

dr. Nicoleta ȚĂNDĂREANU

Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006

Comentarii, doctrină, jurisprudență

Cuvânt înainte de prof. univ. dr. Stanciu D. Cărpenu

Universul Juridic

București

-2012-

Editat de S.C. Universul Juridic S.R.L.

Copyright © 2012, S.C. Universul Juridic S.R.L.

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al

S.C. Universul Juridic S.R.L.

**NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI
COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOȚIT DE SEMNĂTURA
AUTORULUI ȘI ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE
INTERIORUL ULTIMEI COPERTE.**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

ȚĂNDĂREANU, NICOLETA

Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006 / dr. Nicoleta Țăndăreanu. -
București : Universul Juridic, 2012

Bibliogr.

ISBN 978-973-127-721-9

347.736(498)

REDACȚIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0731.121.218**
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL tel.: **021.314.93.15; 0726.990.184**
DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

**COMENZI ON-LINE,
CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%**

Cuvânt înainte

Așa cum se cunoaște, procedura insolvenței constituie instrumentul juridic fundamental al economiei de piață liberă, care asigură asanarea activității comerciale, atunci când aceasta este afectată de consecințele funeste ale activității comercianților aflați în dificultăți financiare.

În dreptul nostru, prima reglementare legală a acestei instituții juridice, în concepția modernă, a fost Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare, rebotezată în anul 1997, Legea privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului.

Această reglementare legală a suferit numeroase modificări și completări, iar în anul 2006 a apărut într-o „haină nouă”, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Datorită importanței sale pentru desfășurarea activității comerciale, procedura insolvenței a făcut obiectul unei bogate cercetări științifice, prin publicarea a numeroase lucrări (tratate, manuale, monografii, articole de revistă), iar prin aplicarea ei a dus la formarea unei practici judiciare consistente, ilustrată de culegerile de practică judiciară publicate.

Lucrarea „Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006” pe care o prezentăm are întrucâtva un caracter inedit, în peisajul lucrărilor publicate până acum; ea este scrisă de un practician al dreptului și este destinată, cu osebire, practicienilor (judecători, avocați, practicieni în insolvență etc.), dar și tuturor celor interesați de cunoașterea și aplicarea procedurii insolvenței.

Autoarea lucrării nu este un neofit; ea este un foarte bine cunoscut cercetător al procedurii insolvenței, cu vechi ștate de servicii (a publicat lucrările: *Procedura reorganizării judiciare*, Teză de doctorat, 2000; *Procedura falimentului băncilor*, 2001; *Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului în formulare: o altă formă de aplicare a legii*, 2004; numeroase articole și comentarii de practică judiciară) și, ca magistrat, a beneficiat de experiența de judecător-sindic și judecător de curte de apel.

Noua lucrare a autoarei nu este nici tratat, nici monografie și nici culegere de practică judiciară; ea are, în doze măsurate, strictul necesar din caracteristicile acestor specii de lucrări, dar numai cât este necesar pentru cunoașterea temeinică și aplicarea corectă a reglementării legale.

Metoda folosită de autoare în elaborarea lucrării servește perfect realizării scopului urmărit.

În legătură cu fiecare dintre marile probleme ale procedurii insolvenței abordate, mai întâi, se prezintă, sintetic și sistematizat, principiile consacrate de dispozițiile legale.

Apoi, sub denumirea „Doctrină”, se menționează lucrările de specialitate relevante aferente.

În continuare, sub denumirea „Jurisprudență”, se înfățișează, uneori extensiv, decizii ale instanțelor judecătorești date în aplicarea dispozițiilor legale.

Acolo unde este cazul, sub denumirea „Control constituțional”, se prezintă decizii ale Curții Constituționale, date în soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate.

Analiza problemelor abordate se încheie, în foarte multe cazuri, cu propuneri *de lege ferenda*.

De remarcat că autoarea nu s-a mulțumit cu simpla înfățișare a reglementării legale, a opiniilor doctrinare și a deciziilor jurisprudențiale, ci le-a supus pe acestea unei exigente analize critice, sub aspect teoretic și al utilității practice. În legătură cu unele aspecte, autoarea a formulat puncte de vedere proprii, originale, menite să contribuie la perfecționarea reglementării legale și la aplicarea corectă a acesteia în practica instanțelor judecătorești. O dovadă în acest sens, o constituie cele 43 de propuneri *de lege ferenda* din lista care încheie lucrarea. De subliniat că aceste propuneri nu sunt simple opinii, care ar trebui avute în vedere în acțiunea de modificare și completare a reglementării legale, ci sunt propuneri de texte concrete, folositoare în perspectiva elaborării unui cod al insolvenței.

În fundamentarea analizelor și soluțiilor date, autoarea a folosit o bogată bibliografie de specialitate și un vast material de practică judiciară.

Lucrarea realizată de autoare constituie o cercetare științifică valoroasă și prin publicarea ei contribuie eficient la îmbogățirea cercetării științifice privind tratamentul juridic aplicat comercianților aflați în dificultăți financiare.

Prin cercetarea cuprinzătoare și aprofundată a problemelor abordate, soluțiile date și bogăția informației doctrinare și jurisprudențiale pe care o oferă, lucrarea va reprezenta un deosebit de util instrument de lucru pentru juriști, precum și pentru toți cei interesați de cunoașterea și aplicarea în practică a procedurii insolvenței.

Prof. univ. dr. Stanciu D. Cărpenu

Capitolul I

DOMENIUL DE APLICARE AL INSOLVENȚEI ȘI NOȚIUNI GENERALE

PLANUL CAPITOLULUI

➤ SECȚIUNEA 1

Domeniul de aplicare al insolvenței

I. Procedura generală

A. Definiție

B. Categoriile de debitori cărora li se aplică procedura generală

II. Procedura simplificată

A. Definiție

B. Categoriile de debitori cărora li se aplică procedura simplificată

C. Procedura simplificată fără perioada de observație

D. Procedura simplificată cu perioada de observație

E. Perioada de observație în cadrul procedurii simplificate

F. Atribuții specifice ale lichidatorului în cazul intrării în faliment prin procedura simplificată fără perioada de observație

G. Particularitățile procedurii simplificate

H. Închiderea procedurii simplificate

III. Persoanele exceptate de la aplicarea Legii nr. 85/2006

➤ SECȚIUNEA a 2-a

Scopul legii

SECȚIUNEA a 3-a

Semnificația unor termeni și expresii

➤ SECȚIUNEA a 4-a

Cheltuielile aferente procedurii

I. Surse de suportare

A. Avera debitorului

B. Fondul de lichidare

II. Administrarea cheltuielilor

A. Administrarea contului debitorului

B. Administrarea fondului de lichidare

Secțiunea 1

Domeniul de aplicare al insolvenței

I. PROCEDURA GENERALĂ

A. Definiție

Definiția procedurii generale este dată de art. 3 pct. 24 din Legea nr. 85/2006. Astfel, procedura generală reprezintă procedura prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. 1, fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 1 alin. 2, intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului.

Din definiție reiese că procedura generală parcurge cel puțin două etape, și anume:

– perioada de observație – care este obligatorie dacă sunt îndeplinite condițiile art. 1 alin. 1 și nu sunt îndeplinite condițiile art. 1 alin. 2.

Perioadei de observație îi poate urma, după caz, una din următoarele:

– procedura de reorganizare care se poate finaliza prin reorganizarea activității debitorului și stingerea pasivului conform programului de plată a creanțelor cuprins în plan;

– procedura de reorganizare care poate eșua și transforma în faliment, urmând ca stingerea pasivului neacoperit la data conversiei, în măsura ajungerii activului, să se facă în această procedură;

– procedura de faliment, dacă niciun plan de reorganizare nu este confirmat, urmând ca stingerea pasivului, în măsura ajungerii activului, să se facă în această procedură.

B. Categoriile de debitori cărora li se aplică procedura generală

Pot face obiectul procedurii generale de insolvență și, în consecință, se pot reorganiza, următoarele categorii de debitori:

1. societățile comerciale

Societățile comerciale pot fi subiect al procedurii de insolvență de la data înmatriculării lor în registrul comerțului, adică de la data dobândirii personalității juridice.

Momentul până la care se poate cere deschiderea procedurii insolvenței rezultă din interpretarea art. 260 alin. 4 din Legea nr. 31/1990 care prevede că lichidarea societății nu împiedică deschiderea procedurii de faliment. Dar, terminarea lichidării,

care înseamnă aprobarea situației financiare finale și terminarea repartiției activului rămas către asociați, nu coincide cu radierea societății din registrul comerțului. Problema care se pune este dacă societatea poate intra în insolvență și după terminarea lichidării și până la momentul radierii din registrul comerțului întrucât, potrivit art. 251 NCC, persoanele juridice supuse înregistrării încetează la data radierii din registrul în care sunt înregistrate. Din interpretarea literală a art. 260 alin. 4, „lichidarea ... nu împiedică deschiderea procedurii de faliment a societății”, coroborat cu art. 270¹ din Legea nr. 31/1990, „în condițiile legislației insolvenței creditorii vor putea cere deschiderea procedurii de insolvență față de societatea aflată în curs de lichidare”, reiese că procedura insolvenței poate fi deschisă numai atât timp cât nu a fost finalizată lichidarea. De altfel, cât timp a fost finalizată lichidarea, deschiderea procedurii de insolvență la cererea vreunui creditor care nu s-a înscris la masa pasivă în procedura de lichidare administrativă este fără niciun rezultat, deoarece scopul procedurii nu poate fi atins, nemaexistând activ care să fie lichidat în vederea plății creditorului respectiv.

Caracteristici în cazul societăților comerciale nelegal constituite

Societățile neînmatriculate. Deschiderea procedurii împotriva societății neînmatriculate este inadmisibilă. Două argumente pot fi aduse în sprijinul acestei concluzii, și anume lipsa personalității juridice, inexistența juridică a debitorului și reglementarea răspunderii față de terți a celor ce au lucrat în contul societății. Această răspundere, prevăzută de art. 53 din Legea nr. 31/1990, republicată, coroborat cu art. 295 alin. 4 NCC, asigură suficiente garanții de protecție a terților prin întinderea sa și caracterul solidar.

Potrivit jurisprudenței franceze, o societate în formare, care nu a dobândit personalitate juridică, nu poate fi subiect al procedurii de redresare sau lichidare.

Celelalte neregularități, exceptând neînregistrarea în registrul comerțului, nu împiedică declanșarea procedurii, cu precizarea că în anumite situații, ce vor fi expuse în continuare, este posibil numai falimentul, adică procedura simplificată. Declarația nulității societății pentru oricare din cauzele de neregularitate prescrise de art. 56 din Legea nr. 31/1990, republicată, împiedică reorganizarea judiciară a acesteia, dar nu împiedică falimentul. Explicația constă în faptul că efectul nulității este încetarea existenței societății, adică dizolvarea acesteia, potrivit art. 58 raportat la art. 227 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 31/1990. Societatea dizolvată nu poate fi reorganizată, lichidarea acesteia în procedura falimentului fiind obligatorie.

Există două ipoteze: declararea nulității societății anterior deschiderii procedurii insolvenței și ulterior deschiderii acestei proceduri. În prima ipoteză, considerăm că lichidarea administrativă a societății a cărei nulitate a fost dispusă nu împiedică deschiderea procedurii falimentului și lichidarea ei în cadrul acestei proceduri. În

ipoteza declarării nulității societății după declanșarea procedurii concursuale, falimentul trebuie declarat imediat, în temeiul art. 107 din Legea insolvenței. Orice procedură de reorganizare, în orice stadiu s-ar afla (reorganizare propriu-zisă sau faza de elaborare, aprobare sau confirmare a planului), încetează pentru motivul că după dizolvare societatea nu mai poate exista decât pentru nevoile lichidării. Falimentul poate fi evitat numai prin acoperirea cauzei de nulitate, până la depunerea concluziilor pe fond, conform art. 58 din Legea nr. 31/1990.

Filialele societăților comerciale

Potrivit art. 42 din Legea nr. 31/1990, filialele sunt societăți comerciale cu personalitate juridică, se înființează în una din formele de societate enumerate la art. 2 și în condițiile prevăzute pentru acea formă. Ele vor avea regimul juridic al formei de societate în care s-au constituit. Din această definiție se desprinde concluzia că filiala este ea însăși o societate comercială, un comerciant distinct, cu personalitate, patrimoniu și organizare proprii. Chiar dacă capitalul social al filialei se constituie prin aportul exclusiv sau majoritar al societății-mamă, care îi asigură controlul, filiala este o persoană juridică distinctă. În consecință, societatea-mamă nu va răspunde pentru obligațiile filialei și nu va dobândi drepturile acesteia, după cum nici filiala nu dobândește drepturile și obligațiile societății-mamă¹ doctrină. Art. 222 NCC reglementează independența patrimonială a persoanei juridice astfel: persoana juridică având în subordine o altă persoană juridică nu răspunde pentru neexecutarea obligațiilor acesteia din urmă și nici persoana juridică subordonată nu răspunde pentru persoana juridică față de care este subordonată, dacă prin lege nu se prevede altfel.

Având calitatea de comerciant, filiala unei societăți comerciale poate fi subiect distinct al procedurilor de reorganizare judiciară sau faliment.

Procedura deschisă împotriva unei filiale nu are efecte asupra societății-mamă, după cum nici deschiderea procedurii împotriva societății-mamă nu are efecte asupra filialei.

De altfel, noul Cod civil nu mai reglementează noțiunea de filială, persoana juridică putând avea, potrivit art. 227 C. civ., numai sucursale, reprezentanțe și puncte de lucru – entități fără personalitate juridică.

Doctrină

1. Caracteristicile filialei au fost elocvent expuse de prof. dr. I. L. Georgescu în lucrarea *Drept comercial român*, vol. 2, București, 1948, p. 66.

Sucursalele societăților comerciale

Sucursalele sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților comerciale (art. 43 din Legea nr. 31/1990).

Sucursala este un stabiliment secundar, având o anumită autonomie. Ea se înființează din inițiativa societății-mamă care îi afectează capitalul necesar funcționării și o organizează spre a desfășura o activitate proprie, având structura unei întreprinderi. Conducătorul sucursalei are adesea putere de reprezentare acordată prin delegare, putând avea un sediu propriu.

Sucursala nu are însă independență juridică, ca urmare a lipsei personalității, și nu are patrimoniu propriu, bunurile din dotarea ei aparținând societății-mamă. Ea nu devine subiect de drept, nu se înmatriculează, ci se înregistrează în registrul comerțului. Din punct de vedere juridic sucursala face parte din structura organizatorică a societății fondatoare. Nefiind subiect de drept distinct, sucursala nu are drepturi și obligații proprii, acestea aparținând societății-mamă.

Față de aceste trăsături, apreciem că sucursala, singură, nu poate fi subiect al procedurii insolvenței. În cazul încetării plăților la nivelul sucursalei, procedura se poate deschide împotriva societății fondatoare (mamă), căreia îi revin obligațiile sucursalei. Evident că deschiderea procedurii împotriva societății-mamă implică și sucursala.

Jurisprudență

1. Curtea de Apel Iași, prin decizia nr. 6 din 4 ianuarie 2010, a decis că, potrivit art. 43 din Legea nr. 31/1990, sucursala nu are personalitate juridică și nu este subiect distinct de drept.

În consecință, sucursala nu poate constitui subiect al procedurii instituite de Legea nr. 85/2006, așa încât deschiderea procedurii reglementate de această lege se face asupra societății-mamă, sucursala neavând calitate procesuală pasivă.

2. societățile cooperative

3. organizațiile cooperatiste

Legea insolvenței, deși este adoptată ulterior Legii privind organizarea și funcționarea cooperăției și a suferit numeroase modificări, nu ține seama de Legea nr. 1/2005 potrivit căreia cooperăția funcționează prin societăți cooperative și alte forme de asociere a acestora la nivel teritorial și național. Totodată, potrivit Titlului VIII al legii – Dispoziții tranzitorii – organizațiile cooperatiste existente la data intrării în

vigoare a prezentei legi își vor modifica actele constitutive (*potrivit prevederilor acestei legi*), adică se vor reorganiza potrivit prevederilor acestei legi (*deoarece cooperarea funcționează numai prin societăți cooperative – art. 2*), iar asociațiile și federalele teritoriale și naționale ale organizațiile cooperatiste se vor reorganiza în asociații sau uniuni naționale potrivit prevederilor titlului III, ori în societăți cooperative de gradul 2, în termenele prevăzute de lege.

Ținând seama de prevederile acestui act normativ în materia cooperăției, apreciem că legiuitorul Legii insolvenței trebuia să includă în domeniul ei de aplicare numai *societățile cooperative, deoarece celelalte nu mai există*.

Considerăm că asociațiile de societăți cooperative, asociațiile profesionale și uniunile județene și naționale nu pot fi subiecte ale procedurii insolvenței deoarece sunt constituite ca persoane juridice nonprofit ce au rolul de a sprijini cooperativele afiliate, fără a desfășura activități economice.

De lege ferenda

Se impune punerea de acord a art. 1 alin. 1 pct. 2 și 3 cu Legea nr. 1/2005 în sensul includerii în domeniul de reglementare al Legii insolvenței numai a societăților cooperative, cu abrogarea pct. 3 din art. 1 alin. 1.

Doctrină

1. Tipurile de societăți cooperative reglementate de Legea nr. 1/2005 au fost pe larg expuse de autorii St. D. Cârpenaru, V. Nemeș și M. A. Hatoca în lucrarea *Noua lege a insolvenței. Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2006, pp. 6-9.

4. societățile agricole

Societățile agricole se organizează și funcționează în conformitate cu prevederile Legii nr. 36/1991 privind societățile agricole și alte forme de asociere în agricultură.

Societățile agricole au personalitate juridică dobândită în condițiile legii. Ele sunt societăți de tip privat, cu capital variabil și au ca obiect exploatarea agricolă a pământului, uneltelor, animalelor, precum și realizarea de investiții de interes agricol.

Deși aceste societăți au ca scop obținerea de profituri din exploatarea agricolă, între ele și societățile comerciale existând numeroase puncte comune potrivit art. 5 alin. 2 din Legea nr. 36/1991, ele nu au caracter comercial. *Per a contrario*, societățile agricole au un caracter pur civil.