

**UNIVERSITATEA DE VEST DIN TIMIȘOARA  
FACULTATEA DE DREPT**

**PROBLEMA DE COMPATIBILITATE DINTRE PROCEDURA INSOLVENȚEI ȘI CODUL DE  
PROCEDURĂ CIVILĂ**

**REZUMATUL TEZEI DE DOCTORAT**

**Conducător de doctorat:  
Prof. univ. dr. Radu Bufan**

**Drd. Deli-Diaconescu, Andreea**

**Cuvinte cheie: compatibilitate, acorduri extra-judiciare, legea insolvenței, ridicarea dreptului de administrare, suspendare *ope legis*, creanțe garantate, plan de reorganizare, creanțe bugetare, ajutor de stat, acțiuni revocatorii falimentare, proceduri preventive, lege specială.**

La nivel european, fenomenul insolvenței este recunoscut ca având vocația de a produce un puternic impact în cadrul Uniunii, fiind supus unor analize legislative și studii de impact periodice, pentru că este perceput ca o realitate firească într-o economie de piață funcțională<sup>1</sup>.

Este cert faptul că materia insolvenței este, de esența sa, una evolutivă, pentru că depinde de mai mulți factori implicați, cum ar fi percepția mediului de afaceri asupra eficienței funcționării mecanismelor economice, gradul de afectare socială pe care îl produc insolvențele, mentalitatea participanților la această procedură sau, nu în ultimul rând, aplicarea acestei proceduri conform rațiunilor sale intrinseci, iar nu formale sau speculative.

Insolvența, pe lângă a fi un instrument juridic destinat salvării sau, dimpotrivă, eliminării din economie a unor debitori aflați în dificultate sau chiar în blocaj financiar, este tărâmul unde **dreptul se intersectează cel mai puternic cu fenomenul economic**. Cazurile complicate de insolvență necesită de multe ori soluții care, pe lângă o construcție juridică sustenabilă, trebuie să beneficieze și de mecanisme economice operaționale, viabile. Fără o justă corelație între cele două elemente, analiza juridică, singulară, poate da naștere la soluții de tip hibrid, fără finalitate practică. În caz contrar, astfel cum remarcă M. Djuvara<sup>2</sup>, am asista la ”*o revoltă a faptelor în contra legii*”, pentru că legea în sine nu ar mai avea aplicabilitate în ordinea de drept.

Pentru a avea rolul de a regla și a corecta eficient mecanismele economice aflate în dificultate, legislația în materia prevenției insolvenței sau a insolvenței trebuie să aibă un important grad de predictibilitate și să fie cantonată în realitățile concrete. De asemenea, materia insolvenței se situează, la rândul său, într-o intersecție cu alte domenii ale dreptului, cum ar fi dreptul civil, dreptul muncii, dreptul fiscal, dreptul concurenței, dreptul mediului, dreptul penal. Deși conține și norme procedurale, pe lângă norme de drept substanțial, legislația insolvenței se completează cu normele procedurii civile, în măsura în care acestea sunt considerate compatibile, în temeiul dispozițiilor art. 342 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (denumită în continuare „**Legea nr. 85/2014**” sau „**Codul insolvenței**”<sup>3</sup>). Aceste dispoziții reprezintă o normă de trimitere care, față de dificultatea identificării în practică a acestei compatibilități, creează o anumită ”zonă de incertitudine” a dreptului.

---

<sup>1</sup> A se vedea în acest sens Comunicarea Comisiei Europene către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social, intitulată „*A new approach to business failure and insolvency*”, decembrie 2012, Comunicarea Comisiei Europene, intitulată „*Commission recommends new approach to rescue business and give honest entrepreneurs a second chance*”, martie 2014.

<sup>2</sup> M. Djuvara, *Teoria Generală a Dreptului, Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Restitutio, București, 1995, p. 267.

<sup>3</sup> Deși proiectul de elaborare al Legii nr. 85/2014, și anume ”*Strengthening the insolvency mechanism in România*” și-a propus ca obiectiv final un cod al insolvenței, ca un instrument legislativ integrat, acest obiectiv nu a putut fi îndeplinit, pentru că nu s-a ajuns, la acel moment, la încorporarea în ansamblul normelor de reglementare și a insolvenței persoanei fizice (în prezent Legea nr. 151/2015 privind procedura insolvenței persoanelor fizice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 464/26.06.2015) și a insolvenței unităților administrativ-teritoriale, și anume Legea nr. 35/2016 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 219/24.03.2016. Cu toate acestea, denumirea de ”Cod al insolvenței” este deja des utilizată în practică, atât de

A fi sau a nu fi compatibil cu materia insolvenței reprezintă o problemă complexă, care impune în mod necesar soluții complexe. O componentă substanțială a problemelor dificile apărute în practică în cazurile care, direct sau indirect, interacționează cu materia insolvenței, o reprezintă această soluție de compatibilitate.

Identificarea unei astfel de soluții necesită, de multe ori, o analiză aprofundată, care nu poate fi rezolvată prin simpla aplicare a principiului de drept ”*specialia generalibus derogant*”. Plecând de la un paradox juridic, nu pot exista în paralel două norme juridice speciale, care să reglementeze, în același timp, același obiect de referință. Este cert faptul că ”specializarea” normei este dată de ”specializarea” obiectului său, astfel încât norma specială poate deroga doar de la o normă generală. În practica dreptului este dificilă identificarea, cu claritate, a normei speciale, iar insolvența, ca lege specială în materia sa de reglementare, interacționează cu multe alte domenii, la rândul lor reglementate de legi speciale. Iar dacă aceste din urmă legi conțin norme speciale afectate materiei insolvenței, apar probleme de compatibilitate și, în final, de dificultate în interpretarea și aplicarea normelor sistemului de drept.

Tocmai de aceea, credem că soluțiile pot fi identificate doar pe baza unor **criterii de compatibilitate**, iar teza de față își propune o astfel de identificare.

Abordarea practică a problemei de compatibilitate a condus la concluzia că materia insolvenței, prin specificul și elementele sale de referință, confruntată cu aplicarea procedurii de drept comun, trebuie fie să o accepte, dacă și numai dacă astfel scopul său este pe deplin îndeplinit, fie să o respingă, derogând justificat de la aceasta, pentru a evita astfel o încălcare a scopului procedurii în sine. Norma de trimitere conținută de art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței nu permite derogări exprese, ci doar implicite, deduse din această abordare a compatibilității. A fi sau a nu fi compatibil cu procedura insolvenței poate reprezenta un *test al echilibrului*, în sensul în care normele specifice materiei insolvenței pot fi interpretate doar până la limita care le lasă nealterate funcțiile lor definitorii.

Astfel de derogări implicite reprezintă o soluție de tehnică legislativă prin care legiuitorul a stabilit în sarcina practicianului sau a teoreticianului dreptului efectuarea ”testului de compatibilitate”. De altfel, analizând realist, ar fi fost fie imposibil, fie criticabil un astfel de exces de reglementare, situațiile care pot fi identificate în practică implicând o multitudine de posibilități și alternative.

Importanța realizării unei analize riguroase în privința acestor cazuri derivă din imperativul promovării unor soluții de practică unitară, coerentă și corect motivată. Insolvența în sine este o procedură cu un grad ridicat de dificultate, situațiile generate în practică, influențate puternic de impactul economic, social sau uman al unor cauze importante, fiind de multe ori greu de soluționat în echilibru și rezonabilitate. Tocmai de aceea, previzibilitatea unor soluții bazate pe o interpretare stabilă este de dorit.

Pe de altă parte, importanța identificării acestor cazuri și a argumentării unor soluții de interpretare este justificată și de faptul că, așa cum ”*în istorie alternativele nu există, pentru că evenimentele nu mai pot fi schimbate*”<sup>4</sup>, la fel **jurisprudența în insolvență nu-și poate permite soluții contrare în aceeași cazuistică**, pentru ca reversarea unor situații intrate în procedură este de multe ori imposibilă. În plus, domeniul insolvenței este tărâmul unde repunerea în situația inițială funcționează foarte greu, pentru că

---

teoreticienii, cât și de practicienii dreptului insolvenței. Legea nr. 85/2016 a fost recent modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 88/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul insolvenței și a altor acte normative, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 840/02.10.2018.

<sup>4</sup> I. M. Ioniță, Editorial, *Revista Historia*, nr. 164, p. 3, ed. Adevărul Holding.

factorul timp, precum și presiunea economică, nu permit respectarea integrală a efectelor reversării unor măsuri deja aplicate și intrate în circuitul juridic.

Considerăm a fi esențială analiza modului în care normele juridice ar trebui să interacționeze, pentru a oferi o soluție în problema de compatibilitate. Teoria generală a dreptului oferă un fundament stabil în interpretarea normelor aflate în concurs, iar viziunea teoreticienilor dreptului asupra unor diverse curente sau linii de gândire conferă un fundament coerent în analiză.

Pentru valabilitatea construcției unui raționament juridic, adică, în final, pentru corectitudinea soluționării unei probleme de compatibilitate, unitatea logică a interpretării normelor este esențială. La nivelul ordinii de drept, o soluție juridică nu poate fi descrisă prin două componente care se contrazic.

Cunoașterea problemelor juridice, în profunzimea acestora, necesită cunoașterea acelor elemente atipice din unitatea sistemului de drept care imprimă nesiguranța sau reticența. Pentru că orice conflict al unor norme juridice poate fi soluționat pe calea interpretării, tot astfel, problema de compatibilitate poate fi soluționată prin identificarea unor criterii de compatibilitate definitorii.

Pentru a ajunge la identificarea unor astfel de criterii, lucrarea de față a analizat, în primul rând, structura de reglementare a normei de trimitere care a născut această problemă de compatibilitate. În cadrul acestei analize, a fost realizată o incursiune istorico-teleologică, pentru înțelegerea modului în care această normă și-a extras ipotezele de aplicare din mai vechile sale forme de reglementare, precum și a evoluției sale, prin raportare la principiile, practicile și modelele legislative moderne ale insolvenței.

O analiză distinctă a avut în vedere analiza principiilor care guvernează procedura civilă de drept comun, în materializarea sa de **reflexie funcțională a normelor de drept substanțial**. De asemenea, a fost analizat modul în care aceste principii ale dreptului comun sunt convertite în cadrul procedurii de insolvență. Este evident faptul că aceste principii ale procedurii civile, dat fiind caracterul lor universal valabil, se vor regăsi constant în aplicarea oricăror norme procedurale și indiferent de cadrul specific pe care vor fi chemate să îl reglementeze. Cu toate acestea, modul de implementare în realitatea practică a insolvenței, în funcție de ipoteza juridică a normei de drept substanțial pe care o vor materializa, va putea fi nuanțat. Principiul în sine va putea rămâne aplicabil, însă reflexia sa în procedura insolvenței îi va conferi noi valențe și funcții, subsumate caracterelor și scopului acesteia din urmă. Adică putem accepta că, pentru identificarea soluției de compatibilitate, un principiu al dreptului comun va fi "convertit" în procedura insolvenței, pentru a fi în **consonanță** cu aceasta.

Urmare a finalizării acestor interacțiuni între principiile dreptului comun și procedura insolvenței, demersul analitic a condus la extragerea criteriilor în funcție de care se poate soluționa, în diversele și variatele sale materializări, problema de compatibilitate. În selecția acestor criterii și ierarhizarea lor s-au avut în vedere fundamente solide în teoria generală a dreptului. Criteriile de compatibilitate identificate sunt următoarele: **criteriul prevalenței componentei economice, criteriul intensității legăturii cu materia insolvenței, criteriul de logică formală, criteriul cauzalității necesare și criteriul compatibilității calificate.**

Fiecare dintre criteriile propuse în soluționarea problemei de compatibilitate a fost „testat” în cadrul unui sau a mai multor exemple practice, de natura a demonstra validarea rezultatului.

Primul ales ca prioritizare în interpretarea normelor juridice concurente, și anume "**criteriul prevalenței componentei economice**" se poate întrevădea din analiza tuturor problemelor de drept analizate în cadrul tezei. Localizarea acestui criteriu pe prima poziție a acestei ierarhii este o soluție naturală, întrucât întreaga procedură a insolvenței și, în general, fenomenul care afectează întreprinderile în dificultate, este predominant influențat de latura economică. Inclusiv unul dintre cele mai importante acte procedurale pe

care practicianul în insolvență le realizează în cadrul procedurii, și anume raportul causal privind identificarea motivelor sau a persoanelor care au determinat starea de insolvență, conține în proporție covârșitoare informații și analize economice. Multe dintre actele procedurale uzuale într-o procedură de insolvență, chiar dacă prin acestea înțelegem inclusiv acțiuni judiciare, de exemplu acțiunile în revocarea unor acte sau operațiuni efectuate în perioada premergătoare insolvenței, au un **resort primar la un nivel profund economic**.

Încercând o extrapolare a acestor argumente în ierarhizarea criteriului economic, rezultă că a emite raționamente juste, viabile și logice în materia insolvenței, înseamnă a aborda problema prioritar din punct de vedere economic. Sau, pentru a finaliza printr-o analiză juridică, ”interesul” de a acționa în insolvență înseamnă întotdeauna și prevalent protecția unui scop sau a unei finalități economice.

Trebuie subliniat și faptul că acest **prim criteriu** propus în analiza soluției de compatibilitate ar putea fi cu ușurință calificat ca fiind un principiu în sine, adică un fundament în structurarea oricăror criterii de compatibilitate. Justificarea acestei calificări se bazează pe faptul că percepția dominantă a legislației privind insolvența este și trebuie să fie aceea de **protejare a creditului**, într-o viziune echilibrată de natură a governa întreaga materie, ca un fel de ”*artă a binelui și a echității în insolvență*”<sup>5</sup>. De aici putem argumenta ideea existenței unei **singularități în insolvență**: conceptul tradițional al concursului trebuie gândit ca o ”*artă a binelui și a echității pentru toți participanții la insolvență*”. O astfel de singularitate transpare și din expunerea de motive a Ghidului Legislativ UNCITRAL în materia insolvenței, destinat a fi un instrument legislativ util pentru ”*a se ajunge la un echilibru între necesitățile remedierii dificultăților financiare ale debitorului, cât de repede și eficient este posibil, și interesele diferiților participanți direct afectați de această dificultate, principalii creditori și alte părți care dețin o componentă a afacerii debitorului, precum și cu interesele publice implicate*”<sup>6</sup>.

**În lipsa conștientizării și acceptării acestei viziuni, materia insolvenței nu-și mai poate atinge scopul, devenind aridă și pierzându-și autenticitatea.**

Pentru un cercetător aflat în afara domeniului insolvenței, aceasta poate părea că reglementează în principal un set de raporturi juridice care se pregătesc să dispară din circuitul economic, să înceteze. Numai că aceasta constituie doar o aparență. În realitate, pentru un cunoscător al fenomenului, într-un climat economic echilibrat, insolvența trebuie să reglementeze, cu prevalență, raporturi juridice aflate în expansiune, în reformare, pentru că insolvența trebuie să fie în primul rând un remediu al unui context economic aflat în dificultate, dar redresabil. Tocmai din acest punct se desprinde ideea unei insolvențe de prevenție, care să-și verifice și justifice în fiecare moment al analizei funcția dominantă de protecție a creditului.

**Cel de-al doilea în această ierarhie**, și anume ”**criteriul intensității legăturii cu materia insolvenței**” a fost inspirat dintr-o cauză soluționată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, *SCT Industri AB i likvidation c./ Alpenblume AB, C- 111/08*<sup>7</sup> care, prin motivarea raționamentului ales pentru determinarea

<sup>5</sup> S. Tîrnoveanu, *Tratamentul creditorului în cadrul procedurii de insolvență*, www.universuljuridic.ro, 9.11.2016.

<sup>6</sup> Legislative Guide on Insolvency Law, Part One, p. 1: ”*The advice provided in the Guide aims at achieving a balance between the need to address the debtor’s financial difficulty as quickly and efficiently as possible and the interests of the various parties directly concerned with that financial difficulty, principally creditors and other parties with a stake in the debtor’s business, as well as with public policy concerns.*”, disponibil la: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf)

<sup>7</sup> Disponibilă la:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0111&from=RO>.

normei europene aplicabile, a făcut o amplă descriere a ceea ce înseamnă și cum este percepută, juridic, o astfel de ”intensitate a legăturii”. Scopul analizei era identificarea normei de drept a Uniunii Europene aplicabilă unei cesiuni de părți sociale în insolvență, pentru identificarea valabilității sau, după caz, a nevalabilității unei astfel de operațiuni. Astfel, Curtea a statuat în sensul aprecierii unei adevărate ”intensități a legăturii cu procedura insolvenței”, de următoarea manieră ”acțiunea soluționată derivă în mod direct dintr-o procedură de insolvență și se află în strânsă legătură cu aceasta. Pe de o parte, legătura dintre acțiunea în justiție și procedura de insolvență apare ca fiind deosebit de strânsă (subl.ns).”

De asemenea, identificarea acestui criteriu pentru soluționarea problemei de compatibilitate a avut în vedere opera lui Charles Aubry și a lui Charles Rau, conținută de *Cours de droit civil français*<sup>8</sup>, pe care Philippe Malaurie îl consideră ca fiind ”un sistem unde clasificările și expunerea se bazează pe o teorie aproape științifică: **toate regulile decurgeau (aproape matematic) dintr-un principiu general**”<sup>9</sup>.

Cu alte cuvinte, orice interpretare, studiu, analogie, trebuie să plece de la un principiu fundamental, pentru că intensitatea acestuia acaparează, în gândirea juridică care se formează, aplicarea oricărui raționament deductiv, pe care îl califică automat ca fiind unul subsecvent.

În teoria generală a dreptului, doctrina juridică<sup>10</sup> a identificat acest criteriu atunci când a apreciat asupra lipsei de identitate între valabilitatea și eficacitatea normei juridice: ”Normele unei ordini de drept pozitive sunt valabile fiindcă norma de bază care constituie regula fundamentală a producerii lor este considerată valabilă, nu fiindcă ele sunt valabile; însă ele sunt valabile doar dacă, deci doar atât timp cât această ordine de drept este valabilă. [...] O ordine de drept nu-și pierde însă valabilitatea prin aceea că o normă de drept individuală își pierde eficacitatea, adică nu este aplicată deloc sau nu este aplicată în cazuri individuale. O ordine de drept este considerată valabilă dacă normele ei sunt eficiente în linii mari, deci dacă sunt urmate și aplicate.”

Cu alte cuvinte, norma fundamentală, adică legislația materiei insolvenței, atrage în sfera sa de reglementare și alte norme de drept care, deși ar putea fi considerate fundamentale în materia în care au fost edictate, intensitatea legăturii cu procedura de insolvență le aplanează sau chiar le neutralizează.

Pentru a demonstra în practică validarea acestui criteriu de compatibilitate, a fost analizat modul în care trebuie soluționat un concurs între trei norme de drept: norma specifică materiei insolvenței, norma de drept procesual fiscal și norma de drept comun a procedurii civile<sup>11</sup>.

**Cel de-al treilea criteriu de compatibilitate identificat**, și anume **criteriul de logică formală**, a plecat de la ideea în sensul ca ”deducția în drept este în întregime dominată de silogismele de subsumare”<sup>12</sup>.

Astfel, a deduce, pe calea logicii formale, o consecință, un efect juridic, o implicație subsecventă obligatorie, toate din cauza faptului că starea de fapt specifică cauzei o reprezintă starea de insolvență a unui debitor, participant la raporturi individuale în circuitul economic, reprezintă fundamentul de bază a acestui criteriu propus. Insolvența produce efecte inerente nu doar față de debitor, în sensul în care îi restricționează, de o anumită manieră, și în anumite condiții, capacitatea sa civilă de exercițiu, dar și față de alți participanți cu care acesta interacționează. Or, astfel de efecte conduc, conform principiului logicii

---

<sup>8</sup> Charles Aubry, Charles Rau, *Cours de Droit Civil Français*, West Publishing Company, 1965.

<sup>9</sup> P. Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, București, 1996, p. 240.

<sup>10</sup> H. Kelsen, *op.cit.*, p. 262.

<sup>11</sup> Curtea de Apel București, Secția a V-a Civilă, Decizia nr. 371/15.02.2018, nepublicată.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 26.

formale, la inutilitatea demarării sau, după caz, a continuării altor proceduri de drept comun, pentru că starea de insolvență le provoacă caducitatea.

În esență, acest criteriu propus în identificarea unor soluții față de problema de compatibilitate, constă în evitarea unor demersuri procedurale fără finalitate sau rațiune practică, ca efect *sine qua non* a deschiderii procedurii de insolvență. *Per a contrario*, a considera că astfel de demersuri procedurale, care au un conținut actual și concret, ca mijloc de acțiune, doar anterior deschiderii procedurii de insolvență, sunt în continuare admisibile, ar reprezenta eludarea unor reguli sau concepte care, în materia insolvenței, funcționează drept structuri fundamentale de logică juridică.

Pentru a materializa modul în care acest criteriu identificat în soluționarea problemei de compatibilitate are eficiență practică, a fost analizat modul în care acțiunea pauliană de drept comun devine inadmisibilă, conform art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței<sup>13</sup>, odată cu deschiderea procedurii.

**Al patrulea criteriu de compatibilitate**, și anume **criteriul cauzalității necesare**, are ca punct de plecare faptul că implementarea unei restricții sau a unui comportament coercitiv la nivelul materiei insolvenței, printr-o normă expresă, dacă față de această normă se alătură în concurs alte norme generale, caracterul coercitiv al conduitei juridice impuse în materia insolvenței ar trebui conservat și perpetuat și la nivelul aplicării, în completare, a celorlalte norme de drept comun. Cu alte cuvinte, materia insolvenței determină o "cauzalitate necesară", care permite aplicarea normelor dreptului comun *doar* în acest context.

Teoria generală a dreptului<sup>14</sup> a identificat, în structura ordinii de drept, așa numitele "norme ce constituie valoare juridică", și norme care "modelează dreptul". Din prima categorie fac parte acele norme juridice care imprimă în mod cert fundamentul de interpretare al structurii raportului juridic, cât timp cele din a doua categorie preiau și împrumută din specificul primelor. În acest sens, s-a considerat că: "*Normele ce constituie valoare juridică trebuie distinse de normele după care este evaluată modelarea dreptului*".

Cu alte cuvinte, raportat la problema de compatibilitate, dacă rațiunea instituirii unei norme juridice în materia insolvenței, cu predilecție a celei care instituie restricții, decăderi sau sancțiuni, are în vedere protecția unui anumit drept sau interes, aplicarea normelor compatibile aferente dreptului comun trebuie permisă, dar numai sub condiția de a nu afecta o astfel de rațiune.

**În acest sens, se poate considera că norma care "modelează" raportul juridic aferent procedurii de insolvență este norma complementară, aferentă dreptului comun, iar norma "modelată", adică cea care are "valoare juridică intrinsecă" este și rămâne norma specifică procedurii de insolvență.**

Pentru a demonstra aderența în practica a funcționalității acestui criteriu, s-a analizat modalitatea în care se poate ajunge la respectarea prevalenței desemnării practicianului în insolvență de către creditor, prin acceptarea normei de distincție, și anume creditor/debitor, inclusiv prin apelarea la metoda „piercing the corporate veil”.

În final, **ultimul criteriu de compatibilitate**, și anume **criteriul compatibilității calificate**, are în vedere aplicarea unor norme juridice de drept comun, considerate, de principiu, compatibile, însă doar în sfera și limitele permise de procedura insolvenței. Identificarea acestui criteriu a pornit de la anumite caracteristici ale studiilor juridice realizate de Francois Geny, și anume **realizarea unei distincții dintre**

---

<sup>13</sup> Dispozițiile citate stabilesc că: "*De la data deschiderii procedurii de insolvență, anularea unor acte încheiate de debitor în cei 2 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, pentru motivul fraudei în dauna creditorilor, se poate face exclusiv prin intermediul acțiunilor prevăzute la art. 117.*"

<sup>14</sup> H. Kelsen, *op.cit.*, p. 109

**ceea ce se consideră a fi ”dat” și ceea ce este ”construit” în drept**<sup>15</sup>. Astfel, acest doctrinar a considerat că: ” [...] *datul, acesta trebuie să formuleze norma de drept, așa cum rezultă ea din natura lucrurilor și pe cât posibil în stare brută. Operațiunea de realizat, pornind de la datele naturale discernute, va tinde să le folosească, să le transforme și să le adapteze, astfel încât să le modeleze după înseși nevoile disciplinei juridice pentru care au fost destinate. [...] Se înțelege de la sine că dat și construit se amestecă și se întretaie pentru a da activității juridice toate direcțiile necesare.*”

Pentru demonstrarea viabilității acestui criteriu, au fost analizate mai multe situații, de natură a materializa originile prin care acest criteriu de selecție a compatibilității normei a fost identificat, vizează modul în care acest concept de ”dat”, și anume instituția sau conceptul procedural inițial, se transformă în ”construit”, pentru că este supus activării nu într-un cadru tipic, aferent unei proceduri de drept comun, ci în cadrul procedurii de insolvență care reprezintă, de multe ori, un cadru atipic de realizare a drepturilor, fie acestea de drept substanțial sau procedural.

Problemele de drept analizate în identificarea eficacității funcționării acestui criteriu sunt: (i) dacă cesiunea de creanță, care transferă, conform dispozițiilor dreptului comun, toate drepturile deținute în patrimoniul cedentului în patrimoniul cesionarului, suferă anumite restricții în cadrul procedurii de insolvență, precum și (ii) dacă o astfel de cesiune de drepturi, efectuată anterior deschiderii procedurii de insolvență, poate poziționa cesionarul într-o altă categorie de creanțe decât cea la care ar fi fost îndreptățit cedentul, în cadrul acestei proceduri.

**Concluzia este în sensul că identificarea, selecția și prioritizarea acestor criterii pentru soluționarea problemelor de compatibilitate**, nu pot fi realizate decât printr-o aprofundare a elementelor de interpretare a normelor juridice, a înțelegerii modului în care **ordinea de drept își păstrează unitatea funcțională**, a evoluțiilor și tendințelor marcate de diverse curente în dinamica evolutivă a dreptului.

Pentru aprofundarea problemei de compatibilitate în componenta internațională a insolvenței, au fost realizate analogii prin consultarea jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, considerată utilă din perspectiva unor raționamente și interpretări care devin incidente, *mutatis mutandis*, și în dezlegarea problemelor de compatibilitate în dreptul intern.

De asemenea, s-au avut în vedere comunicările și studiile Comisiei Europene, pornind de la Comunicările transmise statelor membre la nivelul anilor 2012 -2014 și terminând cu amplul studiu realizat de experți internaționali, sub coordonarea unor profesori din cadrul Universității din Leeds, intitulat ”*Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices on a new approach to business failure and insolvency*” (Ro: ”*Analiza juridică comparativă a prevederilor normative relevante din legislațiile Statelor Membre în privința unei noi abordări a eșecului în afaceri și a insolvenței*”).

Studiile, articolele și analizele publicate în cadrul Eurofenix, revista editată de INSOL Europe, au fost de un real folos în cunoașterea tendințelor manifestate la nivel transfrontalier în materia insolvenței, pentru o justă percepție a valorii complexe a fenomenului și a problemelor cu care se confruntă specialiștii și cercetătorii din alte jurisdicții.

**Printre cele mai interesante descoperiri ale tezei** este faptul că multe dintre soluțiile jurisprudențiale sau doctrinare care au fost analizate în problema dinamică de compatibilitate **nu au simțit nevoia unei teoretizări**, cel puțin nu a uneia excesive. Aceste soluții au fost bazate, în cele mai multe rânduri, pe *intuiția interpretului normei*, de multe ori această intuiție fiind formată pe o practică îndelungată în procedurile de insolvență. Cu alte cuvinte, aceste soluții au fost conturate printr-o abordare pragmatică, derivată din apetența naturală spre funcționalitatea normei în discuție, ca reflex uneori involuntar.

---

<sup>15</sup> Fr. Gény, *Science et technique*, citat în Philippe Malaurie, *op. cit.*, p. 317.



**De asemenea, teza de față își propune să demonstreze existența, deja, a unui ”drept al insolvenței”** care începe să-și merite din ce în ce mai mult poziția unei ramuri de drept distincte față de aceea în care era încorporat în mod tradițional, până nu demult, și anume în dreptul comercial, tocmai ca urmare a producerii unui fenomen *complex* și *evolutiv*: atunci când alte ramuri de drept interferează cu materia insolvenței, regulile, principiile și fundamentele lor cele mai stabile suferă alterări substanțiale, unele de natură a afecta însăși substanța unor concepte considerate ”clasice” în aceste ramuri de drept privat. Iar pentru a justifica opinia în sensul că dreptul insolvenței poate fi considerat o ramură distinctă de drept, credem că **obiectul său de reglementare** îl constituie totalitatea raporturilor juridice patrimoniale și nepatrimoniale reglementate de normele de drept aferente procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență.

Mai departe, în privința **metodei de reglementare**, în dreptul insolvenței putem considera aplicabile atât principiul egalității juridice a părților (de exemplu, raporturile juridice dintre creditorii din aceeași categorie sau chiar dintre categorii diferite, dacă discutăm despre dreptul de vot în procedură), cât și principiul subordonării părților (de exemplu, raporturile juridice dintre practicianul în insolvență și participanții la o procedură de licitație publică, cu atât mai mult cu cât practicianul în insolvență a fost calificat în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție<sup>16</sup> ca fiind funcționar public<sup>17</sup>).

În ceea ce privește **calitatea subiectelor raporturilor juridice**, dreptul insolvenței este aplicabil profesioniștilor, astfel cum aceștia sunt definiți în cadrul art. 3 alin. (2) C.civ., persoane fizice sau juridice, 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 (de exemplu, unitățile administrativ-teritoriale<sup>18</sup> sau persoanele fizice-consumatori<sup>19</sup>).

De asemenea, considerăm că, într-o procedură de insolvență, **nimic din drepturile de creanță ale creditorilor împotriva debitorului lor<sup>20</sup> nu mai poate trece ”dincolo”**, dacă prin acest ”*dincolo*” am putea imagina o *altă* procedură de realizare a drepturilor, neconservată ca atare printr-un plan de reorganizare confirmat de judecătorul-sindic, exceptând, desigur, situațiile menționate mai sus.

Or, tocmai de aceea, în opinia noastră, insolvența poate fi considerată, din acest punct de vedere, drept un **sfârșit al vocației exercitării unui drept de creanță**.

---

<sup>16</sup> Decizia nr. 50/A din 16 februarie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția Penală, disponibilă la: <http://bibliotecahamangiu.ro/decizia-50-a-2015-iccj-sectia-penala-pj-1122510>.

<sup>17</sup> Prin Hotărârea Congresului Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență nr. 3/2017, dispozițiile art. 11 alin. (2) din Statutul privind exercitarea profesiei de practician în insolvență are următorul conținut: ”*În exercitarea profesiei, practicienii în insolvență sunt organe care aplică procedura - parteneri indispensabili ai justiției, ocrotiți de lege, fără a putea fi asimilați funcționarilor publici.*”

<sup>18</sup> Insolvența unităților administrativ-teritoriale este reglementată de Legea nr. 35/2016 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 219/24.03.2016.

<sup>19</sup> Insolvența persoanelor fizice-consumatori este reglementată de Legea nr. 151/2015 privind procedura insolvenței persoanelor fizice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 464/26.06.2015, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>20</sup> Avem în vedere faptul că regula expusă mai sus este aplicabilă numai în ceea ce privește debitorul, întrucât față de codebitorii sau fidejuserii realizarea creanțelor nu se suspendă (art. 109 alin. (2), în interpretarea *per a contrario*), mai mult decât atât, nici reducerile de creanță aferente unui Plan de reorganizare nu afectează dreptul de a urmări codebitorii sau fidejuserii pentru creanța integrală (art. 140 alin. (4) din Codul insolvenței).

Tot din perspectiva analizei problemei de compatibilitate, au fost avute în vedere soluții din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, necesare ca raționament și argumentație pentru validarea problemelor de compatibilitate, a criteriilor de soluționare a acestora precum și a soluțiilor identificate.

Teza de față a abordat, în principal, o **metodă deductivă în cercetare**, pornind de la aspecte teoretice, bazate pe analiza corelării unor texte normative incidente procedurii de insolvență și finalizându-se cu elaborarea unor **criterii de compatibilitate**.

Pornind de la principiile procedurii civile, considerate a fi fundamentul pe care este construit caracterul funcțional al dreptului substanțial civil, cercetarea a analizat modul în care procedura insolvenței modifică, adaptează sau, după caz chiar afectează aceste principii ale dreptului comun.

Privită ca fenomen dinamic, interacțiunea insolvenței cu dreptul comun reprezintă o *alterație justificată* a principiilor directoare a celui din urmă. Caracterul justificat al unei astfel de alterații se explică prin specificul materiei insolvenței. În sine, insolvența și-a dobândit o structură definitorie, bazată pe propriile sale raționamente și specificități, astfel încât a dobândit vocația acestei alterații asupra dreptului comun, vocație care poate fi definită ca **”drepturi câștigate insolvenței”**. *De lege lata*, insolvența este conceptualizată prin propriile sale principii, iar acestea, departe de a o limita, îi definesc chiar rațiunea de a fi.

În lucrarea sa de referință, Prolegomene, gândită a fi un instrument peremptoriu de înțelegere a *”Criticii rațiunii pure”*, Kant considera că<sup>21</sup> *”o cunoaștere analitică trebuie să cuprindă numai judecăți a priori, aceasta o cere specificul surselor ei. Oricare ar fi însă originea judecăților sau forma lor logică, există o deosebire între ele din punctul de vedere al conținutului, și anume aceea că ele sunt fie pur explicative, adică nu adaugă nimic la conținutul cunoașterii, fie extensive, cu alte cuvinte sporesc cunoașterea noastră; primele vor putea fi numite judecăți analitice, iar celelalte judecăți sintetice.”*

În această abordare, atât principiile procedurii de drept comun, cât și principiile insolvenței reprezintă componenta lor **explicativă**. Pentru cunoașterea omogenă a modului în care domeniul dreptului comun interferează cu domeniul insolvenței, sunt necesare o serie de criterii de compatibilitate, care reprezintă componenta lor **extensivă**. Iar aceasta întrucât, pentru a ajunge la departajarea unor criterii, cunoașterea trebuie rafinată și îmbunătățită, prin adăugarea unor elemente empirice, care țin de modul în care, pe tărâmul insolvenței, aceste două tipuri de principii se manifestă.

Teza de față a extras, printr-o analiză istorică, modalitatea în care norma de trimitere, adică cauza juridică finală a soluțiilor de compatibilitate, a fost reglementată de-a lungul timpului, atât în dreptul românesc, cât și în alte sisteme de drept. Concluzia unei astfel de analize, raportat și la localizarea pe care, tradițional, procedurile de prevenție a insolvenței sau de faliment și-au găsit-o în sistemul dreptului privat, este în sensul existenței, la origine, a unui *”împrumut genetic”* între normele dreptului comercial și normele insolvenței. Celeritatea, formele simplificate de recuperare a creditului comercial, precum și promptitudinea intervenției în circuitul juridic reprezintă elemente exemplificative în acest sens.

Analiza sistematică a normelor procedurii de insolvență a condus la concluzia unui mixt de norme de drept procesual și drept substanțial la nivelul Codului insolvenței. Interacțiunea cu normele dreptului

---

<sup>21</sup> I. Kant, *Prolegomene la orice metafizică vitoare care se va putea înfățișa drept știință*, Ed. Humanitas, București, 2014, traducere de Mircea Flonta și Thomas Kleininger, Ed. a IV-a, p. 79.

comun se face conform următoarelor reguli: (i) dacă interpretul normei identifică o normă de drept procesual expresă în materia insolvenței, trimiterea spre analiza de compatibilitate a dreptului comun este suprefluă; (ii) în lipsa unei astfel de norme exprese, și în ipoteza necesității de completare cu normele dreptului (în sensul insuficienței în aplicarea normei de drept substanțial), norma de trimitere permite și necesită chiar analiza de compatibilitate.

În această a doua ipoteză, identificarea **criteriilor de compatibilitate**, gândite din perspectiva transpunerii specificului normelor în insolvență față de problema de drept analizată, a reprezentat scopul final.

Multe dintre raționamentele care stau la baza deducerii acestor criterii de compatibilitate au utilizat **metoda silogismului judiciar**. De exemplu, dacă admitem că executarea silită a participațiilor societare față de un debitor în insolvență afectează capacitatea volițională a acestuia, și dacă este de principiu faptul că în materia insolvenței, voința debitorului este subsumată deciziei concursuale a creditorilor, fiind vorba despre o aplicație specială a desesizării acestuia, atunci trebuie să admitem că o astfel de executare silită este incompatibilă cu materia insolvenței. Tot astfel, nedeținerea de către debitor a anumitor înscrisuri în fața judecătorului – sindic, pentru probațiunea cererii de deschidere voluntară a procedurii de insolvență, are drept sancțiune chiar respingerea cererii. Chiar dacă apelul este construit, conform propriilor sale norme procedurale, drept o cale de atac devolutivă, acest efect, coroborat cu faptul depunerii acestor înscrisuri direct în calea de atac a apelului, nu pot înfrânge caracterul de sancțiune impus pentru nedeținerea unor înscrisuri în fața primei instanțe. De aici rezultă că devoluțiunea, ca principiu definitoriu al apelului în procedura civilă de drept comun, nu este întotdeauna și necondiționat compatibilă cu procedura insolvenței.

Alte raționamente care au fost utilizate pentru extragerea criteriilor de compatibilitate au avut în vedere **regulile logicii formale**. În aceeași lucrare, Kant considera că *”toate judecățile analitice se întemeiază, în întregime, pe principiul contradicției și sunt, potrivit naturii lor, cunoștințe a priori, independent de împrejurarea că noțiunile ce le servesc drept materie sunt sau nu empirice. De vreme ce predicatul unei judecăți analitice afirmative este de mai înainte gândit în conceptul subiectului, acest predicat nu poate fi negat despre subiect fără să ia naștere o contradicție.”*<sup>22</sup> Astfel a fost argumentat criteriul de compatibilitate al **cauzalității necesare**, adică al acelei cauzalități impuse raportului juridic originar ca urmare a nașterii sale în procedura de insolvență. Astfel, suspendarea *ope legis* (Eng: *”automatic stay”*) constituie unul dintre elementele definitorii ale stabilității masei credale în insolvență. De aceea, deschiderea unei proceduri de executare silită în cadrul procedurilor de reorganizare confirmate, în temeiul modificărilor introduse de OUG nr. 88/2018 afectează insolvența de o manieră sistemică.

Transferul de competență dintre instanța de drept comun și judecătorul-sindic este efectul *sine qua non* al acestei suspendări. Ca atare, ar reprezenta o contradicție ca reluarea judecății în fața instanței de drept comun să fie permisă în condițiile în care dreptul de creanță în discuție a fost definitiv tranșat în cadrul procedurii de insolvență, iar realizarea acestuia, fie că vorbim despre o procedură de reorganizare în care s-a aplicat un *hair-cut* (defavorizare spre zero a creanței), fie despre o procedură de faliment, a avut loc, în maximul său posibil, în interiorul procedurii de insolvență. A accepta o contradicție între aceste reguli ar însemna să negăm valabilitatea suspendării *ope legis*. Tocmai de aceea, deși poate criticabilă ca exprimare la nivelul acurateței limbajului tehnic procedural, este corect a susține că acțiunile judiciare în

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 79.

fața instanțelor de drept comun ”încetează” în cazul deschiderii prin hotărâre rămasă definitivă a procedurii de insolvență.

Aceeași materializare a criteriului cauzalității necesare este dată și de analiza privind incompatibilitatea cererii de chemare în judecată a altor persoane în materia acțiunilor revocatorii falimentare. Dreptul comun explică rațiunea formulării unor astfel de cereri de chemare în judecată a altor persoane pentru ipoteza în care astfel de persoane ar putea pretinde ”aceleași drepturi ca și reclamantul”, conform art. 68 alin. (1) C.pr.civ. Or, de esența acțiunii revocatorii falimentare este aducerea unui bun sau a contravalorii acestuia în patrimoniul debitorului și la dispoziția întregii mase credale, în mod concursual și egalitar. A accepta o astfel de cerere de chemare în judecată a altor persoane într-o acțiune revocatorie falimentară este echivalentul negării caracterului concursual al procedurii de insolvență. Cu alte cuvinte, ”provocarea” introducerii în proces a unei persoane care ar putea transfera bunul readus în patrimoniul debitorului în patrimoniul său propriu, înseamnă a proteja interese individuale, iar nu concursuale. Iar procedura insolvenței este, de natura și de esența sa, concursuală. Tocmai logica acestei judecăți analitice ridică criteriul cauzalității necesare la rangul de criteriu edificator în soluționarea problemei de compatibilitate.

Nu în ultimul rând, tendințele și evoluțiile dreptului insolvenței la nivel european reprezintă surse de inspirație sau, ulterior momentului la care propunerea de Directivă privind acordarea celei de a doua șanse va deveni parte a dreptului Uniunii, norme care vor fi transpuse la nivel intern. Tocmai de aceea, analiza compatibilității Codului insolvenței cu aceste tendințe și evoluții reprezintă o necesitate.

Teza de față analizează modul în care concepția privind acordarea celei de a doua șanse este percepută la nivel european, precum și deficiențele actuale sau, mai corect spus, punctele de posibile evoluții legislative în dreptul intern.

Un interes remarcabil este acordat, la acest moment, tranzacțiilor *out-of-court*, pornind de la compatibilitatea acestora cu dreptul insolvenței, în cadrul procedurilor de prevenție. Reprezentând un element de vulnerabilitate al securității raporturilor juridice, astfel de tranzacții sunt tot mai mult recomandate ca proceduri de salvare, iar aceasta inclusiv prin schimbarea viziunii de concepție a legii, și anume de la salvarea debitorului la **salvarea afacerii** (activității) acestuia.

**O primă** propunere *de lege ferenda* are în vedere circumstanțierea tezei de incompatibilitate, și anume conferirea unui element director, de comparație, în efectuarea ulterioară a analizei de compatibilitate. Sursa de inspirație a unei astfel de ”compatibilități calificate” a avut ca origine analiza normei de trimitere din materia procedurii fiscale (*în măsura în care acestea pot fi aplicabile raporturilor dintre autorități publice și contribuabili/plătitori*), respectiv a normei de trimitere din materia contenciosului administrativ (*”în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte”*).

Se poate observa, din analiza acestei calificări a normelor de trimitere, că soluția de compatibilitate este subordonată unui director fundamental (principiu) care controlează domeniul de reglementare al fiecăreia dintre cele două legi. Acest director fundamental reprezintă, în esență, o materializare a uneia dintre

caracterele dreptului administrativ: *”dreptul administrativ este un drept al inegalităților, în care interesele generale au prioritate față de interesele particulare.”*<sup>23</sup>

Aplecându-ne asupra materiei insolvenței, credem că o astfel de calificare a normei de trimitere ar putea fi realizată prin aducerea principiilor fundamentale ale Codului insolvenței ca **specific de interpretare**, față de care soluția de compatibilitate trebuie să se plieze:

*”Dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura în care nu contravin principiilor reglementate de art. 4 și scopului acestei reglementări, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil.”*

O astfel de prevedere legislativă ar conferi, poate, mai multă stabilitate soluțiilor jurisprudențiale, mai ales celor în cadrul cărora apare această dificultate în aplicarea compatibilității: *”Art. 149 [echivalentul art. 342 din Legea nr. 85/2014] nu definește compatibilitatea, o asemenea definiție neregăsindu-se, de altfel, nicăieri în cuprinsul acestei legi”*<sup>24</sup>.

Considerăm că, de o asemenea manieră, se evită și riscul calificării ca fiind inutile a dispozițiilor art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței, raportat la art. 2 alin. (1) și (2) C.pr.civ.<sup>25</sup>, nemaifiind practic vorba despre o reiterare a modului general de aplicare a dreptului procedurii civile, ca drept comun în materia dreptului privat, dându-se astfel un corolar practic și concret soluției de compatibilitate.

**A doua propunere** vizează uniformizarea scopului Codului insolvenței, pentru a oferi o protecție și pentru cazurile, din ce în ce mai numeroase, în care restructurările nu ajung să salveze neapărat debitorul, ci **afacerea (activitatea)** acestuia.

Dispozițiile care reglementează scopul legii nu par a conduce spre o astfel de protecție, *de lege lata*, o interpretare gramatică conducând la concluzia că protecția este acordată exclusiv debitorului: *”Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șanseii de redresare a activității acestuia.”*

Aceeași concluzie se confirmă și din analiza tipului de tranzacții extrajudiciare exceptate de la obiectul de aplicare a acțiunilor revocatorii falimentare: *”Prevederile alin. (2) lit. d)-f) nu sunt aplicabile actelor încheiate, cu bună-credință, în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, sub rezerva ca acordul să fi fost de natură a conduce, în mod rezonabil, la redresarea financiară a debitorului (subl.ns) și să nu aibă ca scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori.”* (art. 117 alin. (3) din Codul insolvenței).

---

<sup>23</sup> În acest sens, *Drept administrativ, suport de curs*, disponibil la: [http://www.umk.ro/images/documente/drept/drept\\_administrativ\\_1.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/drept/drept_administrativ_1.pdf)

<sup>24</sup> Curtea de Apel București, Secția a V-a Civilă, Decizia civilă nr. 1774/2012, nepublicată.

<sup>25</sup> Dispozițiile art. 2 alin. (1) și (2) C.pr.civ. stabilesc: *”Dispozițiile prezentului cod constituie procedura de drept comun în materie civilă.”*; *”De asemenea, dispozițiile prezentului cod se aplică și în alte materii, în măsura în care legile care le reglementează nu cuprind dispoziții contrare.”*

Statisticile la nivel internațional au demonstrat faptul că mai mult de 50% din procedurile de salvare a debitorului sunt proceduri de tipul ”out-of-court”<sup>26</sup>, iar dintre acestea, mai mult de 80% reprezintă transfer de afacere, iar nu de redresare a debitorului însuși (restructurare *in situ*).

Un studiu recent în privința transferurilor de business, ca proceduri de salvare a afacerii, a relevat, din nou, prevalența aplicării criteriului economic în procedurile de insolvență, indiferent de tipul acestora (prevenție, insolvență instalată sau faliment): ”*Not every single asset can be the subject of a pre-pack sale, but only those comprise important parts of the enterprise – like real estate or machinery*” (Ro: ”Nu orice activ poate să facă obiectul unui transfer în avans, ci doar acelea care reprezintă componente esențiale ale întreprinderii – active imobiliare sau utilaje”). Înțelegerea acestui concept important al strategiei aplicabile procedurilor de insolvență credem că va conduce la schimbarea unor mentalități și la eficientizarea pieței de restructurare.

Chiar dacă modificările aduse prin OUG nr. 88/2018 au introdus în materia insolvenței conceptul ”fondului de comerț” în cadrul art. 5 pct. 73, la momentul la care s-a utilizat această definiție, în scopul de a enumera situațiile în care creditorului bugetar îi este permis acceptul asupra planului de reorganizare, această definiție **menține vizualizarea pe debitor**, iar nu pe **activitatea produsă de acest fond de comerț** (*”debitoarea deține un fond de comerț care să îi permită continuarea activității”*). Dacă s-ar fi avut în vedere ideea de continuitate a activității, iar nu a debitorului, exprimarea corectă ar fi fost *”debitoarea deține un fond de comerț care permite continuarea independentă a activității”*.

Justificăm această propunere întrucât, de esența fondului de comerț, este funcționarea independentă, cu alte cuvinte ușurința transferului, pentru producerea în continuare de venituri, chiar dacă acestea nu mai sunt produse în patrimoniul debitorului inițial, ci al terțului care l-a achiziționat.

**A treia propunere** are în vedere evitarea, pe cât posibil, a reglementării unor raporturi juridice în care este implicat debitorul insolvent sau participanții la procedură, în alte acte normative decât Codul insolvenței. De exemplu, materia achizițiilor publice a stabilit propriile concepte, atipice sau chiar străine de materia insolvenței, pentru admisibilitatea, doar ca excepție, a debitorului insolvent, în participarea la procedurile de achiziție.

De asemenea, Codul de procedură fiscală, printr-o tehnică legislativă proprie, de genul ”**excepție de la excepția excepției**”, schimbă regulile de soluționare a contestațiilor la tabelul suplimentar de creanțe, având ca obiect creanțele născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență, transferându-le din sfera de competență a judecătorului-sindic, în competența instanțelor de contencios administrativ și fiscal. Interesant este că însuși ”transferul inițial”, adică soluționarea contestațiilor aferente creanțelor curente de către judecătorul-sindic, reprezintă aplicarea unei excepții, caracteristice procedurii de insolvență, care impune suspendarea judecării acțiunilor în realizarea creanțelor asupra debitorului în dreptul comun, tocmai pentru o soluționare unitară, în fața judecătorului-sindic.

Astfel de reglementări paralele procedurii de insolvență ar trebui evitate, în primul rând întrucât derogă de la regula unicității domeniului de legiferare: chiar dacă Legea nr. 85/2014 nu este, tehnic, un cod, aceasta a încercat să reglementeze materia insolvenței, în ansamblu.

---

<sup>26</sup> Karol Tatara, Marcin Kubiczek, Mateusz Kalinski, *Pre-Packs in Poland: 18 month on*, Eurofenix, Autumn 2017, p. 24-25.

A permite legiferarea unor situații tratate deja în această lege, având chiar soluție de reglementare proprie, în alte legislații, care nu sunt proprii materiei insolvenței, dar reglementează în sens contrar acesteia, reprezintă o lipsă de predictibilitate a finalității normei juridice.

În al doilea rând, regimul juridic al contestațiilor în insolvență are o rațiune și o utilitate practică: soluționarea în fața judecătorului-sindic materializează **intensitatea legăturii cu procedura insolvenței**, iar soluționarea unitară, a tuturor contestațiilor la creanțe printr-o singură sentință, denotă o aplicare a principiului celerității. Schimbarea acestei concepții pentru un singur tip de contestație, și anume contestația creanței fiscale, implică o diferență de tratament juridic, care nu poate fi explicată doar prin complexitatea cercetării judecătorești în acest domeniu. Cel puțin, în cazul de față, un astfel de argument nu este sustenabil. Mai mult decât atât, față de atenția deosebită care se acordă, cu titlu general, legislației muncii și protecției angajaților în materia insolvenței, contestațiile la acest tip de creanțe nu sunt conferite, *de lege lata*, unei alte instanțe decât judecătorul-sindic. Iată de ce *ratione materiae*, specificul raporturilor juridice de reglementare nu este un argument pentru exceptarea de la soluționarea unitară a contestațiilor la creanțe în fața judecătorului-sindic.

O ultimă observație pentru susținerea acestei propuneri vine și din analiza Codului civil. Deși acesta a intrat în vigoare anterior momentului intrării în vigoare a Codului insolvenței, referințele la această materie sunt multiple. Nu mai puțin de șaisprezece **(16) referințe la termenul de "insolvență"** sunt cuprinse în Codul civil. Una dintre acestea, de o importanță majoră pentru materia analizată, stabilea decăderea automată din beneficiul termenului atât în caz de "insolvabilitate", cât și în cazul deschiderii procedurii generale a insolvenței ("*Debitorul decade din beneficiul termenului dacă se află în stare de insolvabilitate sau, după caz, de insolvență declarată în condițiile legii [...]*" – art. 1.417 alin. (1) C.civ.). În paralel, Legea nr. 85/2006, în vigoare la acel moment, prevedea, pe de o parte, înscrierea în tabelul preliminar de creanțe a creanțelor nescadente, prevedere care devenea complet inaplicabilă ca efect al unei decăderi automate legale, iar pe de altă parte reglementa expres ipoteza scadenței anticipate doar pentru situația falimentului. A fost necesară introducerea unei excepții prin Codul insolvenței, în cuprinsul dispozițiilor art. 123 alin. (1), pentru a se remedia efectele negative în insolvență al acestui text din Codul civil. În caz contrar, nu ar mai fi existat nici noțiunea de "creanță nescadentă", și nici cea de "contract în derulare": "*Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, art. 1.417 din Codul civil nefiind aplicabil.*" Pentru a păstra însă rigoarea și consecvența aplicării tehnicilor de redactare a textelor normative, trebuie să admitem totuși că a deroga de la o lege organică (Codul civil) printr-o lege ordinară (Legea nr. 85/2014), deci inferioară ca forță juridică, nu concordă cu regulile sistematizării legislative.

Acestea sunt doar câteva exemple de natură a demonstra gradul ridicat de risc indus de practicarea unor "paralelisme" la nivelul reglementărilor în insolvență, care, pe lângă faptul că reprezintă o încălcare a tehnicii de redactare a normelor legislative, creează serioase probleme în previzibilitatea normelor juridice, precum și discontinuități, sau chiar fracturi în raționamentele juridice, în aplicarea unitară a unor concepte fundamentale materiei insolvenței. Un etalon în expunerea justificată acestei necesități în practicarea unității de reglementare poate fi identificat într-una dintre axiomele lui Spinoza, rămasă edificatoare peste secole<sup>27</sup>: "*Dacă în unul și același obiect sunt provocate două acțiuni contrare, atunci neapărat se petrece o schimbare, sau în ambele sau în una dintre ele, până ce încetează a fi contrare.*"

---

<sup>27</sup> B. Spinoza, *Etica*, Editura Seneca, 2017, în traducerea din limba latină a Prof. S. Katz, p. 393.

**A patra propunere de lege ferenda** este acordarea unei transparențe mai ridicate procedurii de insolvență, încă de la deschiderea sa, prin respectarea prevalenței în desemnarea practicianului în insolvență de către creditor, iar nu de către debitor. Problema creditorilor care controlează, direct sau indirect, debitorul sau, după caz, sunt controlați de acesta, generează multe dintre problemele complicate ale unei proceduri de insolvență. Definiția conținută de dispozițiile art. 5 pct. 9 din Codul insolvenței produce efecte în privința votului unui plan de reorganizare, în sensul obligației de abținere stabilită de art. 138 alin. (5), dar nu are niciun impact în privința desemnării practicianului în insolvență.

În acest sens, propunerea noastră vizează introducerea, în cadrul art. 45 alin. (1) lit. d), a unei interdicții exprese în desemnarea practicianului în insolvență de către creditorii care controlează sau, după caz, sunt controlați de către debitor:

*”În cazul în care atât debitorul, cât și creditorul au solicitat desemnarea câte unui administrator judiciar/lichidator judiciar, va avea prevalență cererea creditorului, exceptând cazul în care acest creditor este controlat sau, după caz, controlează debitorul, în sensul dispozițiilor art. 5 pct. 9 din lege.”*

Dacă această interdicție ar fi prevăzută în mod expres, generând o incapacitate specială de exercițiu, și anume în privința dreptului la desemnarea practicianului, pozițiile procedurale de ”creditor” și ”debitor” ar căpăta consistență, urmând a fi respectate în substanța dreptului lor material.

**O altă propunere**, care ar putea clarifica una dintre problemele de compatibilitate, ar fi prevederea expresă a inaplicabilității procedurii de regularizare, prevăzută de art. 200 C.pr.civ., în Codul insolvenței.

În demersul analitic efectuat, am identificat suficiente argumente pentru care am concluzionat în sensul că procedura de regularizare din dreptul comun nu este compatibilă cu procedura insolvenței, incluzând orice cerere, acțiune sau contestație formulată în cadrul acesteia. Cu toate acestea, raportat la normele de tehnică legislativă, este dificil de acceptat faptul că o prevedere de excepție, cum este cea cuprinsă în cadrul art. 66 alin. (10), poate fi extinsă, prin analogia rațiunii juridice, la întreaga procedură de insolvență.

Tocmai de aceea, *de lege ferenda*, s-ar impune introducerea unui text normativ expres, care să stabilească că:

*”Prin excepție de la dispozițiile art. 200 C.pr.civ., procedura regularizării nu este aplicabilă în niciuna dintre cererile, acțiunile sau contestațiile prevăzute de prezenta lege.”*

De asemenea, o **propunere pe care o considerăm relevantă** pentru reechilibrarea întregii proceduri de insolvență este eliminarea din cadrul art. 143 alin. (1) a posibilității de executare silită de către creditorii curenți: *”Pentru datoriile acumulate în perioada procedurii de insolvență care au o vechime mai mare de 60 de zile se poate începe executarea silită.”*

Modul de afectare pe care executarea silită o produce în insolvență este unul **sistemic**, aruncând în derizoriu caracterul concursualismului. Atâta timp cât principiul *”automatic stay”*, reglementat în cadrul Capitolului C5.2 al Principiilor Băncii Mondiale<sup>28</sup> este înfrânt, fundamentul insolvenței este afectat în

---

<sup>28</sup> Disponibil la: <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>



resorturile sale interne, mecanismele sale fiind total nefuncționale: ”Deschiderea procedurii de insolvență va interzice orice valorificări neautorizate ale activelor debitorului și va suspenda acțiunile de executare silită ale creditorilor, precum și orice alte acțiuni pe care aceștia le-ar avea împotriva bunurilor debitorului. Această interdicție (suspendare) va fi cât de extinsă este posibil”.

Aceleași dispoziții fuseseră introduse prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență<sup>29</sup>, în cadrul art. 75 alin. (4): ”Nu sunt supuse suspendării executările silite având ca obiect creanțe născute după data deschiderii procedurii insolvenței. Dacă debitorul nu efectuează plata creanței născute după data deschiderii procedurii în termen de 90 de zile de la scadență, creditorul este îndreptățit la pornirea executării silite, în condițiile legii.”

OUG nr. 91/2013 a fost constatată neconstituțională prin Decizia nr. 447/2013<sup>30</sup> referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

Este corect a accepta faptul că există proceduri de insolvență în care se acumulează creanțe curente și se măresc pasivele debitorului. Sancțiunea justă în acest caz este deschiderea procedurii de faliment, în cadrul și cu respectarea caracterului concursual al insolvenței. A permite executări silite, care sunt de natură a dezafecta active importante ale debitorului, împiedicând ulterior valorificări de tipul ”on going concern” reprezintă un exces în sancțiune. Și, astfel cum argumenta Hurmuz Aznavorian în cadrul unei pledoarii în secolul trecut<sup>31</sup>, ”corectitudinea nu este decât teama de sancțiuni, filtrate secular în sufletul oamenilor”.

O **altă propunere de lege ferenda** ne situează în materia promisiunilor bilaterale de vânzare. În contextul insolvenței, promisiunea de a transfera un bun, asumată valabil de către debitorul-vânzător, se confruntă cu un regim juridic aparte, de protecție a bunului și, indirect, a masei credale. Dispozițiile art. 131 alin. (1) lit. d) din Codul insolvenței condiționează transferul de proprietate de calificarea bunului în sine, ca nefiind esențial pentru reușita unei reorganizări: ”bunul nu are o importanță determinantă pentru reușita unui plan de reorganizare”.

Cu toate acestea, *de lege lata*, nu există o reglementare distinctă privind soarta unui litigiu întemeiat pe dreptul comun în materie, și anume învestirea instanței de judecată cu pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să țină loc de contract autentic de vânzare. Tocmai de aceea, ne putem afla, din nou, în situația unor **proceduri paralele**, adică existența unui risc ca acțiunea judiciară pornită anterior deschiderii insolvenței să conducă la ”extragerea” unui bun esențial reorganizării, fără posibilitatea, pentru instanța de drept comun, de a analiza condițiile cumulative prevăzute de art. 131 din Codul insolvenței.

Aplicarea ”zonei de interferență” conduce la **soluția incompatibilității** dintre procedura de drept comun și procedura insolvenței, cu soluția prevalenței ultimei.

Însă reglementarea exactă, printr-o normă expresă, a acestei situații, poate conduce la clarificarea regimului juridic al unui bun, obiect al unei promisiuni bilaterale de vânzare, în care promitentul-vânzător

<sup>29</sup> Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 620/04.10.2013.

<sup>30</sup> Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 674/1.11.2013.

<sup>31</sup> Hurmuz Aznavorian, *Excelența legii*, Ed. Semne, București, 2007, p. 269.

a ajuns în procedură de insolvență: ”De la data deschiderii procedurii de insolvență împotriva acestuia, obligarea promitentului vânzător la transferul dreptului de proprietate la care s-a obligat printr-o promisiune bilaterală, se poate face exclusiv prin intermediul acțiunii prevăzute la art. 131.”

**În final, credem că are relevanța și propunerea legislativă** privind introducerea unei soluții de salvagardare a planului de reorganizare.

Sunt situații în practică în care, ulterior aprobării și confirmării unui astfel de plan, sau chiar la momentul votului, se observă faptul că au existat erori în realizarea ecuației reorganizare vs. faliment. Pot exista astfel de situații în ipoteza în care o creanță a fost modificată prin efectul căilor de atac. De asemenea, se poate constata, cu ocazia votului, că o categorie de creanțe defavorizată a votat negativ, situație în care, conform art. 139 alin. (2) lit. c), nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate nu poate încasa mai mult decât în cazul falimentului.

În astfel de situații, introducerea unor corecții matematice în privința distribuțiilor calculate prin planul de reorganizare ar fi benefică, acordându-se creanței sau categoriilor de creanțe în discuție tratamentul corect și echitabil.

În acest sens, *de lege ferenda*, propunem următoarea modificare a art. 139, prin introducerea unui nou alineat, alin. (6), cu următorul conținut:

”În cazul în care se stabilește că unii creditori au fost lezați prin plan, în sensul încălcării tratamentului corect și echitabil, planul nu se va considera respins în ipoteza în care titularul planului propune acordarea acestor creditori compensațiile corespunzătoare.”

În concluzie, argumentele conduc spre o analiză a fenomenului insolvenței ca fiind un **factor inteligent de identificare al echilibrului economic**.

Un studiu recent<sup>32</sup> al procedurilor de restructurare a exprimat opinia următoare: ”*The lifeblood of corporate reorganisations is and always has been negotiation.*” (Ro: ”*Esența de a fi a unei restructurări este negocierea*”).

Am putea adăuga, în final, că, pe lângă negociere, o restructurare de succes înseamnă înțelepciune și echilibru.

---

<sup>32</sup> Bilal Kurbanov, *Debt Restructuring*, recenzie citată în Eurofenix, Autumn 2017, p. 39.