilor din Codul de procedură civilă, este firesc ca și comunicarea hotărârii să se realizeze potrivit dispozițiilor aceluiași cod, chiar și ulterior deschiderii procedurii insolvenței.

În susținerea opiniei prezentate în punctul de vedere al INM, s-a apreciat că trebuie dată eficiență dispozițiilor legii speciale, derogatorii, prin raportare la momentul de demarcație stabilit de aceeași lege, reprezentat de deschiderea procedurii insolvenței. În sprijinul aceleiași soluții a fost invocat și principiul unicității căii de atac, care se opune admiterii existenței a două căi de atac pentru aceeași hotărâre care să curgă de la momente diferite. Fiind vorba despre norme edictate în materie de citare și comunicare, acestea sunt de strictă interpretare. S-a mai precizat că, pentru rigoare, se impune menționarea în mod expres în minută că termenul pentru declararea căii de atac curge de la publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvență.

În contextul dezbaterilor pe acest punct a fost adusă în discuție jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în cauza *Zavodnik c. Slovenia*, în care Curtea a statuat încălcarea dreptului la un proces echitabil, ca urmare a efectuării procedurii de citare exclusiv prin buletinul procedurilor de insolvență din Slovenia, fapt care a determinat imposibilitatea reclamantului persoană fizică de a se adresa instanței în termenul prevăzut de lege.

De asemenea, au fost semnalate dificultățile întâmpinate în gestionarea activității BPI, constând în neprimirea motivelor de apel sau a înscrisurilor atașate apelului. În acest context, s-a convenit ca disfuncționalitățile să fie sesizate Ministerului Justiției, pentru ca acesta, la rândul său, să sesizeze ORC, pentru a măsuri cu privire la corecta gestionare a BPI.

Referitor la republicarea în BPI a înscrisurilor, s-a precizat că aceasta este firească, întrucât art. 43 alin. (2) face referire numai la citare și comunicarea deciziilor, nu și la comunicarea înscrisurilor, acestea putând fi comunicate numai potrivit Codului de procedură civilă.

Având în vedere că dispozițiile art. 42 alin. (1) (“Citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI”) sunt aplicabile procedurii de citare în primă instanță, s-a pus problema modalității în care se realizează comunicarea, în primă instanță, după deschiderea procedurii, a actelor de procedură care consemnează poziții procesuale referitoare la diverse contestații (de ex. întâmpinare) pentru care nu este prevăzută o procedură specială de comunicare (de ex. contestația împotriva raportului). S-a arătat că în ipoteza acestor contestații sunt stabilite termene speciale de soluționare, în vederea asigurării celerității procedurii, ceea ce le face incompatibile cu procedura de comunicare discutată.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

5. Titlul problemei de drept:

Modalitatea de îndeplinire procedurii de citare în apel, în situația în care cererea de deschidere a procedurii a fost respinsă în primă instanță (Curtea de Apel Târgu Mureș)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: deschiderea procedurii la cererea creditorului; deschiderea procedurii la cererea debitorului

Acte normative incidente: art. 5 alin. (6), art. 42 alin. (3) și (9), art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: Cerere de deschidere a procedurii, apel, modalitate de citare

Prin raportare la dispozițiile art. 43 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, citarea apelanților, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a intimaților în apel și comunicarea deciziilor pronunțate se fac prin BPI, instanța transmițând actele de procedură din oficiu, pentru publicare în BPI, iar procedura putând considerată îndeplinită dacă citația se publică cu cel puțin 5 zile calendaristice înainte de data stabilită pentru înfățișare.

Însă, pe de altă parte, potrivit dispozițiilor art. 42 alin. (3), comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă.

Se pune problema dacă aceste prevederi sunt contradictorii și, în caz afirmativ, care prevalează cu privire la citarea în apel, în cauzele soluționate, în primă instanță, prin respingerea cererii de deschidere a procedurii formulate de debitor sau creditor.

Într-o opinie, se susține că, de vreme ce, în speță, nu s-a dispus deschiderea procedurii, în temeiul art. 65, art. 66, art. 70 din Legea nr. 85/2014, nu suntem în prezența depășirii momentului până la care procedura de citare trebuie îndeplinită conform prevederilor Codului de procedură civilă – aceasta putându-se realiza prin BPI numai după trecerea de momentul procedural al deschiderii procedurii și al notificării deschiderii procedurii.

Într-o altă opinie, se consideră că dispoziția cuprinsă în art. 43 alin. (3) este imperativă, instituind o regulă specială, aplicabilă în etapa apelului, indiferent de modalitatea în care prima instanță a soluționat cererea de deschidere a procedurii. Concluzia se impune cu atât mai mult cu cât, în speță, a avut loc o comunicare realizată potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, și anume comunicarea actelor anterioare deschiderii procedurii, de către prima instanță.

Opinia formatorilor INM:

În ipoteza în care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, apreciem că se va realiza procedura de citare în apel conform prevederilor Codului de procedură civilă, dispozițiile art. 42 alin. (9) din Legea nr. 85/2014 reglementând expres editarea prin BPI doar în vederea publicării citațiilor, convocărilor și notificărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești după deschiderea procedurii insolvenței.

În această ipoteză nu s-a dispus deschiderea procedurii, astfel că sunt incidente prevederile Codului de procedură civilă, comunicarea prin BPI putându-se realiza numai după trecerea de momentul procedural al deschiderii procedurii insolvenței.

Este adevărat că prevederile art. 43 alin. (2), potrivit cărora citarea apelanților, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a intimaților în apel și comunicarea deciziilor pronunțate se fac prin BPI, pot fi interpretate în sensul că sunt aplicabile în toate cazurile, însă opțiunea legiuitorului a fost aceea ca doar citarea părților și comunicarea actelor de procedură ulterioare deschiderii procedurii insolvenței să se realizeze prin BPI, astfel că nu pot fi aplicabile aceste prevederi dacă nu a fost deschisă în prealabil procedura insolvenței.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

6. Titlul problemei de drept:

Situația în care, la cererea unui creditor, judecătorul sindic admite cererea de deschidere a procedurii insolvenței, iar în apelul debitorului se constată că nu sunt îndeplinite condițiile deschiderii procedurii insolvenței; cine suportă cheltuielile efectuate de administratorul judiciar (Curtea de Apel Iași)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: deschiderea procedurii la cererea creditorului

Acte normative incidente: art. 57 alin. (13) din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: cerere de deschidere a procedurii, apel, cheltuieli de judecată

Articolul 43 alin. (4) din Legea nr. 85/2014 reglementează ipoteza în care „Curtea de apel investită cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând apelul, va anula hotărârea și va trimite cauza judecătorului sindic pentru deschiderea procedurii insolvenței”.

Nu este reglementată situația în care, la cererea unui creditor, judecătorul sindic admite cererea de deschidere a procedurii insolvenței, iar în apelul debitorului constată că nu sunt îndeplinite condițiile deschiderii procedurii insolvenței, admite apelul apelantului debitor și respinge cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenței.

Problema juridică care a fost dezbătută la nivelul instanței a fost cine suportă, în această situație, cheltuielile efectuate de administratorul judiciar (onorariu+cheltuieli de procedură).

Opinia formatorilor INM:

În situația în care, la cererea unui creditor, judecătorul sindic admite cererea de deschidere a procedurii insolvenței, iar în apelul debitorului curtea de apel constată că nu sunt îndeplinite condițiile deschiderii procedurii insolvenței, aceasta, în baza art. 480 C. proc. civ., va admite apelul apelantului debitor și va respinge cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenței.

Articolul 57 alin. (13) din Legea nr. 85/2014 prevede expres ce se întâmplă în această situație, respectiv: „în cazul desființării pentru orice motive a hotărârii de deschidere a procedurii, instanța care va desființa hotărârea va decide asupra onorariului practicianului, aplicându-se corespunzător alin. (2), iar plata acestui onorariu și a cheltuielilor de procedură va fi suportată de pârât sau de reclamant, potrivit reglementărilor privitoare la cheltuielile de judecată din Codul de procedură civilă”.

În consecință, instanța de apel este obligată, la solicitarea practicianului în insolvență, să se pronunțe prin decizia din apel asupra onorariului practicianului în insolvență și asupra cheltuielilor de procedură efectuate până la acel moment, aplicând dispozițiile art. 451-455 C. proc. civ. privitoare la cheltuielile de judecată.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

În practică, sub imperiul Legii nr. 85/2006, s-a pus problema suportării cheltuielilor de procedură în ipoteza obligării lichidatorului judiciar prin acțiune în atragerea răspunderii, acțiune care a fost însă respinsă, apreciindu-se că nu poate fi reținută o culpă procesuală în sarcina acestuia, întrucât nu își valorifică un drept propriu, acționând ca mandatar legal.

Problema nu subzistă sub imperiul noii reglementări în materia insolvenței, care reglementează în mod expres interdicția obligării lichidatorului la aceste cheltuieli.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

7. Titlul problemei de drept:

Natura termenului de 60 de zile prevăzut de art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, acordat în vederea efectuării și finalizării inspecției fiscale (imperativ sau de recomandare?). Aplicabilitatea prevederilor art. 185 alin. (1) C. proc. civ. Care va fi situația creanței estimate declarate în termenul prevăzut de art. 100 alin. (1) lit. b) din lege, în cazul în care intervalul de 60 de zile nu este respectat? Înțelesul noțiunii de „supliment al cererii de admitere a creanței inițiale” cuprinse în art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 (Curtea de Apel Cluj, Curtea de Apel Târgu Mureș)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestație; contestație creanțe

Acte normative incidente: art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014; art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Cuvânt cheie: Cerere de admitere a creanței, termen, natura termenului

În opinia susținută în mod constant de organele fiscale, acest termen de 60 de zile este unul de recomandare, fără efecte în planul procedurii. Această teză nu a fost însă împărtășită de către instanțele judecătorești din raza Curții de Apel Cluj, care au făcut apel la prevederile art. 185 alin. (1) C. proc. civ., la caracterul imperativ al obligației stabilite în sarcina organului fiscal și la necesitatea asigurării previzibilității și celerității procedurii.

În același context, în cazul în care declarația de creanță inițială nu era întemeiată pe titluri de creanță/executorii, fiind una pur estimativă, s-a apreciat că măsura înlăturării din tabel a creditorului fiscal este una legală, dat fiind că înscrierea inițială a fost realizată sub condiție suspensivă, care nu s-a realizat în interiorul termenului de 60 de zile.

De regulă, cererea de admitere a creanței (bugetare) a fost depusă în termen procedural util, de organul fiscal, cu respectarea datei limită stabilite prin hotărârea de deschidere a procedurii generale a insolvenței. Întreaga sumă solicitată a fost înscrisă în tabelul preliminar la rangul V de preferință, „creanțe bugetare”, conform art. 161 pct. 5 din Legea nr. 85/2014.

În termenul de 60 de zile, prevăzut de art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, creditoarea a depus la dosar un „supliment al cererii de admitere a creanței inițiale”, prin care a solicitat să fie înscrisă în tabelul de creanțe, cuantumul creanței stabilite suplimentar urmând a fi precizat la data la care se va finaliza inspecția fiscală prin întocmirea Raportului de Inspecție fiscală, potrivit prevederilor O.G. nr. 92/2003, precizând că inspecția fiscală a fost demarată în termenul de 60 de zile.

Într-o opinie, se consideră că termenul de 60 de zile, acordat cu titlu suplimentar creditorilor bugetari, prin art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, a fost stabilit în mod imperativ – legiuitorul utilizând sintagmele „vor efectua inspecția fiscală”, „vor întocmi raportul de inspecție fiscală”, „vor înregistra cererea de admitere a creanței” –, care exclude posibilitatea derogării, de la îndeplinirea acestor obligații, în termenul legal, prin voința persoanelor (creditorilor bugetari) în favoarea cărora a fost instituit termenul de 60 de zile, de la data publicării în B.P.I. a notificării privind deschiderea procedurii, pentru înregistrarea unui supliment al cererii de admitere a creanței inițiale (dacă este cazul).

În plus, potrivit dispozițiilor art. 114 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b) – text la care face trimitere și art. 102 alin. (1) –, va fi decăzut,

cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură.

De la această regulă s-a instituit o singură excepție, și anume în cazul în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 42 din Legea nr. 85/2014 (referitor la comunicarea actelor de procedură). Însă, atunci când notificarea deschiderii procedurii insolvenței a fost făcută cu respectarea dispozițiilor art. 99 alin. (3), termenul de 60 de zile [calculat pe zile libere, conform art. 181 alin. (1) pct. 2 Cod proc. civ., normă generală aplicabilă prin efectul normei de trimitere cuprinse în art. 342 alin. (1) din Legea nr. 85/2014] a început să curgă, prin efectul legii.

Deși, în actul intitulat „supliment al cererii de admitere a creanței inițiale”, creditoarea a invocat art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2015, nu s-a conformat exigențelor acestei norme speciale, în condițiile în care, înăuntrul termenului de 60 de zile nu a înregistrat un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale în care să menționeze, conform art. 104 alin. (1) și (2), suma datorată, temeiul creanței, precum și mențiuni cu privire la eventualele cauze de preferință, nedepunând nici documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de cauze de preferință. În „supliment” nu se precizează niciun quantum al creanței, ci se menționează doar să urmează să fie precizat la data la care se va finaliza inspecția fiscală.

În contextul în care și art. 104 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 face referire expresă la termenul stabilit pentru depunerea cererii de admitere a creanței (cu privire la organul fiscal, acesta fiind de 60 de zile), pentru depunerea suplimentului la cererea de admitere a creanței, fără ca organul fiscal să fi înregistrat la dosar un supliment în acord cu cerințele anterior relevate, i se aplică sancțiunea decăderii (creditoarea nedepunând nici diligența formulării unei cereri de repunere în termen, în temeiul art. 186 alin. (1) Cod proc. civ., cu îndeplinirea actului procedural în termen de 15 zile de la încetarea împiedicării, în cazul în care putea proba o astfel de împiedicare, determinată de motive temeinic justificate).

Într-o altă opinie, se are în vedere, cu precădere, faptul că, prin art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 s-a creat o poziție privilegiată creditorilor bugetari, prin comparație cu ceilalți creditori, în considerarea naturii creanțelor a căror înscriere în tabelul de obligații ale debitoarei poate fi solicitată de către creditorii bugetari, respectiv sume reprezentând impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare, precum și accesoriile acestora, în acord cu definiția dată creanțelor bugetare prin art. 5 pct. 14 din Legea nr. 85/2014.

De asemenea, se are în vedere faptul că, în susținerea cererii de admitere a creanței suplimentare, organul fiscal a invocat motive concrete, și anume că a demarat inspecția fiscală la societatea debitoare care, însă, a solicitat efectuarea unei expertize financiar-contabile (cererea fiind respinsă, întrucât aceasta constituie însuși obiectul inspecției fiscale în curs); în plus, organul fiscal a întâmpinat dificultăți în privința verificării înregistrării în evidența contabilă a documentelor primare, în privința identificării modului de descărcare din gestiune, modului de determinare a veniturilor și cheltuielilor, modului de determinare, înregistrare, declarare și achitare a impozitelor și taxelor, din cauza programului de contabilitate, extragerea datelor din acesta fiind foarte greoaie (personalul debitoarei putând pune la dispoziție informații centralizate doar cu ajutorul unui informatician, care nu mai este angajat al societății, fiind disponibil doar la sfârșitul săptămânii), debitoarea neputând prezenta registrul jurnal, jurnalele de cumpărări și de vânzări, situația stocurilor lunare în format electronic fiind pusă la dispoziție cu întârziere, la fel și baza de date cu informațiile referitoare la modul de descărcare din gestiune a unor produse înregistrate ca achiziții de la societăți ce au un comportament fiscal de tip „fantomă”; în fine, organul fiscal a invocat faptul că perioada verificată este lungă (1 ianuarie 2013 – 30 noiembrie 2014), că debitoarea are o activitate complexă, obținerea și analizarea informațiilor fiind greoaie și necesitând timp, precum și faptul că, potrivit art. 107 alin. (4) din O.G. nr. 92/2003, contribuabilul are dreptul să își prezinte în scris punctul de vedere cu privire la constatările inspecției fiscale, în termen de 3 zile lucrătoare de la încheierea acesteia.

Opinia formatorilor INM:

Pentru a clarifica aspectele divergente din practica judiciară de sub imperiul Legii nr. 85/2006 în legătură cu calificarea drept creanțe anterioare deschiderii procedurii sau creanțe curente a creanțelor bugetare constatate prin controale efectuate de organele fiscale după deschiderea procedurii, art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 prevede că sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară deschiderii procedurii insolvenței debitorului.

În termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, organele de inspecție fiscală vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală.

Creditorii bugetari vor înregistra cererea de admitere a creanței în termenul prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014, urmând ca, în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să înregistreze un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale, dacă este cazul.

Prin urmare, cererea de admitere a creanței bugetare se depune în termenul de maximum 45 de zile de la data deschiderii procedurii, corespunzător unui creditor obișnuit. Deși creditorul bugetar a fost informat personal de către debitor cu privire la intenția sa de declanșare a procedurii (dovada notificării organului fiscal competent fiind obligatoriu a se regăsi printre documentele care însoțesc cererea de deschidere sau cel mai târziu la primul termen de judecată) sau, dacă suntem în situația deschiderii procedurii la cererea unui creditor, însăși instanța de judecată are obligația de a o comunica în termen de la 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului și organului fiscal competent, totuși legiuitorul a prevăzut în favoarea acestuia un termen suplimentar, calculat de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, în vederea întocmirii și depunerii unui supliment al cererii de admitere a creanței inițiale.

În lipsa depunerii cererii de admitere a creanței în termenul legal al art. 100 alin. (1) lit. b), "suplimentul" depus de creditorul bugetar în termenul de 60 de zile nu se justifică, fiind nelegal.

Termenul de 60 de zile, acordat cu titlu suplimentar creditorilor bugetari, prin art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, a fost stabilit în mod imperativ, care exclude posibilitatea derogării de la îndeplinirea acestor obligații. Fiind vorba despre o excepție de la regula generală a înregistrării declarațiilor de creanță de către creditori, ea trebuie interpretată în mod restrictiv, fiind de strictă interpretare.

Este adevărat că, prin art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, s-a creat o poziție privilegiată creditorilor bugetari, în comparație cu ceilalți creditori, în considerarea naturii creanțelor a căror înscriere în tabelul de obligații ale debitoarei poate fi solicitată de către creditorii bugetari, respectiv sume reprezentând impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare, precum și accesoriile acestora, însă această favoare nu poate fi extinsă dincolo de prevederile exprese ale textului legal.

În această situație, la expirarea termenului legal, vor deveni aplicabile dispozițiile art. 114 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014, conform cărora titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b – text la care face trimitere și art. 102 alin. (1) –, va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură.

Concluzii:

Participanții au acordat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

8. Titlul problemei de drept:

Plan de reorganizare propus de creditoare. Admisibilitatea modificării actului constitutiv al societății debitoare, în sensul majorării capitalului social prin aportul în creanțe al creditoarei (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: confirmare/modificare plan de reorganizare judiciară

Acte normative incidente: art. 133 din Legea nr. 85/2014; art. 16, 210, 221 din Legea nr. 31/1990

Cuvânt cheie: plan de reorganizare, modificare act constitutiv, majorare capital social, aport în creanțe, admisibilitate

Într-o opinie, s-a susținut că modificarea actului constitutiv al debitoarei ca măsură de implementare a planului nu se poate face decât în condițiile legii. De asemenea, este de remarcat că derogarea de la prevederile Legii nr. 31/1990 reglementată de alin. (6) al art. 133 din Legea nr. 85/2014 privește exclusiv posibilitatea de modificare a actului constitutiv al debitoarei fără acordul asociaților/acționarilor, neputând fi

reținute ca temei pentru orice fel de modificare a actului constitutiv propusă de către un creditor. Or, prevederile art. 16 alin. (3) din Legea nr. 31/1990 interzic aporturile în creanțe, în cazul societăților cu răspundere limitată (cum este debitoarea). În plus, dat fiind acest statut juridic, nu sunt aplicabile nici prevederile art. 133 lit. j) din Legea nr. 85/2014.

În sens contrar, s-a indicat că acest raționament este deficitar din perspectiva faptului că s-a făcut confuzie între două noțiuni și operațiuni distincte, și anume majorarea capitalului social prin aport în creanțe versus majorarea capitalului social prin conversia creanțelor, aceasta din urmă fiind permisă și în cazul societăților cu răspundere limitată [art. 210 alin. (2) și 221 din Legea nr. 31/1990], iar prevederile art. 133 din Legea nr. 85/2014 nu instituie vreun impediment în acest sens.

Opinia formatorilor INM:

Suntem de acord cu prima opinie, deoarece, potrivit art. 133 alin. (5) din Legea nr. 85/2014, modificarea actului constitutiv al debitoarei ca măsură de implementare a planului nu se poate face decât în condițiile legii, adică potrivit Legii nr. 31/1990.

Derogarea de la prevederile Legii nr. 31/1990 reglementată de alin. (6) al art. 133 din Legea nr. 85/2014 privește exclusiv posibilitatea de modificare a actului constitutiv al debitoarei fără acordul asociaților/acționarilor, neputând fi reținute ca temei pentru orice fel de modificare a actului constitutiv propusă de către un creditor.

Potrivit prevederilor art. 16 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, sunt interzise aporturile în creanțe, în cazul societăților cu răspundere limitată. În aceste condiții, indiferent dacă este vorba despre un aport în creanțe sau conversia creanțelor, majorarea capitalului social al unei societăți cu răspundere limitată nu se poate realiza în aceste modalități, fiind interzisă de lege cu caracter imperativ, iar prevederile art. 210 alin. (2) și 221 din Legea nr. 31/1990 trebuie interpretate prin corelare cu prevederile art. 16 alin. (3) din Legea nr. 31/1990.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

A fost susținută opinia potrivit căreia majorarea capitalului social prin conversia creanțelor este permisă și în cazul societăților cu răspundere limitată, potrivit art. 210 alin. (2) și art. 221 din Legea nr. 31/1990.

Referitor la acest punct de vedere s-a opinat însă că, deși art. 221 se referă la modalitățile și sursele menționate la art. 210 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, pentru fiecare tip de societate, majorarea capitalului social se face în condițiile părții generale, care statuează principiile generale aplicabile fiecărui tip de societate. În acest context, nu se poate considera că textul se referă și la conversia datoriilor în acțiuni, din conținutul acestuia rezultând că este vizată doar ipoteza societății pe acțiuni.

În plus, art. 16 alin. (3) din Legea nr. 31/1990 face referire la aporturile în creanțe ca "nefiind admise la societățile cu răspundere limitată", iar nu ca nefiind admise la constituirea S.R.L.. În plus, este de principiu că modificarea actului constitutiv se face cu respectarea regulilor de la constituire, inclusiv sub aspectul admisibilității aporturilor.

Concluzii:

Cu o largă majoritate, participanții au agreat opinia exprimată de formatorii INM.

9. Titlul problemei de drept:

Statutul creanței subordonate în procedură. Votează creanța subordonată (ca pură și simplă) în procedură, ținând cont de faptul că la distribuire participă doar în cazul existenței unui excedent rămas în urma acoperirii pasivului invocat de restul creditorilor sociali sau are statutul unei creanțe afectate de modalitatea condiției suspensive (condiția existenței unui excedent rămas în urma acoperirii pasivului invocat de restul creditorilor sociali) cu toate consecințele ce decurg de aici? (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestație împotriva hotărârii comitetului/adunării creditorilor

Acte normative incidente: art. 102, 138 alin. (5), 161 pct. 10 lit. a) din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: creanțe subordonate, drept de vot

Exercită sau nu acest creditor, *de lege lata*, toate prerogativele definite de art. 5 pct. 19, art. 49 din Legea nr. 85/2014 alături de masa credală, fără vreo limitare sau din interpretarea sistematică a art. 102, 138 alin. (5), 161 pct. 10 lit. a) Legea nr. 85/2014 se poate ajunge la concluzia că dreptul de vot este suspendat?

Un argument în sprijinul acestei ultime soluții ar putea fi acela că în procedura concursuală lichidarea activului se face în interesul exclusiv al masei credale și în detrimentul asociaților. Recunoscând asociaților prerogativa votului, procedura poate fi facil confiscată atunci când gradul de reprezentativitate al creanțelor subordonate o permite. În nici un caz procedura nu poate fi deturnată prin votul exprimat de creanțele subordonate de la scopul legii definit de art. 2 și principiile fundamentale pe care se fundamentează procedura colectivă (exprimate de art. 4 Legea nr. 85/2014).

O altă posibilă soluție ar putea fi aplicarea tezei abuzului de drept, prin raportare la fiecare dintre hotărârile adoptate de masa credală, cu participarea creditorului subordonat, însă aceasta s-ar putea dovedi a fi dificil de conturat, dată fiind complexitatea procedurii și a intereselor participanților la ea.

Opinia formatorilor INM:

Întrucât Legea nr. 85/2014 nu prevede, în afara ordinii de plată a creanțelor prevăzută de art. 161, nicio regulă specială în privința creanțelor subordonate, înseamnă că aceste creanțe au regimul unor creanțe pure și simple, cu toate consecințele care rezultă de aici, inclusiv cu dreptul de vot în adunarea generală a creditorilor.

În condițiile în care aceste creanțe sunt suspuse verificării prevăzute de Legea nr. 85/2014, întocmai ca toate creanțele împotriva averii debitorului, dacă nu se constată că aceste creanțe sunt fictive, nu există nicio rațiune pentru care dreptul de vot în privința acestora să fie suspendat, întrucât nu există nicio prevedere legală în acest sens.

Pe de altă parte, avându-se în vedere că în categoria creanțelor subordonate nu sunt incluse numai creanțele asociaților sau acționarilor care au creditat debitorul, ar fi greu de justificat suspendarea dreptului de vot în privința celorlalte creanțe subordonate.

Înscrierea acestor creanțe sub condiție suspensivă ar fi greșită, având în vedere că în cauză nu sunt incidente dispozițiile art. 1399 – 1410 C. civ., care reglementează condiția ca modalitate a obligațiilor, dacă nu se probează că, potrivit convenției părților, obligațiile debitoarei față de un asociat sau acționar ar fi condiționale.

Eventuale abuzuri care s-ar putea produce prin deturnarea procedurii de la scopul său trebuie apreciate și analizate de la caz la caz, aplicându-se, atunci când se constată, sancțiunile prevăzute de lege.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Problema nu a suscitat practică neunitară.

În ipoteza în care se constată că votul a fost viciat, art. 49 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 oferă remediu, statuând că " În cazul în care, ulterior adoptării hotărârii adunării creditorilor, se constată, prin hotărâre definitivă, că votul a fost viciat prin introducerea sau eliminarea unei creanțe pentru care titularul acesteia solicitase înscrierea în tabelul de creanțe și dacă votul astfel viciat ar fi putut conduce la adoptarea unei alte hotărâri, adunarea creditorilor se reconvoacă cu aceeași ordine de zi."

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

10. Titlul problemei de drept:

Titlul problemei de drept:

Posibilitatea înstrăinării bunurilor din averea debitorului de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, asupra cărora au fost instituite măsuri asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse (Curtea de Apel Cluj)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestație împotriva măsurilor administratorului/lichidatorului judiciar

Acte normative incidente: art. 91 alin. (1) din Legea nr. 85/2014; art. 249 alin. (4), art. 250 C. proc. pen.

Cuvânt cheie: măsuri asigurătorii în procesul penal, posibilitatea înstrăinării bunurilor grevate

Potrivit dispozițiilor art. 91 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, *„Bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de prezenta lege, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum privilegiu, ipotecă, gajuri sau drepturi de retenție, sechestre, de orice fel. **Fac excepție de la acest regim măsurile asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse.**”*

O problemă relevantă care a generat și este susceptibilă să genereze practică neunitară este cea privitoare la înstrăinarea bunurilor din averea debitorului de către administratorul/lichidatorul judiciar în cadrul procedurii insolvenței asupra cărora au fost dispuse măsuri asigurătorii în procesul penal.

Date fiind prevederile art. 53 din Legea nr. 85/2006, cât și cele ale art. 91 din Legea nr. 85/2014, în această situație, dosarele de insolvență trenează foarte mult pe rolul instanțelor întrucât nu pot fi valorificate bunurile imobile care au fost ipotecate în favoarea unor creditori garantați care sunt înscriși la masa credală a debitorilor în insolvență, chiar și atunci când ipotecile au fost înscrise în cartea funciară anterior instituirii sechestrului penal.

Această problemă a fost discutată și la întâlnirea de analiză profesională a judecătorilor din cadrul Secțiilor a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal a Curții de Apel Cluj din 7 noiembrie 2014 în care s-a ajuns la concluzia că *se impune atacarea măsurii de indisponibilizare a bunurilor dispuse de procuror la judecătorul de drepturi și libertăți, în vederea ridicării acesteia, pe motiv că debitoarea se află în insolvență, urmând ca ulterior, **dacă se elimină această piedică, lichidatorul judiciar să procedeze la lichidarea judiciară a acestor bunuri** (pct. 5 din minută).*

Cu toate acestea, se constată că unele instanțe resping astfel de cereri de ridicare a sechestrului penal, astfel că bunurile respective nu mai pot fi vândute de lichidatorul judiciar, fiind afectate astfel drepturile creditorilor de a fi plătiți, în condițiile legii, în procedura insolvenței.

Apreciem că se impune discutarea acestei probleme de drept la întâlnirea președinților de secții specializate, sperând într-o soluționare unitară, inclusiv prin propuneri de ordin legislativ.

Opinia formatorilor INM:

Întrucât chiar legiuitorul a înțeles, prin prevederile art. 91 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 85/2014, să excepteze măsurile asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse de la regula prevăzută la art. 91 alin. (1) teza I înseamnă că vor fi aplicabile prevederile Codului de procedură penală, iar înstrăinarea bunurilor din averea debitorului de către administratorul/lichidatorul judiciar în cadrul procedurii insolvenței asupra cărora au fost dispuse măsuri asigurătorii în procesul penal se poate realiza numai în condițiile prevăzute de acest cod.

Astfel, potrivit art. 249 alin. (4) C. proc. pen., *„măsurile asigurătorii în vederea confiscării speciale sau confiscării extinse se pot lua asupra bunurilor suspectului sau inculpatului ori ale altor persoane în proprietatea sau posesia cărora se află bunurile ce urmează a fi confiscate”, iar conform art. 250 alin. (1) C. proc. pen. „împotriva măsurii asigurătorii luate de procuror sau a modului de aducere la îndeplinire a acesteia suspectul ori inculpatul sau orice altă persoană interesată poate face contestație, în termen de 3 zile de la data comunicării ordonanței de luare a măsurii sau de la data aducerii la îndeplinire a acesteia, la judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond”.*

Sechestrul instituit de organele de urmărire penală sau de instanța penală nu poate fi ridicat decât prin contestarea măsurii asigurătorii în procesul penal, în conformitate cu dispozițiile Codului de procedură penală.

În cursul procedurii insolvenței, practicianul în insolvență poate cere instanței penale ridicarea sechestrului instituit și poate valorifica bunurile numai după eventuala ridicare a măsurii de indisponibilizare, după soluționarea definitivă a procesului penal sau dacă este încuviințată valorificarea lor în procesul penal.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Cu ocazia dezbaterilor au fost evocată diversitatea de situații cu care sunt confrunțați judecătorii sindici, astfel de situații riscând să blocheze procedura.

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM, însă au apreciat că se impune ca această problemă să fie deferită, împreună cu hotărârile înaintate de Curtea de Apel Cluj, catedrei de drept penal și procesul penal din cadrul INM, pentru identificarea unei soluții comune.

11. Titlul problemei de drept:

Persoana obligată la plata remunerației curatorului special numit de instanță în condițiile art.167 din noul Cod de procedură civilă, în materie de insolvență, ca urmare a citării pârâtului prin publicitate, în situația în care curatorul este de acord să presteze serviciul de asistență juridică, chiar dacă onorariul său nu este avansat la începutul procesului, atât pentru situația în care reclamantul creditor câștigă procesul, cât și pentru situația în care acesta pierde procesul (Curtea de Apel Alba Iulia)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: antrenare răspundere

Acte normative incidente: art.167 alin. (3) C. proc. civ.; art. 48 din O.U.G. nr. 80/2013

Cuvânt cheie: citare prin publicitate, curator

Problema în discuție a apărut în ultima perioadă, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă și, implicit, a obligației legale de numire a unui curator special pentru cazul citării prin publicitate a pârâtului, cu privire la care, în textul art. 167 alin. (3), se prevede că „(3) Odată cu încuviințarea citării prin publicitate, instanța va numi un curator dintre avocații baroului, potrivit art. 58, care va fi citat la dezbateri pentru reprezentarea intereselor pârâtului” și, pe de altă parte, ca urmare a interpretării date de doctrină și de practica judiciară, inclusiv cu ocazia întâlnirilor de practică neunitară ale curților de apel, potrivit cu care textul în discuție are în vedere atât pârâtul persoană fizică, cât și pârâtul persoană juridică.

În concret, problema s-a pus cu ocazia soluționării apelului declarat împotriva sentinței Tribunalului Alba nr. 1128/F/2014 din dosar nr. 2202/107/2014 al acestei instanțe, care a obligat pe debitor la plata onorariului/remunerației curatorului, din averea acestuia ori din fondul de lichidare constituit potrivit legii, cu toate că acesta nu a fost avansat de către creditor, ca persoană obligată, potrivit dispozițiilor art. 48 din O.U.G. nr. 80/2013, la plata onorariului.

Debitorul a fost obligat la plata onorariului la cererea separată a curatorului, formulată ca o cerere de completare a hotărârii pronunțate asupra fondului (prin sentința nr. 813/F/2014, prin care s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului pârât), întrucât inițial judecătorul sindic a omis să dispună cu privire la remunerația acestuia.

Soluția a fost însă de natură să nemulțumească pe curator, pentru faptul că este pus în situația de a fi plătit de către debitorul aflat în insolvență, într-o perspectivă nefavorabilă, știut fiind că plățile efectuate de debitor în procedura insolvenței sunt ordonate de legiuitor de o manieră care nu îl favorizează, respectiv pe bază de plan de distribuire ori din fondul de lichidare constituit potrivit art. 4 din Legea nr. 85/2006 sau art. 39 din Legea nr. 85/2014 unde plata curatorului nu s-ar putea încadra.

Acesta motivează, de altfel, că de vreme ce, potrivit art. 48 alin. (2) din O.U.G. nr. 80/2013, cade în sarcina creditorului avansarea onorariului curatorului, acesta trebuie să rămână obligat la plată și în ipoteza în care plata se dispune odată cu hotărârea pronunțată asupra fondului, motiv pentru care solicită schimbarea sentinței, în sensul de a fi obligat creditorul la plata onorariului, iar nu debitorul.

O soluție contrară, prin care este trimis pentru plata onorariului la debitorul insolubil, este de natură a-i anula avantajul conferit de prevederile legale, potrivit cu care plata onorariului se realizează anticipat, mai exact este trimis din situația unei plăți sigure a onorariului în zona plină de incertitudini a debitorului aflat în insolvență.

Lichidatorul judiciar critică hotărârea primei instanțe susținând că plata însemnând onorariul provizoriu al curatorului este în sarcina creditorului, iar pe de altă parte nu este o cheltuială de procedură care, în sensul art. 4 din Legea nr. 85/2006 sau art. 39 din Legea nr. 85/2014, ar putea fi plătită de debitoare, din averea acesteia și din fondul de lichidare. De fapt, lichidatorii urmăresc să își protejeze fondul de lichidare, stabilit de lege în favoarea lor, care în situații de acest gen s-ar diminua considerabil.

Creditorul, prin întâmpinare, susține că pentru debitorul pârât plata sumei reprezentând onorariul curatorului special reprezintă, în conformitate cu prevederile art. 48 alin. (3) din O.U.G. nr. 80/2013, cheltuieli de judecată, astfel că acesta este obligat, în calitate de parte care a pierdut procesul, inclusiv la plata sumei ce reprezintă onorariul curatorului special, fiind fără relevanță, în opinia sa, dacă în cauză onorariul a fost sau nu efectiv avansat de către reclamantul creditor.

Curtea de Apel Alba Iulia nu a pronunțat încă o soluție în acest sens în apel, însă chestiunea a fost discutată la ședința de pregătire profesională a judecătorilor Curții de Apel Alba Iulia din data de 24.09.2015, ocazie cu care cei prezenți s-au exprimat în sensul în care creditorul ar trebui obligat la plata remunerației curatorului special întrucât acestuia îi revine inclusiv obligația de a avansa plata onorariului potrivit art. 38 alin. (2) din O.U.G. nr. 80/2013. Doar în ipoteza în care retribuția ar fi în aceste condiții plătită, debitorul pârât ar putea fi obligat să suporte plata acesteia cu titlu de cheltuieli de judecată în condițiile art. 38 alin. (3) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru.

În cazul în care, pe fond, cererea de deschidere a procedurii insolvenței se respinge, în mod evident, debitorul pârât nu ar putea fi obligat la plata retribuției curatorului cu titlu de cheltuieli de judecată, cu toate că acesta le-a avansat.

În schimb, indiferent de soluția ce se va pronunța în cauză, de admitere ori de respingere a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, persoana ce poate fi obligată la plata onorariului/remunerației curatorului, în cazul în speță, în care curatorul este de acord să presteze serviciul fără a-i fi inițial avansată retribuția, este persoana în sarcina căreia obligația de avansare a fost stabilită de instanță potrivit prevederilor art. 38 alin. (1) sau (2) din O.U.G. nr. 80/2013, respectiv creditorul, pârâtul debitor putând fi obligat la a suporta onorariul curatorului cu titlu de cheltuieli de judecată doar în situația în care, potrivit distincțiilor făcute, onorariul a fost avansat, respectiv plătit de către persoana obligată.

Soluția este identică și pentru cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 58 alin. (4) C. proc. civ. se impune majorarea remunerației finale a curatorului, în sensul că și această majorare, pentru cazul în care avansul provizoriu a fost deja avansat, este în sarcina creditorului, hotărârea pronunțată asupra fondului putând astfel cuprinde o dispoziție privind obligarea creditorului la plata majorării, în condițiile în care aceasta nu este plătită, fără motiv, de către creditor la momentul solicitării ei ori în cazul în care există discuții asupra existenței ori a întinderii acesteia, aspect ce urmează a fi tranșat de judecătorul sindic.

În cazul în care curatorul refuză prestarea serviciului pe motiv că onorariul nu i-a fost avansat, potrivit legii, iar persoana obligată la avansarea onorariului refuză avansarea, instanța este în drept să dispună suspendarea procesului în condițiile art. 242 alin. (1) din actualul Cod de procedură civilă, până la îndeplinirea obligației.

În cazul în care, dacă avansează ori, după caz, plătește onorariul curatorului, și în final pârâtul debitor este obligat să suporte plata acestuia cu titlu de cheltuieli de judecată în favoarea creditorului, în conformitate cu prevederile art. 48 alin. (3) din O.U.G. nr. 80/2013, creditorul nu poate decât să se înscrie cu această creanță la masa credală a debitorului, plata în aceste condiții a creanței urmând a avea regimul juridic special reglementat de dispozițiile legale în materie iar nu cel al cheltuielilor de procedură.

Așa după cum se poate observa, tema propusă este susceptibilă de a genera o practică neunitară, o soluție unitară fiind necesară dat fiind numărul tot mai mare de cauze în care se impune, potrivit legii, numirea curatorului special, cel puțin pentru cazurile de citare a pârâtului prin publicitate iar creditorii nu înțeleg să avanseze onorariul curatorului, sperând că el va fi oricum transferat în final către pârâtul debitor, iar pe de altă parte, pentru cazurile speciale de insolvență, în care, în majoritatea cazurilor, creditorii reclamânți sunt organe ale administrației financiare care solicită deschiderea procedurii insolvenței pentru creanțe bugetare și care refuză avansarea remunerației curatorului pe motiv că nu au repartizate în buget cheltuieli în acest sens, sperând, tot așa, că, oricum, în final, în cazul în care câștigă procesul, cheltuiala privind remunerația curatorului va trece asupra pârâtului debitor (în acest sens, cu titlu de exemplu, Adresa Administrației Județene a Finanțelor Publice Sibiu).

În același timp, au apărut o serie de procese prin care administrațiile financiare formulează contestații împotriva soluțiilor de radiere a unor societăți comerciale dispuse, potrivit legii, de către Oficiul Național al Registrului Comerțului, litigii în care, cu privire la societățile respective, se apelează la procedura de citare prin publicitate, numirea curatorului fiind astfel obligatorie (în acest sens, cu titlu de exemplu, dosar nr. 2950/85/2014 al Tribunalului Sibiu).

Opinia formatorilor INM:

Referitor la necesitatea numirii curatorului în cazul citării prin publicitate a pârâtului persoană juridică, această problemă a fost discutată și în cadrul întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate (foste comerciale) de la nivelul curților de apel, în materia litigiilor cu profesioniști și insolvenței, desfășurată la Craiova în perioada 27-28 aprilie 2015, opinia formatorilor INM fiind aceea că dispozițiile privind citarea prin publicitate se aplică doar persoanei fizice, nu și persoanei juridice (argumentele fiind în sensul că textul incident vorbește despre „domiciliu”, o persoană juridică licită având întotdeauna un sediu), motiv pentru care nu s-ar impune numirea unui curator.

Referitor la acest aspect, opinia agreată de majoritatea participanților la întâlnire a fost în sensul că nu se impune numirea unui curator special, în acest caz. Discuțiile pe acest subiect urmau a fi însă reluate în cadrul întâlnirilor de practică neunitară cu președinții secțiilor I civile.

Potrivit minutei întâlnirii de practică neunitară a președinților secțiilor I civile, desfășurată la Iași, în luna mai 2015, soluția îmbrățișată, în unanimitate, de participanții prezenți la întâlnire a fost în sensul că dispozițiile art. 167 C. proc.civ. privind citarea prin publicitate nu se aplică și persoanei juridice.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

Au fost prezentate posibile situații în care se pune problema citării prin publicitate și desemnării unui curator pentru o persoană fizică (antrenarea răspunderii, spre exemplu).

Concluzii:

Participanții au agreat, în unanimitate, opinia expusă în punctul de vedere al formatorilor INM.

12. Titlul problemei de drept:

În actuala reglementare a procedurii insolvenței, Legea nr. 85/2014, este posibilă sau nu majorarea termenului pentru depunerea tabelului definitiv al creanțelor? (Curtea de Apel Craiova)

Materia: Drept civil

Subcategoria: Insolvență și preinsolvență

Obiect ECRIS: contestație

Acte normative incidente: art. 100 alin. (2) din Legea nr. 85/2014

Cuvânt cheie: termen de depunere a tabelului definitiv, majorarea termenului, inadmisibilitate

În vechea reglementare, art. 62 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevedea în mod expres posibilitatea majorării termenului de depunere a tabelului definitiv cu 15 zile, spre deosebire de art. 100 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 care exclude de la majorare termenul pentru depunerea tabelului definitiv, prevăzând în mod expres această posibilitate doar pentru data depunerii creanțelor, întocmirea tabelului preliminar și data primei ședințe a creditorilor.

Această problemă a apărut în practică urmare a contestațiilor formulate la tabelul preliminar, termenul stabilit pentru soluționarea acestuia, cu procedura de citare îndeplinită, fiind ulterior termenului stabilit prin hotărârea/încheierea de deschidere a procedurii generale a insolvenței.

Într-o primă opinie s-a apreciat ca prin noile dispoziții legale legiuitorul a înțeles să excludă posibilitatea prelungirii termenului și în cazul tabelului definitiv al creanțelor, fixând o procedură clară în ceea ce privește soluționarea contestațiilor la tabelul preliminar, în art. 111 alin. (1)- (6) din Legea nr. 85/2014, operând o modificare față de vechea procedură.

Într-o altă opinie, s-a apreciat că, deși legiuitorul nu a mai prevăzut expres această posibilitate, din interpretarea altor dispoziții legale din Legea nr. 85/2014, se poate concluziona că și acest termen poate fi majorat, în funcție de circumstanțele concrete ale cauzei.

Se invocă, în acest sens, dispozițiile art. 112 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, în conformitate cu care durata maximă a perioadei de observație este de 12 luni, de la data deschiderii procedurii și pentru respectarea acestui termen judecătorul sindic va putea aplica dispozițiile art. 113 alin. (4) în mod corespunzător, astfel că

termenul limită până la care trebuie întocmit tabelul definitiv este de un an de la deschiderea procedurii, ceea ce implică, automat, și o majorare a termenului de depunere a acestuia.

Opinia formatorilor INM:

Prin prevederile art. 100 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 a fost exclus de la majorare termenul pentru depunerea tabelului definitiv de creanțe, prevăzându-se în mod expres această posibilitate doar pentru data depunerii creanțelor, întocmirea tabelului preliminar și data primei ședințe a creditorilor.

Această dispoziție legală este justificată de următoarele argumente:

- celeritatea procedurii;

- în vechea reglementare, art. 62 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevedea în mod expres posibilitatea majorării termenului de depunere a tabelului definitiv cu 15 zile, însă termenul de definitivare a tabelului creanțelor era de maxim 15 zile, pe când art. 100 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014 prevede un termen de 25 de zile;

- prin noile dispoziții legale, legiuitorul a stabilit o procedură clară în ceea ce privește soluționarea contestațiilor la tabelul preliminar, în art. 111 alin. (1)- (6) din Legea nr. 85/2014;

- în cazul în care este nevoie de administrarea de probe pentru soluționarea unor contestații, creanțele pot fi înscrise provizoriu de judecătorul sindic. Articolul 111 alin. (6) prevede că acele creanțe care sunt înscrise provizoriu în tabelul de creanțe, din dispoziția judecătorului-sindic, până la soluționarea contestațiilor formulate împotriva lor, vor avea toate drepturile prevăzute de lege (inclusiv dreptul de vot), cu excepția dreptului de a încasa sumele propuse spre distribuire; acestea se vor consemna în contul unic până la definitivarea creanței;

- dispozițiile art. 112 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, în conformitate cu care durata maximă a perioadei de observație este de 12 luni, au fost instituite tocmai pentru a nu fi prelungită în mod nejustificat starea de provizorat și incertitudine a debitorului aflat în procedura insolvenței;

- nerespectarea acestor termene nu este sancționată de lege.

Concluzii:

Participanții au agreeat, în unanimitate, opinia exprimată de formatorii INM.

DREPT SOCIETAR

1. Titlul problemei de drept:

Situația administratorului statutar numit prin actul constitutiv și revocat prin decizia co-asociatului care deține 50% din titlurile de interes. Condiții de cvorum atunci când actul constitutiv instituie regula unanimității - conflictul de interese. Legitimare procesuală activă în acțiunea în anulare

Materia: Drept civil

Subcategoria: Cauze societare

Obiect ECRIS: acțiune în anularea hotărârii AGA

Acte normative incidente: art. 197 alin. (3), art. 75, art. 76, art. 77 alin. (1), art. 79, art. 191, art. 192, art. 193, art. 194, art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990

Cuvânt cheie: SRL, administrator, regula unanimității, hotărâre AGA de revocare a administratorului, motive de nulitate absolută, calitate procesuală activă

Cerința unanimității, inserată în actul constitutiv în privința hotărârilor adunării asociaților se aplică doar în situația primei întruniri a adunării, o doua ședință putându-se desfășura conform regulilor prevăzute de art. 193 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, ce stabilește că adunarea va putea decide asupra ordinii de zi „oricare ar fi numărul de asociați și partea din capitalul social reprezentată de asociații prezenți”? În acest sens, s-a indicat că o interpretare contrară a dispozițiilor actului constitutiv ar însemna blocarea actului decizional.

În plus, s-a avansat și teza conform căreia, din analiza prevederilor art. 194 alin. (1) lit. b) și d), art. 192 și art. 193 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 rezultă că legiuitorul nu consideră modificarea a actului constitutiv numirea și/sau revocarea administratorilor unei societăți comerciale cu răspundere limitată, neexplicându-se altfel instituirea unei atribuții distincte în sarcina adunării generale (revocarea administratorului versus modificarea actului constitutiv).

Drept consecință, nu ar fi aplicabile prevederile art. 192 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, ci prevederile art. 193 alin. (3) din același act normativ (normele legale referitoare la adoptarea unor decizii care nu prezintă modificări ale actului constitutiv de către adunarea generală a asociaților).

În opinia contrară, s-a relevat că, întrucât derogarea prevăzută de art. 193 alin. (3) din Legea nr. 31/1990 se referă la neîntrunirea „majorității cerute”, rezultă că ea vizează numai acele hotărâri ale adunării generale care necesită majoritatea absolută a asociaților și a părților sociale și nu se aplică modificărilor actului constitutiv, pentru care se cere unanimitatea [„votul tuturor asociaților” - art. 192 alin. (2) LSC].

Chiar și în ipoteza în care s-ar aprecia că legea ori actul constitutiv impune cerința unanimității voturilor în cazul revocării unui administrator, independent de existența unei a doua convocări, este corectă teza conform căreia asociatul cu interese contrare societății nu poate lua parte la deliberări, și într-o astfel de situație, **unanimitatea se raportează la restul asociaților?**

În ceea ce privește calitatea procesuală activă în introducerea acțiunii în anularea hotărârii AGA de către asociatul-administrator revocat, s-au susținut două teze, prima dintre acestea fiind în sensul în care interdicția prevăzută de art. 132 alin. (4) din lege este de aplicabilitate generală, însă ea vizează numai folosirea căii de atac a acțiunii în anulare/nulitate, lăsând deschisă posibilitatea administratorilor care au fost revocați cu încălcarea legii, a actului constitutiv sau a prevederilor contractului de administrare, în cazul în care există, de a introduce **o acțiune în răspundere civilă împotriva societății**.

În sens contrar, s-a relevat că nerecunoașterea calității procesuale active în favoarea asociatului – administrator revocat în vederea sesizării instanței cu o acțiune în constatarea nulității AGA, este de natură să ducă la blocaje în activitatea societății și, în ultimă instanță, la dizolvarea acesteia, pe considerentul că unul dintre motivele determinante ale asocierii ar fi putut fi reprezentat tocmai de dobândirea calității de administrator și de exercitarea puterii executive, ca garanții ale unui control sporit, cu privire la întreaga activitate desfășurată de către societate.

Totodată, s-a făcut apel la regimul juridic al nulităților absolute, relevându-se că aceleași considerente au stat, de altfel, și la baza ipotezei avansate în doctrină, conform căreia în cazul prevăzut de dispozițiile art. 132 alin. (3) din lege, nu este necesară îndeplinirea cumulativă a condițiilor referitoare la votul împotriva și inserarea acestuia în procesul-verbal al ședinței, hotărârea AGA putând fi contestată, **pentru motive de nulitate absolută, chiar de către acționarul care a votat pentru**.

Opinia formatorilor INM:

Potrivit art. 192 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, aplicabil societăților cu răspundere limitată, pentru adunările având ca obiect modificarea actului constitutiv este necesar votul tuturor asociaților, în afară de cazul în care legea sau actul constitutiv prevede altfel.

Articolul 193 alin. (3) prevede că, dacă adunarea legal constituită nu poate lua o hotărâre valabilă din cauza neîntrunirii majorității cerute, adunarea convocată din nou poate decide asupra ordinii de zi, oricare ar fi numărul de asociați și partea din capitalul social reprezentată de asociații prezenți.

Această prevedere nu este însă pe deplin lămuritoare cu privire la mecanismul de vot aplicabil în această adunare generală care se întrunește după a doua convocare; mai mult chiar, examinarea ei relevă o serie de deficiențe ale logicii legislative. Astfel, din examinarea prevederilor dedicate funcționării societății cu răspundere limitată nu rezultă că, pentru validitatea deliberărilor și hotărârilor adunării generale s-ar cere un anumit cvorum, deci o anumită prezență a asociaților la vot. Singurele condiții impuse pentru adoptarea valabilă a hotărârilor adunării generale se referă la întrunirea unanimității și, respectiv, a majorității absolute a asociaților și a părților sociale, dacă actul constitutiv nu prevede altfel.

Cum derogarea prevăzută de art. 193 alin. (3) Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale se referă la neîntrunirea „majorității cerute”, rezultă că ea vizează numai acele hotărâri ale adunării generale care necesită majoritatea absolută a asociaților și a părților sociale și nu se aplică modificărilor actului constitutiv,

pentru care se cere unanimitatea [„votul tuturor asociațiilor” - art. 192 alin. (2) Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale].

În speță, nu rezultă dacă la prima întâlnire nu a fost întrunit cvorumul (au fost prezenți ambii asociați, reprezentând 100% din capital sau doar unul, deținând 50%) sau unanimitatea, în sensul că fiecare din cei doi asociați a votat diferit.

În ambele situații, întrucât actul constitutiv nu prevede altfel, pentru luarea hotărârilor privitoare la modificarea actului constitutiv este aplicabil întocmai art. 192 alin. (2) din Legea nr. 31/1990. Dacă nu este întrunită unanimitatea cerută de lege, înseamnă că hotărârea de modificare a actului constitutiv nu s-a putut lua.

Textul art. 193 alin. (3) nu reprezintă o derogare de la textul art. 192 alin. (2). Atunci când în adunarea legal constituită nu se poate lua hotărârea din cauza neîntrunirii votului, hotărârea pur și simplu nu se poate lua, iar asociații nemulțumiți se pot, eventual, retrage din societate. A interpreta altfel textul ar însemna că unii dintre asociați pot lua orice hotărâre, prin înfrângerea voinței celorlalți prezenți și interesați, convocând o a doua adunare.

Nu există un text de lege care să fundamenteze opinia potrivit căreia asociatul cu interese contrare societății nu poate lua parte la deliberări, și într-o astfel de situație, unanimitatea s-ar raporta la restul asociaților. Faptul că sancțiunea participării la vot a unei astfel de persoane nu este nulitatea hotărârii, ci atragerea răspunderii sale pentru daunele aduse societății confirmă această interpretare (a se vedea în acest sens ÎCCJ, Secția comercială, Decizia nr. 4043 din 23 noiembrie 2010).

În ceea ce privește calitatea procesuală activă în introducerea acțiunii în anularea hotărârii AGA de către asociatul-administrator revocat, într-adevăr, interdicția prevăzută de art. 132 alin. (4) din lege este de aplicabilitate generală, însă ea vizează numai folosirea căii de atac a acțiunii în anulare/nulitate, lăsând însă deschisă posibilitatea administratorilor care au fost revocați cu încălcarea legii, a actului constitutiv sau a prevederilor contractului de administrare, în cazul în care există, de a introduce o acțiune în răspundere civilă împotriva societății.

Este controversată decizia nr. 3915/2013, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, prin care s-a stabilit că asociatul administrator al unei societăți nu are vocație să atace hotărârile AGA, nici din perspectiva calității de asociat, nici din aceea a calității de administrator și nici măcar din aceea de terț întrucât nu întrunește cerințele de „procedibilitate”, prevăzute de art. 132 alin. (2), (4), ori (3), după caz, din Legea nr. 31/1990⁶.

În ceea ce privește interdicția instituită de art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 administratorului de a ataca hotărârea sa de revocare, care își găsește justificarea în regulile de la mandat (revocarea unilaterală a mandatului), o primă opinie este aceea că ea este aplicabilă și pentru motivele de nulitate absolută și pentru cele de nulitate relativă. Articolul 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 prevede că: „membrii consiliului de administrație, respectiv ai consiliului de supraveghere, nu pot ataca hotărârea adunării generale privitoare la revocarea lor din funcție”, această dispoziție legală justificându-se prin aceea că revocarea mandatului de administrator nu trebuie motivată, caz în care nu poate opera un control de legalitate asupra acestei hotărâri. Argumentul de topografie a textelor arată că alin. (4) instituie o derogare de la alin. (3), care prevede posibilitatea atacării hotărârii de orice persoană interesată pentru motive de nulitate absolută. Prin urmare, alin. (4) instituie o derogare în privința calității procesuale active a

⁶ În acest sens a se vedea: **L. Săuleanu**, *Tot cu privire la interpretarea deciziei nr. 3915/2013 pronunțată de ICCJ cu privire la calitatea procesuală activă a asociațiilor în promovarea acțiunii în constatarea nulității absolute a unei hotărâri AGA*; **Adrian Vârgolici**, *Unele aspecte referitoare la interpretarea art. 132 alin. 3 din Legea nr. 31/1990 în funcție de poziția acționarului/asociațului față de adunarea generală care adoptă hotărârea contestată*, juridice.ro; **Petre Piperea**, *Nulitatea absolută a unei hotărâri AGA poate fi invocată de orice persoană interesată, inclusiv de asociații care s-au abținut sau care au votat pentru adoptarea hotărârii*, juridice.ro

administratorului atât de la prevederile alin. (2) (motive de nulitate relativă), cât și de la alin. (3) (motive de nulitate absolută).

Este important însă de precizat că ÎCCJ a pronunțat și hotărâri în sens contrar. Astfel, prin decizia nr. 713 din 15 februarie 2012 pronunțată de Secția a II-a civilă s-a reținut că:

”Potrivit dispozițiilor art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990, membrii consiliului de administrație nu pot ataca hotărârea adunării generale privitoare la revocarea lor din funcție, însă, în cazul în care administratorul revocat este și acționar al societății, devin aplicabile dispozițiile art. 132 alin. (3) din aceeași lege, conform cărora atunci „când se invocă motive de nulitate absolută dreptul la acțiune este imprescriptibil, iar cererea poate fi formulată de orice persoană interesată”.

Prin urmare, nu poate fi îngădit dreptul acționarului, care a fost revocat din funcția de administrator, de a ataca hotărârea AGA pentru alte motive decât cele ce vizează propria revocare, în caz contrar fiind încălcat principiul liberului acces la justiție, așa cum este el reglementat prin dispozițiile art. 21 alin. (1) și (2) din Constituția României.”

În același sens, într-o decizie recentă (decizia nr. 224/A/26.02.2015), Curtea de Apel Timișoara, Secția a II-a civilă a reținut că: ”Sfera de aplicare a art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 se referă însă doar la situațiile în care administratorul contestă însăși revocarea, ca măsură luată de adunarea generală. În schimb, atunci când se invocă motive de nulitate absolută a hotărârii adunării generale, nicio dispoziție legală nu îngădește dreptul administratorului societar de a ataca în justiție această hotărâre. În acest sens sunt dispozițiile art. 132 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, care prevăd expres faptul că atunci când se invocă motive de nulitate absolută, dreptul la acțiune este imprescriptibil, iar acțiunea aparține oricărei persoane interesate, inclusiv asociatului administrator”⁷.

În concluzie, propunem următorul răspuns:

➤ Derogarea prevăzută de art. 193 alin. (3) Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale se referă la neîntrunirea „majorității cerute”. Rezultă că ea vizează numai acele hotărâri ale adunării generale care necesită majoritatea absolută a asociaților și a părților sociale și nu se aplică modificărilor actului constitutiv, pentru care se cere unanimitatea [„votul tuturor asociaților” – art. 192 alin. (2) Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale].

Dacă actul constitutiv nu prevede altfel, pentru luarea hotărârilor privitoare la modificarea actului constitutiv este aplicabil întocmai art. 192 alin. (2) din Legea nr. 31/1990. Dacă nu este întrunită unanimitatea cerută de lege, înseamnă că hotărârea de modificare a actului constitutiv nu s-a putut lua.

Textul art. 193 alin. (3) nu reprezintă o derogare de la textul art. 192 alin. (2). Atunci când în adunarea legal constituită nu se poate lua hotărârea din cauza neîntrunirii votului, hotărârea pur și simplu nu se poate lua, iar asociații nemulțumiți se pot eventual retrage din societate.

➤ Nu există un text de lege care să fundamenteze opinia potrivit căreia asociatul cu interese contrare societății nu poate lua parte la deliberări, și într-o astfel de situație, unanimitatea s-ar raporta la restul asociaților.

➤ **Cu privire la problema dacă interdicția instituită de art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 administratorului de a ataca hotărârea sa de revocare este aplicabilă și pentru motivele de nulitate absolută și pentru cele de nulitate relativă, jurisprudența este controversată inclusiv la nivelul ÎCCJ.** În orice caz, însă, această interdicție vizează numai folosirea căii de atac a acțiunii în anulare/nulitate, lăsând deschisă posibilitatea administratorilor care au fost revocați cu încălcarea legii, a actului constitutiv sau a prevederilor contractului de administrare, în cazul în care există, de a introduce o acțiune în răspundere civilă împotriva societății.

Opinii exprimate în cadrul dezbaterilor:

În ceea ce privește modul de raportare a regulii unanimității – și la asociatul cu interese contrare sau, dimpotrivă, numai la restul asociaților – s-a arătat că, în ipoteza în care asociatul cu interese contrare este cel care atacă hotărârea AGA la care a participat, faptul că se reține neîndeplinirea regulii unanimității și se

⁷Pentru un comentariu al acestei decizii a se vedea **Florin Moțiu**, RRDA nr. 4/2015

anulează, în consecință, hotărârea, poate conduce la încurajarea comportamentului abuziv al acestuia, care ar fi trebuit să se abțină de a participa la deliberări.

În practica judiciară s-a interpretat că ipoteza alin. (1) al art. 192 din Legea nr. 31/1990 are în vedere asociații, în timp ce ipoteza din alin. (2) vizează orice terță persoană interesată care poate ataca hotărârea AGA.

Într-o primă opinie, s-a arătat că soluția unanimității poate conduce la blocarea activității societății, motiv pentru care trebuie făcută distincție între asociații administratori și asociații neadministratori, numai acestora fiindu-le interzis să atace hotărârea AGA de revocare, în vreme ce asociații păstrează acest drept pentru motive de nulitate absolută, ca orice asociat.

Într-o altă opinie, hotărârea de revocare nu poate fi atacată pentru chestiuni intrinseci care țin de soluția de revocare, dar poate fi atacată pentru motive de nulitate absolută, ca orice altă hotărâre, legea recunoscând posibilitatea atacării pentru motive de nulitate absolută specifice Legii nr. 31/1990 oricărei persoane interesate.

Prin decizia nr. 643/2005, Curtea Constituțională a statuat că dispozițiile art. 132 alin. (4) care nu oferă posibilitatea atacării de către administrator a hotărârii de revocare nu încalcă dispozițiile constituționale privind accesul la justiție⁸.

Concluzii:

Cu o largă majoritate, participanții au achiesat la soluția exprimată în opinia formatorilor INM, respectiv:

➤ Derogarea prevăzută de art. 193 alin. (3) din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale se referă la neîntrunirea „majorității cerute”. Rezultă că ea vizează numai acele hotărâri ale adunării generale care necesită majoritatea absolută a asociaților și a părților sociale și nu se aplică modificărilor actului constitutiv, pentru care se cere unanimitatea [„votul tuturor asociaților” – art. 192 alin. (2) Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale].

Dacă actul constitutiv nu prevede altfel, pentru luarea hotărârilor privitoare la modificarea actului constitutiv este aplicabil întocmai art. 192 alin. (2) din Legea nr. 31/1990. Dacă nu este întrunită unanimitatea cerută de lege, înseamnă că hotărârea de modificare a actului constitutiv nu s-a putut lua.

Textul art. 193 alin. (3) nu reprezintă o derogare de la textul art. 192 alin. (2). Atunci când în adunarea legal constituită nu se poate lua hotărârea din cauza neîntrunirii votului, hotărârea pur și simplu nu se poate lua, iar asociații nemulțumiți se pot eventual retrage din societate.

➤ Nu există un text de lege care să fundamenteze opinia potrivit căreia asociatul cu interese contrare societății nu poate lua parte la deliberări, și într-o astfel de situație, unanimitatea s-ar raporta la restul asociaților. Practica ÎCCJ este constantă în același sens, cu argumentul că sancțiunea participării acestei persoane la vot nu este nulitatea hotărârii, ci atragerea răspunderii sale pentru daunele aduse societății.

➤ Interdicția instituită de art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 administratorului de a ataca hotărârea sa de revocare este aplicabilă și pentru motivele de nulitate absolută și pentru cele de nulitate relativă. Numai în ipoteza în care pe ordinea de zi a AGA ar figura și alte puncte de discuție în afara revocării, pentru aceste aspecte se poate cere nulitatea hotărârii AGA, atât pentru motive de nulitate absolută, cât și pentru motive de nulitate relativă inclusiv de către administrator. Dacă însă pe ordinea de zi a adunării

⁸ „Potrivit dispozițiilor art. 72 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege”. Hotărârea adunării generale a acționarilor privitoare la revocarea din funcție a administratorului societății comerciale reprezintă, așadar, o modalitate de stingere a mandatului acestuia, respectiv o aplicare a regulii generale înscrise în art. 1552 pct. 1 și în art. 1553 din Codul civil, care prevăd că mandantul poate revoca mandatul încredințat „când vrea”.

Curtea reține că textul de lege criticat nu contravine dispozițiilor constituționale ale art. 21 alin. (1) și (2) privind accesul liber la justiție, întrucât rațiunea pentru care hotărârea adunării generale nu poate fi atacată este aceea că mandatul administratorului societății comerciale se acordă intuitu personae și are la bază încrederea reciprocă dintre părți, iar dacă această motivație încetează, nici contractul nu mai poate fi menținut. În aceste condiții, Curtea reține că administratorul nu ar putea opune adunării generale a acționarilor un drept care să fie ocrotit prin accesul la justiție. Cu toate acestea, mandatul poate fi obligat la dezdăunări, în condițiile legii”.

figurează numai revocarea administratorului, administratorul nu are calitate procesuală activă pentru a introduce acțiunea în anulare, nici pentru motive de nulitate absolută, nici pentru motive de nulitate relativă. În orice caz, însă, interdicția impusă de art. 132 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 vizează numai folosirea căii de atac a acțiunii în anulare/nulitate, lăsând deschisă posibilitatea administratorilor care au fost revocați cu încălcarea legii, a actului constitutiv sau a prevederilor contractului de administrare, în cazul în care există, de a introduce o acțiune în răspundere civilă împotriva societății.

Întocmit:

Diana Elena UNGUREANU, judecător Curtea de Apel Pitești, formator INM

Florin MOȚIU, judecător Curtea de Apel Timișoara, formator INM

Nadia-Simona ȚĂRAN, personal de specialitate juridică asimilat magistraților, INM

Avizat:

Irinel ANDREI AXENTE, Vicepreședinte Curtea de Apel Cluj

14 decembrie 2015