

INSTRUMENTE JURIDICE

Codul insolvenței

Note • Corelații • Explicații

Art. 1-203

Contribuția autorilor:

- Gheorghe Piperea (art. 4, 5, 183-203)
- Cătălin Antonache (art. 115-124, 128-131, 169-173)
- Rebeca Dan (art. 38-48, 50-64)
- Cătălin Antonache, Rebeca Dan (art. 49)
- Alexandru Dimitriu* (art. 1-3, 65-70, 89-98, 132-168, 174-182)
- Luiza Hagi (art. 6-37)
- Alexandru Rățoi-Pârvu (art. 99-114, 125-127)
- Irina Sorescu (art. 71, 73-88)
- Irina Sorescu, Alexandru Dimitriu (art. 72)

* Notele și Explicațiile aferente art. 65-70, 132-168, 174-182 reprezintă, în parte, o preluare adaptată a textelor din *Lucrarea Recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, autor Alexandru Dimitriu.

Codul insolvenței

Note • Corelații • Explicații

Art. 1-203

Coordonator

Gheorghe Piperea – profesor dr. al Facultății de Drept din cadrul
Universității din București, partener coordonator al SCA Piperea & Asociații

Autori

Cătălin Antonache – avocat, Piperea & Asociații
Alexandru Dimitriu – avocat dr., Piperea & Asociații
Irina Sorescu – avocat, Piperea & Asociații
Alexandru Rățoi-Pârveu – avocat drd., Piperea & Asociații
Rebeca Dan – avocat, Piperea & Asociații
Luiza Hagiu – avocat, Piperea & Asociații



Editura C.H. Beck
București 2017



AVERTISMENT!

Având în vedere amploarea luată de fenomenul fotocopierii lucrărilor de specialitate, mai ales în domeniul Dreptului, atragem atenția că, potrivit art. 14 și 140 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, reproducerea operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe, dacă respectiva reproducere a fost efectuată fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de legea menționată, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare sau cu amendă. Prin reproducere, conform legii, se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloace și sub orice formă.

Nu vă faceți părtași la distrugerea cărții!

Editura C.H. Beck este acreditată CNATDCU și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Codul insolvenței. Note, corelații, explicații. Art. 1-203

Copyright © 2017 – Editura C.H. Beck

Toate drepturile rezervate Editurii C.H. Beck

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al Editurii C.H. Beck.

Drepturile de distribuție în străinătate aparțin în exclusivitate editurii.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

Codul insolvenței : note, corelații, explicații / Gheorghe Piperea (coord.),

Alexandru Rățoi-Pârnu, Irina Sorescu, - București : Editura C.H.

Beck, 2017

Conține bibliografie. - Index

ISBN 978-606-18-0382-8

I. Piperea, Gheorghe

II. Rățoi-Pârnu, Alexandru

III. Sorescu, Irina

34

Editura C.H. BECK

București, Str. Serg. Nuțu Ion, nr. 2, sector 5

Tel.: 021. 410.08.47

Fax: 021. 410.08.48

E-mail: comenzi@beck.ro

Redactor: Oana Dobrițescu
Tehnoredactor: Cătălin Mantu

Cuprins

Abrevieri	VII
Titlul preliminar	1
Capitolul I. Domeniul de reglementare	1
Capitolul II. Principiile fundamentale ale procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență. Definiții	9
Secțiunea 1. Principii	9
Secțiunea a 2-a. Definiții.....	134
Titlul I. Proceduri de prevenire a insolvenței.....	219
Capitolul I. Dispoziții generale.....	219
Capitolul II. Mandatul ad-hoc	232
Capitolul III. Concordatul preventiv	242
Secțiunea 1. Beneficiarii procedurii. Organele care aplică procedura	242
Secțiunea a 2-a. Încheierea și omologarea concordatului preventiv.....	263
Secțiunea a 3-a. Închiderea procedurii concordatului preventiv	276
Titlul II. Procedura insolvenței.....	283
Capitolul I. Dispoziții comune	283
Secțiunea 1. Aspecte generale.....	283
Secțiunea a 2-a. Organele care aplică procedura. Participanții la procedură	292
§1. Instanțele judecătorești.....	294
§2. Judecătorul-sindic	310
§3. Adunarea creditorilor. Comitetul creditorilor	327
§4. Administratorul special	347
§5. Administratorul judiciar	357
§6. Lichidatorul judiciar.....	387
Secțiunea a 3-a. Deschiderea procedurii și efectele acesteia	398
§1. Cererile introductive	398
§2. Deschiderea procedurii și efectele deschiderii procedurii	423

Secțiunea a 4-a. Primele măsuri. Întocmirea tabelului de creanțe. Contestațiile	531
Secțiunea a 5-a. Situația unor acte juridice ale debitorului	621
§1. Aspecte generale	621
§2. Anularea actelor frauduloase.....	625
§3. Situația contractelor în derulare	675
Secțiunea a 6-a. Reorganizarea	712
§1. Planul	712
§2. Perioada de reorganizare	775
Secțiunea a 7-a. Falimentul și lichidarea activelor	780
§1. Măsuri premergătoare lichidării.....	793
§2. Efectuarea lichidării	795
§3. Distribuirea sumelor realizate în urma lichidării	800
Secțiunea a 8-a. Atragerea răspunderii pentru intrarea în insolvență	828
Secțiunea a 9-a. Închiderea procedurii.....	881
Capitolul II. Dispoziții speciale privind insolvența grupului de societăți	892
Secțiunea 1. Prevederi speciale privind competența și organele care aplică procedura.....	939
Secțiunea a 2-a. Deschiderea procedurilor	944
Secțiunea a 3-a. Măsuri procedurale.....	950
Bibliografie.....	955
Index alfabetic	965

Abrevieri

alin.	- alineat(ul)
ANAF	- Agenția Națională de Administrare Fiscală
ANCPI	- Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară
apud	- citat după
art.	- articol(ul)
BCA	- Buletinul Curților de Apel
BPI	- Buletinul Procedurilor de insolvență
c.	- contra
C.A.	- Curte(a) de Apel
C.civ.	- Codul civil (Legea nr. 287/2009)
C.civ. din 1864	- vechiul Cod civil (în prezent abrogat)
C.com. din 1887	- vechiul Cod comercial (în prezent abrogat)
C.F.	- revista „Curierul fiscal”
C.J.	- revista „Curierul Judiciar”
C.pen.	- Codul penal (Legea nr. 286/2009)
C.proc.civ. din 1865	- vechiul Cod de procedură civilă (în prezent abrogat)
C.proc.civ.	- Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010)
CEDO	- Curtea Europeană a Drepturilor Omului
Codul insolvenței	- Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (M.Of. nr. 466 din 25 iunie 2014)
Convenția europeană	- Convenția europeană a drepturilor omului
coord.	- coordonator(i)
DCC	- Decizia Curții Constituționale
Dreptul	- revista „Dreptul”
e.g.	- exempli gratia
Ed.	- editura
ed.	- ediția
<i>infra</i>	- dedesubt, mai jos

L.G.D.J.	- Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence
lit.	- litera
M.Of.	- Monitorul Oficial al României, Partea I
nr.	- numărul
O.G.	- ordonanța Guvernului
O.U.G.	- ordonanța de urgență a Guvernului
op. cit.	- opera citată
p.	- pagina
P.R.	- revista „Pandectele Române”
pct.	- punct
R.D.C.	- Revista de drept comercial
RTDcom.	- revue trimestrielle de droit commercial
RRDA	- Revista Română de dreptul afacerilor
<i>supra</i>	- deasupra, mai sus
Trib.	- Tribunal(ul)
TFUE	- Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene
urm.	- următoarele
vol.	- volumul

Notă: Denumirile marginale ale articolelor Legii nr. 85/2014 au fost introduse de către redacția Editurii, în scopul facilitării utilizării textului legii. În varianta oficială, publicată în Monitor, articolele Legii nr. 85/20014 nu au denumiri marginale.

Titlul preliminar

Capitolul I. Domeniul de reglementare

Art. 1. [Obiectul legii]

Prezenta lege stabilește regulile în domeniul prevenirii insolvenței și al insolvenței.

Corelații legislative: art. 342 din Legea nr. 85/2014; art. 6 C.civ.

Note și Explicații

Legea nr. 85/2014 reprezintă dreptul comun în materie de insolvență și de prevenire a insolvenței. Legea conține atât norme procesual civile, ce derogă de la Codul de procedură civilă, cât și norme de drept material ce derogă de la Codul civil, Legea nr. 31/1990 etc. În rest, dispozițiile Legii nr. 85/2014 se completează, în măsura în care nu contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil (art. 342 din Legea nr. 85/2014).

Importanța clasificării prevederilor Legii nr. 85/2014 în norme de procedură și norme de drept material este dată de regimul juridic diferit al aplicării lor în timp.

În ceea ce privește **normele de procedură**, dosarele ce au ca obiect procedura insolvenței, demarate ulterior datei de 28.06.2014 se vor judeca potrivit regulilor de procedură instituite de Legea nr. 85/2014, în timp ce procesele începute înainte de intrarea în vigoare a acestei legi rămân supuse legii aplicabile anterior acestei date.

În schimb, **normele de drept material**, sub aspectul aplicării lor în timp, vor urma regimul juridic impus de art. 6 C.civ., și anume actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a legii noi nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii ori producerii lor. Un exemplu în acest sens este prevederea de la art. 169 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 85/2014 (care nu se regăsea în reglementarea Legii nr. 85/2006 art. 138) care permite atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență și pentru alte fapt, comise cu intenție față de cele enumerate anterior la art. 138 alin. (1) lit. a)-g) din Legea nr. 85/2006. Astfel, în ipoteza în care suntem în fața unei proceduri de insolvență, deschise în temeiul Legii nr. 85/2014, și se dorește atragerea răspunderii în temeiul art. 169 alin. (1) lit. h), pentru o faptă comisă anterior intrării în vigoare a Legii nr. 85/2014, întrucât suntem în fața unei norme de drept material ce trebuie să respecte rigorile impuse de art. 6 C.civ., ea nu va putea fi aplicabilă, întrucât fapta în cauză s-a produs anterior intrării în vigoare a normei invocate.

Art. 2. [Scopul legii]

Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia.

Sumar

Note și Explicații	2
1. Identificarea scopului procedurii.....	2
2. Abuzul de drept	5
Jurisprudență	7
Scopul procedurii insolvenței.....	7

Note și Explicații

1. Identificarea scopului procedurii. După cum însuși textul de lege o indică, scopul procedurii este acela de a acoperi pasivul subiectului de drept supus Legii nr. 85/2014, anume satisfacerea creanțelor pe care creditorii le au în contra debitorului. În reglementarea anterioară (art. 2 din Legea nr. 85/2006) nu erau indicate în mod expres modalitățile prin care scopul procedurii insolvenței și implicit scopul formulării de către un creditor a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței puteau fi atinse, însă erau păstrate, în mod firesc, aceleași modalități de realizare a scopului procedurii (*St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 29) ca cele din reglementarea Legii nr. 64/1995. *De lege lata*, textul art. 2 din Legea nr. 85/2014 a suferit o modificare consistentă față de Legea nr. 85/2006, fiind preferată modalitatea reorganizării judiciare, bineînțeles, atunci când ea este în mod obiectiv posibilă. În același sens este și principiul reglementat de art. 4 pct. 2 din Legea nr. 85/2014 care stabilește că debitorului trebuie să-i fie acordată o șansă de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară. În doctrina recentă s-a exprimat și opinia contrară, cu care nu suntem de acord, potrivit căreia legiuitorul nu stabilește niciun fel de ierarhie (*St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., 2008, p. 22).

Prin raportare la scopul procedurii insolvenței, cel definit la art. 2 din Legea nr. 85/2014, în sensul acoperirii pasivului debitorului aflat în insolvență, trebuie analizat și caracterul cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditorii. Astfel, creditorul nu va putea solicita și, implicit, nu se va putea aștepta să obțină, ca urmare a formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței,

un titlu executoriu în scopul valorificării creanței sale, deoarece nu acesta este scopul procedurii insolvenței.

Întrucât scopul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să nu-l contrazică pe cel al procedurii insolvenței (acoperirea pasivului *in genere*, deci o procedură specială de executare, colectivă), creditorul titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței nu va urmări dobândirea unui titlu executoriu, ci, probând starea de insolvabilitate, va urmări să deschidă în privința debitorului procedura insolvenței (A. Avram, Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 51). Jurisprudența Curții Constituționale – DCC nr. 511/06.10.2005 (M.Of. nr. 1063 din 28 noiembrie 2005) –, *relevantă prin similitudinea reglementărilor atât în privința actualului Cod al insolvenței, cât și în privința Legii nr. 85/2006, deși hotărârea a fost pronunțată sub imperiul Legii nr. 64/1995, a statuat extrem de concis că procedura insolvenței este una specială, prin care nu se urmărește, ca în dreptul comun, stabilirea existenței unui drept de creanță și a obligației corelative de plată, ci executarea unor creanțe certe, lichide și exigibile față de un debitor care nu numai că nu își îndeplinește de bunăvoie obligația de plată, ci se află în incapacitate vădită de plată, deci în stare de insolvență.*

Causa proxima a cererii de deschidere a procedurii insolvenței este satisfacerea unui interes general (al tuturor creditorilor), de a supune debitorul controlului creditorilor și al judecătorului-sindic, în scopul acoperirii pasivului (art. 2 din Legea nr. 85/2014). *Causa remota* a creditorului titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței poate fi reprezentată fie de dorința de a-și acoperi creanța, fie de dorința de a prelua întreprinderea (în sensul art. 3 C.civ.) debitorului prin procedura insolvenței, și anume prin cumpărarea mijloacelor de producție ori preluarea controlului societății prin majorarea capitalului social al acesteia în urma conversiei creanței în acțiuni/părți sociale, respectiv printr-o preluare ostilă cu ajutorul mecanismului pus la dispoziție de prevederile art. 133 alin. (6) din Legea nr. 85/2014.

Rezultă deci că cererea de deschidere a procedurii insolvenței are un caracter aparte, mixt, diferit de cel al unei cereri de chemare în judecată de drept comun, întrucât îmbină interesele concursuale ale creditorilor cu cele personale ale creditorului care formulează cererea. Bineînțeles că, din moment ce Codul insolvenței preferă modalitatea reorganizării judiciare, suntem de părere că va trebui abandonată concepția vechii reglementări, anume că oricare dintre modalitățile procedurii colective reprezintă un mijloc adecvat atingerii dezideratului creditorilor (în viziunea Legii nr. 85/2006 nu putea fi acceptată ideea că reorganizarea judiciară sau falimentul au prioritate una față de cealaltă, Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007, p. 36-37). În doctrină erau conturate și opinii diferite, în sensul că inclusiv în reglementarea Legii nr. 85/2006

era necesară acordarea unei priorități reorganizării judiciare în fața falimentului (*I. Turcu*, Tratat de insolvență, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 297; *I. Adam, C.N. Savu*, Legea insolvenței. Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 84). Considerăm că o astfel de discuție nu-și găsea nicio rațiune practică, ci exclusiv una teoretică, deoarece creditorii, prin mecanismul reglementat de fostul art. 100 din Legea nr. 85/2006, erau cei care alegeau, prin vot, între reorganizare și faliment, astfel încât o prioritate a uneia dintre cele două modalități de derulare a procedurilor de insolvență era lipsită de finalitate practică.

De lege lata însă, deși creditorii au aceeași putere de a alege între reorganizarea judiciară și faliment, fiind necesară o majoritate calificată pentru votarea planului [pe lângă necesitatea votării planului de către majoritatea categoriilor de creditori indicate la art. 138 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, este necesară acceptarea planului și de cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale, conform art. 139 alin. (1) lit. A din Legea nr. 85/2014], aceștia însă vor trebui să respecte prevederile art. 2 și art. 4 pct. 2 din Legea nr. 85/2014 și să nu-și exercite în mod abuziv dreptul de vot, în sensul opunerii la reorganizarea judiciară, deși debitorul are posibilitatea, în mod real, să își redreseze activitatea prin reorganizare judiciară. Perioada imediat următoare deschiderii procedurii generale a insolvenței este denumită *perioada de observație*, în cadrul căreia vor fi analizate șansele de reorganizare a activității debitorului, atât de către administratorul judiciar, cât și de către creditori prin organele specifice procedurii insolvenței (Adunarea creditorilor, Comitetul creditorilor). În cazul în care debitorul se regăsește în una dintre ipotezele descrise de art. 38 alin. (2) din lege, după o perioadă de observație de aproximativ 35 de zile, judecătorul-sindic va putea dispune intrarea în procedura simplificată (pentru detalii a se vedea comentariul art. 92, p. 519).

În privința scopului cererii de deschidere a procedurii insolvenței, acesta trebuie să fie în acord cu textul art. 2 din Legea nr. 85/2014, în caz contrar, demersul judiciar având posibilitatea de a fi calificat drept abuz de drept, bineînțeles cu condiția îndeplinirii condițiilor legale. Prin urmare, scopul creditorului în formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței este acela de a recupera, într-o măsură cât mai mare și într-o perioadă cât mai scurtă, creanțele pe care le deține contra debitorului insolvent (*C.B. Nasz*, Deschiderea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 145). Astfel, se evită situația în care unii creditori nu vor mai putea recupera nimic ca urmare a demarării unor executări silite individuale, care ar putea determina încetarea activității debitorului și intrarea în lichidare. Deschiderea procedurii insolvenței provoacă demararea unei proceduri colective și concursuale ce nu permite discriminarea creditorilor de același rang în cadrul procesului de distribuție a sumelor ce se achită fie prin planul de reorganizare, fie ca urmare a procedurii de lichidare. Acest aspect a fost reliefat inclusiv în jurisprudența CEDO (CEDO, *Cauza Kotov c. Rusiei*, cererea nr. 54522/00, hotărârea din

3.04.2012) care a statuat că sumele obținute prin lichidarea bunurilor unei bănci ar fi putut fi suficiente pentru a satisface cererea solicitantului sau cel puțin o parte considerabilă a acesteia, în cazul în care lichidatorul l-ar fi tratat pe reclamant ca pe un creditor preferențial, în acord cu prevederile legale, și n-ar fi dat prioritate în recuperarea creanțelor unei categorii de creditori inferioare.

Această punere la adăpost de executările silite ale creditorilor, dublată de posibilitatea derulării unei proceduri execuționale colective, creează un cadru procesual propice care asigură respectarea principiului asigurării unui tratament echitabil al creditorilor de același rang (art. 4 pct. 4 din Legea nr. 85/2014) și cel al respectării ordinii de prioritate a creanțelor (art. 4 pct. 6 din Legea nr. 85/2014). Aceste caracteristici sunt subsumate în dreptul anglo-saxon principiului *pari passu* (R. Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2011, p. 235 și urm.; V. Finch, Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles, Cambridge, 2002, p. 421; Barry Cahir, Proof of debt and asset recovery, în Insolvency Law, Cavendish Publishing, London, 2003, p. 31). Noua reglementare – Codul insolvenței – cunoaște anumite excepții care se vor dovedi extrem de „supărătoare” pentru debitor sau pentru creditorii ce doresc reorganizarea.

Art. 75 din Legea nr. 85/2014, corespondentul fostului art. 36 din Legea nr. 85/2006, introduce o nouă derogare de la efectul suspensiv pe care îl are deschiderea procedurii insolvenței asupra acțiunilor judiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Astfel, se reglementează posibilitatea pe care o au creditorii curenți de a solicita administratorului judiciar, iar apoi judecătorului-sindic, recunoașterea creanței, având posibilitatea ca ulterior acestei recunoașteri să solicite deschiderea procedurii de faliment a debitorului dacă aceste creanțe nu sunt achitate în termen de 60 de zile.

De asemenea, nu vor fi afectate de efectul suspensiv generat de deschiderea procedurii insolvenței nici: (i) căile de atac promovate de debitor împotriva acțiunilor unor creditori înaintea deschiderii procedurii și nici acțiunile civile din procesele penale îndreptate împotriva debitorului; (ii) acțiunile judiciare îndreptate împotriva codebitorilor și/sau terților garanți.

2. Abuzul de drept. Folosirea prevederilor Codului insolvenței ca instrument de presiune pentru recuperarea creanțelor poate îmbracă haina abuzului de drept. Abuzul de drept este reglementat atât în Codul civil, la art. 15, cât și în Codul de procedură civilă, la art. 12, care vorbește despre buna-credință în exercitarea drepturilor procesuale.

Textul art. 15 C.civ. statuează în sensul că niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori, într-un mod nerezonabil, contrar bunei-credințe. Conform art. 14 alin. (2) C.civ., buna-credință se prezumă, de aceea sarcina probei în a demonstra abuzul de drept pe care îl săvârșește creditorul

prin formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței cade în sarcina debitorului care va putea invoca abuzul de drept prin contestația la cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

Art. 12 C.proc.civ. vine și întărește regula instituită de art. 15 C.civ., stabilind extrem de clar și de precis că drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege. Sancțiunea dictată pentru nerespectarea acestui deziderat este stabilită la alin. (2) al art. 12 C.proc.civ. care obligă partea care își exercită drepturile procesuale în mod abuziv să răspundă pentru prejudiciile materiale și morale cauzate. Ea va putea fi obligată, potrivit legii, inclusiv la plata unei amenzi judiciare.

La rândul său, Codul insolvenței conține reglementări autonome privitoare la sancționarea abuzului de drept procesual. În acest sens sunt prevederile art. 72 alin. (1) și (4) din Legea nr. 85/2014 care acordă posibilitatea judecătorului-sindic ca, la cererea debitorului, să-l oblige pe creditor să depună o cauțiune în cuantum de 10% din valoarea creanței invocate, în scopul de a fi folosită ulterior pentru acoperirea prejudiciilor materiale și de imagine provocate debitorului, dacă se adevărește că cererea de deschidere a procedurii insolvenței este neîntemeiată și a îmbrăcat haina abuzului de drept. Spre deosebire de reglementarea anterioară (Legea nr. 85/2006), Codul insolvenței impune un plafon maxim al acestei cauțiuni, anume 40.000 lei. Noua limitare a valorii cauțiunii este benefică și are rolul de a normaliza această instituție. Anterior, în temeiul Legii nr. 85/2006, erau întâlnite situații în practică în care creanța invocată drept temei al cererii de deschidere a procedurii insolvenței să aibă un cuantum ridicat, de ordinul milioanelei de euro, ceea ce făcea ca, implicit, valoarea cauțiunii să fie extrem de ridicată, producându-se astfel un efect descurajator în a formula cereri de deschidere a procedurii insolvenței, prin îngrădirea în mod nepermis a liberului acces la justiție, astfel cum este el reglementat de art. 5 C.proc.civ. și art. 21 din Constituție.

Scopul final (*causa remota*) al procedurii insolvenței trebuie să fie acela al regularizării, al asanării comerțului prin eliberarea mediului de afaceri de acei comercianți care nu sunt în măsură să-și onoreze obligațiile. Prin urmare, exercitarea drepturilor procesuale trebuie să aibă scopul reglementat de art. 1 C.proc.civ., și anume acela de a se înlăptui justiția. Or, în funcție de instituțiile juridice folosite, scopul înlăptuirii justiției este diferit. Întrucât obiect al cercetării o face procedura insolvenței, trebuie să analizăm care este scopul acestei proceduri pentru a identifica scopul înlăptuirii justiției prin procedura insolvenței, respectiv prin cererea de deschidere a procedurii insolvenței. În acest sens sunt elocvente prevederile art. 2 din Legea nr. 85/2014, care arată că scopul procedurilor de insolvență este acela de a acoperi pasivul debitorului prin instituirea unei proceduri colective, prin acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia.

Jurisprudență

Scopul procedurii insolvenței. Judecătorul-sindic reține că procedura prevăzută de Legea nr. 85/2014 este un instrument care se dorește echidistant între debitorul insolvent și creditorii săi, menit să dea cea mai bună soluție stării de insolvență a debitorului. Din perspectiva debitorului, scopul legii este atins dacă se reușește reabilitarea acestuia și reîntoarcerea lui la activitatea normală. Din perspectiva creditorilor, scopul legii este atins în cazul realizării unui echilibru între nivelul de recuperare a creanțelor și timpul scurs între data deschiderii procedurii și momentul distribuirii sumelor. De asemenea, interesul creditorilor poate fi reprezentat și de păstrarea unor relații de afaceri pe viitor cu debitorul insolvent. Din perspectiva mediului de afaceri importante sunt: transparența procedurii de insolvență, predictibilitatea și accesul facil la remediile oferite de aceasta.

Prin urmare, procedura reglementată de dispozițiile Legii nr. 85/2014 este una specială, distinctă de procedura reglementată de Titlul VII din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, debitoarea având posibilitatea să urmeze această din urmă procedură în scopul dizolvării, lichidării și radierii societății din registrul comerțului (*Trib. Cluj, sentința nr. 1156/2015, www.rolii.ro*).

Art. 3. [Domeniul de aplicare]

(1) Procedurile prevăzute de prezenta lege se aplică profesioniștilor, astfel cum sunt definiți la art. 3 alin. (2) din Codul civil, cu excepția celor care exercită profesii liberale, precum și a celor cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor.

(2) Procedura prevăzută de prezenta lege se aplică și regiilor autonome.

(3) Procedura prevăzută de prezenta lege nu este aplicabilă unităților și instituțiilor de învățământ preuniversitar, universitar și entităților prevăzute la art. 7 din Ordonanța Guvernului nr. 57/2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 324/2003, cu modificările și completările ulterioare.

Corelații legislative: art. 3 C.civ.

Note și Explicații

Textul analizat vizează identificarea persoanelor (entităților juridice) ce pot beneficia de prevederile Legii nr. 85/2014.

Potrivit prevederilor art. 3 C.civ., sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere. Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce

constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ [pentru detalii, a se vedea Gh. Piperea, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I Macovei (coord.)*, Noul Cod civil. Comentariu pe articole, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, comentariul art. 3 C.civ., www.legalis.ro].

Legea nr. 85/2014 permite inclusiv regiilor autonome să apeleze la procedura insolvenței de drept comun, indiferent dacă acestea sunt sau nu de interes național. Trebuie subliniat faptul că reglementarea oferită de Legea nr. 85/2014 lasă de dorit în ceea ce privește regiile autonome, întrucât nu sunt reglementate norme speciale care să se plieze pe specificul acestei categorii de persoane juridice.

Persoanele care exercită profesii liberale reglementate de prevederi legale speciale nu sunt supuse dispozițiilor acestei legi (ex: avocați, notari, arhitecți etc.). De asemenea, prevederile Legii nr. 85/2014 nu sunt aplicabile nici în privința subiecților de drept pentru care există reglementări speciale în materie de insolvență (e.g., insolvența unităților administrației publice locale, reglementată de O.U.G. nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale).

Legea nr. 85/2014 nu se aplică nici unităților și instituțiilor de învățământ preuniversitar, universitar, institutelor naționale de cercetare-dezvoltare; structurilor de cercetare-dezvoltare ale instituțiilor de învățământ superior de stat acreditate, fără personalitate juridică, constituite conform Cartei universitare, institutelor, centrelor sau stațiunilor de cercetare-dezvoltare din subordinea Academiei Române sau a academiilor de ramură; altor institute, centre sau stațiuni de cercetare-dezvoltare organizate ca instituții publice ori de drept public, centrelor internaționale de cercetare-dezvoltare înființate în baza unor acorduri internaționale; institutelor sau centrelor de cercetare-dezvoltare organizate în cadrul societăților naționale, companiilor naționale și regiilor autonome; altor instituții publice sau de drept public care au ca obiect de activitate și cercetarea-dezvoltarea ori structuri ale acestora legal constituite (Codul insolvenței adnotat *Întărirea mecanismului insolvenței în România*”, Program finanțat de BIRD, p. 5).

Capitolul II. Principiile fundamentale ale procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență. Definiții

Secțiunea 1. Principii

Sumar

Note și Explicații generale	9
1. Principiile uitate ale procedurii insolvenței.....	9
2. Insolvența este o procedură judiciară.....	11
2.1. Ajutor de stat vs. insolvență.....	12
2.2. Rezoluția bancară și rezoluția societăților de asigurări	23
2.2.1. Rezoluția bancară.....	24
2.2.2. Rezoluția societăților de investiții.....	56
2.2.3 Redresarea și Rezoluția societăților de asigurare	59
2.2. Insolvabilitatea și răspunderea solidară în procedura fiscală.....	66
2.3. Procedura administrativă de insolvență a persoanelor fizice.....	72
2.4. Proceduri de prevenție și proceduri prefabricate sau accelerate de insolvență	88
3. Procedura insolvenței este o procedură sacrificială.....	97
4. Procedura insolvenței este o procedură colectivă	99
5. Procedura este o procedură concursuală	101
6. Procedura insolvenței este o procedură necesară	103
7. Independența practicianului în insolvență.....	106
7.1. Procedura de numire	108
7.2. Atributul creditorilor de a numi administratorul judiciar/lichidatorul.....	110
7.3. Obediența față de creditorul bugetar.....	113
7.4. Fondul de lichidare	115
7.5. Ipoteza falimentului bancar	116
7.6. Organizarea activității profesiei de practician în insolvență.....	117

Note și Explicații generale

1. Principiile uitate ale procedurii insolvenței. Procedurile de insolvență au mai multe aspecte comune legislației tuturor statelor care reglementează insolvența.

Deschiderea procedurii insolvenței are ca principale efecte patrimoniale automate suspendarea urmăririlor individuale, înghețarea valorii creanțelor și continuarea contractelor aflate în curs de derulare la data deschiderii procedurii, acesta fiind conținutul aproape complet al conceptului de „protecție” a tribunalului.

Închiderea procedurii insolvenței are ca efect principal descărcarea de datorii a falitului scuzabil.

Acele juridice încheiate de debitor cu puțin înainte de deschiderea procedurii sunt anulabile, întrucât sunt prezumate a fi făcute în fraudă sau în dauna creditorilor.

Debitorul – persoana fizică sau persoanele vinovate de cauzarea insolvenței debitorului – persoana juridică sunt decăzuți, pe termene relativ lungi (10 ani), din dreptul de a mai face afaceri.

Deși întreprinderea debitorului, după deschiderea procedurii insolvenței, se derulează după regula continuității în afaceri (*business as usual*), totuși, controlul acesteia trece de la acționari la creditorii, managerii anteriori deschiderii procedurii fiind, de regulă, înlocuiți cu administratorul special.

Cel mai important este, însă, faptul că insolvența, odată declarată, se desfășoară în mod organizat, sub control judiciar, implicând, alături de debitor și creditorii, o serie de *organe* ale procedurii, în categoria cărora instanțele specializate au un rol central. Instanțele exercită controlul judiciar al procedurii insolvenței și soluționează diverse acțiuni sau cereri generate de participanții la procedură. În sistemul românesc de drept, o parte dintre atribuțiile instanței sunt delegate administratorilor judiciari și lichidatorilor (ei, de exemplu, competența esențială de a verifica declarațiile și titlurile creanțelor pretinse de creditorii), aceștia fiind și o interfață a instanței cu participanții la procedură, rol pe care aceștia și-l exercită, în principal, prin atribuția de control și supraveghere a activității debitorului, dar și prin atribuția de a gestiona adunările și comitetul creditorilor, în cadrul cărora îi informează pe creditorii cu privire la activitatea și starea economică sau juridică a debitorului, administratorii judiciari și lichidatorii fiind ei înșiși scrutițnizați de creditorii și controlați de judecător (motiv pentru care ei *trebuie* să fie independenți).

Toate aceste activități și proceduri ce se derulează între cele două jaloane temporale – data deschiderii și data închiderii procedurii – sunt subordonate unor **principii fundamentale**, cum sunt *caracterul judiciar, colectiv și concursual* al procedurii, precum și, într-o măsură importantă, caracterul *sacrificial* al acesteia. În orice caz, insolvența este o *procedură necesară* nu numai pentru că, în sistemul românesc de drept, deschiderea procedurii la cererea debitorului este obligatorie dacă starea de insolvență este instalată sau consolidată, ci și pentru că, din punct de vedere economic, este singura modalitate concurențial corectă de redresare a întreprinderii debitorului și, respectiv, singura soluție onestă de lichidare a consecințelor unui eșec al întreprinderii debitorului.

Principalele efecte, precum și principiile fundamentale ale acesteia, fac parte din așa-numitul „**cod genetic comun**” al **procedurilor de insolvență**, replicate în

toate legislațiile ulterioare anului 2000. Această formulă a fost utilizată în concluziile avocatului general al CJUE, dl. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, prezentate la 16.10.2008, în speța *Deko Marty Belgium* (cauza C-339/07), la considerentul 26: „În pofida diferențelor existente între ordinile juridice ale statelor membre, există un cod genetic comun al soluțiilor pe care acestea le oferă ca răspuns la actele de dispoziție asupra patrimoniului realizate prin fraudarea drepturilor creditorilor”.

Legislația românească parcurge, din păcate, un proces de îndepărtare de la aceste principii. Lumea noastră, juridică sau mireană, începe să le uite.

Nu se poate renunța la aceste principii. Altfel, ceea ce încă numim „insolvență” devine un mutant periculos pentru mediul economic și pentru securitatea circuitului juridic civil.

Ironia actualei legi a insolvenței este că, omițând aceste elemente de „cod genetic comun”, listează o serie de afirmații fără acoperire normativă, de sloganuri și de reguli aplicabile unui număr foarte restrâns de cazuri, sub denumirea de „principii” ale procedurii. În comparație cu adevăratele principii ale procedurii insolvenței, parțial uitate (*oblivate*), aceste afirmații, sloganuri și „reguli” pot fi denumite principii „scriptice” și, în consecință, vor fi analizate ca atare la finalul acestui comentariu dedicat art. 4.

Principiile propriu-zise, dar aproape uitate, ale procedurii insolvenței sunt subiectele punctelor 2-7.

2. Insolvența este o procedură judiciară. În mod tradițional, insolvența este caracterizată ca o *procedură esențialmente judiciară* pentru bunul motiv că *doar* procedurile judiciare prezintă garanții de: (i) transparență, (ii) independență și imparțialitate a organelor care aplică procedura, (iii) control judiciar, drept la apărare și proces echitabil și (iv) executorialitate a dispozițiilor legale și judiciare relative la întreruperea urmăririlor silite individuale ale creditorilor (*authomatic stay*), la înghețarea datoriilor la nivelul celor din data deschiderii procedurii și la continuarea contractelor debitorului aflate în curs la data deschiderii procedurii. În plus, o procedură de insolvență derulată după rigorile unei proceduri judiciare reprezintă și o garanție (sau măcar o speranță) de soluționare cu celeritate a conflictului, real sau aparent, între legislația insolvenței și legea penală, conflict la ordinea zilei în prezent în dosarele de insolvență a profesioniștilor.

În perioada de după instalarea crizei economice mondiale, al cărui start a fost dat prin falimentul băncii de investiții Lehman Brothers, mai multe reglementări legale, precum și situații *de facto* și conjuncturi economice ori geo-politice, au determinat o atenuare sau chiar o neutralizare a acestei caracteristici. În prezent, nu se mai poate vorbi de un caracter *esențialmente* judiciar al insolvenței, ci de un simplu deziderat, de o generalitate. Caracterul judiciar nu mai este de esență insolvenței, ci doar de *natura* sa. În foarte multe situații, insolvența este o procedură

declarat extra-judiciară, administrativă (așa cum este cazul rezoluției societăților bancare sau al rezoluției societăților de asigurare ori cazul procedurii insolvenței „administrative” a persoanelor fizice) sau, practic, se derulează în afara instanței, în paralel cu procedura propriu-zisă de insolvență ori împotriva acesteia. Unele proceduri de prevenție sau de tratament al insolvenței sunt derulate în afara instanței chiar cu scopul declarat de a evita procedurile judiciare, care sunt transparente și scrupuloase cu drepturile și interesele participanților obișnuiți la procedură. Așa este cazul rezoluției în afacerile bancare sau de asigurări, care este o procedură în mare parte confidențială, netransparentă, în care drepturile participanților la procedură sunt subordonate „imperativului” ca entitatea insolventă să fie salvată, uneori în detrimentul *stakeholders*-ilor acesteia.

Cazurile în care procedurile de insolvență sunt văduvite de caracterul judiciar sau care au un caracter pur administrativ, și nu judiciar, precum și cele care elimină doar parțial caracterul judiciar al insolvenței sunt analizate în continuare, la pct. 2.1.-2.4.

2.1. Ajutor de stat vs. insolvență. Un prim exemplu (negativ) de *înlăturare a caracterului judiciar* al procedurii insolvenței este implicarea Comisiei Europene, prin intermediul Direcției Generale Competiție, în procedurile de insolvență aflate în derulare, pentru depistarea și sancționarea ajutoarelor de stat, anterioare sau contemporane procedurii insolvenței. Când se pune problema recuperării unui ajutor de stat, însuși scopul procedurii insolvenței este complet deturnat – nu se mai pune problema acoperirii creanțelor într-o modalitate colectivă și concursuală, ci a recuperării cu prioritate a ajutorului de stat.

Așa cum am arătat încă din 2008 (eram atunci la cca 15 luni de la aderarea României la Uniunea Europeană) „într-un mediu de viață economico-socială caracterizat prin interconectare și interdependență, întreprinderea nu este un simplu vehicul concurențial, ci și un centru vital în jurul cărui gravitează o multitudine de interese, altele decât cele ale întreprinzătorului. Într-adevăr, întreprinderea este un loc de muncă, un contribuabil la bugetele publice sau locale, un client pentru bănci și pentru furnizorii de utilități, un potențial finanțator sau furnizor de programe sociale, o sursă de profit pentru acționari etc., toate aceste persoane sau entități (*stakeholders*) fiind interesate în supraviețuirea întreprinderii. Un „tratament optim” al dificultăților financiare ale întreprinderii trebuie să țină seama și de aceste interese, ceea ce presupune implementarea diferitelor metode și proceduri de prevenție a insolvenței, precum și, în cazul nereușitei acestora, a procedurilor de redresare sub controlul *judiciar* al tribunalului” (*Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., 2008, p. 12*). Această recomandare a fost setată de birocrăția europeană, sub titulatura de *Proiect optim privind*

restructurarea, falimentul și un nou început, în urma unui studiu elaborat, sub egida Comisiei Europene, de un grup de experți din 14 țări membre UE, cărora li s-au alăturat experți din Norvegia și din 7 țări în curs de aderare (inclusiv România). Proiectul optim privind restructurarea, falimentul și un nou început a fost elaborat sub egida Comisiei Europene, Directoratul General pentru Întreprinderi; *illo tempore*, proiectul era publicat pe site-ul Ministerului român al Justiției, fiind preluat de pe site-ul Comisiei europene. Documentul este datat *septembrie 2003*. Am citat acest „proiect optim” la pct. 12, nota 6 subsol, în lucrarea mai sus indicată.

La 11 ani distanță, acest imperativ este din nou setat de Comisia Europeană, fiind transformat într-o recomandare.

Comisia Europeană recomandă, în 2014, o „nouă” abordare a procedurilor de insolvență, menită să salveze întreprinderile și să ofere o a doua șansă întreprinzătorilor cinstiți. A se vedea (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_ro.htm). Recomandarea este integral publicată pe (http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/news/140312_en.htm) (ambele site-uri au fost accesate ultima dată la data de 31.08.2016). Cât este de nouă această abordare se poate vedea din comparația pasajelor citate în text cu cele arătate anterior în legătură cu așa-numitul „Proiect optim 2003”.

„[...] Comisia Europeană a prezentat o serie de principii comune aplicabile procedurilor de insolvență inițiate la nivel național împotriva întreprinderilor aflate în dificultăți financiare. Obiectivul acestora este de a pune accentul pe încurajarea restructurării într-un stadiu incipient a întreprinderilor viabile, prevenindu-se, astfel, intrarea lor în insolvență, mai degrabă decât pe lichidarea întreprinderilor respective. Având în vedere cele aproximativ 200.000 de întreprinderi din UE care riscă să intre în insolvență și cele 1,7 milioane de persoane care riscă să își piardă locul de muncă în fiecare an ca urmare a acestei situații, Comisia dorește să ofere întreprinderilor viabile șansa de a se restructura și de a se menține pe piață. Reformarea normelor naționale în materie de insolvență ar fi în avantajul tuturor părților: le-ar permite firmelor viabile să își continue activitatea și să protejeze locurile de muncă și, totodată, ar crea un mediu mai favorabil pentru instituțiile creditoare, care în acest fel și-ar putea recupera o parte mai importantă din investiții decât dacă întreprinderile debitoare ar da faliment. Întreprinzătorilor cinstiți care au trecut printr-un faliment ar trebui să li se ofere rapid o a doua șansă, întrucât s-a dovedit că aceștia au mai mult succes a doua oară. Recomandarea adoptată (...) survine în urma unei consultări publice desfășurate anul trecut cu privire la o abordare europeană a insolvenței (*IP/13/655*) și a unei propuneri de revizuire a normelor UE privind cazurile de insolvență transfrontalieră, care a fost aprobată recent de Parlamentul European (*MEMO/14/88*)”.

În continuare, anunțul public al Comisiei arată că recomandarea „va contribui la instituirea unui cadru coerent pentru normele naționale în materie de insolvență, cerând statelor membre: (i) să faciliteze restructurarea într-un stadiu incipient a întreprinderilor aflate în dificultăți financiare, înainte de lansarea procedurii oficiale de insolvență și fără proceduri lungi sau costisitoare, astfel încât să limiteze recurgerea la procedura de lichidare; (ii) să permită întreprinderilor cu datorii să își restructureze activitatea fără să fie nevoie să se înceapă oficial procedurile judiciare; (iii) să dea întreprinderilor aflate în dificultăți financiare posibilitatea de a solicita o perioadă de grație temporară de până la patru luni (care să poată fi prelungită până la cel mult 12 luni), perioadă în care să adopte un plan de restructurare, înainte ca instituțiile creditoare să poată iniția proceduri de executare silită împotriva lor; (iv) să faciliteze procesul de adoptare a planului de restructurare, ținând seama atât de interesele debitorilor, cât și de cele ale creditorilor, astfel încât să se mărească șansele de salvare a întreprinderilor viabile; (v) să reducă impactul negativ pe care falimentul l-ar avea asupra șanselor viitoare ale unui întreprinzător de a pune bazele unei noi afaceri, în special prin descărcarea acestora de datorii în termen de cel mult trei ani”. Conform recomandării, statele membre ar trebui să instituie măsuri corespunzătoare în termen de un an. În termen de 18 luni de la adoptarea recomandării, Comisia va efectua o evaluare a stării de fapt, pe baza rapoartelor anuale ale statelor membre, pentru a stabili dacă sunt necesare măsuri suplimentare pentru a consolida abordarea orizontală în materie de insolvență (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_ro.htm, accesat la 31.08.2016).

La jumătatea lunii noiembrie 2016, această recomandare s-a transformat în proiect de directivă.

De observat că aceste imperative, sfaturi și sugestii sunt emise de aceeași Comisie Europeană care, în materie de competiție și ajutor de stat, își schimbă radical discursul. În anul 2013 s-a întâmplat ca un grup de investitori străini care își desfășoară activitățile în România, cu cetățenie suedeză, să câștige un arbitraj internațional contra României, obținând o despăgubire pentru încălcarea tratamentului just și echitabil pe care Statul român trebuia să îl aplice. Astfel, retragerea în mod intempestiv a unor facilități fiscale de care aceste investiții beneficiau a fost considerată încălcare a tratatului bilateral de protejare reciprocă a investițiilor. Soluția a fost pronunțată de ICSID (un arbitraj instituționalizat derulat în cadrul Băncii Mondiale) în baza unui tratat bilateral România-Suedia, precum și în baza unui acord multilateral de protecție a investițiilor, semnat și asumat de România în cadrul instituțional al Băncii Mondiale, ambele tratate fiind anterioare aderării României la UE.

În același an 2014, în care făcea recomandările de mai sus în legătură cu procedurile de insolvență, Comisia Europeană a *interzis* României plata despăgu-

birilor pronunțate de ICSID în speța *Micula c. României*, pe motiv ca ar fi vorba de un ajutor de stat ilegal. În plus, întrucât o parte din despăgubiri fusese executată silit de creditori, Comisia Europeană a dispus recuperarea acestor despăgubiri, pe care le-a considerat „ajutor de stat ilegal”.

În intenția de a consolida caracterul sacrosanct al deciziei CE în speța de mai sus, România și-a modificat legislația în materie de recuperare a ajutoarelor de stat ilegale, această legislație căpătând niște accente și reguli de-a dreptul bizare, mai ales în comparație cu recomandările din 2003 și, respectiv, 2014, ale aceleași Comisii Europene.

Astfel, prin Legea nr. 20/2015 pentru aprobarea O.U.G. nr. 77/2014 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996, s-a dispus, conform art. 41¹, ca instanțele naționale să asigure aplicabilitatea directă a art. 108 alin. (3) din TFUE (recuperarea neîntârziată a ajutorului de stat – *n.n.*), adoptând orice măsuri necesare conform normelor procedurale naționale aplicabile. Conform alineatelor următoare, hotărârea instanței poate impune, *inter alia* (sintagma *inter alia* face parte din jargonul corporatist și birocratic european, nefiind conformă cu normele de tehnică legislativă impuse de Legea nr. 24/2000): suspendarea plății unui ajutor ilegal, recuperarea ajutorului ilegal, recuperarea dobânzii corespunzătoare, despăgubiri pentru concurenții afectați. Instanțele naționale au obligația de a verifica dacă măsura contestată a fost declarată sau nu ajutor de stat de către Comisia Europeană sau de furnizor. În cazul în care măsura a fost declarată de Comisia Europeană ca ajutor de stat, instanța națională nu poate modifica caracterul de ajutor de stat al măsurii de sprijin. Consiliul Concurenței și/sau Comisia Europeană pot interveni în cauză în calitate de *amicus curiae*. Dacă furnizorul acordă ajutorul, prin încălcarea obligației de notificare sau a clauzei suspensive, instanțele naționale pot adopta măsurile necesare pentru protejarea părților interesate, inclusiv prin măsuri provizorii, dacă este cazul. Beneficiarul unui ajutor de stat ilegal nu poate primi niciun alt ajutor înainte de aducerea la îndeplinire a tuturor măsurilor dispuse prin hotărârea instanței naționale prin care s-a dispus recuperarea. Întreprinderile afectate de acordarea unui ajutor ilegal pot formula acțiune în contradictoriu cu furnizorul împotriva acestei măsuri, la Curtea de Apel București.

Textul imediat următor este, însă, de-a dreptul *teribil*.

Conform art. 41² din Legea nr. 20/2015, „în cazurile în care s-a dispus recuperarea unui ajutor de stat/*de minimis*, iar beneficiarul ajutorului se află în procedura de insolvență, instanța națională ce derulează respectiva procedură de insolvență va accepta să înscrie creanța privitoare la restituirea ajutorului în cauză în tabelul creanțelor și va asigura recuperarea imediată a ajutorului de stat/

de minimis, *chiar dacă acest lucru presupune încetarea activității întreprinderii (s.n., Gh.P.)*”.

Excesul de zel al legiuitorului român duce această reglementare în zona absurdului și a non-rezonabilului, fiind de natură a înfrânge principiul proporționalității din CEDO.

Ajutorul de stat este o **decizie administrativă** cu potențial de tulburare a concurenței pe piața relevantă luată în favoarea unei întreprinderi în vederea salvării sale de la faliment. Întrucât procedura insolvenței se deschide printr-o decizie a unui judecător, este controlată pe parcurs de justiție și este închisă printr-o altă decizie a unui judecător, este evident că nu se poate confunda cu situația ce rezultă dintr-un act administrativ, guvernamental sau local. Scopul acestei proceduri *judiciare* este acoperirea creanțelor contra întreprinderii aflate într-o stare de dificultate financiară atât de gravă încât acea întreprindere nu se poate salva prin alte metode decât prin punerea sa sub protecția tribunalului. Acest scop, al acoperirii creanțelor, poate fi atins fie prin reorganizare judiciară, fie prin lichidare falimentară, în ambele cazuri creditorii fiind nevoiți să accepte sacrificii ale drepturilor lor. În orice caz, cei care decid, sub controlul unui judecător, în mod colectiv și concursual, calea de realizare a acestui scop, sunt creditorii, și nu vreo autoritate administrativă, fie ea centrală, locală sau supranațională. O decizie de *business* a creditorilor care se întâmplă să fie și autorități sau instituții publice, decizie publică luată într-o procedură judiciară orientată către scopul acoperirii creanțelor lor, este o opțiune colectivă și concursuală pentru *salvarea întreprinderii debitorului de la faliment* și, deci, nu se poate încadra în tiparul ajutorului de stat. Insolvența nu este un proces administrativ, ci o procedură judiciară, aflată sub controlul de oportunitate al creditorilor și sub controlul judiciar al judecătorului-sindic. Vânzările de active în procedurile de insolvență sau restructurările prin planuri de reorganizare judiciară nu sunt proceduri de privatizare și, deci, ar trebui excluse din analizele referitoare la salvarea prin ajutoare de stat a unor întreprinderi private sau de stat.

În altă ordine de idei, nu orice ajutor de stat este suspect de a fi ilegal. În legătură cu ajutoarele de stat ilegale, trebuie reamintit că acestea sunt considerate incompatibile cu scopurile Tratatului dacă, printre altele, se caracterizează prin *selectivitate*.

Conform art. 107 alin. (1) din TFUE, „cu excepția derogărilor prevăzute de tratate, sunt incompatibile cu piața internă ajutoarele acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat, sub orice formă, care denaturează sau amenință să denatureze concurența prin favorizarea *anumitor (s.n., Gh.P.)* întreprinderi sau a producerii anumitor bunuri, în măsura în care acestea afectează schimburile comerciale dintre statele membre”. Așadar, numai în cazul în care ajutorul ar fi *țintit*, adică selectiv, ne-am putea afla în prezența unui ajutor de stat ilegal, incompatibil

cu piața internă. Dacă ajutorul de stat este acordat tuturor întreprinderilor care activează pe aceeași piață relevantă sau, cu atât mai mult, dacă ajutorul de stat este consecința inevitabilă a aplicării unei legi, așa cum este, bunăoară, legislația insolvenței, atunci problema incompatibilității cu piața internă a ajutorului de stat nu se mai pune.

Selectivitatea, impusă de TFUE ca un criteriu cumulativ al unui ajutor de stat ilegal, nu există în cazul unei societăți aflate în insolvență. Orice întreprindere, deci chiar și una din sectorul public, poate să fie într-o situație de dificultate financiară, inclusiv într-o situație atât de gravă încât să releve o stare de insolvență, inclusiv o mare companie publică. Întreprinderea respectivă nu se află voluntar în insolvență și nici pentru că ar fi avut și altă opțiune. În sistemul legii noastre, un debitor care este în stare de insolvență este obligat să ceară deschiderea unei asemenea proceduri (și să se pună sub protecția tribunalului) de îndată ce starea de insolvență se va fi instalat. Acel debitor care se află în stare de insolvență nu are o opțiune: el are la dispoziție doar 30 de zile să se declare în insolvență; sancțiunea omisiunii de a face o astfel de declarație este amenda sau închisoarea pentru bancrută simplă în cazul în care se întârzie cu mai mult de 6 luni. Pentru acel debitor, a cere insolvența nu este o facultate, ci o obligație; a obține beneficiul unei reorganizări judiciare nu este ca și când și-ar fi acordat singur un ajutor sau ca și când ar fi obligat statul să îi acorde un ajutor – există un vot asupra planului, care se dă pe 5 categorii de creditori, cu majorități absolute în cadrul fiecărei categorii și există, ulterior, o hotărâre a judecătorului-sindic de confirmare a planului, care ține cont și de votul creditorilor, dar și de fezabilitatea planului. Și mai semnificativ din perspectiva (ne)selectivității este faptul că votul pentru planul de reorganizare a debitorului nu este dat pentru că statul, ca autoritate publică, ar fi vrut să ajute debitorului ori pentru că ar fi avut și altă opțiune, pe care nu a urmat-o. Odată deschisă procedura insolvenței, orice creditor, deci și statul sau entitățile deținute/controlate de stat, *trebuie* să participe la procedură (adică, așa cum se spune în jargonul juridic, să fie parte din „masa credală”). Omisiunea de a cere participarea la procedură este sancționată cu înlăturarea creditorului din procedură – acel creditor devine străin de procedură, fiind în imposibilitatea de a mai pretinde ceva de la debitor. În fine, **a vota sau nu un plan de reorganizare** înseamnă diferența între sumele de bani ce ar fi obținute de creditor din continuarea activității debitorului și sumele de bani ce ar reveni creditorilor ne-garanțați dintr-un faliment (de regulă, aceste sume sunt egale cu zero). De aceea, este o greșeală conceptuală gravă a se considera că votul pe care îl dă fiscul, spre exemplu, sau un alt creditor bugetar, pentru aprobarea un plan de reorganizare judiciară, ar fi o măsură administrativă selectivă.

Dacă o măsură luată de autoritățile publice (sau de entități controlate de acestea) în cadrul unor proceduri de insolvență este suspectă de a fi calificată ajutor de

stat, atunci se efectuează o comparație de tipul *testului creditorului/investitorului privat*, pentru a stabili dacă a existat sau nu un avantaj oferit întreprinderii debitoare și dacă da, care a fost amploarea acestuia. În cadrul acestui test trebuie să se compare măsurile luate de autoritățile publice cu comportamentul pe care l-ar fi adoptat un operator economic obișnuit pe piață în aceleași circumstanțe (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_ro.pdf, p. 10). Nu se iau în calculul comparativ costurile și pierderile pe care le-ar antrena dificultățile întreprinderii pentru stat ca autoritate publică. Spre exemplu, ne-am putea întreba dacă, în cadrul testului creditorului privat, se poate lua în calcul pierderea prin faliment a unui contribuabil la bugetul central sau la cel local, pierderea locurilor de muncă direct generate sau făcute posibile pe orizontală de întreprinderea aflată în dificultate, costurile de mediu cauzate de închiderea întreprinderii etc. Din analiza ghidurilor publicate de Comisia Europeană, se pare că răspunsul este negativ. Legitimitatea unor astfel de analize comportamentale este în dubiu. În cauza T-296/97 (speța *Alitalia*, considerentul 17), s-a stabilit că modul în care se comportă un investitor privat într-o economie de piață este determinat de perspectivele de rentabilitate. Dacă testul demonstrează că autoritățile publice s-ar comporta (s-au comportat) la fel ca un agent economic obișnuit, atunci existența unui avantaj ar fi exclusă și, deci, nu am fi în prezența unui ajutor de stat.

Fundalul analizei îl reprezintă o *întreprindere în dificultate*, iar aceasta se poate afla în perioada pre-insolvenței ori a procedurilor de prevenție a insolvenței (de genul administrării speciale sau al concordatului) sau chiar în procedura de insolvență propriu-zisă. Comparația care se face în interiorul testului investitorului privat trebuie să țină cont de această premiză, întrucât comportamentul creditorului privat față de o companie *in bonis* este fundamental diferit față de comportamentul aceluiași investitor privat relativ la o companie în dificultate financiară/insolvență.

Întreprinderea în dificultate este un agent economic care nu este capabil ca, fie din resurse proprii, fie din contribuții ale acționarilor sau ale creditorilor săi, să își acopere pierderile, iar acest blocaj poate determina, pe termen mediu sau scurt, falimentul întreprinderii (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_ro.pdf, p. 8, accesat la 31.08.2016). Când o întreprindere se află în dificultate financiară sau chiar în insolvență, investitorul privat este nevoit sau, după caz, interesat, să facă unele compromisuri, întrucât un faliment ar însemna o pierdere mult mai mare decât eventualele pierderi rezultate din aceste compromisuri. Mai mult chiar, falimentul unui partener de afaceri de care investitorul privat este (cvasi)dependent poate determina propriul faliment, ceea ce face ca reducerile de datorie, renunțările la părți din creanță, continuarea unor contracte aflate în suferință pe perioada dificultății financiare a partenerului de afaceri să fie, practic, inevitabile.

Acest gen de compromisuri sunt acceptabile și în cazul unor autorități publice sau al unor entități aflate sub controlul acestora și, de aceea, ideea unui ajutor de stat ar trebui exclusă ori de câte ori autoritățile publice – creditorii ai întreprinderii aflate în dificultate – fac același lucru pe care îl fac și investitorii privați, adică ajută întreprinderea în dificultate să iasă din această stare, indirect ajutându-se pe ei înșiși în încercarea de a evita propriile dificultăți financiare.

Textul legii române, mai sus citat, anulează aceste eforturi de salvare, deopotrivă ale întreprinderii debitorului, ale creditorilor privați și ale creditorilor publici. Dacă, prin decizia birocratică a Direcției Generale Competiție (o decizie executorie imediat), se impune recuperarea unui ajutor de stat declarat incompatibil cu piața internă, atunci judecătorul român nu mai are opțiune – va trebui să *asigure* recuperarea acestui ajutor de stat, chiar cu prețul falimentului întreprinderii. Este interesant de observat că redactorii acestui text de lege nu au ținut cont de (ne) competența funcțională a judecătorului-sindic, din moment ce au trecut în sarcina acestuia o atribuție care ține de competența funcțională a administratorului judiciar sau a lichidatorului: recuperarea unor creanțe contra debitorului. O eventuală desființare ulterioară a deciziei birocratice are toate „șansele” să devină inutilă. Între timp, ireversibil, întreprinderea va fi intrat în faliment.

Frustrant, în raport de principiile procedurii insolvenței, este să observi că drepturile creditorilor rezultate din programul de plăți din planul de reorganizare sau, după caz, din ordinea de preferință în caz de faliment, sunt neutralizate, căci creanța rezultată din recuperarea ajutorului este considerată o creanță curentă, prioritară, plătită *înaintea tuturor* celorlalte creanțe, inclusiv a celor salariale, garantate sau a celor bugetare „obișnuite”. Orice întreprindere aflată în dificultate, laolaltă cu creditorii săi, care ar putea fi interesați în cel mai înalt grad în supraviețuirea acestei întreprinderi, s-ar putea confrunta cu dilema utilității sau a necesității procedurii insolvenței, în condițiile în care principiile și scopul procedurii („acoperirea creanțelor”) sunt neutralizate prin intervenția Direcției Generale Competiție din cadrul CE.

Nu mai bine s-ar crea niște structuri în cadrul acestei Direcții europene, care să se ocupe de restructurări de întreprinderi și să se adauge armatei celorlalți 54 de mii de birocați care lucrează pentru CE?

Un exemplu concret de lipsă de realism și de dublă măsură în aplicarea regulilor și cutumelor birocratice în materie de ajutor de stat pre- sau post-insolvență este *cazul Oltchim* (despre acest caz, notoriu de altfel, am scris aici: <http://www.cotidianul.ro/ajutorul-de-stat-si-procedurile-de-insolventa-281755>, accesat la 31.08.2016).

În anul 2012, Comisia Europeană a acceptat ca ajutor de stat conversia unor datorii ale Oltchim către AVAS (actualmente AAAS) în acțiuni, cu consecința ștergerii datoriilor, cu condiția privatizării și a adăugării de penalități istorice la

creanța bugetară, ceea ce a dus la adăugarea unei sume ce depășea un miliard lei, doar cu titlu de accesorii. Măsura ajutorului de stat din 2012, aprobat de CE cu aceste condiții, a fost una complet *nerealistă*.

Ajutorul de stat nu poate fi acordat decât în condițiile unui plan de restructurare realist, care vizează restabilirea viabilității pe termen lung a beneficiarului, restructurare care să se facă în termen rezonabil. Nu a existat un astfel de plan la acel moment, ci doar niște planuri și expectații nerealiste, bazate pe estimări greșite ale unor consultanți, că procedura de privatizare va reuși să genereze un preț al acțiunilor Oltchim suficient de mare pentru a acoperi un minim de 12% din datoriile Oltchim față de AVAS (actualmente, AAAS), în condițiile în care, fără excepție, bunurile Oltchim erau ipotecate sau gajate în favoarea unor creditori privați (în special, bănci). De altfel, privatizarea a eșuat în luna septembrie 2012.

În plus, în cazul Oltchim, înainte de insolvență, pe o perioadă de 3 luni, a fost oprită complet activitatea. Creditorii, ca investitori privați, au cerut sau, după caz, au fost de acord cu reluarea activității, pe motiv că, în faliment, și-ar fi recuperat mai puțin sau nu și-ar fi recuperate deloc creanța și, în plus, ar fi pierdut un client, un partener de afaceri, un contribuabil. Unele bănci au fost de acord chiar cu facilitarea unor credite noi sau cu prelungirea valabilității unor linii de credit, iar unii furnizori de utilități sau de materii prime au fost de acord să continue să execute contractele în curs, deși acestea aveau probleme de executare din partea Oltchim (întârzieri la plată, plăți parțiale, executare defectuoasă etc.). Activitatea a fost reluată în luna octombrie 2012, dar, inevitabil, societatea a intrat în insolvență în data de 29.01.2013.

După intrarea în insolvență, creditorii cu garanții, ca investitori privați, au votat un plan de reorganizare, ocazie cu care au fost de acord cu o ștergere de peste 30% a creanței lor, precum și cu rapoartele de evaluare care împărțeau creanțele într-o parte garantată și una chirografară, în intenția de a primi prin planul de reorganizare mai mult decât ar fi primit în faliment. La momentul votului cu privire la planul de reorganizare (aprilie 2015), creditorii beneficiari de garanții au fost de acord chiar și cu reducerea cu 30%, în medie, a sumei de primit pentru partea de creanțe considerate garantată, în condițiile în care partea din creanțe care fusese trecută în tabel, ca urmare a evaluării, cu titlu de creanță chirografară, urmează a se șterge în totalitate ca urmare a confirmării planului de către judecător. Această parte consistentă a creanțelor garantate (în jur de 50 de milioane de euro) a „alunecat”, cu acordul creditorilor beneficiari ai garanțiilor, pe treptele inferioare ale ordinii de preferință, la creditorii bugetari. Aceștia din urmă, fără un asemenea gest comportamental al creditorilor privați, nu ar fi luat nimic din acești bani. Iar în caz de faliment al Oltchim nu ar fi luat nimic, oricum. Așadar, creditorii bugetari nu numai că s-au comportat la fel ca investitorul/creditorul privat, dar, în cazul

reorganizării Oltchim, au și făcut un *business* bun din votul asupra planului de reorganizare.

Comportamentul creditorilor, de stat și privați, este perfect justificat atunci când realizează că valoarea creanțelor ce pot fi recuperate tinde spre zero în scenariul falimentului. Centrul de greutate al deciziilor lor se mută dinspre „un acord cu privire la ștergerea de datorii” către „încasarea maximului posibil” dintr-o companie, în mod evident, supraîndatorată. Comportamentul creditorilor controlați de stat și determinarea lui în raport de comportamentul unui creditor privat trebuie analizat pornind de la aceste premise concrete: datoriile acumulate depășeau valoarea activelor, acestea, aproape în totalitate, erau grevate de garanții, iar creanțele creditorilor de stat erau preponderent negarantate.

Judecătorii au confirmat irevocabil acest plan de reorganizare, așa cum este îndeobște cunoscut.

În anul 2016, la 3 ani după deschiderea procedurii insolvenței față de Oltchim, aceeași Comisie Europeană care, în 2012, a aprobat acel ajutor de stat constând în conversia creanțelor în acțiuni, pe baza unui plan de restructurare atât de nerealist, a deschis o investigație pentru un posibil ajutor de stat la Oltchim, în perioada pre- și post-insolvență. Nu a avut nicio importanță faptul că Oltchim se afla în procedura *judiciară* de insolvență și că planul de reorganizare a fost votat de creditori și confirmat prin hotărâre irevocabilă de judecători.

În perioada septembrie 2012 - februarie 2015, creditorii nu aveau un debitor solvabil, de la care să aibă șansa recuperării creanței prin forța coercitivă. Interesul creditorilor (de stat sau privați) nu a fost acela de a lichida Oltchim, ci de a crea premisele pentru a face posibilă valorificarea activelor și recuperarea creanțelor. La momentul respectiv, creditorii Oltchim au înțeles imposibilitatea recuperării creanțelor în lipsa funcționării societății și au ales să nu execute silit bunurile societății în perioada ulterioară septembrie 2012, să achite în avans marfa, să nu pretindă compensarea cu datoriile acumulate anterior etc.

Comportamentul recomandat de Comisie ca fiind cel adecvat în momentul septembrie 2012 nu este cel pe care un creditor privat l-ar fi adoptat, deoarece nu ar fi asigurat, în perioada relevantă, recuperarea creanței creditorului de stat. Un creditor privat, având un debitor deja insolvabil, ar acționa în scopul creării premiselor recuperării, cel puțin parțiale, a creanței sale, și nu în sensul lichidării, dacă această lichidare nu i-ar aduce nicio recuperare. Comisia consideră că planul de reorganizare favorizează scenariul reorganizării în detrimentul lichidării luând în calcul anumiți factori care nu a fi luați în considerare de un operator privat, precum factori sociali și menținerea unui actor în piață și un contribuabil important. Trebuie subliniat că menținerea activității platformei industriale a fost apreciată de către creditorii privați ca un argument favorabil reorganizării, întrucât furnizorii

locali beneficiază la rândul lor de această activitate, și nu numai. Creditorii, cum sunt unii furnizori de materie primă sau de utilități, înregistrează o cifra de afaceri din contractele derulate cu Oltchim și au votat planul de reorganizare, deși acesta nu le asigură recuperarea decât a unei părți din creanța anterioară deschiderii procedurii insolvenței. Prin urmare, chiar dacă un operator privat are un dublu interes în relația cu Oltchim (atât recuperarea, măcar în parte, a creanței anterioare deschiderii procedurii, cât și continuarea derulării unui contract), acesta poate vota astfel încât să își satisfacă ambele interese. În mod similar, dacă Statul ar avea un astfel de interes dublu, trebuie să i se permită să acționeze asemenea operatorului privat. În cazul Oltchim, atât statul, cât și operatorii privați au acționat într-o manieră similară pentru a-și asigura o cât mai bună recuperare a creanțelor și exploatarea afacerii Oltchim.

Măsurile de ajutor de stat sunt acte administrative de voință, acte de putere ale autorităților publice, care au, printre altele, efect de afectare sau de tulburare a concurenței pe piața relevantă. Din acest punct de vedere, este o greșeală (iar aceasta este gravă, întrucât, din păcate, vine de la Comisia Europeană) confundarea unei măsuri administrative, care este un act unilateral de autoritate publică, cu o soluție judecătorească, așa cum este cea de confirmare a unui plan de reorganizare. Oricum, e bine de știut că hotărârea judecătorească de confirmare a unui plan este una foarte specială, pentru că nu este vorba doar de a spune dreptul (*jurisdictio*) și de a impune executarea unei măsuri (*imperio*), ci este vorba și despre a confirma un vot al creditorilor care se dă asupra unui plan de reorganizare într-o adunare a creditorilor.

Ceea ce este tipic procedurii insolvenței este că ea este o procedură colectivă, concursuală, o procedură de sacrificiu, unde toți cei care participă la acest vot asupra planului de reorganizare acceptă un sacrificiu sau o pierdere. Iar planul este confirmat de un judecător-sindic. Din acest punct de vedere, acolo unde este vorba despre un plan de reorganizare judiciară, nu se poate vorbi despre un ajutor de stat, pentru că din start este exclusă ideea unei măsuri administrative luate de o autoritate publică.

În plus, o societate care este supusă unei proceduri de reorganizare este o întreprindere care se află în dificultate. Comportamentul partenerilor unei astfel de întreprinderi aflate în dificultate, atât cel al investitorilor privați, cât și cel al creditorului public (al autorității publice), este complet diferit de comportamentul pe care l-ar putea avea aceiași „actori” față de o întreprindere *in bonis*. Desigur că un investitor privat, în intenția de a-și recupera creanțele față de o societate *in bonis*, se comportă, în principal, după cum îi dictează scopul obținerii de profit. Din punctul acesta de vedere, testul investitorului privat, când este vorba despre o astfel de societate *in bonis*, trebuie să fie ghidat de scopul principal al unui investitor privat, adică ideea de obținere de profit din acest comportament.