

## MINUTA

### întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate (foste comerciale) de la nivelul curților de apel, în materia litigiilor cu profesioniști și insolvenței

Curtea de Apel Craiova, 27-28 aprilie 2015

În perioada 27-28 aprilie 2015 a avut loc, la Curtea de Apel Craiova, întâlnirea reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate (foste comerciale), dedicată discutării aspectelor de practică neunitară în materia litigiilor cu profesioniști și insolvenței.

Din partea Consiliului Superior al Magistraturii au participat:

– Domnul judecător Adrian BORDEA, membru ales al Consiliului Superior al Magistraturii;

– Domnul judecător Nicolae Horațius DUMBRAVĂ, membru ales al Consiliului Superior al Magistraturii.

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

Curțile de apel au fost reprezentate, în principal, de președinții secțiilor specializate, de judecători din cadrul acestor secții sau de președinții ori vicepreședinții instanței.

Din partea Ministerului Justiției - Direcția Elaborare acte normative a participat doamna judecător Marcela COMȘA.

Din partea Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Direcția recursuri în interesul legii a participat domnul procuror Liviu Daniel Arcer.

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

## I. Clauze abuzive

### 1. Natura juridică a sancțiunii aplicabile stipulării de către profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii

#### ➤ Opinii exprimate:

**a. Într-o primă opinie, sancțiunea este aceea a nulității absolute.**

**b. Într-o altă opinie, sancțiunea este aceea a reducăunii contractului.**

Această opinie se bazează pe definiția reducăunii din lucrarea prof. Gabriel Boroi (Drept civil. Partea generală, 2001, p. 239): „Reducaunea este sancțiunea civilă aplicabilă în cazul actelor juridice încheiate cu nesocotirea unor interdicții stabilite de lege pentru ocrotirea unor persoane sau pentru restabilirea echilibrului prestațiilor într-un contract cu titlu oneros și comutativ”.

- **Opinie formatori INM:** Sancțiunea aplicabilă stipulării de către profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii este **nulitatea absolută** (în acest sens, ÎCCJ decizia nr. 1393 din 2 aprilie 2013 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare nulitate absolută a clauzelor privind comisionul de risc, decizia nr. 992 din 13 martie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă, decizia nr. 3234 din 23 octombrie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă dobândă contractuală).

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât, într-o speță, că, deși Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori nu prevede ca sancțiune anularea clauzelor cu caracter abuziv, ci inopozabilitatea (sau ineficacitatea) acestora în raport cu consumatorul, regimul juridic al acestei sancțiuni este identic cu cel al nulității absolute. Astfel, consecința constatării caracterului abuziv al unor clauze este echivalentă cu constatarea nulității absolute a acestora, nefiind aplicabilă sancțiunea existentă în cazul nulității relative, și anume anularea clauzei respective. Înalta Curte a mai precizat că, în ceea ce privește natura interesului protejat, norma respectivă ocrotește un interes general, și nu unul individual, fiind evident faptul că legea ocrotește o categorie generică, aceea a consumatorilor, și nu o persoană particulară. În acest sens, Legea nr. 193/2000 nu reprezintă decât transpunerea în legislația românească a Directivei nr. 93/13/CEE, ale cărei dispoziții, potrivit jurisprudenței Curții Europene de Justiție, sunt de ordine publică. În consecință, neputând fi vorba de o nulitate relativă, ci de nulitate absolută, care poate fi invocată oricând, dreptul la acțiune al reclamantilor nu poate fi apreciat ca prescris (Decizia nr. 686 din data de 21 februarie 2013, pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatarea nulității absolute a unor clauze dintr-un contract de credit bancar).

- **Opinia unanimă a participanților la întâlnire a fost în sensul că sancțiunea aplicabilă stipulării de către profesioniști a clauzelor abuzive în contractele cu consumatorii este nulitatea absolută.**

## **2. Caracterul prescriptibil/imprescriptibil al pretențiilor reprezentând restituirea sumelor achitate de consumatori în executarea obligațiilor contractuale derivate din clauzele abuzive**

- **Opinie formatori INM:** **Pretențiile** reprezentând **restituirea** sumelor achitate de consumatori în executarea obligațiilor contractuale derivate din clauzele abuzive sunt **imprescriptibile**, în considerarea faptului că sancțiunea aplicabilă stipulării de către profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii este **nulitatea absolută** (în acest sens, ÎCCJ decizia nr. 1393 din 2 aprilie 2013 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare nulitate absolută a clauzelor privind comisionul de risc, decizia nr. 992 din 13 martie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă, decizia nr. 3234 din 23 octombrie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă dobândă contractuală).
- **Participanții la întâlnire au apreciat** că **pretențiile reprezentând restituirea sumelor achitate de consumatori în executarea obligațiilor contractuale derivate din clauzele abuzive sunt imprescriptibile**, în considerarea faptului că sancțiunea aplicabilă stipulării de către

*profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii este nulitatea absolută, practica constantă a ÎCCJ fiind în același sens.*

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

#### ➤ **Opinii exprimate:**

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

Într-o altă opinie, care are ca punct de plecare jurisprudența CJUE din cauza C-618/10 (Banco Espanol de Credito), instanțelor nu le este recunoscută prerogativa de a înlocui o clauză abuzivă cu o altă clauză, competența instanțelor fiind limitată la declararea nulității clauzei abuzive, revenind părților obligația de a negocia dobânda.

#### ➤ **Opinie formatori INM:**

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

Nici cauza Unicaja Banco, C-482/13, C-484/13, C-485/13 și C-487/13, nu poate conduce la o altă interpretare. În această cauză, concluzia Curții este aceea că: „Articolul 6 alineatul (1) Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că **nu se opune unei dispoziții naționale în temeiul căreia instanța națională sesizată cu o procedură de executare ipotecară are obligația să dispună recalcularea sumelor** datorate în temeiul unei clauze a unui contract de credit ipotecar care prevede dobânzi moratorii a căror rată depășește cu mai mult de trei ori dobânda legală, astfel încât quantumul dobânzilor menționate să nu depășească acest prag, cu condiția ca aplicarea dispoziției naționale:

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

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

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

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

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

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

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

Legea 1/2013, intervenită după cauza Aziz adaugă următoarea dispoziție tranzitorie:

„Limitarea dobânzilor de întârziere în cazul ipotecilor constituite asupra unei locuințe principale, prevăzută la articolul 3 punctul 2, se aplică ipotecilor constituite după intrarea în vigoare a acestei legi.

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

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

**Prin urmare, soluția din cauza Unicaja nu poate fi preluată în contextul legislativ românesc, care nu prevede obligația instanței de a completa contractul și nici competențele de moderare la care se referă legea spaniolă, ci, în art. 1255 alin. (2) C. civ. care prevede că: „În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”.**

#### **Argumente:**

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

contractul va putea fi totuși completat de instanța națională în măsura în care este necesar, ceea ce ar aduce atingere scopului urmărit de directivă (pct. 67).

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

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

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

Această cauză este importantă pentru următoarele aspecte:

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

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

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

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

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

- premisa interpretării care urmează este aceea că imperativul protecției consumatorului este impus de situația de inferioritate a consumatorului, din două puncte de vedere: putere de negociere; nivel de informare (pct. 39) (stabilit anterior în jurisprudența CJUE prin interpretare teleologică a obiectivului urmărit de directivă)
- interpretarea art. 4(2): prevede o excepție și este, deci, de strictă interpretare.

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

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

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

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

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

poate fi examinat caracterul abuziv al clauzei contractuale corespunzătoare. În schimb, dacă se dovedește că există un raport direct între, pe de o parte, diferența care există între cursul la cumpărare și la vânzare și, pe de altă parte, calitatea prestației furnizate, ceea ce pare că trebuie exclus având în vedere caracterul fluctuant al acestei diferențe, prevederile referitoare la această diferență nu pot fi supuse aprecierii caracterului lor abuziv.)

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

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

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

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

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

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

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

O astfel de dispoziție este art. 1255 alin. (2) Cod civil care prevede că: „În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”. Prin urmare, judecătorul nu ar putea înlocui clauza cu privire la dobândă, pentru că el nu poate opera o adaptare a contractului, aceasta fiind specifică doar acțiunilor întemeiate pe impreziune (art. 1271 Cod civil). Or, ipoteza în cazul impreziunii este a unei clauze contractuale valabile, dar care, prin schimbarea împrejurărilor de la momentul încheierii contractului, a devenit excesiv de oneroasă pentru una dintre părți.

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

Înalta Curte a reținut, referitor la motivele de recurs potrivit cărora instanța a intervenit în mod nepermis în raporturile juridice dintre părți, fixând un quantum al dobânzii care nu este rezultatul acordului părților și constatând caracterul abuziv al clauzei prevăzute la art. 5 din contractele de credit, în condițiile în care aceste clauze nu pot face obiectul controlului judiciar, că: „Legea nr. 193/2000 abilitază instanțele de judecată să cenzureze contractul iar jurisprudența CJUE recunoaște, de asemenea, dreptul judecătorului de a se sesiza din oficiu cu privire la caracterul abuziv al unei clauze contractuale, ceea ce întărește concluzia posibilității exercitării controlului judiciar al clauzelor abuzive (Cauza Oceano Grupo Editorial SA c. Rocio Marciano Quintero, CJCE - 27 iunie 2000).

De altfel, potrivit considerentelor de la pct. 44 al hotărârii CJUE – C – 484/08 - Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid Piedad „dispozițiile art. 4 alin. 2 și art. 8 din Directiva nr. 93/13/CEE trebuie interpretate în sensul că nu se opun unei reglementări (...) care autorizează un control jurisdicțional al caracterului abuziv al clauzelor contractuale, privind definirea obiectului principal al contractului sau caracterul adecvat al prețului, sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, iar pe de altă parte, chiar dacă aceste clauze sunt redactate în mod clar și inteligibil”.

Așadar, în materia protecției consumatorilor, s-a avut în vedere că, prin adoptarea Directivei Consiliului 93/13/CEE din 5 aprilie 1993, transpusă în legislația națională prin Legea nr. 193/2000, legiuitorul european și cel național au urmărit, în anumite ipoteze, atenuarea principiului *pacta sunt servanda*, dând instanței de judecată posibilitatea de a analiza acele clauze, în măsura în care se apreciază că acestea sunt abuzive, iar o asemenea intervenție nu încalcă principiul forței obligatorii a contractelor consacrat de art. 969 alin. (1) Cod civil, libertatea contractuală nefiind identică cu una absolută sau discreționară de a contracta.”

## ➤ Dezbaterile și concluzia întâlnirii de la Craiova

Prealabil dezbaterilor pe acest punct, a fost prezentată practica relevantă a CJUE în materie.

În ceea ce privește cauza *Kasler* s-au arătat următoarele:

Astfel, statele care nu au transpus art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13 pot cenzura fără limitare acest tip de clauze. În schimb, cele care au transpus prevederile art. 4 alin. (2) din Directivă (printre care și România), pot cenzura aceste clauze în mod limitat. În măsura în care ajung la concluzia că această clauză reprezintă obiectul principal al contractului,



prevederea poate fi cenzurată numai în măsura în care nu este exprimată într-un limbaj clar și inteligibil.

Curtea analizează modalitatea de apreciere de către instanța națională a caracterului clauzei referitoare la dobândă, având în vedere că ceea ce este principal pentru un contract de credit poate să nu aibă acest caracter pentru un alt contract de credit. Ceea ce trebuie avut în vedere în analiză, așadar, nu este contractul de credit în abstract, ci fiecare contract de credit cu specificul lui, în raport de care trebuie stabilit dacă respectiva clauză referitoare la dobândă are sau nu caracter principal.

În continuare, Curtea definește în aceeași cauză noțiunile de „clar” și „inteligibil”, arătând că acestea nu se interpretează strict gramatical, ci trebuie avute în vedere funcția și consecințele economice pe care le produce tipul de clauză în discuție.

Referitor la cererile privind stabilirea pe cale judiciară a dobânzii, în practică au fost pronunțate atât soluții de admitere (întemeiate, în principal, pe argumentarea Curții din cauza *Kasler*), cât și de respingere.

Cea de a doua problemă, subsidiară, este reprezentată de consecințele eventualei anulări a clauzei referitoare la dobândă, motivat de caracterul abuziv. Problema se pune mai ales în contextul celor statuate de CJUE în cauza C-618/10 (*Banco Espanol de Credito*), potrivit cărora instanțelor nu le este recunoscută prerogativa de a înlocui o clauză abuzivă cu o altă clauză, competența lor fiind limitată la declararea nulității clauzei abuzive, revenind părților obligația de a negocia dobânda. Pe de altă parte, tot în cauza *Kasler*, CJUE statuează că, urmare a declarării ca nulă a clauzei privind dobânda – soluție care nu contravine *per se* legislației europene – redevin aplicabile dispozițiile naționale care ar fi produs efecte dacă părțile nu ar fi derogat de la ele prin clauza care s-a dovedit a fi abuzivă. Soluția se regăsește, de altfel, și în dreptul intern – art. 1255 alin. (2) C. civ., care prevede că: „În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”, în speță dobânda legală reglementată de O.G. nr. 13/2011.

Nici cauza *Unicaja Banco*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 și C-487/13, nu poate conduce la o altă interpretare. Soluția din cauza *Unicaja* nu poate fi preluată în contextul legislativ românesc, care nu prevede obligația instanței de a completa contractul și nici competențele de moderare la care se referă legea spaniolă, ci, în art. 1255 alin. (2) C. civ. care prevede că: „În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”.

În ceea ce privește problema continuării contractului care conține o clauză abuzivă sau nulă din alt motiv decât caracterul abuziv, este incidentă jurisprudența CJUE în cauza *Perenikova* (*Cauza nr. C-453/10, Jana Perenicova și Vladislav Perenic/SOS financ spol. s r.o, Hotărârea CJ din 15 martie 2012*). Potrivit Curții, în ipoteza în care contractul ar putea supraviețui și fără această clauză, simplul motiv că ar fi mai favorabil pentru consumator să se anuleze în integralitate sa contractul nu reprezintă un motiv suficient pentru anularea lui; fiind în prezența unui contract, trebuie analizate interesele ambelor părți.

Legiitorul român a optat însă, potrivit art. 6 din Legea nr. 193/2000, pentru o altă soluție, respectiv posibilitatea continuării contractului numai cu acordul consumatorului, impunând un standard de protecție a consumatorului, pentru această ipoteză, superior celui impus de Directivă.

În ceea ce privește ipoteza anulării clauzei privind dobânda, o primă soluție propusă a fost stabilirea de către instanță a dobânzii, conform următorului algoritm: rata dobânzii de la momentul încheierii contractului se descompune în LIBOR CHF la 3 luni / EURIBOR EUR la 3 luni (cel mai utilizat indice independent de voința băncii pt CHF, respectiv EUR) de la momentul încheierii contractului, plus marja fixă a băncii (e.g., dacă la momentul încheierii

contractului de credit rata aplicabilă era de 3,99%, iar LIBOR CHF 3M era 2%, rata dobânzii stabilită pe cale judiciară va fi LIBOR CHF 3M + 1,99%).

Referitor la problema pusă în discuție, **au fost formulate următoarele puncte de vedere:**

– în practică, acțiunile cu care sunt investite instanțele vizează, pe lângă anularea clauzei cuprinzând dobânda, și obligarea băncii la emiterea unui nou grafic de rambursare, cu un nou calcul al dobânzii, ca urmare a anulării clauzei abuzive, părțile indicând în mod expres și modalitatea de calcul a acesteia. În acest context, instanța restabilește un calcul al dobânzii, pe care banca urmează să îl pună în executare.

– în aprecierea limitei în care poate interveni în aceste ipoteze, judecătorul trebuie să se preocupe de echilibrul contractual, context în care este discutabilă transformarea, prin intervenția judecătorului, a dobânzii variabile într-una fixă.

– în ce ceea ce privește posibilitatea fundamentării unei eventuale intervenții a instanței pe teoria impreviziunii (art. 1271 C. civ.) s-a menționat că teoria impreviziunii presupune ca premisă o clauză valabilă, care însă, din clauza unei împrejurări externe, a ajuns să producă un dezechilibru contractual. Părțile nu invocă însă, de regulă, în practică, acest temei pentru acțiunile formulate și care și-ar găsi, oricum, aplicarea numai în ipoteza creditelor în CHF. Mai mult decât atât, chiar dacă un atare temei s-ar regăsi în cererea părților, investirea instanțelor se face, în acest caz, cu o acțiune în rezilierea contractului, context în care se pune problema dacă instanța, găsind întemeiată o atare cerere, ar putea dispune adaptarea contractului. De asemenea, trebuie analizată posibilitatea reechilibrării contractului în ansamblul său, în contextul în care ceea ce se anulează este doar o clauză a contractului; cu alte cuvinte, teoria impreviziunii trebuie aplicată la întreg contractul.

– recunoașterea posibilității instanței de a substui clauzei declarate nule o altă clauză este de natură să încurajeze profesioniștii să includă în contracte clauze nule, știind că acestea vor fi ulterior înlocuite de instanță;

– în realitate, în acțiunile care privesc dobânda variabilă, ceea ce se anulează nu este clauza privind dobânda în integralitate, ci se înlătură doar partea din clauză referitoare la dobânda variabilă.

– în practică a existat o soluție izolată în care, urmare a anulării clauzei referitoare la dobândă, instanța a transformat împrumutul cu dobândă într-unul fără dobândă.

– nulitatea clauzei operează, în aceste situații, ca o sancțiune împotriva băncii (discuția referitoare la echitate poate fi situată, din punct de vedere temporal, doar la momentul de început al contractului). În acest context, s-a precizat că o construcție juridică fundamentată pe teoria nulității, văzută ca sancțiune aplicată băncii, ar exclude demersul de restabilire a echilibrului contractual. Pentru a nu crea însă premisele unei interpretări care să acrediteze ideea unei acțiuni arbitrare a judecătorului se impune precizarea, în conținutul construcției juridice care va servi drept argumentare, a temeiului/izvorului aplicării sancțiunii nulității. Tot legat de sancțiunea nulității, s-a menționat că, pe lângă funcția sancționatorie și reparatorie (partea care a pierdut recuperează prejudiciul pe care l-a suferit), aceasta are și o funcție preventivă, atrăgând atenția băncii și părților în general asupra consecințelor conduitei ilicite.

– potrivit dispozițiilor art. 1255 alin. (2) C. civ., „în cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile”. Se pune, problema, în acest context, care sunt aceste dispoziții legale aplicabile? Fiind vorba despre o dispoziție expresă a legii, ne situăm în ipoteza avută în vedere de Curte în cauza *Kasler*. Soluția nu este însă aplicabilă contractelor încheiate anterior intrării în vigoare a noului Cod civil. Admițând ca valabilă ipoteza aplicării dispozițiilor privind dobânda legală, având în vedere că aceasta este stabilită în lei, se pune problema aplicării ei în concret la

împrumuturile contractate într-o monedă străină, cu respectarea însă a limitelor investiției instanței. Probleme sub acest aspect ridică ipoteza creditelor în CHF, caz în care nu există dispoziții legale aplicabile în cazul anulării clauzei referitoare la dobândă.

– instanța trebuie să verifice dacă părțile mai doresc continuarea contractului. În cazul în care acestea declară că nu mai doresc continuarea contractului, creditul se declară scadent.

– a acredita soluția potrivit căreia aplicarea sancțiunii nulității privind clauza referitoare la dobândă conduce la lipsa dobânzii înseamnă a lipsi o societate bancară de obiectul de activitate, cu consecința desființării acesteia, o altfel de soluție fiind, de altfel, lipsită de temei juridic. Problema privind creditele în CHF este însă una mai degrabă socială decât juridică, aproximativ 75.000 de persoane contractând astfel de credite. Pe acest fond au fost reactivitate și discuțiile din Parlament privind legea insolvenței persoanei fizice; de asemenea, există o inițiativă parlamentară și una a Ministerului Finanțelor care propun o serie de soluții cu privire la situația persoanelor care au contractat credite în CHF.

– în cazul creditelor în CHF ar trebui distins între situațiile în care se solicită constatarea caracterului abuziv al dobânzii ca urmare a modalității de calcul și problema diferenței de curs valutar, aceasta din urmă putând fi remediată prin aplicarea teoriei impreviziunii. Fiind în domeniul dreptului consumatorului, trebuie verificată vătămarea acestuia în condițiile art. 4 din Legea nr. 193/2000. La nivelul instanțelor de fond se constată existența unei practici neunitare în materia creditelor în CHF, o parte dintre acestea pronunțând soluții în sensul conversiei creditelor la cursul istoric.

*Având în vedere practica neunitară existentă în materie, participanții la întâlnire au agreat propunerea ca Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție să promoveze un recurs în interesul legii cu privire la următoarele aspecte:*

– *interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 4 din Legea nr. 193/2000 în ceea ce privește caracterul abuziv al clauzei privind cursul la care urmează a fi realizată conversia;*

– *interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1271 C. civ. în ceea ce privește aplicarea teoriei impreviziunii în ipoteza contractelor de credit încheiate anterior intrării în vigoare a noului Codului civil;*

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

*Până la promovarea recursului în interesul legii, majoritatea participanților la întâlnire au considerat că, față de actuala evoluție a jurisprudenței europene și în lipsa unor modificări legislative, soluțiile, în raport de modul în care ar fi formulate aceste cereri, ar fi:*

– *respingerea cererilor prin care se solicită anularea ca urmare a constatării caracterului abuziv al clauzelor în situațiile care vizează conversia creditelor, motivat de faptul că nu se poate face aplicarea teoriei impreviziunii atunci când se invocă nulitatea clauzei abuzive. Dacă se invocă impreviziunea și se solicită adaptarea contractului prin înghețarea cursului, soluția este discutabilă, fiind vorba despre credite contractate anterior intrării în vigoare a Noului Cod civil. Legat de acest aspect, se reține însă și opinia potrivit căreia soluția aplicării teoriei impreviziunii a fost consacrată jurisprudențial și sub imperiul Codului civil anterior, chiar în absența unei reglementări exprese în acest sens (pe temeiul art. 969, 970 C. civ. 1864).*

– *în ceea ce privește rata dobânzii, participanții au agreat interpretarea conform căreia stabilirea unei dobânzi variabile per se nu are caracter abuziv, ceea ce poate fi sancționat pe calea anulării fiind componenta variabilă, imprevizibilă din conținutul dobânzii (de ex. dobânda afișată la sediul băncii, cea stabilită în raport de costurile de creditare sau stabilită conform politicii băncii etc.). În aceste ipoteze, este admisibilă anularea strict a componentei variabile*

stabilite în raport de criterii netransparente, imprevizibile, lipsite de obiectivitate din conținutul clauzei referitoare la dobândă.

În ceea ce privește posibilitatea instanței de a modifica conținutul clauzei referitoare la dobândă, până la pronunțarea unei soluții de către ÎCCJ în soluționarea unui eventual recurs în interesul legii, concluzia majoritară agreată de participanți a fost în sensul că această modificare nu este posibilă, cu mențiunea însă că, în ipoteza constatării unei nulități parțiale (pe componenta variabilă din cuprinsul dobânzii), poate fi înlăturată, de exemplu, marja băncii din formula de calcul a dobânzii, în măsura în care modul de calcul al acestei marje nu este explicat în contract, neîndeplinind, în consecință, cerința previzibilității.

Pentru ipoteza în care clauza referitoare la dobândă este nulă în integralitate, potrivit art. 1255 alin. (2) C. civ., devin aplicabile dispozițiile legale în materie, respectiv cele referitoare la dobânda legală, în măsura în care O.G. nr. 13/2011 cuprinde dispoziții cu privire la dobânda aplicabilă în raport de fiecare contract în parte.

**4. Comisionul de risc stipulat în contractele încheiate de consumatori cu instituțiile bancare. Includerea în prețul contractului. Evaluarea naturii abuzive a clauzei, prin raportare la art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, cu excluderea sau includerea comisionului în această analiză**

**5. Caracterul abuziv al următoarelor tipuri de clauze:**

- **Prevederea din contractul de credit bancar ( profesionist - consumator) în temeiul căreia banca percepe lunar un comision de gestionare credit de x% din valoarea creditului acordat**

- **Clauza din contract în temeiul căreia banca poate declara scadența anticipată a creditului ca urmare a neplății ratelor la scadență de către consumator;**

- **Clauza privind perceperea comisionului de administrare (fost comision de risc), având în vedere dispozițiile O.U.G. nr. 50/2010 privind actul adițional la contractul de credit (semnat de către părți/comunicat consumatorului, dar nesemnat);**

- **Clauza privind dobânda variabilă, prin prisma dispozițiilor Legii nr. 193/2000 în raport de cuprinsul concret al clauzei – elemente de determinare a dobânzii, respectiv în raport de modul de calcul al dobânzii funcție de valoarea indicelui de referință (clauza prevede modificarea dobânzii doar la creșterea indicelui sau clauza stabilește modificarea indiferent că este vorba de creștere ori micșorare).**

#### ➤ **Opiniile exprimate:**

Într-o opinie, se apreciază că acest comision se include în prețul contractului și este exclus *de facto* de la evaluarea naturii abuzive a clauzei, în baza **art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000** – întrucât obiectul tipic, esențial al contractului de credit este exclus de la controlul judiciar în discuție.

Într-o altă opinie, se consideră că acest comision nu este exclus de la evaluarea naturii abuzive în temeiul **art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000**, fiind un cost al contractului.

De asemenea, se impune cu prioritate să se examineze dacă acele clauze care vizează prețul contractului sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil pentru a le putea, apoi, elimina de la evaluarea judiciară.

Comisionul de risc nu face parte din preț – în care se include doar dobânda –, constituind o clauză accesorie a contractului, putând, așadar, să fie analizată din perspectiva caracterului abuziv. Un argument în plus îl reprezintă modul de redactare a contractului, în sensul că acest comision nu este inclus în „obiectul contractului” (unde se regăsește, însă, dobânda), ci este evidențiat în capitolul „condiții generale”.

Având în vedere faptul că doar obiectul tipic, esențial al contractului de credit este exclus de la controlul judiciar în discuție, „comisionul de risc” poate fi analizat cu referire la caracterul abuziv al clauzei care îl conține. Faptul că, după anul 2011, „comisionul de risc” s-a transformat în „comision de administrare” nu îi schimbă natura juridică, așa încât instanța va putea analiza clauzele prin care a fost stipulat, din perspectiva caracterului abuziv al acestora.

În susținerea acestei opinii se face trimitere la caracterul imperativ al dispozițiilor – acestea fiind de ordine publică – prin raportare la *Ordonanța din 16 noiembrie 2010, cauza Pohotovost', C-76/10*.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Potrivit CJUE, în cauza Matei, C+143-13, termenii „obiectul [principal al] contractului” și „caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte”, nu acoperă, în principiu, tipuri de clauze care figurează în contracte de credit încheiate între un vânzător sau furnizor și consumatori, precum cele în discuție în litigiul principal, care, pe de o parte, permit, în anumite condiții, creditorului să modifice în mod unilateral rata dobânzii și, pe de altă parte, prevăd un „comision de risc” perceput de acesta.

Prin urmare, instanța națională poate face o analiză a caracterului abuziv al clauzelor, indiferent dacă ele sunt sau nu exprimate într-un limbaj clar și inteligibil. Revine însă instanței de trimitere sarcina să verifice această calificare a clauzelor contractuale menționate, având în vedere natura, economia generală și stipulațiile contractelor vizate, precum și contextul juridic și factual în care se înscriu acestea.

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că este abuzivă clauza referitoare la „**scadența anticipată**” prevăzută în condițiile generale din contractul de credit, prin care s-a stipulat că în cazul neîndeplinirii unor obligații rezultând din alte contracte, încheiate fie cu banca, fie cu alte societăți financiare/de credit, în cazul unor situații neprevăzute care, în opinia băncii, face să devină improbabil ca reclamantii să-și poată îndeplini obligațiile asumate prin contract, banca va avea dreptul să declare soldul creditului ca fiind scadent anticipat, rambursabil imediat împreună cu dobânda acumulată și cu toate celelalte costuri datorate băncii conform convenției. Înalta Curte a reținut că pentru a nu fi abuzive, prevederile unei astfel de clauze ar trebui să descrie un motiv întemeiat; or, formulările cuprinse în clauzele contractului nu oferă posibilitatea reală ca un observator independent să aprecieze asupra temeiniciei unei astfel de clauze, cu atât mai mult cu cât aceste clauze oferă băncii dreptul discreționar de a declara soldul scadent anticipat, fără ca instanța să aibă la îndemână un criteriu pentru verificarea legalității unei astfel de măsuri (Decizia nr. 2665 din 24 septembrie 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatarea nulității absolute a unei clauze contractuale).

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că stabilirea unui comision lunar, cu o valoare deloc neglijabilă în raport de costurile creditului – 0,15%, respectiv, 0,22% –, are aptitudinea de a crea o sarcină în plus în detrimentul consumatorului și, astfel, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, în aceste condiții clauza privind **comisionul de risc** fiind abuzivă. Înalta Curte a mai reținut că prin impunerea acestui comision, care nu corespunde exigențelor de previzibilitate, s-a creat un dezechilibru între drepturile și obligațiile părților, deoarece clauza respectivă acoperă o asigurare pe care banca și-o ia împotriva unui risc eventual, cel al intrării consumatorului în incapacitate de plată, fără ca, la finalul perioadei de creditare, sumele încasate cu acest titlu să fie restituite, în ipoteza în care împrumutatul se dovedește a fi bun platnic (Decizia nr. 2896 din 6 octombrie 2014).

pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect constatare clauză abuzivă).

În ceea ce privește comisionul de administrare și de acordare, acestea nu sunt *de plano* abuzive, având în vedere și dispozițiile O.U.G. nr. 50/2010, urmând ca, în funcție de probatoriul administrat, să se aprecieze cu luarea în considerare a tuturor criteriilor de apreciere asupra clauzelor abuzive: caracterul negociat/nenegociat, caracter clar și inteligibil, caracterul vădit disproporționat, buna-credință etc.

### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Referitor la comisionul de risc, există deja o practică consolidată care recunoaște caracterul abuziv al acestuia.

În ceea ce privește celelalte tipuri de comisioane/clauze inserate în contractele de credit, s-a apreciat că, *de plano*, nu se poate susține caracterul lor abuziv, urmând a fi verificat, de la caz la caz, modul în care sunt formulate. Se vor analiza distinct, în fiecare caz în parte, dacă fac sau nu parte din noțiunea de obiect principal/preț al contractului. În situația în care răspunsul este afirmativ, clauza poate fi analizată doar dacă nu este exprimată într-un limbaj clar și inteligibil. În lumina jurisprudenței Curții din cauza Matei, cele mai multe dintre aceste comisioane vor fi interpretate ca nefăcând parte din obiectul principal/prețul contractului. Prin urmare, se vor analiza: caracterul vădit disproporționat și buna-credință. Reperetele pentru această analiză sunt oferite tot de jurisprudența CJUE (de ex., se va avea în vedere cauza Aziz cu privire la semnificația noțiunilor de „vădit disproporționat”, „buna-credință” etc.)

Pentru comisioanele prevăzute în anexa la Legea nr. 193/2000 se prezumă caracterul abuziv. Pentru celelalte tipuri de comisioane se aplică prezumția că nu sunt abuzive, putând fi calificate ca atare doar în urma unei analize de la caz la caz, care va stabili dacă, de exemplu, clauza/comisionul are definită o funcție economică, dacă consumatorul cunoaște prestația pentru care este datorat etc.

De asemenea, în aprecierea caracterului abuziv al acestor comisioane raportarea trebuie făcută la întreg pachetul contractual (de exemplu, un comision de administrare de 10 lei care oferă avantajul unor retrageri, transferuri scutite de alte comisioane, poate fi mai avantajos decât un comision inferior ca valoare dar care nu scutește de costuri suplimentare la retragere etc.) și la comportamentul părții pe parcursul executării prestațiilor contractuale.

Au existat soluții în practica judiciară de declarare *de plano* ca abuziv a comisionului de acordare a creditului – soluții menținute de instanța supremă – cu motivarea că nu se poate percepe un atare comision pentru prestații ale băncii anterioare încheierii contractului de credit.

*În final, participanții au agreeat soluția expusă în punctul de vedere exprimat de formatorul INM, în sensul analizei de la caz la caz a caracterului abuziv, cu reținerea însă a ipotezei comisionului de acordare a creditului, declarat de plano ca abuziv, având în vedere perceperea lui pentru prestații anterioare încheierii contractului de credit.*

**6. Problema competenței funcționale între completele specializate în materia litigiilor cu profesioniști sau a completelor de contencios administrativ, în cazul sesizării tribunalului de către Comisariatul de Protecția Consumatorilor, în baza art. 12 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori**

➤ Problema a fost generată în practică de faptul că sesizarea instanței este făcută de un organ administrativ și vizează un proces-verbal de constatare încheiat de acesta, pe de o parte, iar pe de altă parte, faptul că procesul-verbal de constatare se referă la clauze abuzive din contracte încheiate de o bancă.

➤ **Opinia formatorilor INM:**

Această problemă a făcut și obiectul întâlnirii pe practică neunitară a președinților Secțiilor de contencios administrativ organizată în perioada 26-27 martie 2015, la sediul Curții de Apel București. La această întâlnire opinia participanților, exprimată în unanimitate, a fost aceea că, în speță, competența revine secțiilor civile care soluționează litigii cu profesioniști, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

Din interpretarea sistematică a prevederilor art. 12 și 13 din Legea nr. 193/2000 rezultă că scopul principal al mecanismului procesual astfel reglementat constă în verificarea caracterului abuziv al unor clauze inserate în contractele de adeziune încheiate între profesioniști și consumatori și înlăturarea clauzelor abuzive din acest tip de contracte. Aplicarea sancțiunii contravenționale are numai un caracter accesoriu, încadrându-se pe deplin în definiția cuprinsă în art. 30 alin. (4) C. proc. civ. Împrejurarea că art. 12 alin. (1) reglementează o procedură specială de investire a instanței de către autoritățile publice cu atribuții de control, menționate în art. 8, nu imprimă litigiului o altă natură juridică, neexistând, în lipsa unei prevederi exprese a legii, argumente rezonabile pentru care proceduri judiciare având același scop – modificarea contractelor prin eliminarea clauzelor abuzive – reglementate în diferitele alineate ale art. 12, să primească interpretări și calificări diferite în funcție de calitatea reclamantului.

Elementul hotărâtor în delimitarea competenței instanței de contencios administrativ de cea a instanței civile (comerciale) este natura de drept public a actului juridic dedus judecătii, iar nu modalitatea de investire a instanței sau existența unei proceduri prealabile investirii sale. Or, natura juridică a contractului de adeziune încheiat între profesioniști și consumatori este, în mod evident, una de drept privat. Un argument suplimentar îl oferă însăși evoluția în timp a conținutului art. 12 și 13 din Legea nr. 193/2000, care nu marchează doar modificarea unei norme de competență, ci sugerează o veritabilă schimbare de filosofie a legii în ceea ce privește natura juridică a raportului litigios, interesul ocrotit și mijloacele de atingere a scopului propus. Astfel, dacă în reglementarea anterioară, accentul era pus pe natura contravențională a faptei și pe antrenarea răspunderii contravenționale (competență era judecătoria în a cărei rază teritorială a fost săvârșită fapta sau în raza căreia se afla sediul sau domiciliul contravenientului, iar în cazul în care constata existența clauzelor abuzive în contract, instanța aplica sancțiunea contravențională conform art. 16 și dispunea, sub sancțiunea daunelor, modificarea clauzelor contractuale, în măsura în care contractul rămâne în ființă, sau desființarea acelu contract, cu daune-interese, după caz), în prezent, norma de competență face referire la noțiunea de „profesionist”, iar măsura principală stabilită prin dispozitivul hotărârii judecătorești în cazul constatării existenței clauzelor abuzive este aceea a obligării profesionistului să elimine clauzele abuzive din contracte, la care se adaugă aplicarea sancțiunii contravenționale.

Pe de altă parte, există o serie de argumente care un pot fi ignorate care susțin natura administrativă a litigiului și care au fost reținute de către Curtea de Apel București, Secția a V-a în trei regulatoare de competență, prin care s-a stabilit că, în astfel de litigii, competența de soluționare aparține Secției de contencios administrativ și fiscal. Aceste argumente sunt expuse în cele ce urmează:

Potrivit art. 8 din Legea nr. 193/2000, „Controlul respectării dispozițiilor prezentei legi se face de reprezentanții împuterniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor, precum și de specialiști autorizați ai altor organe ale administrației publice, potrivit competențelor” iar potrivit art. 9 din aceeași lege, „Organele de control efectuează verificări la sesizarea persoanelor prejudiciate prevăzute la art. 2 alin. (1) sau din oficiu”.

Așadar, controlul la operatorul financiar bancar se efectuează în baza unui Ordin (administrativ), având în vedere dispozițiile art.1 din H.G. nr. 700/2012 privind organizarea și funcționarea Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor și care prevede că „ANPC este o instituție publică și care funcționează ca organ de specialitate al administrației publice centrale, cu personalitate juridică, în subordinea Guvernului și în coordonarea ministerului economiei, comerțului și mediului de afaceri”.

Ca urmare a controlului efectuat, ANPC, potrivit art. 11 din Legea nr. 193/2000, încheie un proces-verbal în cadrul căruia consemnează faptele constatate cu ocazia verificărilor efectuate, precum și articolele din lege încălcate de profesionist, sesizând, potrivit art. 12 alin. (1) și (2), în cazul în care constată utilizarea unor contracte de adeziune care conțin clauze abuzive, tribunalul de la domiciliul sau, după caz, sediul profesionistului, solicitând obligarea acestuia să modifice contractele aflate în curs de executare, prin eliminarea clauzelor abuzive, la cererea de chemare în judecată fiind anexat și procesul-verbal întocmit potrivit art. 11 din Legea nr. 193/2000.

Susținătorii acestei opinii arată că, urmare a încheierii procesului-verbal de contravenție, **Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor trebuie** să se adreseze instanței de contencios administrativ, în temeiul dispozițiilor art. 12 alin. (1) și (2) din Legea nr. 193/2000, aceasta fiind instanța competentă material deoarece în urma administrării unui probatoriu specific, O.G. nr. 2/2001, doar instanța de contencios administrativ poate să procedeze la analiza trăsăturilor generale ale faptei ilicite, respectiv *contravenția ce se pretinde a fi săvârșită și sancționată conform alin. (3) al art. 1 din Legea nr. 193/2000 și care constă în stipularea de către profesioniști de clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii – apte să genereze declanșarea răspunderii contravenționale, abaterea contravențională reținută să fie sancționată în ambele forme prevăzute de art. 13 din același act normativ, respectiv răspunderea sancționatorie prin aplicarea unei amenzi de la 200 la 1.000 lei și cea reparatorie, prin modificarea tuturor contractelor de adeziune în curs de executare și eliminarea clauzelor abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activității profesionale.*

Se mai arată că faptul că instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze astfel de litigii rezultă și din împrejurarea că, în cazul în care se constată inexistența unor clauze abuzive în contract, potrivit alin. (4) din art. 13 mai sus-citat, **instanța trebuie să anuleze procesul-verbal întocmit.**

În materie contravențională, regula generală stabilită de art. 21 alin. (1) din O.G. nr. 2/2001, sediul materiei în acest domeniu, este ca agentul constatat, prin procesul-verbal de constatare, să aplice și sancțiunea incidentă.

În prezenta cauză, actul normativ care stabilește și sancționează săvârșirea unei contravenții, este Legea nr. 193/2000, lege care prevede în mod expres că agentul constatat nu are dreptul să aplice și sancțiunea, procesul-verbal de constatare a fost înaintat de către ANPC tribunalului de la sediul profesionistului asupra activității căruia a fost efectuat controlul, pentru a hotărî asupra sancțiunii contravenționale ce urmează a fi aplicată.

În aceste condiții, se suține, în această opinie, că nu ne aflăm în prezența unui litigiu cu profesioniști, în condițiile în care în litigiile în care ANPC este parte nu ne regăsim în prezența unei acțiuni formulate de către cocontractantul prejudiciat, persoana fizică ce are calitatea de consumator potrivit Legii nr. 193/2000, prin care să se solicite, în conformitate cu



prevederile Codului civil și ale Codului de procedură civilă, constatarea caracterului abuziv și pronunțarea nulității unor clauze contractuale din convenția de credit, pentru a putea fi atrasă competența instanțelor civile, potrivit dispozițiilor art. 14 și 12 alin. (4) din Legea nr. 193/2000. Litigiul este un litigiu contravențional, care-și are propriul regim de stabilire și sancționare, instanța sesizată de către Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor fiind chemată ca, pe baza probelor ce se vor administra, să verifice temeinicia procesului-verbal de contravenție, să hotărască asupra sancțiunii și să dispună măsurile necesare pentru restabilirea ordinii de drept nesocotite, respectiv eliminarea clauzelor abuzive din convențiile de creditare și stabilirea despăgubirilor ce li se cuvin părților vătămate prin săvârșirea faptului contravențional ilicit, conform art. 13 din Legea nr. 193/2000. Nu se poate spune că ne aflăm în prezența unui act administrativ tipic sau asimilat, din moment ce activitatea de constatare a contravenției se realizează și se materializează prin încheierea unui proces-verbal, care este actul administrativ prin care se individualizează fapta ilicită și contravenientul de către reprezentanții Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor, în calitate de organ de specialitate al administrației publice centrale. Or, tocmai acesta este înscrisul care a generat litigiul și a condus la sesizarea instanței în condițiile descrise de articolul 12 alin. (1) și (2) din sus-menționata lege.

Prin urmare, în regulatoarele de competență pronunțate de CAB, Secția a V-a s-a reținut că, dată fiind natura juridică de act administrativ cu caracter contravențional a procesului-verbal de contravenție prin care se finalizează activitatea de verificare întreprinsă de către Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, Secția de contencios administrativ și fiscal din cadrul Tribunalului București este competentă, din punct de vedere funcțional, să stabilească răspunderea contravențională a persoanei juridice chemate în judecată. Astfel, încălcarea unei norme de drept administrativ va determina răspunderea administrativă și aplicarea unei astfel de sancțiuni, aceasta putând fi aplicată doar de instanța (secția) competentă în materie, respectiv secția de contencios administrativ. Că suntem în prezența unui litigiu de competența secției de contencios administrativ, și nu în prezența unui litigiu cu și între profesioniști o dovedește și faptul că, în astfel de spețe, capătul principal al cererii de chemare în judecată constă în solicitarea ANPC de constatare a răspunderii contravenționale a pârâtei, care este doar o formă a răspunderii administrative, contravenția fiind doar o modalitate de manifestare a ilicitului administrativ, iar regimul său juridic este în mod preponderent, un regim de drept administrativ. Astfel, din perspectiva teoriei generale a răspunderii juridice, dispozițiile contravenționale ni se înfățișează ca norme ale dreptului administrativ, esența unui asemenea litigiu fiind dată de norma de drept administrativ, Legea nr. 193/2000 impunându-se a fi completată cu dispozițiile generale cuprinse în O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, în ceea ce privește regulile procedurale ce se impune a fi urmate în vederea soluționării aspectelor reținute prin procesal-verbal de contravenție, a verificării cu prioritate a modalității de întocmire și stabilirii validității acestui document de control, obligația de a modifica toate contractele fiind o sancțiune complementară, și nu principală (avem în vedere situația proceselor-verbale întocmite de ANAF și în care se prevede confiscarea bunurilor/sumelor de bani găsite la sediul profesionistului și care nu sunt evidențiate în documentele fiscale ale acestuia).

Prin urmare, nu suntem în prezența unui litigiu prin care consumatorul lezat prin stipularea unor clauze abuzive solicită răspunderea civilă a cocontractantului său ca urmare a nesocotirii unor norme imperative cu ocazia încheierii convenției de creditare, de natură să atragă competența instanțelor civile, raportul juridic dedus judecății fiind unul creat între o autoritate publică de control și persoana juridică care acționează în cadrul activității sale comerciale, probatoriul administrat în astfel de litigii fiind diferit față de cel administrat în cadrul proceselor în care ANPC este parte. Legiuitorul stabilește în sarcina instanței care a

constatat săvârșirea contravenției, obligația de a modifica toate contractele de adeziune în curs de executare, încheiate de către profesionistul contravenient cu consumatorii, prin eliminarea clauzelor abuzive, sancțiunea reparatorie dispusă nefiind limitată, precum în cadrul răspunderii civile, doar la convențiile juridice deduse judecății și la participanții din proces.

Totodată, cum temeiul răspunderii contravenționale – faptul ilicit care o declanșează – îl constituie contravenția, stabilirea caracterului abuziv al clauzelor contractuale ce au format obiectul procesului-verbal de contravenție este solicitată în scopul verificării existenței laturii obiective, a elementului material al contravenției, prevăzut de art. 1 alin. (3), și nicidecum pentru a conduce la nulitatea acestor clauze, cum se întâmplă în fața instanței civile. Aceasta deoarece contravenția, ca și infracțiunea, are un element constitutiv, un obiect reprezentat de valorile, relațiile sociale apărute prin normele cărora li se aduce atingere sau sunt puse în pericol prin fapta săvârșită. Prin urmare, latura obiectivă a contravenției o formează acțiunea sau inacțiunea producătoare a urmărilor socialmente periculoase și care este prevăzută ca ilicită în actul normativ de stabilire a contravenției.

Pe cale de consecință, constatarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale menționate în procesul-verbal de contravenție reprezintă, în cazul de față, latura obiectivă a contravenției ce se solicită a fi constatată și se impune ca verificările să fie efectuate din această perspectivă.

Acestea sunt rațiunile pentru care, date fiind natura și specificul obiectului litigios, ce presupune verificarea legalității și temeiniciei procesului-verbal, hotărârea asupra sancțiunii și despăgubirii stabilite, competența de soluționare a litigiilor contravenționale a fost stabilită de către O.G. nr. 2/2001, prin art. 34 alin. (2), în sarcina secției de contencios administrativ și fiscal a tribunalului.

Totodată, modificarea competenței materiale de soluționare a litigiilor referitoare la contravențiile prevăzute de art. 1 alin. (3) din Legea nr. 193/2000 nu este de natură să conducă la concluzia că s-ar impune soluționarea acestora în primă instanță de către secția civilă specializată în litigii cu profesioniști a tribunalului, din moment ce natura juridică a litigiului a rămas neschimbată, iar legea-cadru în materie – O.G. nr. 2/2001, la care se face trimitere expresă în dispozițiile art. 16 alin. (2) din art. Legea nr. 193/2000 („Prevederile prezentei legi se completează cu dispozițiile Ordonanței Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția art. 27-29”) – stabilește necesitatea soluționării lor definitive de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului.

## ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Față de actuala reglementare, controversa persistă, ambele opinii fiind susținute cu argumente precise și detaliate. Cu titlu *de lege ferenda*, litigiile în care ANPC este parte ar trebui să fie soluționate de secțiile civile. Modificarea legislativă ar trebui să includă și legitimarea procesuală activă, ce ar trebui acordată, potrivit art. 2 din Legea nr. 193/2000, ca reprezentant al consumatorilor, spre exemplu, iar încheierea procesului-verbal de aplicare a unei sancțiuni ar trebui să fie posibilă doar după ce sentința pronunțată de instanța specializată în litigii cu profesioniști ar rămâne definitivă.

Problema a fost discutată și cu prilejul întâlnirii de practică neunitară a președinților secțiilor de contencios administrativ, organizată în perioada 26-27 martie 2015 la Curtea de Apel București, opinia îmbrățișată în unanimitate de participanții la întâlnire fiind în sensul recunoașterii competenței funcționale pentru secțiile civile/completele specializate în soluționarea litigiilor cu profesioniști.

În cadrul dezbaterilor au fost formulate următoarele precizări:

- în majoritatea cazurilor, soluția consacrată în jurisprudență este în sensul soluționării acestui tip de cauze, în căile de atac, de secțiile de contencios administrativ;
- problema a fost ridicată în cadrul reguletoarelor de competență soluționate de curțile de apel. La nivelul ÎCCJ opiniile exprimate la nivelul Secției de contencios administrativ și fiscal sunt în sensul că aceste litigii sunt de competența secțiilor civile (specializate în litigiile cu profesioniști).
- instanțele de contencios administrativ sunt instanțe de excepție, specializate (art. 8 din Legea nr. 554/2004). Competența lor nu poate fi atrasă cu privire la un raport juridic izvorât dintr-un contract care nu are natura unui contract administrativ, fiind un contract de drept privat pur, iar intervenția autorității chemate să aplice o sancțiune nu este de natură să îi modifice această natură juridică. Instanțele de contencios administrativ nu aplică sancțiuni decât în mod excepțional; există organe administrative de constatare și sancționare a contravenției. Deși dreptul contravențional este un contencios administrativ de tip special, în considerarea unui raport juridic de drept administrativ, el intervine doar când se constată o faptă ilicită, nu și în ipoteza unei contravenții care izvorăște dintr-un raport juridic de drept privat.

*Având în vedere practica neunitară în materie, existența unor argumente pertinente în textele legale în susținerea ambelor soluții, precum și faptul că în speță nu este aplicabil mecanismul întrebării preliminare adresată ÎCCJ (întrucât nu vizează un aspect care privește soluționarea fondului), participanții la întâlnire au agreeat necesitatea unificării practicii judiciare fie prin intermediul promovării unui recurs în interesul legii, fie prin intermediul unei modificări legislative (în acest sens, un proiect de modificare a Legii nr. 193/2000 inițiat de Ministerul Justiției se află în dezbateri parlamentară). De asemenea, reprezentanții CSM au precizat că, strict pe acest aspect al Legii nr. 193/2000, CSM, prin intermediul Comisiei nr. 1, urmează să sesizeze Ministerul Justiției.*

*Până la pronunțarea soluției în recursul în interesul legii, soluția agreeată de majoritatea participanților la întâlnire a fost în sensul recunoașterii competenței funcționale de soluționare a acestor litigii în favoarea secțiilor civile (completelor specializate în soluționarea litigiilor cu profesioniști).*

**7. Chestiunea privind datorarea taxei judiciare de timbru de către bănci în căile de atac, în litigiile cu consumatorii, care beneficiază de scutire de la plata taxei de timbru (unele instanțe au apreciat că se datorează de către bănci taxa de timbru în căile de atac, scutirea de la plata acesteia fiind exclusiv în favoarea consumatorului, iar alte instanțe au considerat că nu se datorează în calea de atac o atare taxă, de vreme ce cererea de chemare în judecată a beneficiat de scutire de la plata taxei de timbru)**

➤ **Opinia formatorilor INM:**

***Băncile datorează taxa de timbru în căile de atac, scutirea de la plata acesteia fiind exclusiv în favoarea consumatorului.***

➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii:**

Luând în discuție interpretarea dispozițiilor art. 28 și art. 29 lit. f) din O.U.G. nr. 80/2013, s-a apreciat că se impune a se analiza dacă, în interpretarea unui text de lege care prevede o scutire la judecata în primă instanță pentru o persoană – în considerarea calității sale

speciale – soluția scutirii trebuie extinsă și la calea de atac exercitată de partea adversă (care nu ar fi fost scutită de plata taxei de timbru dacă ar fi inițiat litigiul), în condițiile în care dispozițiile art. 28 nu operează nicio distincție în acest sens.

În favoarea opiniei potrivit căreia băncile trebuie obligate la plata taxei de timbru a fost adus ca argument și faptul că, aflându-ne într-o materie specifică protecției consumatorului – în care se prevede în mod expres că nu există o egalitate de tratament – , textul art. 29 lit. f) nu ar trebui interpretat extensiv, scutirea de la plata taxei de timbru fiind prevăzută exclusiv în favoarea consumatorului: „protecția drepturilor consumatorilor, atunci când persoanele fizice și asociațiile pentru protecția consumatorilor au calitatea de reclamant împotriva operatorilor economici care au prejudiciat drepturile și interesele legitime ale consumatorilor”.

Articolul 29 lit. f) urmează dispozițiilor art. 28 și derogă de la acestea.

*Majoritatea participanților la întâlnire au agreeat opinia în sensul că, în materia protecției consumatorilor, scutirea de la plata taxei de timbru operează exclusiv în favoarea consumatorului, motiv pentru care băncile datorează taxa de timbru în căile de atac.*

*A fost exprimată și opinia în sensul că băncile ar trebui să fie scutite de la plata taxei de timbru, motivat de faptul că aceste taxe ar urma să fie suportate de consumator, în ipoteza în care ar pierde în calea de atac.*

## **I.2. Probleme în aplicarea Codului civil**

### **1. Dreptul la despăgubiri al moștenitorilor persoanei vinovate de producerea accidentului care a constituit risc acoperit prin asigurarea RCA în calitate de victime indirecte în cazul decesului conducătorului auto**

- Dispozițiile legale care au generat problema de practică neunitară sunt cele ale art. 50 din Legea nr. 136/1995 și art. 26 din Normele privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule aprobate prin Ordinul CSA nr. 5/2010.

#### **Art. 50 din Legea nr. 136/1995 prevede:**

*„Despăgubirile se acordă pentru sumele pe care asiguratul este obligat să le plătească cu titlu de dezdăunare și cheltuielile de judecată persoanelor păgubite prin vătămare corporală sau deces, precum și prin avarierea ori distrugerea de bunuri.*

*În caz de vătămare corporală sau deces, despăgubirile se acordă atât pentru persoanele aflate în afara vehiculului care a produs accidentul, cât și pentru persoanele aflate în acel vehicul, cu excepția conducătorului vehiculului respectiv.*

*Se acordă despăgubiri și în cazul în care persoanele care formulează pretenții de despăgubiri sunt soțul (soția) sau persoane care se află în întreținerea proprietarului ori conducătorului vehiculului asigurat, răspunzător de producerea accidentului.*

*Pentru avarierea sau distrugerea bunurilor, despăgubirile se acordă pentru bunurile aflate în afara vehiculului care a produs accidentul, iar pentru bunurile aflate în acel vehicul, numai dacă acestea nu erau transportate în baza unui raport contractual existent cu proprietarul sau cu utilizatorul vehiculului respectiv, precum și dacă nu aparțineau proprietarului, utilizatorului ori conducătorului vehiculului răspunzător de producerea accidentului”.*

**Art. 26 din Normele privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule aprobate prin Ordinul CSA nr. 5/2010 are următorul conținut:**

*„(1) Asigurătorul RCA are obligația de a despăgubi partea prejudiciată pentru prejudiciile suferite în urma accidentului produs prin intermediul vehiculului asigurat, potrivit pretențiilor formulate în cererea de despăgubire, dovedite prin orice mijloc de probă. Fără a se depăși limitele de despăgubire prevăzute în contractul de asigurare RCA, în condițiile în care evenimentul asigurat s-a produs în perioada de valabilitate a poliței de asigurare RCA, se acordă despăgubiri, în formă bănească, pentru:*

- a) vătămări corporale sau deces, inclusiv pentru prejudicii fără caracter patrimonial;*
- b) pagube materiale;*
- c) pagube consecință a lipsei de folosință a vehiculului avariat;*
- d) cheltuieli de judecată efectuate de către persoana prejudiciată.*

*(2) Indiferent de locul în care s-a produs accidentul de vehicul, pe drumuri publice, pe drumuri care nu sunt deschise circulației publice, în incinte și în orice alte locuri, atât în timpul deplasării, cât și în timpul staționării vehiculului asigurat, **asigurătorul RCA acordă despăgubiri până la limita de despăgubire prevăzută în polița de asigurare RCA pentru:***

*1. prejudiciul produs de dispozitivele sau instalațiile cu care a fost echipat vehiculul, inclusiv prejudiciul produs din cauza desprinderii accidentale a remorcii, semiremorcii sau atașului tractat de vehicul;*

*2. prejudiciul produs din culpa conducătorului vehiculului asigurat, inclusiv în cazurile în care la data accidentului conducătorul vehiculului:*

- a condus vehiculul fără consimțământul explicit sau implicit al asiguratului;*
- nu este titularul unui permis care să îi dea dreptul să conducă vehiculul respectiv;*
- nu a respectat obligațiile legale de ordin tehnic cu privire la starea și siguranța vehiculului respectiv;*

*3. prejudiciul produs prin fapta lucrului, când prejudiciul își are cauza în însușirile, acțiunea sau inacțiunea vehiculului, prin intermediul altui lucru antrenat de deplasarea vehiculului, prin scurgerea, risipirea ori căderea accidentală a substanțelor, materialelor sau a obiectelor transportate;*

***4. cazul în care persoanele care solicită despăgubiri pentru vătămări corporale sunt membrii familiei asiguratului, conducătorului auto sau ai oricărei altei persoane a cărei răspundere civilă este angajată într-un accident de vehicul;***

*5. prejudiciile provocate terților, consecință a deschiderii ușilor vehiculului în timpul mersului sau atunci când vehiculul este oprit ori staționează, de către pasagerii acestuia, fără asigurarea că nu se pune în pericol siguranța deplasării celorlalți participanți la trafic”.*

Textele legale citate au generat următoarele soluții diametral opuse date cererilor de despăgubiri formulate de moștenitorii persoanei vinovate de producerea accidentului care a constituit risc acoperit prin asigurarea RCA, în calitate de victime indirecte în cazul decesului conducătorului auto. Astfel:

– Într-o opinie se arată că **despăgubirile convenite membrilor familiei asiguratului se acordă numai pentru vătămări corporale suferite în urma accidentului**, astfel încât cererea trebuie respinsă întrucât aceștia nu s-au aflat în mașină la momentul producerii accidentului, nefiind vătămați direct în accidentul produs;

– Într-o a doua opinie se arată că art. 50 alin. (3) din Legea nr. 136/1995 **nu distinge în sensul că acest drept ar exista doar dacă respectivele persoane s-ar fi aflat în autovehiculul condus de cel vinovat de accident și să fi fost vătămate în urma accidentului – cum susține apelanta-pârâtă și nu este în relație cu situația reglementată**

de art. 50 alin. (1) din Legea nr. 136/1995, astfel încât soția (soțul), copiii, alte persoane aflate în întreținerea victimei decedate și vinovate nu sunt persoane vinovate de producerea accidentului, fiind terți indirect vătămați și care se bucură de aceleași drepturi, în egală măsură, ca și persoanele care au fost păgubite în urma accidentului în celelalte cazuri reglementate de art. 50 alin. (1) și (2). De asemenea, Ordinul CSA nr. 5/2010 este dat în temeiul legii și nu poate să cuprindă decât prevederi în consens cu legea.

➤ **Soluție propusă de formatorii INM:**

Despăgubirile convenite membrilor familiei asiguratului se acordă numai pentru vătămări corporale suferite în urma accidentului, astfel încât cererea trebuie respinsă, întrucât aceștia nu s-au aflat în mașină la momentul producerii accidentului, nefiind vătămați direct în accidentul produs.

➤ **Argumente:**

Cu titlu preliminar arătăm că în această problemă s-a pronunțat diferit și Înalta Curte de Casație și Justiție. Astfel, în **Decizia civilă nr. 2487/20.06.2013 pronunțată în dosarul nr. 4788/110/2011** se reține cea de a doua opinie: „Astfel, potrivit art. 49 alin. 1 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările, acordarea de despăgubiri de către asigurator se face în baza contractului de asigurare, pentru prejudiciile de care asigurații răspund față de terțe persoane păgubite prin accidente de vehicule și pentru cheltuielile făcute de asigurați în procesul civil. Potrivit art. 50 alin. (1) din Legea nr. 136/1995, despăgubirile se acordă pentru sumele pe care asiguratul este obligat să le plătească cu titlu de dezdăunare și cheltuielile de judecată persoanelor păgubite prin vătămare corporală sau deces, precum și prin avarierea ori distrugerea de bunuri.

*Ca atare, legea reglementează în mod clar care sunt persoanele îndreptățite să fie indemnizate în cazul producerii riscului asigurat și faptul că despăgubirile privesc acoperirea prejudiciului plătit de asigurator în numele persoanei asigurate.*

*În cauză, recurentul, cum corect instanțele de fond și apel au reținut, nu are calitatea de terț păgubit, prin urmare, nu are calitatea procesuală activă de a pretinde despăgubiri în situația dedusă judecătii.*

*Eroarea recurentului în privința temeiniciei pretențiilor sale este dată de greșita interpretare a textului de lege pe care își întemeiază acțiunea, respectiv art. 50 alin. (3) din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România și constă în faptul că textului de lege i se dă o interpretare ruptă din context, nesistematică, contrară scopului avut de legiuitor în reglementarea acestui domeniu al asigurărilor.*

*Cu privire la Ordinul CSA nr. 21/2009 invocat de recurent, Înalta Curte constată că acesta nu era în vigoare la data formulării acțiunii, prin urmare, acesta nu poate fi invocat ca temei legal, iar Ordinul CSA nr. 5/2010 care l-a abrogat, nu reglementează ipoteza de asigurare susținută de recurent.”*

Diametral opus, în **decizia civilă nr. 884/05.03.2013 pronunțată în dosarul nr. 54767/3/2010**, se reține prima opinie: „Potrivit art. 26 din Ordinul Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule nr. 20/2008, act normativ în vigoare la momentul producerii accidentului, asiguratorul RCA, în speță, recurenta, indiferent de locul în care s-a produs accidentul de vehicul, pe drumuri publice, pe drumuri care nu sunt deschise circulației publice, în incinte și în orice alte locuri, atât în timpul deplasării, cât și în timpul staționării vehiculului asigurat, acordă despăgubiri până la limita de despăgubire prevăzută în polița de asigurare RCA, pentru (...)”

cazul în care persoanele care solicită despăgubiri pentru vătămări corporale sau deces sunt membrii familiei asiguratului, conducătorului auto sau ai oricărei alte persoane a cărei răspundere civilă este angajată într-un accident de vehicul - punctul 4 al articolului anterior menționat.

Articolul 27 din actul normativ anterior menționat conține, cu titlu limitativ, riscurile și prejudiciile care nu sunt cuprinse în asigurarea obligatorie de răspundere civilă și, pentru care, în mod implicit nu poate fi atrasă răspunderea asiguratorului, printre acestea neregăsindu-se și cazul beneficiarilor, respectiv al soției și copiilor defunctului.

**Faptul că intimații din prezenta cauză sunt persoane îndreptățite la a solicita și obține despăgubiri ca urmare a producerii riscului asigurat rezultă și din prevederile alin. (3) al art. 50 din Legea nr. 136/1995, conform căruia „se acordă despăgubiri și în cazul în care persoanele care formulează pretenții de despăgubiri sunt soția sau persoane care se află în întreținerea proprietarului sau conducătorului vehiculului asigurat, răspunzător de producerea accidentului”.**

Considerăm că cea de a doua opinie este soluția ce rezultă atât din litera, cât și din spiritul legii.

Astfel, potrivit art. 50 din Legea nr. 136/1995, despăgubirile acoperă sumele pe care asiguratul este obligat să le plătească cu titlu de dezdăunare persoanelor păgubite prin vătămare corporală sau deces, atât pentru persoanele aflate în afara autovehiculului care a produs accidentul rutier, cât și pentru persoanele aflate în acel autovehicul, cu excepția conducătorului autovehiculului, în asigurarea de răspundere civilă calitatea de asigurat excluzând calitatea de terț păgubit.

De la principiul potrivit căruia noțiunea de terță persoană păgubită nu este aplicabilă conducătorului auto vinovat, cu consecința excluderii dreptului de a obține despăgubiri și pentru succesorii acestuia, prin art. 50 alin. (3) din Legea nr. 136/1995 legiuitorul a reglementat, ca situație de excepție, dreptul de a solicita despăgubiri și în cazul în care persoanele care formulează pretenții sunt soțul/soția sau persoana care se află în întreținerea conducătorului autovehiculului asigurat, răspunzător de producerea accidentului.

Așa cum rezultă din coroborarea acestor dispoziții cu cele ale art. 26 alin. (2) pct. 4 din Normele privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule, aprobate prin Ordinul nr. 5/2010, **despăgubirile cuvenite membrilor familiei asiguratului se acordă numai pentru vătămări corporale suferite în urma accidentului.**

**Prin urmare, despăgubirile solicitate de către reclamanți nu se circumscriu dispozițiilor art. 50 alin. (3) din Legea nr. 136/1995, prejudiciile invocate nefiind asimilate celor produse prin accident, pentru care poate fi antrenată răspunderea civilă.**

Prejudiciul cauzat prin fapta sa culpabilă membrilor familiei care nu au fost implicați în accident excede asigurării de răspundere civilă obligatorie și nu poate fi acoperit decât în condițiile contractării unei asigurări de persoane, pentru riscurile ce afectează viața.

#### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Problema rezidă în necorelarea dispozițiilor din Legea nr. 136/1995 [art. 50 alin. (3)] cu cele ale art. 26 din Normele privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule aprobate prin Ordinul CSA nr. 5/2010 și se referă la acordarea daunelor materiale, dar mai ales a daunelor morale, soțului/soției sau persoanelor aflate în întreținerea persoanei responsabile de producerea accidentului, în calitate de victime indirecte ale accidentelor de circulație, pe temeiul dispozițiilor alin. (3) al art. 50 din Legea nr. 136/1995.

În practică, de cele mai multe ori, persoanele menționate la alin. (3) al art. 50 invocă un drept propriu la despăgubire ca urmare a prejudiciului material/moral suferit prin decesul persoanei responsabile de producerea accidentului. În măsura în care aceștia ar solicita despăgubirea în calitate de moștenitori ai defunctului – persoană responsabilă de producerea accidentului (prin urmare, un drept la despăgubire născut în patrimoniul defunctului), întrucât aceasta ar echivala cu invocarea propriei culpe în producerea accidentului pentru obținerea despăgubirii, acțiunea nu poate fi admisă.

La nivelul ÎCCJ, într-o practică majoritară, se recunoaște îndreptățirea la aceste despăgubiri a soțului (soției) sau persoanei care se află în întreținerea proprietarului ori conducătorului vehiculului asigurat, răspunzător de producerea accidentului, condiționat însă de vătămarea directă în accident a terților menționați la alin. (3) al art. 50.

Opiniile exprimate de participanți au conturat 2 soluții posibile:

1. Textul art. 50 alin. (3) nu poate fi interpretat în sensul că acoperă și situația în care soțul (soția) sau persoane care se află în întreținerea proprietarului ori conducătorului vehiculului asigurat, răspunzător de producerea accidentului, sunt victime indirecte (nu s-au aflat în mașină la momentul producerii accidentului), textul vizând doar acoperirea vătămărilor corporale suferite în mod direct în urma accidentului.

Principalul argument invocat în favoarea acestei soluții este că suntem în prezența unei asigurări de răspundere civilă obligatorie, și nu al unei asigurări de persoane pentru riscurile care afectează viața. Alineatul (3) al art. 50 nu poate fi aplicat făcând abstracție de tipul de răspundere acoperit prin polița RCA.

În unele soluții din practică s-a apreciat că acordarea daunelor morale pentru suferința cauzată prin moartea șoferului vinovat ar reprezenta o soluție imorală.

2. Despăgubirile pot fi acordate și în ipoteza vătămărilor indirecte suferite de soțul/soția sau alte persoane aflate în întreținerea persoanei responsabile de producerea accidentului, pentru următoarele argumente:

- textul alin. (3) al art. 50 nu distinge sub acest aspect;
- suntem în prezența unui *pretium doloris*, independent de culpa/vinovăția persoanei responsabile de producerea accidentului ori de vătămarea directă/indirectă din accident (nu există nicio diferență între situația copilului uneia din victimele accidentului, copil care nu s-a aflat în mașină la momentul accidentului și cea a copilului șoferului decedat, responsabil de producerea accidentului, care, de asemenea, nu s-a aflat în mașină la momentul accidentului);
- prima interpretare lipsește de efecte dispozițiile alin. (3) al art. 50, care nu și-ar găsi, astfel, aplicarea niciodată.

*Opinia îmbrățișată de majoritatea participanților prezenți la întâlnire a fost în sensul celei de-a doua soluții, respectiv acordarea despăgubirilor și în ipoteza vătămărilor indirecte suferite de soțul/soția sau alte persoane aflate în întreținerea persoanei responsabile de producerea accidentului.*

*Având în vedere însă practica neunitară existentă chiar la nivelul instanței supreme, se apreciază că se impune promovarea unui recurs în interesul legii în această materie.*

**2. Art. 277 Cod procedură civilă. Valoarea probatorie a înscrisurilor întocmite de profesioniști. Factura fiscală nesemnată de cumpărător în cuprinsul căreia se menționează plata penalităților de întârziere dovedește sau nu creanța solicitată (debit și penalități)? Ipoteze:**



- a) între părți nu s-au derulat anterior raporturi comerciale;
- b) s-au mai derulat raporturi, dar facturile nu conțineau mențiuni cu privire la penalități;
- c) utilizarea în mod obișnuit în exercițiul activității a înscrisului nesemnat trebuie să privească raporturile cu debitorul sau cu orice alt partener

➤ **Opinia formatorilor INM:**

Clauza penală nu este o clauză uzuală, ea are nevoie să fie acceptată expres. Simpla menționare a penalităților în factură nu valorează clauză penală, atâta vreme cât nu există dovada unei acceptări exprese. Dispozițiile art. 277 alin. (2) C.proc.civ. atribuie valoare probatorie înscrisului nesemnat, în anumite condiții, dar această valoare probatorie vizează valoarea probatorie pe care o factură o poate avea, față de rolul acesteia și de conținutul său expres determinat la art. 155 C. fisc. Or, factura, chiar semnată, nu are rolul de a negocia clauza penală, legea aplicabilă, clauza compromisorie și alte clauze care depășesc rolul probator al facturii, dat fiind că ea nu este semnată (de regulă) de persoane care au calitatea de reprezentant al societății, ci de persoane având funcții de recepționare marfă, primire corespondență etc. Prin urmare, factura fiscală nesemnată de cumpărător, în cuprinsul căreia se menționează plata penalităților de întârziere nu dovedește, prin ea însăși, creanța solicitată (debit și penalități), dacă nu este coroborată cu alte mijloace de probă, inclusiv martori.

**Argumente:**

Excepția instituită prin alin. (1) al art. 277 C.proc.civ. este determinată de calitatea persoanelor angajate în raportul juridic obligațional și se explică prin specificul activității de comerț, uzanțele comerciale și spiritul de încredere care trebuie să însoțească aceste raporturi, dar nu în ultimul rând și prin caracterul accelerat în care aceste raporturi se încheie, desfășoară și epuizează.

Ar fi excesiv de formal ca raporturile juridice dintre profesioniști să fie condiționate de nevoia preconstituirii probelor, în condițiile în care, în extrem de multe situații, în circuitul comercial, profesioniștii își organizează activitatea de comerț în special în baza comenzilor, a ofertelor urmate de executarea lor, stabilesc legături numai prin corespondență, fără măcar a se întâlni în vederea întocmirii actelor juridice ca suport probator al relațiilor lor juridice.

Așadar, excepția nu are legătură cu natura actelor încheiate între profesioniști, ci apare ca o necesitate firească în contextul prezentat.

Ținând cont de toate elementele expuse anterior, legiuitorul atribuie valoare probatorie între profesioniști chiar și înscrisului nesemnat, o derogare foarte importantă având în vedere rolul și funcția pe care semnătura o are atunci când este vorba despre înscrisuri sub semnătură privată, ca instrumente probatorii (a se vedea art. 272-273 C. proc. civ.).

Totuși, pentru ca înscrisul nesemnat să aibă valoare probatorie asupra a ceea ce cuprinde, în condițiile alin. (2) al art. 277, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) înscrisul să ateste un act juridic, iar nu un fapt juridic *stricto sensu*. Nu are importanță dacă înscrisul cuprinde elementele actului juridic la încheierea acestuia ori dacă este emis în timpul și în executarea actului, dacă se poate stabili conexiunea lui cu operațiunea juridică;

b) înscrisul să fie utilizat în mod obișnuit în exercițiul activității unei întreprinderi pentru a constata un act juridic. Această demonstrație conexă trebuie realizată de cel care prezintă înscrisul ca probă în instanță. Această parte va trebui să demonstreze că activitatea sa de comerț sau a partenerului său se desfășoară în mod obișnuit în felul determinat prin emiterea

acelui înscris (de exemplu, partea va trebui să demonstreze că procedura ofertelor lansate public prin mesaje postate pe site-ul companiei, urmate de o acceptare din partea destinatarilor, este în mod obișnuit suficientă pentru ca acea companie să fie considerată angajată într-un raport juridic pe care îl execută).

Obișnuința folosirii înscrisului în exercițiul activității unei întreprinderi pentru a constata un act juridic este demonstrată, de obicei ca situație de fapt, cu elemente exterioare înscrisului și poate să rezulte din manifestări exprese (se emit scrisori de confirmare a datelor cuprinse în înscris), dar și tacit (când rezultă din manifestări de voință neîndoielnice care atestă voința de a accepta ceea ce conține înscrisul).

În această categorie includem situația, extrem de frecvent întâlnită, a facturilor care, emise fiind de vânzător sau de prestatorul unui serviciu, sunt folosite de către acesta în procesul intentat ulterior cumpărătorului sau beneficiarului, iar acesta opune lipsa propriei semnături pe act pentru dovedirea actului juridic bilateral.

Se pune problema forței probatorii a facturii din două perspective:

– prima, referitoare la proba raportului juridic, caz în care factura va fi analizată din punct de vedere probator numai atunci când actul scris (de exemplu, contractul de prestări de servicii) nu a fost preconstituit ca dovadă a acelui raport; cu alte cuvinte, dacă există și este semnată de părți convenția care atestă relația dintre acestea, rolul probator al facturii este minimalizat, deoarece proba convenției se face prin înscris, cu toate clauzele sale;

– a doua, referitoare la rolul probator complementar al facturii, atașat probei raportului juridic. Astfel, uneori părțile prevăd în contract că marfa se livrează și se predă odată cu factura sau că scadența obligației se calculează de la recepția facturii ori că este condiționată de lipsa oricărei obiecțiuni la recepția sa etc., caz în care, fără a face proba raportului juridic original, al nașterii sale, îi dovedește condițiile executării.

Problema în discuție vizează, în principal, prima semnificație probatorie a facturii, adică modul în care noul cod preia aspectele foarte mult folosite și discutate ale art. 46 C. com., care a fost abrogat prin Legea nr. 71/2011.

În acest sens, factura comercială semnată de ambele părți este un înscris sub semnătură privată prin care se constată o operațiune comercială – în sensul de act juridic –, atât cu privire la operațiunea juridică încheiată (clauzele sale esențiale privitoare la mărfurile vândute, serviciile prestate etc., în care acestea sunt arătate amănunțit, indicându-se natura, calitatea, cantitatea, prețul), cât și cu privire la modalitățile executării contractului, iar uneori face și dovada executării contractului de către emitent.

Factura comercială semnată de emitent și de destinatar (cel căruia îi e adresată ca și cumpărător sau beneficiar) se mai numește și factură acceptată expres. În aceste condiții, ea face dovadă ca orice înscris sub semnătură privată împotriva ambelor părți, în condițiile mai sus-menționate.

Factura semnată numai de către emitent (vânzător, prestator etc.) – care interesează în mod special din perspectiva comentariului acestui articol – face probă contra emitentului în privința întregului său cuprins, indiferent dacă a fost sau nu acceptată de cel căruia i se adresează (s-a mai susținut că fundamentul juridic al acestei forțe probante îl constituie și mărturisirea extrajudiciară a emitentului, dar credem că această interpretare nu mai corespunde actualei reglementări). Așadar, factura constituie în mâna destinatarului dovada obligației emitentului de a-i preda bunurile mobile, indicate în ea, chiar dacă nu este semnată de acesta, lipsa semnăturii destinatarului constituind elementul care o deosebește de înscrisurile sub semnătură privată.

Factura nu face dovadă împotriva destinatarului care nu a semnat-o decât în condițiile alin. (2) al art. 277; cu alte cuvinte, cel care o folosește în proces (cel mai probabil emitentul) tinde a dovedi cu ea un act juridic (operațiunea juridică determinată cu ajutorul elementelor din factură), dacă dovedește că destinatarul facturii își organizează activitatea specifică (comerț, servicii etc.) în acest fel (pe baza facturilor recepționate odată cu marfa sau cu serviciul contractat etc.), fie doar în raportul juridic stabil și constant cu emitentul (de exemplu, a făcut plăți anterioare în aceleași condiții sau și-a executat prestațiile corelative în mod necontestat, ceea ce până acum era denumit în doctrină și practică acceptarea tacită a facturii), fie în relația cu orice profesionist.

c) în fine, a treia condiție pentru recunoașterea valorii probatorii este aceea ca legea să nu impună forma scrisă pentru însăși dovedirea actului juridic (V. Dănăilă, *Codul civil comentat și adnotat*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 604 și urm.).

### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Până la intrarea în vigoare a dispozițiilor art. 277 C. proc. civ., practica judiciară era cavismajoritară în a reține că, întrucât clauza penală este o clauză scrisă, simpla menționare unilaterală în cuprinsul facturii a unei clauze penale nu valorează clauză penală acceptată.

După intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, art. 277 alin. (2) reglementează ipoteza înscrisului nesemnat, subsumat condiției de a rezulta dintr-o uzanță între profesioniști, căruia îi atribuie valoare probatorie.

Deși în doctrină s-a susținut că dispozițiile art. 277 alin. (2) ar tranșa, sub aspectul valorii probatorii, discuția mai veche existentă și cu privire la alte tipuri de clauze (clauze de alegere a competenței, a legii aplicabile etc.), s-a admis totuși că valoarea probatorie a facturii trebuie raportată la rolul acesteia. În acest context, înscrisul nesemnat (inclusiv factura) are o valoare probatorie prin prisma art. 277 alin. (2) dar această valoare se subsumează rolului facturii. Or, rolul facturii nu este de a stabili clauze penale, de alegere a instanței competente sau de alegere a legii aplicabile (clauze considerate neuzuale, cu excepția situației în care ar rezulta acceptarea lor expresă, de ex. prin semnare și ștampilare pe verso-ul facturii, ceea ce transformă însă aceste dispoziții într-o veritabilă dispoziție contractuală). Nu suntem însă în această ipoteză în cazul unei simple facturi, în înțelesul art. 155 C. fisc., care constituie un instrument simplificat de contract și care nu poate substitui, prin el însuși, voința părților. O atare voință, exprimată în formă simplificată, chiar justificată de celeritatea specifică raporturilor juridice derulate între profesioniști, nu poate ține loc de negociere a unei clauze contractuale neuzuale.

S-a mai precizat că trebuie distins între semnare și acceptare, existând situații în practică în care factura a fost acceptată, deși nu este semnată (prin acceptarea prestației, executare parțială etc.); or, în acest context, nu poate fi înlăturată forța probantă a unei facturi doar pentru că nu este semnată. De asemenea, trebuie avute în vedere ipotezele în care factura este acceptată tacit, cea în care există un contract-cadru anterior iar factura probează o anumită operațiune comercială care se reflectă în contractul cadru, precum și ipoteza contractului încheiat între absenți.

*În unanimitate, participanții la întâlnire au agreat punctul de vedere exprimat de formatorul INM, în sensul că, nefiind o clauză uzuală, clauza penală trebuie acceptată expres. Simpla menționare a penalităților în factură nu valorează clauză penală, atâta vreme cât nu există dovada unei acceptări. Soluția este aplicabilă însă numai în ipoteza în care factura nu este acceptată printr-un act anterior sau ulterior, într-o manieră expresă sau tacită (trebuie să rezulte că plata s-a făcut din/și din penalitate). În acest context, omisiunea menționării clauzei penale în*

cuprinsul art. 1.203 C.civ. care impune condiția acceptării exprese în scris nu poate conduce la o altă concluzie.

## II. Probleme de drept care generează practică judiciară divergentă în materia Legii nr. 31/1990

### 1. Consecințele nedepunerii plângerii împotriva rezoluției directorului ORC ori a opoziției formulate de cei interesați, la registrul comerțului

➤ În practică s-a constatat că în unele cazuri în care, potrivit dispozițiilor legale menționate, s-au formulat **plângeri împotriva rezoluțiilor directorului ORC** (O.U.G. nr. 116/2009) sau **opoziiții** (Legea nr. 31/1990 republicată), cererile au fost depuse *direct la tribunal*, fără a fi depuse și menționate, anterior, la oficiul registrului comerțului, așa cum prevede legea în mod imperativ.

**Într-o opinie** s-a apreciat că sunt legal sesizate chiar dacă cererea a fost înregistrată direct la instanța de judecată și s-a procedat la soluționarea pe fond a cauzei.

**Într-o altă opinie**, s-a apreciat, dimpotrivă, că o astfel de cerere depusă direct la instanța de judecată este inadmisibilă, instanța respingând-o ca atare, pe considerentul că legea prevede în mod expres și imperativ, atât în cazul plângerii, cât și în cazul opoziției, că cererea **se depune la oficiul registrului comerțului care, în termen de 3 zile de la data depunerii, o va menționa în registru și o va înainta instanței judecătorești competente.**

#### ➤ Opinia formatorilor INM:

În acord cu practica majoritară a Curții de Apel Cluj, considerăm că cererea nu poate fi respinsă ca inadmisibilă. Depunerea plângerii/opoziției la Registrul Comerțului are doar rațiunea de a se menționa acest demers în registrul public, pentru a îndeplini cerința de publicitate și opozabilitate față de terți și nu constituie o condiție de exercițiu a acțiunii civile, similar reglementării unei proceduri prealabile obligatorii. În situația în care plângerea sau opoziția se depune direct la instanța judecătorească, aceasta din urmă, în faza procedurii prealabile, va pune în vedere autorului sesizării ca, de îndată, să facă demersurile necesare, să înregistreze plângerea/opoziția la Oficiul Registrului Comerțului și să producă dovada în acest sens la dosarul cauzei. Mai mult, o atare solicitare va putea fi făcută de instanță direct Oficiului în adresa prin care i se va solicita să i se comunice dosarul ce cuprinde înscrisurile relevante aferente cererii de înregistrare.

#### Texte incidente:

Potrivit prevederilor art. 6 din O.U.G. nr. 116/2009 pentru instituirea unor măsuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului, cu modificările ulterioare, „(1) în soluționarea cererilor potrivit art. 1 și 2, directorul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal și/sau persoana ori persoanele desemnată/desemnate autorizează, prin rezoluție, constituirea societăților comerciale, efectuarea tuturor înregistrărilor în registrul comerțului, a publicității, precum și înregistrarea în registrul comerțului a declarațiilor-tip pe propria răspundere și a datelor cuprinse în acestea, după caz, conform prevederilor legale în vigoare. (2) Rezoluțiile pronunțate în temeiul prezentului act normativ sunt executorii de drept. (2<sup>1</sup>) În cazul în care solicitantul renunță la soluționarea cererii, prin rezoluție, directorul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal și/sau persoana ori persoanele desemnată/desemnate va/vor lua act de renunțare. (3) Împotriva rezoluției directorului și/sau

persoanei sau persoanelor desemnate se poate formula plângere în termen de 15 zile de la pronunțare pentru părți și de la data publicării rezoluției sau a actului modificator al actului constitutiv în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, pentru orice alte persoane interesate. (4) Plângerea se depune și se menționează în registrul comerțului unde s-a făcut înregistrarea. În termen de 3 zile de la data depunerii, oficiul registrului comerțului înaintează instanței plângerea. (5) Plângerea formulată împotriva rezoluțiilor directorului oficiului registrului comerțului și/sau persoanei sau persoanelor desemnate se soluționează de urgență și cu precădere, în condițiile dreptului comun. (6) Instanța soluționează plângerea în complet alcătuit dintr-un singur judecător, în camera de consiliu, fără citare. Instanța poate să solicite orice lămuriri și dovezi părții sau informații scrise autorităților competente. (7) Hotărârea pronunțată în soluționarea plângerii este executorie și este supusă numai recursului”.

De asemenea, potrivit prevederilor art. 61 din Legea societăților, nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare, „(1) Creditorii sociali și orice alte persoane prejudiciate prin hotărârile asociațiilor privitoare la modificarea actului constitutiv pot formula o **cerere de opoziție** prin care să solicite instanței judecătorești să oblige, după caz, societatea sau asociații la repararea prejudiciului cauzat, prevederile art. 57 fiind aplicabile”, iar potrivit art. 62 alin. (1), „Opoziția se face în termen de 30 de zile de la data publicării hotărârii asociațiilor sau a actului adițional modificator în Monitorul Oficial al României, Partea a II-a, dacă prezenta lege nu prevede un alt termen. Ea se depune la oficiul registrului comerțului care, în termen de 3 zile de la data depunerii, o va menționa în registru și o va înainta instanței judecătorești competente”.

Legea mai stabilește că „Cererile și căile de atac prevăzute de prezenta lege, de competența instanțelor judecătorești, se soluționează de tribunalul în a cărui circumscripție își are societatea sediul principal” (art. 63).

Este de reținut că instituția **opozității** este prevăzută și de art. 243 din Legea nr. 31/1990 în caz de fuziune sau divizare: „(1) Creditorii societăților care iau parte la fuziune sau la divizare au dreptul la o protecție adecvată a intereselor lor. În vederea obținerii de garanții adecvate, orice creditor care deține o creanță certă, lichidă și anterioară datei publicării proiectului de fuziune sau de divizare, în una dintre modalitățile prevăzute la art. 242, nescadentă la data publicării, a cărei satisfacere este pusă în pericol prin realizarea fuziunii/divizării, poate face opoziție, în condițiile prezentului articol. (2) Opoziția se face în termen de 30 de zile de la data publicării proiectului de fuziune sau de divizare în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Ea se depune la oficiul registrului comerțului, care, în termen de 3 zile de la data depunerii, o va menționa în registru și o va înainta instanței judecătorești competente. Hotărârea pronunțată asupra opoziției este supusă numai apelului”.

### **Argumentele Curții de Apel Cluj sunt însușite de către formatorul INM:**

Din analiza acestor texte se reține, în esență, că depunerea plângerii/opoziției la Registrul Comerțului nu constituie o condiție de exercițiu a acțiunii civile similar cu reglementarea unei proceduri prealabile obligatorii, ci mai degrabă poate fi asimilată cu o sesizare administrativă similară cu procedura de depunere a plângerii contravenționale la organul din care face parte agentul constatatator, reglementată anterior de dispozițiile art. 32 alin. (1) din O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor.

Astfel, o atare dispoziție normativă a fost declarată neconstituțională de către Curtea Constituțională prin Decizia nr. 393 din 19 decembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 53 din 23 ianuarie 2007. În cuprinsul motivării acestei decizii, instanța de jurisdicție constituțională a reținut, între altele: „(...) existența oricărui impediment administrativ, care nu are o justificare obiectivă sau rațională și care ar putea până la urmă să

*nege acest drept al persoanei, încalcă în mod flagrant prevederile art. 21 alin. (1)-(3) din Constituție. În cazul de față, obligația depunerii plângerii la organul din care face parte agentul constatat, ca și condiție de acces la justiție, nu poate fi justificată în mod obiectiv și rezonabil nici prin faptul că, primind plângerea, organele administrative ar avea cunoștință de ea și nu ar porni la executarea amenzii aplicate. Mai mult decât atât, textul de lege criticat poate da naștere la abuzuri săvârșite de către agenții organelor administrative, ceea ce, în final, chiar dacă ar duce la tragerea la răspundere penală sau disciplinară a acestora, ar îngreuna sau chiar nega dreptul contestatorului la accesul liber la justiție.*

*În sensul principiului constituțional instituit de art. 21 privind accesul liber la justiție, se înscrie și posibilitatea oricărei persoane de a se adresa direct și nemijlocit instanțelor de judecată pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. Sub acest aspect, precizarea din alin. (2) al art. 21, potrivit căreia nici o lege nu poate îngădi exercitarea acestui drept, este firească. Din acest punct de vedere, textul criticat, prevăzând că "plângerea însoțită de copia de pe procesul-verbal de constatare a contravenției se depune la organul din care face parte agentul constatat, acesta fiind obligat să o primească și să înmâneze depunătorului o dovadă în acest sens", contravine textelor constituționale enunțate mai sus, îngreuează accesul direct la justiție atâta timp cât nu prevede ca alternativă și posibilitatea ca plângerea să poată fi depusă și la instanța de judecată."*

O decizie similară a fost pronunțată în ceea ce privește aceeași obligație prevăzută de art. 118 alin. (1) și (5) din O.U.G. nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice (în acest sens, decizia Curții Constituționale nr. 347 din 3 aprilie 2007 publicată în Monitorul Oficial al României nr. 307 din 9 mai 2007).

Nu în ultimul rând, se poate avea în vedere practica Curții Constituționale privind dispozițiile similare care sancționau cu nulitatea absolută dispozițiile procesuale de depunere a recursului la altă instanță decât cea a cărei hotărâre se atacă. Astfel prin decizia nr. 737 din 24 iunie 2008 pronunțată de Curtea Constituțională, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 562 din 25 iulie 2008, s-a constatat neconstituționalitatea dispozițiilor art. 302 din Codul de procedură civilă de la 1865 prin care se sancționează cu nulitatea absolută depunerea recursului la altă instanță decât aceea a cărei hotărâre se atacă, evidențiindu-se, în esență, că această reglementare apare ca un formalism inacceptabil de rigid, de natură să afecteze grav efectivitatea exercitării căii de atac și să restrângă nejustificat accesul liber la justiție.

- *În unanimitate, participanții au agreat punctul de vedere al INM, în sensul că cererea depusă direct la instanță nu poate fi respinsă ca inadmisibilă, depunerea la ORC nefiind prevăzută ca o condiție de exercițiu a acțiunii civile, ci doar în scopul înregistrării în registru și îndeplinirii, în acest fel, a exigențelor de publicitate și opozabilitate față de terți.*

**2. Cererea de radiere a unei societăți poate fi adresată direct de lichidator instanței sau trebuie depusă la ORC și trimisă spre soluționare instanței, conform art. 260 alin. (8) din Legea nr. 31/1990 și art. 3 alin. (5) din O.U.G. nr. 116/2009?**

#### ➤ **Opiniile exprimate:**

Textele indicate – art. 30 din Legea nr. 359/2004 și art. 31 Legea nr. 359/2004; art. 237 din Legea nr. 31/1990; art. 1 din Legea nr. 314/2001 ; art. 3 din Legea nr. 314/2001; art. 5 din Legea nr. 314/2001; art. 260 alin. (10) din Legea nr. 31/1990 – se referă la 4 situații în care

societățile dizolvate intrate în lichidare se radiază (nepreschimbarea certificatului de înmatriculare și a celui de înregistrare fiscală; nedepunerea situațiilor financiare, lipsa actualizării mențiunilor privind sediul etc.; nemajorarea capitalului social; dizolvarea/lichidarea voluntară).

**Într-o primă opinie**, s-a apreciat că depunerea cererii de radiere direct la instanță nu poate determina respingerea cererii de radiere formulate de lichidator, întrucât ORC figurează ca parte în litigiu, există posibilitatea formulării de apărări în instanță și, potrivit art. 260 alin. (10) din Legea nr. 31/1990 și art. 5 din Legea nr. 314/2001, societatea trebuie radiată din oficiu.

**O a doua opinie** a fost exprimată în sensul că depunerea cererii direct la instanță atrage respingerea ei motivat de lipsa calității procesuale active a lichidatorului.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Depunerea cererii direct la instanță atrage respingerea ei pentru lipsa calității procesuale active a lichidatorului. Lichidatorul nu are calitate procesuală activă pentru a sesiza direct instanța cu o cerere de radiere, ci trebuie să adreseze solicitarea Oficiului Registrului Comerțului, care sesizează instanța.

Potrivit reglementărilor menționate, lichidatorul desemnat în cazul societăților care au fost dizolvate de drept/judiciar/voluntar are posibilitatea de a cere radierea acestora, ca urmare a îndeplinirii procedurilor de lichidare, finalizate cu întocmirea de rapoarte. Solicitarea de radiere se face către Oficiul Registrului Comerțului. Prevederile legale conferă Oficiului Registrului Comerțului calitatea de a cere radierea societăților comerciale aflate în dizolvare/lichidare (textele prevăd expres la cererea Oficiului Registrului Comerțului).

În concluzie, lichidatorul nu poate să sesizeze direct instanța cu o cerere de radiere, ci trebuie să adreseze solicitarea Oficiului Registrului Comerțului, care sesizează instanța.

➤ *În unanimitate, participanții au agreeat opinia formatorului INM, în sensul că depunerea cererii direct la instanță atrage respingerea ei pentru lipsa calității procesuale active a lichidatorului. Lichidatorul nu are calitate procesuală activă pentru a sesiza direct instanța cu o cerere de radiere, ci trebuie să adreseze solicitarea Oficiului Registrului Comerțului, care va sesizea instanța.*

### **3. Cererea de radiere a unei societăți dizolvate formulată de Oficiul Registrului Comerțului este scutită de plata taxei judiciare de timbru?**

#### ➤ **Opiniile exprimate:**

**O primă opinie** a fost exprimată în sensul că ORC datorează taxa de timbru aferentă cererii de radiere a societății.

În acest sens, s-a argumentat că, în ceea ce privește materia taxelor de timbru, regula, potrivit art. 1 din O.U.G. nr. 80/2013, este aceea că acestea sunt datorate, scutirea de plata taxelor reprezentând excepția, iar excepțiile trebuie să fie expres și limitativ prevăzute de lege.

S-a reținut că ONRC a solicitat radierea unei societăți, cererea fiind întemeiată pe dispozițiile art. 237 alin. (8) și 9 din Legea nr. 31/1990, făcându-se trimitere și la dispozițiile art. 26<sup>1</sup> din Legea nr. 26/1990. Potrivit dispozițiilor art. 26<sup>1</sup> din Legea nr. 26/1990, cererile introduse de ONRC în temeiul acestei legi sunt scutite de plata taxelor judiciare de timbru.

Examinând însă conținutul Legii nr. 26/1990, instanța a constatat că acțiunea având ca obiect radierea unei societăți nu se circumscrie acțiunilor reglementate de acest act normativ.

**O a doua opinie** a fost exprimată în sensul că ORC nu datorează taxa de timbru aferentă cererii de radiere a societății, în raport de dispozițiile *art. 29 alin. (3) din O.U.G. nr. 80/2013*, potrivit cărora: „sunt scutite de la plata taxei judiciare de timbru cererile pentru dizolvarea societăților reglementate de *Legea nr. 31/1990 republicată, cu modificările și completările ulterioare și a grupurilor de interes economic, formulate de Oficiul Național al Registrului Comerțului*”.

S-a reținut că ONRC a solicitat radierea unei societăți, cererea fiind întemeiată pe dispozițiile *art. 237 alin. (8) și (9) din Legea nr. 31/1990*, făcându-se trimitere și la dispozițiile *art. 26<sup>1</sup> din Legea nr. 26/1990*.

Potrivit dispozițiilor *art. 26<sup>1</sup> din Legea nr. 26/1990*, cererile introduse de ONRC în temeiul acestei legi sunt scutite de plata taxelor judiciare de timbru.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Cererea de radiere a unei societăți dizolvate formulată de ORC este scutită de plata taxei judiciare de timbru.

Textul *art. 26<sup>1</sup> din Legea nr. 26/1990* stabilește o excepție de la regula prevăzută de *art. 1 din O.U.G. nr. 80/2013*, potrivit căreia acțiunile și cererile introduse la instanțele judecătorești sunt supuse taxelor judiciare de timbru [*art. 29 lit. l) din O.U.G. nr. 80/2013*] și reglementează scutirea de la plata taxelor de timbru a acțiunilor formulate în temeiul *Legii nr. 26/1990*.

Sintagma „cererile introduse de ONRC în temeiul *Legii nr. 26/1990* privind registrul comerțului” se referă la toate cererile privind înregistrări în registru, radierea societății vizând una din operațiile ce privesc ținerea registrului comerțului.

ONRC este instituție publică cu personalitate juridică organizată în subordinea Ministerului Justiției finanțată integral de la bugetul de stat a cărei activitate este reglementată de *Legea nr. 26/1990*, având ca scop: **ținerea registrului comerțului; informarea și eliberarea înscrisurilor din registru; arhivarea înscrisurilor în baza cărora se efectuează înregistrările în registru comerțului.**

➤ *În unanimitate, participanții au agreeat opinia formatorului INM, în sensul că cererea de radiere a unei societăți dizolvate, formulată de ORC este scutită de plata taxei judiciare de timbru.*

Argumentul se regăsește în textul *art. 26<sup>1</sup> din Legea nr. 26/1990* care stabilește o excepție de la regula prevăzută de *art. 1 din O.U.G. nr. 80/2013*, potrivit căreia acțiunile și cererile introduse la instanțele judecătorești sunt supuse taxelor judiciare de timbru [*art. 29 lit. l) din O.U.G. nr. 80/2013*] și reglementează scutirea de la plata taxelor de timbru a acțiunilor formulate în temeiul *Legii nr. 26/1990* iar sintagma „cererile introduse de ONRC în temeiul *Legii nr. 26/1990* privind registrul comerțului” se referă la toate cererile privind înregistrări în registru, radierea societății vizând una din operațiile ce privesc ținerea registrului comerțului.

S-a menționat că problema a vizat și plata curatorului special, în practică fiind obligat la plata onorariului Ministerul Justiției.

Referitor la necesitatea numirii curatorului, cu ocazia unei conferințe privind aspecte de practică neunitară intervenite de la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă s-a opinat că dispozițiile privind citarea prin publicitate se aplică doar persoanei fizice, nu și persoanei juridice (argumentele fiind în sensul că textul incident vorbește despre „domiciliu”, o persoană juridică lăcăt având întotdeauna un sediu), motiv pentru care nu s-ar impune numirea unui curator.

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



\*\*\*

***În cadrul dezbaterilor a fost discutat impactul deciziei pronunțate de CJUE în cauza Manea c. România asupra jurisprudenței naționale. Întrucât acest aspect nu a figurat pe ordinea de zi, iar reprezentanții curților de apel nu au fost decât în unele cazuri și reprezentanți ai secțiilor de contencios administrativ, participanții au apreciat că aceste discuții informale nu vor figura în minută.***

\*\*\*

În debutul celei de-a doua zile a întâlnirii, doamna judecătoare Marcela COMȘA, reprezentantul Ministerului Justiției, a realizat o scurtă prezentare a proiectului de lege privind procedura insolvenței persoanelor fizice, aflat în dezbateri la Comisia Juridică a Camerei Deputaților. Proiectul are în vedere persoanele fizice care au calitatea de consumatori, deci care nu exercită activități economice, în calitate de profesioniști, astfel cum sunt aceștia definiți de art. 3 C. civ. Prin promovarea lui s-a dorit să se pună capăt unor situații nefirești, în care cetățeni români care își stabiliseră între timp domiciliul în străinătate figurau încă în țară cu datorii înscrise în bazele cu incidente de plăți.

Deși au existat încă din anul 2009 mai multe proiecte în acest sens, din cauza clauzei de abținere inclusă în Memorandumul încheiat cu FMI și BM, acestea nu au fost discutate și susținute. În prezent, contextul este favorabil unui atare proiect datorită argumentelor aduse la ultimele negocieri, atât de natură socială și economică, dar și față de trimiterile la dreptul altor state membre ale UE care, în majoritatea lor, au o astfel de legislație. Astfel, în contextul generat de criza francului elvețian, a fost reactivat un proiect depus în anul 2014 de către un grup de parlamentari, proiect pe care doamna deputat Ana Birchall și l-a asumat în calitate de inițiator și susținător. Ideea proiectului a fost preluată, însă cu observații consistente formulate de Ministerul Justiției, observații care au fost însușite și de Guvern. La Senat proiectul a fost aprobat tacit fără modificări. În prezent, se află în dezbaterile Comisiei Juridice din Camera Deputaților, într-o variantă perfectibilă, dar considerabil îmbunătățită față de cea inițială. În conturarea variantei actuale de proiect experții din cadrul Ministerului Justiției au consultat magistrați specializați în domeniul insolvenței, direcția de legislație din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii, reprezentanți ai băncilor, ai practicienilor în insolvență și ai executorilor judecătorești.

Scopul legii este instituirea unei proceduri colective (de natură administrativă, menită să degreveze rolul instanțelor) pentru redresarea situației financiare a debitorului persoană fizică, de bună-credință, acoperirea într-o măsură cât mai mare a pasivului acestuia și descărcarea de datorii. Pentru a beneficia de scutirea la plată a datoriilor rămase la finalul procedurii, persoanele care vor accesa această procedură trebuie să se supună anumitor restricții și să respecte anumite reguli clar impuse de lege. Doar debitorii de bună-credință pot accesa procedura. Orice comportament fraudulos va conduce la excluderea din procedură, cu consecința reactivării tuturor datoriilor, inclusiv dobânzi și penalități.

Formele procedurii de insolvență reglementate de proiectul de lege sunt:

*a) procedura de insolvență pe bază de plan de rambursare a datoriilor. În cadrul acestei proceduri, debitorul are posibilitatea de a-și păstra bunurile (nu cele de lux), cu obligația de a rambursa, pe parcurs, o anumită cotă din datoriile pe care le are.*

*b) procedura judiciară de insolvență prin lichidare de active. În cadrul acestei proceduri, lichidarea activelor nu scutește debitorul de diligențe ulterioare (sens în care este monitorizat), în sensul redresării sale financiare, acesta fiind, de fapt, scopul procedurii.*

*c) procedura simplificată (accelerată) de insolvență.*

Ultima formă de procedură se adresează exclusiv persoanelor care nu mai au capacitate de muncă – celor pensionați pentru limită de vârstă (peste 65 ani), bolnavi încadrați în grade de handicap sau pensie de boală și s-a dorit a fi o formă de protecție socială după model britanic. Aceste persoane vor fi iertate de datorie, măsura având un pronunțat caracter de protecție socială.

Procedura de insolvență pe bază de plan este concepută ca o procedură administrativă ce se va desfășura sub supravegherea/controlul unei comisii de insolvență care va funcționa, conform propunerii, pe lângă ANPC (având în vedere că ne aflăm în domeniul protecției consumatorilor). De asemenea, ANPC ar urma să aibă și reprezentanți în comisie. Doar aspectele litigioase vor ajunge la instanță (contestațiile formulate de debitor/creditor anumite măsuri dispuse de comisie).

În cadrul acestei proceduri debitorul formulează o cerere, își prezintă datoriile, precizează locul de muncă, veniturile suplimentare (chirii, arendă)– în acest sens, lista stabilită în proiect nu este limitativă. Comisia va numi un practician, specializat în insolvența persoanelor fizice, care poate fi recrutat din rândul practicienilor în insolvență sau al executorilor judecătorești, cu experiență suficientă care să permită asistarea debitorului în întocmirea planului de redresare și monitorizarea lui în respectarea planului. În acest sens, va fi întocmită o listă a practicienilor în insolvență specializați în insolvența persoanei fizice, atestarea în acest sens urmând a fi făcută de către comisia centrală.

În cadrul proiectului figurează și propunerea ca BNR să fie reprezentat cel puțin în cadrul comisiei centrale. Argumentele pentru această soluție au vizat: faptul că majoritatea creditorilor sunt bănci, atribuțiile BNR în materie de supraveghere prudențială și calitatea de autoritate de control. Reprezentanții BNR s-au opus și continuă să se opună acestei propuneri.

Proiectul prevede reguli clare de deschidere a procedurii, actele/documentele ce trebuie depuse de debitor și obligațiile acestuia pe tot parcursul procedurii și o perioadă după închiderea ei pentru a beneficia de descărcarea de datoriile reziduale. Întrucât procedura prevede o serie de limitări de drepturi, restricții și o supraveghere a debitorului, precum și faptul că doar debitorul de bună-credință poate fi subiect al unei atare proceduri, se permite doar debitorului să formuleze cerere de deschidere a procedurii. Creditorii pot apela la formele clasice de executare silită.

În ceea ce privește termenul de 5 ani prevăzut în proiect, reprezentantul Ministerului Justiției a precizat că la stabilirea perioadei a fost avută în vedere o medie a perioadelor stabilite în legislațiile similare ale altor state (care variază între 3 și 10 ani). De asemenea, în ceea ce privește termenul de intrare în vigoare a legii propus de Ministerul Justiției este de 1 an, având în vedere timpul necesar pentru înființarea comisiilor, instruirea celor implicați în procedură, dar și pentru informarea/ educarea potențialilor beneficiari ai actului normativ. Totodată, în proiect s-a prevăzut o perioadă de monitorizare a aplicării legii.

**Punctele de vedere exprimate de participanții la întâlnire** au vizat următoarele aspecte:

– termenul de intrare în vigoare a legii (60 de zile conform variantei inițiale) trebuie prelungit, având în vedere durata de timp necesară înființării comisiilor, specializării personalului etc. Participanții au apreciat că acesta ar trebui să fie de 1 an (în acest sens fiind propunerea Ministerului Justiției) sau minim 6 luni, cu prevederea exactă a etapelor, pașilor concreți care trebuie urmați.

– se impune o definiție a bunei-credințe în această materie. S-a precizat că o definiție a acestei noțiuni este inclusă în proiect, ea putând fi însă îmbunătățită.

– referitor la procedura simplificată (accelerată) de insolvență, se impun diligențe sporite în ceea ce privește dovada stării precare de sănătate, pentru a evita repetarea unor experiențe similare ANRP.

– similar procedurii insolvenței persoanei juridice, se impune reglementarea dosarului cu număr unic (pe debitor, nu pe procedură), cu dosare asociate, care să permită o evidență a situațiilor intervenite în dosar pe parcursul celor 5 ani. S-a apreciat că ar fi bine se repartizeze dosarul prima dată aleatoriu apoi să se soluționeze de același judecător care cunoaște evoluțiile intervenite în procedura respectivului debitor. S-ar îngreuna activitatea judecătorilor dacă de fiecare dată s-ar repartiza dosarul la un alt complet. Soluția a fost agreată de majoritatea participanților la întâlnire. Formula a funcționat în cazul insolvenței persoanei juridice iar Regulamentul de ordine interioară al instanțelor ar urma să fie modificat în consecință, după intrarea în vigoare a legii.

– prevederea expresă a exceptării procedurilor prevăzute de lege de la regularizare (neaplicarea dispozițiilor art. 200, 201 CPC)

– suportarea costurilor procedurii.

În ceea ce privește competența, *marea majoritate a participanților au agreat propunerea Ministerului Justiției ca aceasta să aparțină în primă instanță judecătorei, pentru următoarele argumente:*

– procedura se aplică persoanelor fizice consumatori, aflați într-o situație financiară precară și aceștia trebuie să fie mai aproape de domiciliu, cheltuielile fiind astfel mai reduse;

– judecătoriile au, în prezent, în competență contestațiile la executarea silită, acțiunile în pretenții de valoare redusă, partajele etc. ;

– în ceea ce privește calea de atac, inițial, soluția propusă de CSM, cu ocazia dezbaterilor în ședința Comisiei juridice a fost judecarea apelului de către curțile de apel (motivată de faptul că curțile de apel soluționează apeluri și de încărcătura existentă în prezent la nivelul tribunalelor), și acesta este motivul pentru care textul consacră în prezent această propunere. Ulterior, în urma consultării instanțelor, CSM a revenit și a propus tribunalul ca instanță de apel. *Opinia a fost îmbrățișată de marea majoritate a participanților la întâlnire.* În acest sens, s-a arătat că menținerea căii de atac a apelului la curtea de apel, comisia fiind, potrivit proiectului un organ administrativ, ar putea conduce la calificarea actelor acesteia ca acte administrative cenzurabile pe calea contenciosului administrativ. S-a exprimat și opinia minoritară, conform căreia competența în calea de atac ar trebui să aparțină curților de apel.

– Este necesară stabilirea clară, prin lege, a tipului de contencios – comercial, administrativ sau civil. Neprecizarea tipului de contencios este de natură să conducă la creșterea duratei de soluționare a proceselor (prin trimiteri reciproce a dosarelor între secții) care, tocmai în această materie, ar trebui soluționate cu celeritate. De asemenea, trebuie oferite elemente și informații certe care să îndrume în mod corect curțile de apel în pronunțarea eventualelor regulatoare de competență. *În unanimitate, participanții la întâlnire au opinat în sensul că suntem în prezența unui contencios civil pur, prin urmare competența ar urma să fie consacrată pentru secțiile civile ale judecătoriilor, cu apel la secțiile civile ale tribunalelor.*

– În ceea ce privește calea de atac, a fost formulată o propunere în sensul împrumutării ei din procedura somației de plată (cererea în anulare, soluționată la judecătoreie). Propunerea nu a fost îmbrățișată de participanți, având în vedere caracterul sumar al acestei din urmă proceduri, care nu ar putea fi aplicată și în cazul insolvenței persoanei fizice, caz în care trebuie asigurată o instanță de control, soluție consacrată de altfel în legislațiile tuturor statelor care au reglementat o atare procedură .

– Referitor la competența judecătorei, s-a pus în discuție dacă aceste litigii ar trebui sau nu soluționate la instanțele care nu au secții, de completuri specializate, care vor fi însă dificil de constituit la instanțele mici (2-3 judecători).

### III. INSOLVENȚĂ

#### III.1. Probleme în interpretarea Legii nr. 85/2014

**1. Desemnarea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar provizoriu în cazul unor cereri multiple, având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței, respectiv cererea debitorului în concurs cu cereri ale creditorilor, raportat la prevederile art. 45 lit. d) și art. 66 alin. (6) și (7) din Legea nr. 85/2014**

##### ➤ **Opiniile exprimate:**

**Într-o primă opinie** se apreciază că se impune soluția desemnării administratorului judiciar/lichidatorului judiciar propus de către debitor, conform prevederilor art. 66 alin. (6) și 7 din lege. Indiferent că cererea debitorului este anterioară sau ulterioară cererii creditorului/cererilor creditorilor având ca obiect deschiderea procedurii, cererea debitorului se va soluționa în procedura necontencioasă, iar cererile creditorilor se vor califica drept declarații de creanță dacă se admite cererea debitorului. În această ipoteză, judecătorul sindic judecă numai cererea debitorului și nu se poate pronunța decât în limitele acesteia, astfel încât nu poate desemna decât administratorul judiciar/lichidatorul judiciar propus de către debitor, dacă acesta are calitatea de practician în insolvență și nu este incompatibil. Cererile creditorilor nu sunt deloc analizate, ele pur și simplu vor fi calificate ca declarații de creanță și vor fi trimise pentru verificare. Nu s-ar putea pune în discuție pronunțarea pe cererea creditorului/creditorilor pentru desemnarea unui anumit practician în insolvență, câtă vreme judecătorul-sindic nu este investit cu această cerere de deschidere a procedurii, fiind obligat să o califice, pur și simplu, ca o declarație de creanță.

Numai dacă cererea debitorului va fi respinsă în procedura necontencioasă, judecătorul sindic se va investi cu cererile creditorilor de deschidere a procedurii în procedura contencioasă și, în caz de admitere, va desemna administratorul judiciar/lichidatorul judiciar propus de creditor sau de unul dintre creditorii.

**Cea de-a doua opinie** pledează pentru aplicarea prioritara a dispozițiilor din art. 45 lit. d) potrivit căroră „în cazul în care atât debitorul, cât și creditorul au solicitat desemnarea câte unui administrator judiciar/lichidator judiciar va avea prevalență cererea creditorului”, aducând ca argumente intenția legiuitorului, precum și că, dacă nu s-ar proceda astfel, textul nu și-ar găsi niciodată aplicarea.

##### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Deși cererea debitorului se soluționează în procedură necontencioasă, judecătorul sindic va desemna administratorul/lichidatorul provizoriu cu aplicarea art. 45 lit. d), dând prevalență cererii creditorului în cazul în care atât debitorul, cât și creditorul/creditorii au solicitat desemnarea câte unui administrator judiciar/lichidator judiciar.

##### **Argumente:**

Articolul 45 lit. d) stabilește un principiu al procedurii, și anume prevalența cererii creditorului în cazul în care atât debitorul, cât și creditorul au solicitat desemnarea câte unui administrator judiciar/lichidator judiciar. Acest principiu este reluat și de art. 73 care menționează expres că: „Prin sentința de deschidere a procedurii generale, judecătorul-sindic desemnează un administrator judiciar provizoriu, iar în cazul deschiderii procedurii simplificate desemnează un lichidator judiciar provizoriu, dispunând efectuarea notificărilor prevăzute la art. 100. *Desemnarea se face potrivit prevederilor art. 45 alin. (1) lit. d)* coroborate cu cele ale art. 57 alin. (1). Prevederile art. 60 raman aplicabile.”

**Textele art. 66 alin. (6) și (7) au ca obiect reglementarea modalităților procedurale în care se constituie dosarul în ipoteza unor cereri multiple. Ele nu au ca scop reglementarea modului în care se desemnează administratorul provizoriu și este greșit să li se atribuie această funcție, în detrimentul unor norme exprese care au ca scop declarat să tranșeze problema concursului dintre cererea creditorului și cererea debitorului, dând eficiență, exclusiv sub aspectul desemnării administratorului, cererii creditorului.**

**O interpretare contrară presupune inaplicabilitatea textului art. 45 lit. d), or un text se interpretează în sensul în care produce efecte.**

Este adevărat că, în cazul în care sunt înregistrate atât cereri de deschidere a procedurii formulate de creditori, cât și cererea de deschidere a debitorului, se soluționează cererea debitorului în procedură necontencioasă, însă aplicarea principiului de drept enunțat în art. 45, pe baza observării cererilor de desemnare a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, nu transformă procedura necontencioasă în una contencioasă, în contextul în care desemnarea provizorie e atribuția judecătorului sindic. De altfel, în situația inexistenței oricărei cereri de desemnare, acesta va numi aleatoriu pe oricare dintre practicienii în insolvență înscrși în Tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România

## ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Referitor la textele legale în discuție, s-a precizat că acestea reprezintă un exemplu de corelare insuficientă realizată în procedura de adoptare a Legii nr. 85/2014. În cursul dezbaterilor parlamentare pe marginea acestui proiect, pe fondul nemulțumirilor generate de faptul că, potrivit Legii nr. 85/2006, debitorul avea prioritate la numirea propriului practician în insolvență, au fost propuse două variante de reglementare, respectiv de a lăsa decizia la latitudinea judecătorului sindic sau de a da prioritate cererii creditorilor, fără a exclude însă *de plano* posibilitatea debitorului de a propune practicianul în insolvență. În final, soluția adoptată a fost în sensul că ori de câte ori se formulează cerere de numire a administratorului provizoriu numai de către debitor, aceasta are prioritate; dacă însă formulează cerere atât creditorul, cât și debitorul, va avea prevalență cererea creditorului.

Textul de principiu în materia numirii administratorului judiciar/lichidatorului judiciar este art. 45 din Legea nr. 85/2014. Mai mult, art. 73 din lege, care are ca obiect de reglementare desemnarea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar provizoriu prevede expres că desemnarea se face potrivit art. 45 lit. d). Dispozițiile art. 66 alin. (6) și (7) au un alt scop, și anume de a reglementa modalitățile procedurale în care se constituie dosarul în ipoteza unor cereri multiple. Ele nu își propun să reglementeze modul în care se desemnează administratorul provizoriu și este greșit să li se atribuie această funcție, în detrimentul unor norme exprese care au ca scop declarat să tranșeze problema concursului dintre cererea creditorului și cererea debitorului, dând eficiență, exclusiv sub aspectul

desemnării administratorului, cererii creditorului. Interpretarea contrară ar presupune inaplicabilitatea textului art. 45 lit. d).

S-a precizat că distincția care se face între declarații de creanță și cereri este forțată, declarațiile nefiind altceva decât cereri care urmează a fi conexe cererilor inițiale de sesizare a instanței; de asemenea, în măsura în care se respinge cererea formulată de debitor, declarațiile de creanță formulate de creditori redevin cereri.

- *În unanimitate, participanții la întâlnire au agreeat opinia expusă de formatorii INM, în sensul că la desemnarea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar provizoriu în cazul unor cereri multiple, având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței, respectiv cererea debitorului în concurs cu cereri ale creditorilor, deși cererea debitorului se va soluționa în procedură necontencioasă, judecătorul sindic va desemna administratorul/lichidatorul provizoriu cu aplicarea art. 45 lit. d), dând prevalență cererii creditorului.*

*În ipoteza în care există mai mulți creditori care formulează cerere, judecătorul va alege unul dintre administratorii/lichidatorii propuși, motivând alegerea făcută.*

**2. Interpretarea art. 57 alin. (2), alin. (6) și alin. (7) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, privind stabilirea momentului încetării provizoratului administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, în situația în care acesta este confirmat în prima ședință a adunării creditorilor, însă judecătorul sindic nu a dispus numirea sa prin încheiere, însoțită de încetarea atribuțiilor administratorului judiciar provizoriu.**

Ipoteza este aceea în care se formulează cerere de deschidere a procedurii insolvenței atât de către debitor, cât și de către creditor, judecătorul sindic admite cererea debitorului și dispune deschiderea procedurii, procedând la numirea administratorului judiciar provizoriu propus de către debitor. Creditorul, nemulțumit de desemnarea acestui administrator judiciar înțelege să exercite calea de atac a apelului împotriva hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței.

Între timp, până la soluționarea apelului, este afișat tabelul preliminar de creanțe, are loc prima ședință a adunării creditorilor, în care este confirmat administratorul judiciar numit provizoriu, hotărâre care, contrar prevederilor art. 57 alin. (6), nu se mai publică în Buletinul Procedurilor de Insolvență și creditorul nu o contestă.

Potrivit art. 57 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, dacă administratorul judiciar numit provizoriu este confirmat în prima ședință a adunării creditorilor, nu va mai fi necesară confirmarea judecătorului sindic.

**Într-o opinie**, s-a apreciat că provizoratul funcției a încetat la momentul confirmării administratorului judiciar de către adunarea creditorilor, drept urmare, chiar dacă judecătorul sindic nu a aplicat corect legea atunci când nu a dat prevalență cererii creditoarei de desemnare a administratorului judiciar provizoriu, în apelul creditoarei nu se mai poate proceda la desemnarea acestui administrator judiciar. S-a mai apreciat că art. 57 alin. (7) din Legea nr. 85/2014 vizează numirea administratorului judiciar propus de creditori/creditorul ce deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, și nu a administratorului judiciar provizoriu confirmat în prima ședință a adunării creditorilor.

**Într-o altă opinie**, s-a apreciat că o astfel de interpretare ar lipsi de finalitate dispozițiile art. 57 alin. (7) din Legea nr. 85/2014, privind numirea administratorului judiciar. S-au avut în vedere și prevederile art. 45 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 85/2014, care folosesc noțiunea de confirmare a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar desemnat de adunarea creditorilor ori de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor.

## Opinia formatorilor INM:

Chiar dacă judecătorul sindic nu a aplicat corect legea atunci când nu a dat prevalență cererii creditoarei de desemnare a administratorului judiciar provizoriu, în apelul creditoarei **nu se mai poate proceda la desemnarea acestui administrator judiciar**. Articolul 57 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 prevede, cu caracter de noutate, că, dacă adunarea creditorilor decide să confirme administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar desemnat provizoriu, nu va mai fi necesară confirmarea judecătorului sindic. De altfel, o nouă confirmare ar fi inutilă, de vreme ce judecătorul sindic l-a desemnat, chiar și cu titlu provizoriu. Provizoratul funcției a încetat la momentul confirmării administratorului judiciar de către adunarea creditorilor. Articolul 57 alin. (7) din Legea nr. 85/2014, invocat în opinia contrară, vizează numirea administratorului judiciar propus de creditor/creditorul ce deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, altul decât cel provizoriu, care va fi numit de sindic la expirarea termenului de contestare a hotărârii adunării creditorilor, și nu pe aceea a administratorului judiciar provizoriu confirmat în prima ședință a adunării creditorilor și care, prin urmare, nu va mai fi confirmat de către sindic.

- O altă problemă pusă în discuție a vizat posibilitatea contestării hotărârii adunării creditorilor de confirmare a administratorului judiciar pe motivul expus mai sus, având în vedere că, potrivit legii, hotărârea se contestă într-un anumit termen de la publicarea în Buletinul Practicienilor în Insolvență, respectiv care va fi soluția în ipoteza în care hotărârea nu a fost publicată. S-a apreciat că, având în vedere dispozițiile art. 57 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 care prevede, cu caracter de noutate, că, dacă adunarea creditorilor decide să confirme administratorul judiciar/lichidatorul judiciar desemnat provizoriu, nu va mai fi necesară confirmarea judecătorului sindic și în lipsa unui text de lege care să lege producerea efectelor de expirarea termenului în care poate fi contestată hotărârea adunării creditorilor, aceasta produce efecte de la momentul pronunțării, prin urmare provizoratul administratorului/lichidatorului judiciar încetează la momentul confirmării în adunarea creditorilor. *Această opinie a fost îmbrățișată în unanimitate de participanții la întâlnire.*

În continuare a fost sesizată o diferență de formulare între dispozițiile art. 57 alin. (2) și (3) din Legea nr. 85/2014 (creditorii care dețin mai multe de 50% din valoarea creanțelor cu drept de vot – art. 57 alin. (2) / creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor – art. 57 alin. (3)).

- **Participanții au apreciat, în unanimitate**, că dispozițiile alin. (3) al art. 57 trebuie citite prin raportare la alin. (2) al aceluiași articol, prin urmare și creditorul trebuie să dețină 50% din valoarea creanțelor cu drept de vot, nu din totalitatea creanțelor, indiferent dacă sunt cu drept de vot sau nu.

### 3. Mandatul ad-hoc

- Problema pusă în discuție vizează necesitatea modificării dispozițiilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, în sensul recunoașterii prerogativei de sesizare a președintelui tribunalului în vederea constatării încetării mandatului ad-hoc și în favoarea creditorilor, precum și din oficiu.

Potrivit art. 15 din Legea nr. 85/2014: „(1) Mandatul ad-hoc încetează: a) prin denunțarea unilaterală a mandatului de către debitor sau de către mandatarul ad-hoc; b) prin încheierea înțelegerii prevăzute la art. 13 alin. (2); c) dacă, în termenul prevăzut la art. 13 alin.

(2), mandatarul nu a reușit să intermedieze încheierea unei înțelegeri între debitor și creditorii săi. (2) La cererea debitorului sau a mandatarului ad-hoc, președintele tribunalului va constata încetarea mandatului ad-hoc, prin încheiere definitivă”.

Se observă faptul că doar debitorul sau mandatarul ad-hoc pot solicita președintelui tribunalului să constate încetarea mandatului ad-hoc, deși mandatul ad-hoc încetează de drept în cele 3 situații menționate mai sus.

**În practică**, se pune problema dacă mandatarul nu a reușit să intermedieze încheierea unei înțelegeri între debitor și creditorii săi în termenul prevăzut de art. 13 alin. (2), el nu solicită constatarea încetării mandatului ad-hoc, iar debitorul are interesul să se pronunțe constatarea încetării mandatului ad-hoc cât mai târziu, deoarece, câtă vreme procedura mandatului ad-hoc nu s-a încheiat, nu i se poate declara insolvența.

*Tribunalul Specializat Cluj* apreciază că, pentru remedierea acestei probleme se impune modificarea Legii nr. 85/2014 în sensul recunoașterii prerogativei de a sesiza președintele tribunalului și în favoarea creditorilor, precum și din oficiu.

### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Mandatul ad-hoc încetează de drept dacă, în termenul prevăzut la art. 13 alin. (2), mandatarul nu a reușit să intermedieze încheierea unei înțelegeri între debitor și creditorii săi.

Articolul 15 din Legea nr. 85/2014 vizează raportul dintre mandatarul ad-hoc și debitor care, din formularea textului, par a fi guvernate de regulile mandatului, chiar dacă desemnarea acestui mandatar ad-hoc se face de către judecătorul sindic. Recunoașterea calității procesuale active pentru o acțiune în constatare având ca obiect constatarea încetării mandatului apare astfel ca o reminiscență a concepției asupra acestei instituții, apropiate cumva de materia contractuală, ceea ce ar conduce la aplicarea prin asimilare a regulilor de la mandat și a principiului potrivit căruia în materie contractuală calitate procesuală activă pentru a cere încetarea/desființarea/ constatarea încetării/ rezoluțiunea/rezilierea etc. au părțile.

Evident că, dincolo de aceste dispoziții, creditorul care cere deschiderea procedurii de insolvență va putea invoca, în susținerea admisibilității cererii sale, faptul că mandatul ad-hoc a încetat de drept întrucât, în termenul prevăzut la art. 13 alin. (2), mandatarul nu a reușit să intermedieze încheierea unei înțelegeri între debitor și creditorii săi, chiar dacă legea nu prevede expres calitatea procesuală activă a acestuia pentru a formula o astfel de cerere pe cale principală, printr-o acțiune în constatarea încetării. **Creditorul poate invoca acest lucru, dar nu este necesar, întrucât mandatul ad-hoc nu paralizează posibilitatea declanșării procedurii insolvenței.**

Susținerea că, atâta vreme cât procedura mandatului ad-hoc nu s-a încheiat, nu i se poate declara debitorului insolvența nu este susținută de niciun text legal, având în vedere că, potrivit art. 31 din Legea nr. 85/2014, doar în perioada concordatului preventiv omologat nu se poate deschide procedura insolvenței față de debitor, ceea ce înseamnă că pe tot parcursul procedurii de mandat ad-hoc această procedură va putea fi deschisă, dacă sunt îndeplinite condițiile legale în acest sens.

Se apreciază că nu se impune o atare modificare întrucât procedura mandatului ad-hoc nu blochează cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Procedura de negociere cu mandatarul ad-hoc este confidențială, urmând a fi cunoscută doar de către creditorii cu care se vor purta negocierile și care, până la finalizarea acestor negocieri, nu vor avea interesul să solicite deschiderea procedurii insolvenței. Aceeași este și situația concordatului preventiv, care, până la omologare, nu poate bloca declanșarea procedurii de insolvență.



Prin intermediul acestei proceduri se dă posibilitatea debitorului de a atrage în negociere cât mai mulți creditori, astfel încât să evite declanșarea procedurii de insolvență.

- În unanimitate, participanții au agreat soluția propusă în punctul de vedere al INM, în sensul că nu se impune modificarea Legii nr. 85/2014 sub acest aspect.

**4. Termenele pentru depunerea cererilor de admitere a creanțelor născute după deschiderea procedurii, dar înainte de intrarea în faliment în procedura simplificată (art. 147 din Legea nr. 85/2014)**

- În practica judiciară s-a constatat că aceste termene conduc, automat, la modificarea datei stabilite prin hotărârea de deschidere a procedurii pentru definitivarea tabelului preliminar. Respectarea strictă a duratei acestor termene face imposibilă respectarea dispozițiilor din hotărârea de deschidere a procedurii generale a insolvenței.

**➤ Opinia formatorilor INM:**

Textul art. 147 din Legea nr. 85/2014 trimite expres la dispozițiile art. 100 alin. (2) pentru ipoteza în care este justificată majorarea termenelor.

Referitor la problema pusă în discuție, în punctul de vedere exprimat de INM s-a precizat că, dacă se impune majorarea termenelor, acest lucru este posibil, întrucât textul art. 147 din Legea nr. 85/2014 trimite expres la dispozițiile art. 100 alin. (2) pentru ipoteza în care o atare majorare este justificată. *Opinia a fost înșușită, în unanimitate, de participanții prezenți la întâlnire.*

**5. Posibilitatea efectivă a debitorului de a solicita și administra, în calea de a atac a apelului declarat împotriva încheierii de respingere a cererii de deschidere a procedurii formulată chiar de către el, proba cu înscrisuri constând în actele pe care nu le-a depus integral sau parțial în fața primei instanțe, dintre cele enumerate de art. 67 din Legea nr. 85/2006, a căror administrare este obligatorie sub sancțiunea respingerii cererii**

- Într-o primă opinie, împărtășită și în punctul de vedere al INM, se apreciază că omisiunea de a depune integral la dosarul primei instanțe actele reglementate de art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) din Legea nr. 85/2014 nu poate fi înlăturată prin depunerea acestor înscrisuri în apel, pentru următoarele argumente:

- sancțiunea respingerii cererii de deschidere a procedurii este expres reglementată pentru această ipoteză, fiind o dovadă a intenției legiuitorului de a institui o decădere a debitorului din dreptul de a depune ulterior aceste înscrisuri;

- documentele vizate de textul în discuție au, în principal, menirea de a reflecta situația financiară și rezultatele activității economice a debitorului, în vederea stabilirii masei active și masei pasive, precum și modalitatea de derulare a procedurii (reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale ori faliment). Intenția avută în vedere de legiuitor la adoptarea legii a fost de disciplinare de debitorului și de evitare, în acest fel, a încercărilor de tergiversare a procedurii de către debitor.

- nimic nu împiedică debitorul să formuleze o nouă cerere de deschidere a procedurii insolvenței în cazul respingerii cererii sale pentru nedepunerea documentelor prevăzute de lege, neputându-se invoca autoritatea de lucru judecat, dat fiind că respingerea se bazează pe aspecte formale, nedepunerea documentelor constituind fine de neprimire a cererii de deschiderea procedurii.

În sprijinul opiniei admisibilității probei cu aceste înscrisuri în apelul declarat împotriva hotărârii de respingere a cererii de deschidere a procedurii formulată de către debitor se invocă dispozițiile procedurii de drept comun – art. 470 alin. (1) lit. d) și art. 470 alin. (4) C. proc. civ. –, care permit administrarea direct în apel a probei cu înscrisuri, chiar dacă despre aceste înscrisuri nici măcar nu s-a făcut referire în fața primei instanțe (prin urmare, proba poate fi administrată și în situația în care debitorul a fost decăzut de către prima instanță din administrarea probei cu aceste înscrisuri). Aceste dispoziții sunt aplicabile prin prisma art. 536 alin. (1) care permite completarea procedurii necontencioase cu procedura contencioasă, în măsura în care nu există dispoziții potrivnice. În sprijinul aceleiași opinii se mai arată că dacă apelul declarat împotriva încheierii de respingere nu poate fi însoțit și de probele necesare și utile soluționării lui, calea de atac, deși este expres reglementată atât de dreptul comun, cât și de dispozițiile art. 43 alin. (7) din Legea nr. 85/2014 rămâne una pur formală, lipsită de orice finalitate și, implicit, și de interes (teoretică și iluzorie).

Punctele de vedere și observațiile formulate de participanți pe parcursul dezbaterilor au vizat următoarele aspecte:

- în această formă, legea insolvenței nu este perfect compatibilă cu regulile din materia apelului consacrate în Codul de procedură civilă. Procedura instituită de legea insolvenței este o procedură specială, derogatorie de la cea de drept comun din materia apelului.

- astfel cum este reglementată procedura respingerii cererii pentru nedepunerea documentelor menționate la art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) din Legea nr. 85/2014, nu se prevede un termen în care instanța să poată solicita, eventual, depunerea acestor documente, ceea ce poate pune probleme din perspectiva dreptului la un proces echitabil al debitorului din procedură. De asemenea, în practică debitorul invocă adeseori necunoașterea termenului stabilit de judecătorul sindic, termen până la care, cel mai târziu, potrivit legii, poate depune aceste documente.

Legat de acest aspect s-a apreciat că, în acest caz, obligația de depunere a documentelor incumbă debitorului încă de la momentul formulării cererii, iar faptul că legea i-a recunoscut posibilitatea, dacă nu le-a depus inițial, să le depună în termenul de 10 zile este un beneficiu care nu poate fi extins. De altfel, chiar dacă nu cunoaște termenul stabilit de judecătorul sindic, debitorul cunoaște faptul că cererea sa urmează a fi soluționată în termen de 10 zile. Referitor la termenul de 10 zile, s-a menționat că, în practică, nu întotdeauna cererile debitorului pot fi soluționate cu respectarea acestui termen.

- în ipoteza depunerii documentelor de către debitor împreună cu cererea de apel, analiza admisibilității/inadmisibilității apelului poate fi făcută și prin prisma eficienței pentru sistemul judiciar a formulării unei noi cereri de deschidere a procedurii (dacă se îmbrățișează soluția respingerii apelului) raportat la ipoteza soluționării apelului.

- cererea debitorului de deschidere a procedurii se soluționează în procedură necontencioasă, context în care este discutabilă posibilitatea complinirii nerespectării obligațiilor din cadrul procedurii necontencioase prin translatarea lor în sfera apelului care se judecă în procedură contencioasă.

- soluția dată problemei prefigurează respingerea *de plano* a apelului pentru motivul nedepunerii probelor;

- trebuie analizate circumstanțele concrete ale fiecărui caz în parte, mai ales că Legea nr. 85/2014 prevede și două excepții de la aplicarea sancțiunii respingerii cererii, cât privește nedepunerea documentelor prevăzute la lit. c) și d).

➤ *În final, majoritatea participanților la întâlnire au agreat referitor la posibilitatea complinirii, sub aspect probator, în apel, a cererii inițiale, cu înscrisurile menționate la art. 67*

alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) din Legea nr. 85/2014, pentru a căror nedepunere a operat sancțiunea repingerii cererii, că dispozițiile legii insolvenței consacră o procedură specială, derogatorie de la dreptul comun privind administrarea probelor în apel, sancțiunea repingerii cererii de deschidere a procedurii formulată de debitor, expres reglementată pentru această ipoteză, urmând a fi menținută în apel.

Au fost însă reținute și opiniile în sensul că apelul este admisibil, când se urmărește, de pildă, rectificarea unor erori ale judecătorului sindic, chestiuni care trebuie să fie posibil să fie apreciate de la caz la caz. Soluția contrară ar permite interpretarea potrivit căreia este posibilă în apel prelungirea termenului de depunere a documentelor peste termenul de 10 zile, ceea ce nu poate fi acceptat.

**6. Aplicarea art. 75 alin. (1) teza finală din Legea nr. 85/2014 („La data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează”), în absența unei corelări legislative cu Codul de procedură civilă care nu prevede soluția încetării procesului pe acest temei și nici a reluării judecării decât după suspendare**

#### ➤ **Opiniile exprimate:**

S-a arătat că în practică nu se pronunță soluții de încetare pe acest temei, ci se constată suspendarea de drept conform art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 chiar dacă la momentul la care s-a constatat suspendarea hotărârea de deschidere a procedurii era definitivă iar soluția legală era încetarea.

În susținerea acestei opinii, s-a apreciat, pe de o parte, că nu există concordanță între soluția procesuală a încetării acțiunii suspendate stabilită de art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 și repunerea pe rol a cauzei reglementată doar în cazul desființării hotărârii de deschidere a procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii conform art. 178 din Legea nr. 85/2014.

Pe de altă parte, nu s-au identificat nici în Hotărârea CSM nr. 387/2005 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești norme care să prevadă situația concretă a dosarelor în care s-ar dispune măsura încetării conform art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, necondiționat dacă sunt sau nu incidente ipotezele legale care să permită repunerea pe rol, o soluție fiind aceea a aplicării prin analogie a normelor privind dosarele suspendate.

***Chestiunea se impune a fi lămurită și din perspectiva soluției finale care să fie pronunțată în dosarele în care s-ar dispune încetarea judecării/acțiunii și nu sunt incidente ipotezele legale care să permită repunerea pe rol în condițiile aceluiași text de lege.***

S-a apreciat că în acest caz poate opera instituția perimării în condițiile art. 416 Cod procedură civilă, dacă se acceptă teza conform căreia, fiind în prezența unui caz de suspendare/încetare de drept a judecării, repunerea pe rol a cauzei se face din oficiu de către instanță doar în cazul desființării hotărârii de deschidere a procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii conform art. 178 din Legea nr. 85/2014. În cazul în care închiderea procedurii de insolvență se pronunță pe alte temeiuri decât cele enumerate anterior, reluarea judecării nu poate avea loc din oficiu decât pentru a se pronunța perimarea.

#### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Soluția prevăzută de art. 75 alin. (1) teza ultimă din Legea nr. 85/2014 nu are corespondent în normele de drept comun consacrate de Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010).

Cu ocazia discuțiilor privind modificările la Regulamentul de ordine interioară al instanțelor, impuse de adoptarea legii insolvenței, deși a fost identificată nevoia reglementării unei proceduri, s-a apreciat că prevederea ei prin regulament ar fi de natură să adauge la lege.

Referitor la soluțiile posibil de aplicat în practică, au fost propuse două variante:

– dispunerea pur și simplu a încetării, fără cale de atac. Referitor la această soluție s-a apreciat însă că, având în vedere modul în care este construită, din punct de vedere procedural, materia insolvenței – o judecată în fața judecătorului sindic și una în apel – se impune prevederea expresă a ipotezelor în care este blocat accesul la exercitarea apelului.

– aplicarea, prin asemănare, a dispozițiilor referitoare la perimarea cererii de chemare în judecată reglementată de Codul de procedură civilă la art. 416 și urm. Astfel, instanța care are pe rol dosarul suspendat de drept ca efect al deschiderii procedurii conform art. 75 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2014, va pune în vedere grefierului să facă un referat asupra situației în care se află dosarul de insolvență și în ipoteza în care din referat va rezulta că hotărârea de deschidere a procedurii de insolvență a rămas definitivă, va cita părțile și va pronunța o încheiere de încetare a acțiunii judiciare conform art. 75 alin. (1) teza ultimă din Legea nr. 85/2014.

- *În unanimitate, participanții au agreeat soluția împărțită în punctul de vedere al INM, în sensul că, în situația analizată, urmează a se face aplicarea dispozițiilor din Codul de procedură civilă referitoare la perimare.*

*În acest context, la o viitoare modificare a legii insolvenței este de dorit inserarea unei trimiteri exprese în text la normele din Codul de procedură civilă care reglementează perimarea.*

**7. Nedepunerea de către administratorul judiciar a raportului privind propunerea de intrare în procedura simplificată în termenul de 20 de zile de la desemnarea sa, potrivit art. 92 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, atrage sau nu decăderea din dreptul de a mai face această solicitare? Există sau nu o altă sancțiune ?**

➤ **Opiniile exprimate:**

**Într-o opinie**, s-a apreciat că în considerarea calității administratorului judiciar de organ care aplică procedura și a principiului desfășurării cu celeritate a procedurii insolvenței, termenul de 20 de zile este unul de recomandare, astfel încât nerespectarea, în situația unei depășiri scurte, nu poate atrage decăderea din dreptul de a mai face propunerea, ci doar sancțiuni pentru neîndeplinirea atribuțiilor prevăzute de lege [art. 60 alin. (2) și art. 45 alin. (1) lit. f] din Legea nr. 85/2014].

**Într-o altă opinie**, s-a apreciat că este incidentă sancțiunea decăderii întrucât, dacă s-a avansat în procedura generală (s-a întocmit tabel preliminar de creanțe etc.) o revenire asupra procedurii generale și trecerea la procedura simplificată nu ar mai fi posibile.

➤ **Opinia formatorilor INM:**

Termenul de 20 de zile este unul de recomandare, astfel încât nerespectarea, în situația unei depășiri scurte, nu poate atrage decăderea din dreptul de a mai face propunerea, ci doar sancțiuni pentru neîndeplinirea atribuțiilor prevăzute de lege [art. 60 alin. (2) și art. 45 alin. (1) lit. f] din Legea nr. 85/2014].

- *În unanimitate, participanții la întâlnire au agreeat prima opinie, împărtășită și în punctul de vedere al INM, în sensul că termenul de 20 de zile este unul de recomandare, astfel încât nerespectarea, în situația unei depășiri scurte, nu poate atrage decăderea din dreptul de a mai face propunerea, ci doar sancțiuni pentru neîndeplinirea atribuțiilor prevăzute de lege [art. 60 alin. (2) și art. 45 alin. (1) lit. f] din Legea nr. 85/2014].*

## **8. Termenul stabilit prin sentința de deschidere a procedurii pentru definitivarea tabelului de creanță**

### ➤ **Problema de drept**

Potrivit prevederilor art. 41 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, a insolvenței, toate cererile și contestațiile se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă cu privire la judecata în primă instanță, cu mențiunea că termenul pentru depunerea întâmpinării este maximum 15 zile de la comunicare, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu iar judecătorul sindic fixează, prin rezoluție, în termen de 5 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.

În art. 111 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 se prevede că, la termenul stabilit prin sentința de deschidere a procedurii pentru definitivarea tabelului de creanță, judecătorul sindic va soluționa deodată, printr-o singură sentință, toate contestațiile, chiar dacă pentru soluționarea unora ar fi nevoie de administrare de probe.

Problema care se pune, având în vedere că termenul stabilit prin sentința de deschidere pentru soluționarea contestațiilor la tabelul de creanță nu coincide cu cel ce va fi stabilit în procedura de regularizare prevăzută de art. 41 alin. (4) din Legea insolvenței, este aceea de a stabili cărui text de lege mai înainte menționat să se dea prioritate.

### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Textul art. 111 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 are prioritate, fiind un text special, procedura la care face referire art. 41 alin. (4) nefiind susceptibilă de aplicare în cazul soluționării contestațiilor la creanțe.

- *În unanimitate, participanții au agreeat soluția cuprinsă în punctul de vedere al INM, respectiv că textul art. 111 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 are prioritate, fiind un text special, procedura la care face referire art. 41 alin. (4) nefiind susceptibilă de aplicare în cazul soluționării contestațiilor la creanțe.*

## **9. Aplicarea dispozițiilor art. 120 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 [art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], de către judecătorul sindic. Stabilirea obligațiilor prin dispozitivul hotărârii**

### ➤ **Problema de drept**

Conform normei speciale cuprinse în art. 120 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial, anulat potrivit prevederilor art. 117, va trebui să restituie averii debitorului bunul transferat sau, dacă bunul nu mai există ori există impedimente de orice natură pentru preluarea acestuia de către debitor, **terțul va restitui valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză efectuată în condițiile legii.** În caz de restituire, părțile vor fi repuse în situația anterioară, astfel încât sarcinile existente la data transferului vor fi reînscrise.

O dispoziție similară era cuprinsă și în art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, respectiv terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial, anulat conform art. 80, va trebui să restituie averii debitorului *bunul transferat sau, dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză efectuată în condițiile legii.*

În contextul normativ relevat, se observă să legiuitorul a instituit o obligație principală – constând în restituirea bunului, averii debitorului – aplicabilă în situația în care bunul transferat printr-un act fraudulos există, și o obligație subsidiară – restituirea valorii bunului, averii debitorului – aplicabilă în cazul în care bunul nu mai există, precum și în cazul [adăugat prin art. 120 alin. (1) din Legea nr. 85/2014] în care „există impedimente de orice natură pentru preluarea acestuia de către debitor”.

În aceste condiții, se pune problema dacă, admitând cererea de anulare a actului/operațiunii formulată de practicianul în insolvență/comitetul creditorilor/creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, judecătorul sindic trebuie, în aplicarea dispozițiilor art. 120 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 [art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], să includă în dispozitivul hotărârii atât obligația principală, cât și cea subsidiară, pentru a evita ivirea unor impedimente la executare.

Pe de altă parte, în cazul în care bunul nu mai există sau sunt impedimente de orice natură pentru preluarea acestuia de către debitor, se pune problema dacă, odată cu obligarea pârâtului la restituirea valorii bunului, este suficientă cuprinderea, în dispozitivul hotărârii, *ad literam*, a ipotezei legale, și anume *valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză efectuată în condițiile legii.*

În caz afirmativ, se pune problema demersurilor efective ce trebuie întreprinse pentru stabilirea acestei valori – precum și influența acestora asupra duratei/derulării procedurii.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Considerăm că, în situația în care din înscrisurile dosarului rezultă că bunul există, în hotărâre se va cuprinde doar obligația principală – restituirea acestuia averii debitorului –, iar în situația în care bunul nu mai există se va cuprinde obligația subsidiară, după ce s-au administrat probe în privința valorii acestuia la data transferului (expertiza de specialitate), excepție făcând cazul în care părțile nu contestă această valoare (probată, în cauză).

Credem că prelungirea duratei procedurii prin administrarea probei expertizei nu poate fi evitată, în contextul prevederilor art. 120 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 [art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], cu atât mai mult cu cât neindicarea unei valori concrete atenuază, în fapt, caracterul executoriu al hotărârii.

De vreme ce *valoarea bunului de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză efectuată în condițiile legii*, trebuie să fie menționată în dispozitivul hotărârii, înseamnă că proba cu expertiza va fi administrată pe parcursul procesului. Apreciem că administrarea acestei probe nu poate echivala cu o antepronunțare în sensul admiterii cererii, având în vedere dispozițiile art. 42 alin. (1) pct. 1 teza a II-a din Codul de procedură civilă, normă generală, aplicabilă prin efectul normei de trimitere cuprinse în art. 342 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 (art. 149 din Legea nr. 85/2006), conform căreia „(...) punerea în discuția părților, din oficiu, a unor chestiuni de fapt sau de drept, potrivit art. 14 alin. (4) și (5), nu îl face pe judecător incompatibil”.

➤ În unanimitate, participanții au achiesat la punctul de vedere exprimat de INM.

## **10. Competența judecătorului sindic de a soluționa capătul din cererea de închidere a procedurii, formulată de lichidatorul judiciar, având ca obiect plata cheltuielilor de procedură (onorariu practician și insolvență și cheltuieli efective - avansate de acesta)**

### **➤ Opiniile exprimate:**

În conformitate cu dispozițiile art. 131 alin. (1), art. 132 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, art. 174 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, odată cu închiderea procedurii, judecătorul sindic va dispune și radierea persoanei juridice din evidențele Registrului Comerțului, hotărârea fiind comunicată, în acest sens, către O.R.C., conform dispozițiilor art. 135 din Legea nr. 85/2006, art. 179 din Legea nr. 85/2014.

De asemenea, prin închiderea procedurii, judecătorul sindic îl descarcă pe lichidatorul judiciar de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați, în acord cu dispozițiile art. 136 din Legea nr. 85/2006 și art. 180 din Legea nr. 85/2014.

Prevederile privind suportarea cheltuielilor de procedură din averea debitorului și, în lipsa disponibilităților, din fondul special constituit de U.N.P.I.R., sunt cuprinse în art. 4 din Legea nr. 85/2006, respectiv în art. 39 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

Susținătorii opiniei potrivit căreia judecătorul sindic nu are temei pentru soluționarea unei astfel de cereri – care ar rămâne de competența U.N.P.I.R. – țin seama de art. 4 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, conform căruia „*în lipsa disponibilităților în contul debitorului, se va utiliza fondul de lichidare, plățile urmând a fi făcute în conformitate cu prevederile art. 37 alin. (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2006 privind organizarea activităților practicienilor în insolvență, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 254/2007, cu modificările și completările ulterioare, pe baza unui buget previzionat*”.

Această modificare a dispozițiilor art. 4 alin. (4) a fost introdusă prin art. I pct. 3 din Legea nr. 169/2010, publicată în M.O. nr. 505 din 21 iulie 2010, înlăturându-se referirea la judecătorul sindic, existentă în textul de lege, în forma anterioară adoptării Legii nr. 169/2010: „*În lipsa disponibilităților în contul debitorului, se va utiliza fondul de lichidare, plățile efectuându-se pe baza unui buget previzionat pe o perioadă de cel puțin 3 luni, **aprobat de judecătorul-sindic***”.

De asemenea, se invocă faptul că prin normele speciale cuprinse în O.U.G. nr. 86/2006, legiuitorul a dat în competența U.N.P.I.R. soluționarea cererii practicianului în insolvență vizând plata cheltuielilor. În acest sens, dispozițiile art. 57 prevăd că *adunarea reprezentanților permanenți va stabili tarifele pentru onorarii și standardele de cost pentru cheltuielile de procedură, atunci când acestea se plătesc din fondul constituit conform art. 4 din Legea nr. 85/2006, cu modificările și completările ulterioare*.

Potrivit art. 28 lit. c) din Statutul privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență, aprobat prin Hotărârea nr. 3/2007 a Congresului Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România (astfel cum a fost republicată în M.Of. nr. 33/15 ianuarie 2015), adunarea reprezentanților permanenți *aprobă, modifică și completează tarifele și standardele de cost pentru cheltuielile de procedură ce se plătesc din fondul de lichidare constituit conform art. 39 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*.

Prin art. 98 s-au stabilit criteriile de distribuire către practicienii în insolvență, de către filialele Uniunii, a sumelor colectate în fondul de lichidare, cu referire la cheltuielile de procedură și la onorariul practicianului în insolvență, dându-se posibilitatea *conducerii filialei de a stabili criterii secundare de distribuire a sumelor, în situații speciale – art. 98 alin. (3)*.

În art. 99 alin. (1) se prevede, în mod clar, că, **pentru decontarea din fondul de lichidare, filiala Uniunii solicită următoarele documente justificative**, aceste documente urmând, aşadar, să fie analizate de către U.N.P.I.R. care stabileşte dacă în şi ce măsură este justificată cererea de decontare formulată de practicianul în insolvenţă.

Prin art. 99 alin. 2 din Statut, U.N.P.I.R. şi-a creat, în mod expres, o competenţă de soluţionare a acestor cereri stabilind că, *în cazul în care, conform practicii locale, instanţele consideră că nu este necesară aprobarea pentru decontarea din fondul de lichidare, aceasta este de competenţa filialei UNPIR care va dispune aprobarea conform criteriilor stabilite de O.U.G. şi ale prezentului statut.*

Susţinătorii celeilalte opinii consideră că trimiterea la O.U.G. nr. 86/2006 cu privire la modalitatea de efectuare a plăţilor, cuprinsă în art. 4 din Legea nr. 85/2006, respectiv, în art. 39 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, nu creează o competenţă exclusivă în favoarea U.N.P.I.R., mai exact nu anihilează competenţa judecătorului sindic, ci are în vedere conformitatea plăţilor cu normele speciale.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Trimiterea la O.U.G. nr. 86/2006 cu privire la modalitatea de efectuare a plăţilor, cuprinsă în art. 4 din Legea nr. 85/2006, respectiv în art. 39 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, nu creează o competenţă exclusivă în favoarea U.N.P.I.R., mai exact nu anihilează competenţa judecătorului sindic, ci are în vedere conformitatea plăţilor cu normele speciale.

Concluzia se impune cu atât mai mult cu cât, potrivit dispoziţiilor art. 20 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 85/2006, art. 58 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 85/2014, administratorul judiciar sesizează *judecătorul sindic* în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative, iar conform art. 21 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, rapoartele practicianului în insolvenţă, depuse la dosarul instanţei, trebuie să cuprindă şi o justificare a cheltuielilor efectuate cu administrarea procedurii sau a altor cheltuieli efectuate din fondurile existente în averea debitorului - potrivit art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, raportul trebuind să menţioneze şi onorariul încasat al administratorului judiciar, cu precizarea modalităţii de calcul al acestuia.

Împrejurarea că, în acord cu dispoziţiile art. 57 din O.U.G. nr. 86/2006, adunarea reprezentanţilor permanenţi ai U.N.P.I.R. stabileşte tarifele pentru onorarii şi standardele de cost pentru cheltuielile de procedură, atunci când acestea se plătesc din fondul constituit conform art. 4 din Legea nr. 85/2006 (art. 39 din Legea nr. 85/2014), nu este aptă să lipsească de efecte competenţa judecătorului sindic de a se pronunţa asupra cererii vizând aprobarea plăţii onorariului şi cheltuielilor de procedură din fondul special constituit.

Concluzia se impune cu atât mai mult cu cât judecătorul sindic trebuie să stabilească, prin raportare la condiţiile concrete ale cauzei, dacă onorariul se va plăti din fondul U.N.P.I.R. sau din averea debitoarei – o asemenea dispoziţie nefiind de competenţa U.N.P.I.R. În plus, chestiunea plăţii cheltuielilor de procedură trebuie să fie tranşată prin hotărârea de închidere a procedurii, în condiţiile în care judecătorul sindic dispune şi descărcarea practicianului în insolvenţă de orice îndatoriri sau responsabilităţi cu privire la procedură, debitor şi averea lui, creditori, titulari de garanţii, acţionari sau asociaţi, în acord cu dispoziţiile art. 136 din Legea nr. 85/2006, art. 180 din Legea nr. 85/2014. În fine, textul art. 99 alin. (2) din Statutul U.N.P.I.R. nu este elocvent, de vreme se întemeiază pe *practicile locale*, distincţia pe care o cuprinde nefiind legalmente fundamentată.

➤ În unanimitate, participanţii au agreat punctul de vedere exprimat de INM, în sensul că o atare competenţă aparţine judecătorului sindic, şi nu U.N.P.I.R., pentru următoarele argumente:



- trimiterea la dispozițiile O.U.G. nr. 86/2006 cu privire la modalitatea de efectuare a plăților, cuprinsă în art. 4 din Legea nr. 85/2006, respectiv în art. 39 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, nu creează o competență exclusivă în favoarea U.N.P.I.R., ci are în vedere conformitatea plăților cu normele speciale.

- potrivit dispozițiilor art. 20 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 85/2006, art. 58 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 85/2014, administratorul judiciar sesizează judecătorul sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative, iar conform art. 21 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, rapoartele practicianului în insolvență, depuse la dosarul instanței, trebuie să cuprindă și o justificare a cheltuielilor efectuate cu administrarea procedurii sau a altor cheltuieli efectuate din fondurile existente în averea debitorului - potrivit art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, raportul trebuind să menționeze și onorariul încasat al administratorului judiciar, cu precizarea modalității de calcul al acestuia.

- împrejurarea că adunarea reprezentanților permanenți ai U.N.P.I.R. stabilește tarifele pentru onorarii și standardele de cost pentru cheltuielile de procedură, atunci când acestea se plătesc din fondul constituit conform art. 4 din Legea nr. 85/2006 (art. 39 din Legea nr. 85/2014), nu este aptă să lipsească de efecte competența judecătorului sindic de a se pronunța asupra cererii vizând aprobarea plății onorariului și cheltuielilor de procedură din fondul special constituit.

- judecătorul sindic este cel care trebuie să stabilească, prin raportare la condițiile concrete ale cauzei, dacă onorariul se va plăti din fondul U.N.P.I.R. sau din averea debitoarei – o asemenea dispoziție nefiind de competența U.N.P.I.R., chestiunea plății cheltuielilor de procedură trebuind să fie tranșată prin hotărârea de închidere a procedurii, în condițiile în care judecătorul sindic dispune și descărcarea practicianului în insolvență de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați, în acord cu dispozițiile art. 136 din Legea nr. 85/2006, art. 180 din Legea nr. 85/2014.

### ***11. Posibilitatea judecătorului sindic de a cenzura, în calea de atac a contestației, onorariul practicianului în insolvență stabilit prin hotărârea creditorului majoritar***

- Problema s-a ridicat în practică în ipoteza în care creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor a decis, în temeiul dispozițiilor art. 57 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, fără consultarea adunării creditorilor, să confirme administratorul judiciar provizoriu, stabilindu-i un onorariu fix și un *onorariu de succes* – sub forma unei cote procentuale („1% din sumele care vor rezulta în afara planului de reorganizare”), fiind atacată hotărârea creditorului majoritar în privința onorariului de succes stabilit. În practică au fost înregistrate situații în care au fost stabilite, sub titulatura de onorarii de succes, onorarii disproportionale, în unele cazuri punându-se chiar problema fraudei.

#### **➤ Opinia formatorilor INM:**

Considerăm că aspectul relevant pentru stabilirea abilitării judecătorului sindic de a analiza și cenzura hotărârea creditorului majoritar ține de caracterul unei astfel de chestiuni, respectiv dacă este una de legalitate sau una de oportunitate.

**Considerăm că aceasta este, în principiu, o chestiune de oportunitate, care scapă controlului de legalitate al judecătorului sindic. Numai în măsura în care s-ar invoca motive de nelegalitate poate interveni o astfel de cenzură.**

- În final, în unanimitate, participanții la întâlnire au îmbrățișat punctul de vedere exprimat de INM, în sensul că aprecierea asupra modului de stabilire a onorariului practicianului în insolvență de către creditorul majoritar reprezintă, în principiu, o chestiune de oportunitate, care scapă controlului de legalitate al judecătorului sindic. Numai în măsura în care s-ar invoca motive de nelegalitate (de ex. fraudă, nesocotirea scopului procedurii) poate interveni o astfel de cenzură din partea judecătorului sindic.

**12. Procedura verificării și regularizării cererilor formulate în dosarele asociate, în procedurile de insolvență, prin raportare la condițiile prescrise de art. 41 alin. (4) din Legea nr. 85/2014**

- Opiniile divergente sunt determinate de interpretarea dispozițiilor art. 41 alin. (4), art. 43 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 și au consecințe cu privire la posibilitatea aplicării sancțiunii anulării cererii, prevăzută de art. 200 alin. (2) din Codul de procedură civilă, în cererile având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale personale (art. 169) și anularea actelor frauduloase (art. 117-118).

**Într-o opinie** se susține că prin norma specială au fost excluse de la procedura verificării și regularizării cererii, prevăzută de art. 200 din Codul de procedură civilă, atât cererile de deschidere a procedurii, cât și cererile având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale personale (art. 169), respectiv anularea actelor frauduloase (art. 117-118).

Împrejurarea că prin dispozițiile art. 41 alin. (4) s-a făcut trimitere – cu titlu de excepție de la aplicarea art. 200 din Codul de procedură civilă – doar la *cererea de deschidere a procedurii insolvenței* nu duce la altă concluzie, în contextul în care legiuitorul s-a referit la această cerere întrucât este singura introductivă de instanță, celelalte (vizând angajarea răspunderii și anularea actelor frauduloase) neavând acest caracter, netrebuind, prin urmare, enumerate în textul art. 41 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

**Într-o altă opinie** se susține că prin dispozițiile art. 41 alin. (4) s-a instituit o excepție de procedură de strictă interpretare, efectele restrictive ale neaplicării procedurii statornicite de dispozițiile art. 200-201 din Codul de procedură civilă neputând fi extinse pe cale de interpretare, cu atât mai mult cu cât cererile având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale personale (art. 169) și anularea actelor frauduloase (art. 117-118) duc la atragerea în proces a unor terți, împotriva cărora sunt îndreptate respectivele acțiuni.

Explicația referitoare la faptul că doar cererea de deschidere a procedurii are caracterul unei „cereri introductive” nu poate fundamenta aplicarea, prin extrapolare, a dispozițiilor art. 41 alin. (4) [art. 43 alin. (3)] și cu privire la alte cereri, cu atât mai mult cu cât procedura verificării și regularizării cererii, astfel cum este prevăzută de art. 41 alin. (4) [art. 43 alin. (3)] din Legea nr. 85/2014 răspunde exigențelor celerității în procedura insolvenței.

➤ **Opinia formatorilor INM:**

Prin norma specială au fost excluse de la procedura verificării și regularizării cererii, prevăzută de art. 200 C. proc. civ., atât cererile de deschidere a procedurii, cât și cererile

având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale personale (art. 169), respectiv anularea actelor frauduloase (art. 117-118).

Chestiunea a făcut obiect de discuție în cadrul întâlnirii reprezentanților C.S.M. și ai Î.C.C.J. cu președinții secțiilor civile (Craiova, 21 martie 2014), soluția propusă fiind în sensul că normele art. 200, art. 201 C.proc.civ. sunt aplicabile doar *cererilor introductive ale creditorilor, acțiunilor în răspundere* – întemeiate pe art. 138 din Legea nr. 85/2006 – și *acțiunilor în anularea actelor frauduloase* – întemeiate pe dispozițiile art. 79-80 –, pentru care nu există termen de soluționare stabilit prin Legea nr. 85/2006, întrucât este greu de conceput regularizarea cererilor cu un caracter urgent, pentru care legea statornicește că „*judcătorul-sindic se pronunță de urgență*” sau că se soluționează în termene scurte (*e.g.*, 3 zile, 15 zile).

Problema a fost dezbătută și cu ocazia întâlnirii reprezentanților C.S.M. și ai M.J. cu președinții secțiilor specializate din cadrul curților de apel și ai tribunalelor specializate (Târgu-Mureș, 22 mai 2014), ajungându-se la concluzia că, fără a exclude *de plano* procedura regularizării în materia insolvenței, aceasta trebuie adaptată exigențelor de celeritate specifice, caracterizate prin termene mai scurte, lipsa caracterului obligatoriu al răspunsului la întâmpinare, fixarea primului termen de judecată, *aceasta fiind, de altfel, și soluția consacrată de viitoarea lege a insolvenței, care reglementează reguli specifice în materia judecării în primă instanță [art. 41 alin. (4), art. 43 alin. (3)], excluzând, totodată, expressis verbis, regularizarea prevăzută de art. 200 C.proc.civ. la cererea de deschidere a procedurii insolvenței.*

În legătură cu acest ultim aspect s-a atras atenția asupra posibilității ca textul art. 41 alin. (4) să fie interpretat în sensul că este exclusă în mod expres de la regularizare doar cererea de deschidere a procedurii insolvenței, nu și celelalte cereri care ar putea fi formulate în cadrul procedurii.

Cu toate acestea, intenția expresă a legiuitorului, exprimată pe întreaga evoluție a procesului legislativ, a fost aceea de a exclude procedura regularizării în contextul procedurii speciale instituite de Legea nr. 85/2014, având în vedere incompatibilitatea acestei proceduri cu specificul litigiilor de insolvență.

- În unanimitate, participanții la întâlnire au îmbrățișat opinia expusă de formatorii INM, în sensul că procedura regularizării – cu exigențele și forma impuse de dispozițiile art. 200, 201 C. proc. civ. – nu este aplicabilă **niciunei categorii de cereri din procedura insolvenței**, având în vedere incompatibilitatea ei cu specificul litigiilor în insolvență.

### **13. Închiderea procedurii: Aplicarea și interpretarea dispozițiilor art. 174 alin. (1) din Legea nr. 85/2014**

- Cine convoacă adunarea creditorilor pentru a îi audia într-o ședință ?
- Cu cât timp înainte?
- Cine constată refuzul lor de a avansa sumele de bani în sensul finalizării procedurii?

Problemele s-au ivit în practică ca urmare a modificărilor aduse textului care prevede actualmente audierea creditorilor în ipoteza în care nu există bunuri în averea debitorului ori acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare – art 174 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 [corespondentul art. 131 alin. (1) din Legea nr. 85/2006].

Față de soluția din reglementarea anterioară (în care practicianul în insolvență realiza interogarea creditorilor), în noua reglementare legiuitorul a simțit nevoia unui plus de protecție, motiv pentru care a conferit și judecătorului sindic competența de a verifica acest aspect.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Din analiza textului legal rezultă că, pentru a se dispune închiderea procedurii, este necesar să fie îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele trei condiții:

a) inexistența bunurilor în averea debitorului sau insuficiența acestora pentru acoperirea cheltuielilor administrative;

b) niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele necesare acoperirii cheltuielilor administrative; și

c) creditorii audiați într-o ședință de către judecătorul-sindic refuză să avanseze sumele necesare acoperirii cheltuielilor administrative sau nu se prezintă, deși au fost citați prin BPI.

Pentru a dispune închiderea procedurii insolvenței în temeiul art. 174 din Legea nr. 85/2014, judecătorul sindic trebuie să fie sesizat de către practicianul în insolvență în acest sens [potrivit art. 58 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 85/2014], iar creditorii pot lua cunoștință de inexistența bunurilor din averea debitorului sau insuficiența acestora pentru acoperirea cheltuielilor administrative în cadrul adunării creditorilor, convocată de către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, cu scopul de a solicita acestora avansarea sumelor necesare continuării procedurii.

Modalitatea de audiere a creditorilor nu este definită de către lege, astfel că, în fapt, la termenul de judecată stabilit în acest sens creditorii prezenți vor fi întrebați dacă avansează sumele necesare, iar refuzul acestora de a avansa sumele sau absența acestora de la judecată vor fi consemnate în încheierea de ședință. Considerăm, de asemenea, că poziția exprimată în scris a creditorilor va trebui luată în considerare.

#### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Modalitatea de audiere a creditorilor nu este definită de lege. În acest context, în punctul de vedere al formatorilor INM se apreciază că textul trebuie interpretat ca referindu-se nu doar strict la audierea directă a creditorilor, ci mai degrabă la solicitarea unui punct de vedere al acestora cu privire la disponibilitatea de a avansa sumele necesare, ca o condiție cumulativă ce trebuie îndeplinită pentru închiderea procedurii. În fapt, la termenul de judecată stabilit în acest sens, creditorii prezenți vor fi întrebați dacă avansează sumele necesare, iar refuzul acestora de a avansa sumele sau absența acestora de la judecată vor fi consemnate în încheierea de ședință. De asemenea, poziția creditorilor exprimată în scris va trebui luată în considerare.

➤ *În unanimitate, participanții la întâlnire au achiesat la punctul de vedere exprimat de formatorii INM.*

### **III.2. Probleme în interpretarea Legii nr. 85/2006**

***1. Cerere de precizare a declarației de creanță (depusă în termen), formulată de organele fiscale ulterior termenului de depunere a declarațiilor de creanță, prin care se precizează suma solicitată inițial, prin majorare, creanța precizată fiind compusă din obligații fiscale, ce privesc perioada anterioară deschiderii procedurii insolvenței debitoarei, determinate ulterior deschiderii procedurii insolvenței, fiind invocat de către creditoare raportul de inspecție fiscală finalizat ulterior deschiderii procedurii; cererea a fost respinsă ca tardivă***

## **de administratorul judiciar, iar contestația creditoarei a fost respinsă ca neîntemeiată de judecătorul sindic**

### ➤ **Texte relevante:**

Dispozițiile art. 64 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 prevăd „(1) Cu excepția salariaților ale căror creanțe vor fi înregistrate de administratorul judiciar conform evidențelor contabile, toți ceilalți creditori, ale căror creanțe sunt anterioare datei de deschidere a procedurii, vor depune cererea de admitere a creanțelor în termenul fixat în sentința de deschidere a procedurii; cererile de creanțe vor fi înregistrate într-un registru, care se va păstra la grefa tribunalului. (...) (3) Cererea de admitere a creanțelor trebuie făcută chiar dacă acestea nu sunt stabilite printr-un titlu”.

Conform dispozițiilor art. 76 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, „(1) cu excepția cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 7, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 62 alin. (1) lit. b), va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură. El nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase. (2) Decăderea va putea fi invocată oricând, de orice parte interesată, pe cale de acțiune sau excepție”.

### ➤ **Opiniile exprimate:**

**Într-o primă opinie**, în accepțiunea legii fiscale, data nașterii drepturilor de creanță suplimentare este determinată nu de perioada de timp vizată printr-un act de inspecție fiscală, ci de momentul în care, pentru acea perioadă de timp, s-au născut și au devenit executorii obligațiile fiscale, respectiv data emiterii deciziei de impunere.

În această opinie s-a apreciat că, la stabilirea incidenței prevederilor art. 64 alin. (6) din lege, trebuie avută în vedere data la care, potrivit O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, se naște dreptul de creanță și obligația corelativă de plată.

Acestea, potrivit Codului de procedură fiscală (art. 23) se nasc în momentul în care, potrivit legii, se constituie baza de impunere care le generează. Tot atunci se naște și dreptul organului fiscal de a stabili și determina obligația fiscală datorată.

Decizia de impunere reprezintă actul administrativ fiscal prin care organul fiscal stabilește o nouă bază de impunere și obligații de plată suplimentare.

Potrivit art. 110 alin. (3) din Codul de procedură fiscală „Titlul de creanță este actul prin care se stabilește și se individualizează creanța fiscală, întocmit de organele competente sau de persoanele îndreptățite, potrivit legii”, iar potrivit art. 111 alin. (2) termenul de plată pentru diferențele de obligații fiscale principale și pentru obligațiile fiscale accesorii, stabilite potrivit legii, se stabilește în funcție de data comunicării acestora, creanțele fiscale fiind scadente la expirarea termenelor prevăzute de Codul fiscal sau de alte legi care le reglementează.

După comunicare se naște și dreptul debitorului de a-l contesta, în măsura în care apreciază că nu au fost respectate dispozițiile din legislația fiscală sau cea a insolvenței.

Titlul de creanță devine titlu executoriu la data la care creanța fiscală este scadentă prin expirarea termenului de plată prevăzut de lege sau stabilit de organul competent ori în alt mod prevăzut de lege [art. 141 alin. (2)].

Rezultă că, în accepțiunea legii fiscale, data nașterii drepturilor de creanță suplimentare este determinată nu de perioada de timp vizată printr-un act de inspecție fiscală, ci de momentul în care, pentru acea perioadă de timp, s-au născut și au devenit executorii obligațiile fiscale, respectiv data emiterii deciziei de impunere.

Prin urmare, momentul în care s-a născut din punct legal creanța respectivă nu poate fi schimbat prin faptul că această creanță ar fi putut să se nască în perioada anterioară deschiderii procedurii, dacă organul fiscal ar fi efectuat și finalizat inspecția anterior datei deschiderii procedurii.

**Într-o a doua opinie**, cererea creditoarei, intitulată "precizare" a cuantumului creanței, pentru care a formulat declarație de creanță (în termen), depusă ulterior termenului de înscriere în tabelul creditorilor, este formulată cu încălcarea dispozițiilor art. 64 alin. (1) din Legea nr. 85/2006; nu sunt incidente dispozițiile art. 76 alin. (1), și nici dispozițiile art. 64 alin. (6) din aceeași lege.

În această opinie, creanța în cauză, invocată ca fiind o majorare a creanței inițiale, pentru care s-a formulat declarație de creanță în termen, nu este născută după data deschiderii procedurii, este anterioară deschiderii procedurii, fiind fără relevanță faptul că a fost stabilită ca urmare inspecției fiscale efectuate ulterior.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Creanța este anterioară deschiderii procedurii, fiind formată din obligații fiscale ce privesc perioada anterioară deschiderii procedurii insolvenței debitoarei, determinate de organele de inspecție fiscală prin raportul de inspecție fiscală finalizat ulterior deschiderii procedurii.

#### **Argumente:**

Potrivit dispozițiilor legale citate mai sus, pentru creanțele anterioare deschiderii procedurii nu se pot formula cereri de înscriere în tabelul de creanțe, ulterior termenului limită pentru înregistrarea creanțelor, cu excepția prevăzută expres de art. 76 alin. (1), neincidentă în cauză. Legea nr. 85/2006 nu prevede posibilitatea majorării cuantumului creanțelor, art. 204 C.proc.civ. nefiind aplicabil în procedura insolvenței.

Dispozițiile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 nu sunt, de asemenea, incidente, întrucât se referă la *creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare, și care vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală.*

Creanța în cauză, invocată ca fiind o majorare a creanței inițiale, pentru care s-a formulat declarație de creanță în termen, nu este născută după data deschiderii procedurii, este anterioară deschiderii procedurii, fiind fără relevanță faptul că a fost stabilită ca urmare inspecției fiscale efectuate ulterior.

Creanța este anterioară deschiderii procedurii, fiind formată din obligații fiscale ce privesc perioada anterioară deschiderii procedurii insolvenței debitoarei, determinate de organele de inspecție fiscală prin raportul de inspecție fiscală finalizat ulterior deschiderii procedurii.

Dreptul de creanță fiscală și obligația fiscală corelativă se nasc în momentul în care, potrivit legii, se constituie baza de impunere care le generează, astfel cum prevăd dispozițiile alin. (1) al art. 23 din O.G. nr. 92/2003, moment la care se naște și dreptul organului fiscal de a stabili/determina obligația fiscală datorată [alin. (2)], care poate avea loc la un moment ulterior, în termenul de prescripție.

Caracterul anterior al acestor creanțe este confirmat, în prezent, și de dispozițiile Legii nr. 85/2014, care prevăd că „sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului” (art. 102).

Potrivit noii legi a insolvenței, „în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, organele de inspecție fiscală vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Creditorii bugetari vor înregistra cererea de admitere a creanței în termenul prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b), urmând ca, în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să înregistreze un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale, dacă este cazul”.

### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Referitor la această problemă, s-a precizat că prin noua reglementare situația a fost clarificată, făcându-se și o concesie organului fiscal, care va realiza controlul în 60 de zile, ceea ce nu exclude însă obligația acestuia de a formula cererea de creanță în termenul legal, cu posibilitatea însă ca, în ipoteza în care în urma controlului fiscal se descoperă o creanță în cuantum mai mare, să poată formula un supliment la cererea de creanță inițială.

Pornind de la practica neunitară născută sub imperiul Legii nr. 85/2006, în procesul elaborării noii reglementări în materia insolvenței, reprezentanții Ministerului Finanțelor au formulat propunerea ca acest tip de creanțe să fie considerate creanțe curente, motivat de faptul că raportul de inspecție fiscală este ulterior deschiderii procedurii. Propunerea nu s-a regăsit în textul final adoptat întrucât ceea ce prezintă relevanță în acest caz nu este momentul raportului de inspecție fiscală, ci momentul în care s-a născut creanța respectivă. În acest sens este și opinia exprimată de formatorii INM, respectiv că suntem în prezența unei creanțe anterioare deschiderii procedurii, cu consecința că o eventuală cerere de precizare a creanței este tardivă. Dacă în urma unui raport de inspecție fiscală realizat ulterior deschiderii procedurii se descoperă atât creanțe anterioare, cât și creanțe ulterioare momentului deschiderii procedurii, fiecare creanță va urma regimul specific calificării drept creanță anterioară, respectiv curentă.

*În unanimitate, participanții la întâlnire au achiesat la opinia formatorilor INM, potrivit căreia, în situația analizată, este vorba despre o creanță anterioară deschiderii procedurii, care este formată din obligații fiscale ce privesc perioada anterioară deschiderii procedurii insolvenței debitoarei, determinate de organele de inspecție fiscală prin raportul de inspecție fiscală finalizat ulterior deschiderii procedurii.*

**2.Creanțele bugetare, în condițiile în care titlul executoriu a fost contestat, vor fi trecute în tabelul de creanțe în mod provizoriu, afectate de condiție suspensivă sau neafectate de condiție?**

### ➤ **Opiniile exprimate:**

Potrivit dispozițiilor art. 66 alin. (2) din Legea insolvenței, „Nu sunt supuse acestei proceduri creanțele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale.”

Per a contrario, în situația în care titlul executoriu a fost contestat, creanțele vor fi supuse procedurii de verificare.

Ca urmare a acestei situații, **într-o primă opinie**, se consideră că aceste creanțe se includ în tabelul de creanțe sub condiția suspensivă, cu consecința că, odată împlinită condiția, incertitudinea existenței obligației s-a sfârșit, iar tabelul se va actualiza în funcție de hotărârea pronunțată.

Acest raționament este aplicabil și în ipoteza contestației administrative când titlul de creanță este contestat la DGRFP.

Prevederile art. 66 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, care este o lege specială, se aplică prioritar, având în vedere caracterul colectiv al procedurii. În caz contrar, prin menționarea creanței ca pură și simplă, aceasta participă la distribuiri din sumele realizate în urma lichidării patrimoniului, deși, ca urmare a contestării titlului, este posibilă fie anularea în totalitate a acesteia, fie reducerea obligației fiscale.

**În a doua opinie**, se acordă prioritate dispozițiilor art. 215 alin. (1) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, potrivit cărora introducerea contestației pe cale administrativă nu suspendă executarea actului administrativ fiscal.

Înregistrarea unei contestații fără să existe vreo dispoziție de suspendare a executării titlului executoriu nu afectează caracterul exigibil al creanței fiscale.

În consecință, creanța se va înscrie în tabel ca o creanță fiscală pură și simplă, neafectată de condiție.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Înregistrarea unei contestații fără să existe vreo dispoziție de suspendare a executării titlului executoriu nu afectează caracterul cert, lichid și exigibil al creanței fiscale.

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

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

Simpla înregistrare a unei contestații, fără să existe vreo dispoziție de suspendare a executării titlului executoriu nu afectează caracterul cert, lichid și exigibil al creanței fiscale. În consecință, nefiind suspendat, titlul executoriu poate fi pus în executare, distribuirea către creditori a unor sume nefiind altceva decât o formă de executare.

O problemă semnalată în practica instanțelor a fost cea în care singurul creditor la deschiderea procedurii a fost creditorul bugetar cu titlu executoriu contestat, context în care au fost pronunțate soluții de respingere a cererii, creditorul putând urma calea (mai facilă) a procedurii de executare silită potrivit Codului de procedură fiscală. Referitor la această practică s-a subliniat că, alegând calea procedurii insolvenței, creditorii urmăresc să beneficieze de facilitățile oferite de procedură (anularea eventualelor acte cu caracter fraudulos, anagajarea răspunderii personale etc.). În acest context, s-a pus și problema admiterii posibilității deschiderii procedurii de către un singur creditor, având în vedere caracterul colectiv al acesteia. S-a menționat însă că acest caracter nu este de esență, ci doar de natura procedurii insolvenței.

De asemenea, într-o altă situație practică evocată în cadrul întâlnirii, o decizie de impunere (prin care se calcula TVA și impozitul pe profit) a devenit titlu executoriu pe baza unei tranzacții efectuate de debitor. Pe parcursul procedurii, ca urmare a anulării tranzacțiilor de către practicianul în insolvență și, subsecvent, a unor facturi, s-a solicitat, în temeiul art. 75, modificarea creanței, în sensul reducerii cu suma corespunzătoare facturilor care fuseseră anulate. Problema care s-a pus a fost dacă, în contextul expirării în speță a termenului de



contestare a deciziei de impunere în fața instanței de contencios administrativ și fiscal, judecătorul sindic se poate substitui instanței de contencios administrativ și fiscal. O interferare de atribuții în sensul prezentat ar presupune pentru judecătorul sindic posibilitatea de a verifica legalitatea unui act administrativ fiscal. Pentru această ipoteză însă, soluția îmbrățișată în practica judiciară a fost în sensul competenței exclusive a instanței de contencios administrativ. Poate fi analizată, în acest caz, posibilitatea reținerii unor temeieri pentru o eventuală repunere în termenul de contestare a deciziei de impunere, în procedura fiscală.

- *În final, în unanimitate, participanții au agreat punctul de vedere exprimat de formatorii INM, în sensul că simpla contestare a titlului, fără să existe vreo dispoziție de suspendare a executării titlului executoriu nu afectează caracterul cert, lichid și exigibil al creanței fiscale. În consecință, nefiind suspendat, titlul executoriu poate fi pus în executare, distribuirea către creditorii a unor sume în procedura insolvenței nefiind altceva decât o formă de executare.*

### **3. Înlocuirea administratorului judiciar. Calitate procesuală activă la formularea căii de atac împotriva încheierii judecătorului-sindic. Cale de atac formulată de un creditor individual**

- *Potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau la cererea comitetului creditorilor, îl poate înlocui pe administratorul judiciar, prin încheiere motivată, pentru motive temeinice. Încheierea de înlocuire se pronunță în camera de consiliu, de urgență, cu citarea administratorului judiciar și a comitetului creditorilor.*

**Potrivit unei opinii**, creditorii nu pot formula, în mod individual, o cerere de înlocuire a administratorului judiciar, deoarece o astfel de acțiune aparține, în situația în care judecătorul sindic nu se sesizează din oficiu, exclusiv comitetului creditorilor. Creditorii nu pot obține schimbarea practicianului în insolvență decât în condițiile prevăzute în mod restrictiv de art. 22 alin. (2) din lege.

În consecință, din moment ce comitetul creditorilor, ca organ reprezentativ, este singurul în măsură ca, pe baza unei decizii adoptate în acest sens, să sesizeze judecătorul-sindic cu o cerere de înlocuire a administratorului judiciar, doar acesta poate avea calitatea pentru formularea căii de atac împotriva acestei încheieri, indiferent dacă judecătorul-sindic a dispus înlocuirea administratorului judiciar ca urmare a cererii comitetului creditorilor sau din oficiu, în lipsa autorizării comitetului creditorilor un creditor individual neavând legitimare procesuală activă de a formula, în nume propriu, o astfel de cerere.

Soluția, în această opinie, este admiterea excepției lipsei calității procesuale active a creditorului și respingerea căii de atac, fiind formulată de o persoană lipsită de calitate procesuală.

*Potrivit unei a doua opinii*, în cazul în care judecătorul sindic s-a sesizat din oficiu și a dispus înlocuirea administratorului judiciar, orice creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței respectivului debitor, conform dispozițiilor art. 3 pct. 8 din lege, trebuie să aibă dreptul să verifice legalitatea acestei hotărâri, astfel că, în această situație, calitatea procesuală a creditorului în calea de atac formulată împotriva încheierii de înlocuire a administratorului judiciar nu se raportează la dispozițiile art. 22 din lege.

O atare soluție se impune cu atât mai mult atunci când în cauză nu a fost desemnat comitetul creditorilor și nici nu a putut fi adoptată o hotărâre de adunarea creditorilor, din lipsa cvorumului.

- **Opinia formatorilor INM:**

**Doar comitetul creditorilor, ca organ reprezentativ, are calitate procesuală activă pentru formularea căii de atac împotriva acestei încheieri de înlocuire a administratorului judiciar, indiferent dacă judecătorul-sindic a dispus înlocuirea administratorului judiciar ca urmare a cererii comitetului creditorilor sau din oficiu, în lipsa autorizării comitetului creditorilor un creditor individual neavând legitimare procesuală activă de a formula - în nume propriu - o astfel de cerere.**

#### **Argumente:**

Comitetul creditorilor este singurul în măsură ca, pe baza unei decizii adoptate în acest sens, să sesizeze judecătorul-sindic cu o cerere de înlocuire a administratorului judiciar.

Având în vedere caracterul colectiv, concursual și egalitar al procedurii, prevăzut la art. 3 alin. (3) din Legea 85/2006, legiuitorul a înțeles ca anumite acțiuni să fie exercitate individual de către creditorii, iar altele să fie exercitate prin organele lor colective, adunarea creditorilor sau comitetul creditorilor.

În cazul cererii de înlocuire a administratorului judiciar, legea atribuie calitate procesuală activă comitetului creditorilor, iar nu creditorilor acționând în mod individual. De asemenea, judecătorul-sindic are posibilitatea de a se sesiza din oficiu. Așadar, textul de lege menționat prevede în mod clar titularii abilitați să procedeze la inițierea demersurilor pentru înlocuirea practicianului în insolvență: judecătorul-sindic, din oficiu, sau comitetul creditorilor, după ce a fost adoptată o decizie în acest sens.

Posibilitatea ca, la momentul formulării cererii de înlocuire a administratorului judiciar, să nu fie desemnat comitetul creditorilor – conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 – nu duce la concluzia că, în această situație, calitatea procesuală activă pentru a solicita înlocuirea administratorului judiciar, aparține oricărui creditor, având în vedere specificul procedurii insolvenței de procedură concursuală, colectivă. În ipoteza în care nu a fost constituit un comitet al creditorilor, creditorii își exercită drepturile conferite de Legea nr. 85/2006, ca regulă, în cadrul adunării creditorilor și numai cu caracter de excepție în mod direct, în situațiile expres menționate de lege. În cauză, respectivul creditor avea posibilitatea de a-și exercita drepturile în procedură prin solicitarea adresată judecătorului sindic de a se sesiza din oficiu cu privire la pretinsele abateri legale și judiciare ale administratorului judiciar și de a indica motivele considerate întemeiate în acest sens, o atare sesizare din oficiu fiind admisibilă.

#### **➤ Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Dispozițiile art. 22 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței circumscriu sfera persoanelor/entităților citate în procedura de înlocuire a administratorului judiciar; prin urmare, numai aceste persoane au calitatea procesuală activă în formularea căii de atac împotriva încheierii judecătorului sindic.

În practică, au fost situații în care creditorii au formulat cereri având ca obiect înlocuirea din oficiu, de către judecătorul sindic, a administratorului judiciar. În acest caz, se apreciază că o astfel de cerere a creditorului trebuie să fie calificată ca înștiințare, sesizare a judecătorului sindic, acesta urmând să aprecieze în mod suveran (prin urmare, nu statuând asupra cererii creditorului, căruia legea nu îi recunoaște, pentru această ipoteză, calitate procesuală activă) dacă se impune sau nu înlocuirea administratorului judiciar.

În ceea ce privește apelul formulat de creditor împotriva refuzului judecătorului sindic de a da curs cererii de înlocuire, din oficiu, a administratorului judiciar, s-a apreciat că admisibilitatea exercitării căii de atac este discutabilă, câtă vreme, pe de o parte, judecătorul sindic este suveran în decizie iar pe de altă parte, dacă dorește să obțină înlocuirea

administratorului judiciar, nimic nu împiedică creditorul să se adreseze comitetului creditorilor căruia legea îi recunoaște legitimare procesuală în acest caz.

În contextul dezbaterilor pe acest punct s-a pus și problema existenței unor motive temeinice și legitime în cazul sancționării de către U.N.P.I.R./condamnării penale a administratorului judiciar pentru sesizarea judecătorului sindic cu privire la dispunerea din oficiu a măsurii înlocuirii administratorului judiciar. Legat de acest aspect, s-a precizat că o condamnare penală poate atrage nedemnitățile în exercitarea profesiei. În funcție de elementele de fapt al cauzei, judecătorul sindic urmează să aprecieze dacă practicianul în insolvență își mai poate exercita atribuțiile. Noua reglementare în materie prevede suspendarea din profesie a practicianului în insolvență la momentul punerii în mișcare a acțiunii penale.

*În unanimitate, participanții au îmbrățișat opinia expusă de formatorii INM, în sensul că doar comitetul creditorilor, ca organ reprezentativ, are calitate procesuală activă pentru formularea căii de atac împotriva încheierii de înlocuire a administratorului judiciar, indiferent dacă judecătorul-sindic a dispus înlocuirea administratorului judiciar ca urmare a cererii comitetului creditorilor sau din oficiu, în lipsa autorizării comitetului creditorilor un creditor individual neavând legitimare procesuală activă de a formula - în nume propriu - o astfel de cerere.*

#### **4. Modificarea art. 8 din Legea nr. 85/2006. Calea de atac - recurs 7 zile de la comunicare, iar după data de 15.02.2013 - apel în 30 de zile. Art. 457 alin. (3) NCPC**

- Problema constă în soluționarea diferită a căilor de atac greșit declarate de parte, fie ca urmare a faptului că prima instanță a indicat eronat calea de atac, fie că partea a formulat altă cale de atac decât cea indicată în hotărârea instanței.

Astfel, **într-o opinie**, se procedează la recalificarea căii de atac, dacă prin această recalificare nu are loc prejudicierea părții care a declarat calea de atac greșită (pierdere termen; nemotivare cale de atac).

**Într-o altă opinie**, se respinge calea de atac greșit declarată ca inadmisibilă, în baza prevederilor art. 457 alin. (3) NCPC.

#### ➤ **Opinia formatorilor INM:**

Exercitarea unei căi de atac neprevăzute de lege poate atrage respingerea ei ca inadmisibilă atunci când demersul eronat al părții își are cauza în menționarea inexactă a căii de atac în chiar cuprinsul hotărârii atacate, ceea ce rezultă din conținutul art. 457 alin. (3) C. proc. civ. Față de formularea permisivă a legiuitorului din cuprinsul textului citat, urmează să se înțeleagă că instanța, pe lângă respingerea căii de atac ca inadmisibilă, are și posibilitatea de a o recalifica, fără însă ca prin aceasta să prejudicieze drepturile părții care a declanșat calea de atac. Atunci când partea a menționat greșit calea de atac, fără ca hotărârea atacată să conțină vreo mențiune eronată sub acest aspect, singurul remediu este acela al recalificării căii de atac, operațiune ce își găsește fundamentul în cuprinsul art. 152 C. proc. civ.

Această soluție a fost adoptată cu caracter de principiu și în cadrul întâlnirii pe practică neunitară a secțiilor civile, de la Craiova, regăsindu-se în minuta întâlnirii.

#### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

Problema a fost discutată și cu ocazia întâlnirii de practică neunitară în materie civilă, desfășurată la Craiova în martie 2014, ocazie cu care s-a agreat, de principiu, soluția că ori de câte ori exercitarea unei căi de atac neprevăzute de lege s-a făcut de parte în considerarea mențiunii inexacte din cuprinsul hotărârii atacate, textul art. 457 alin. (3) C. proc. civ. permite

instanței ca, pe lângă soluția respingerii căii de atac ca inadmisibilă, să o și recalifice, fără însă ca prin aceasta să prejudicieze drepturile părții care a declanșat calea de atac, în considerarea faptului că, în această ipoteză, nu poate fi reținută o culpă a părții. Atunci însă când partea a menționat greșit calea de atac, fără ca hotărârea atacată să conțină vreo mențiune eronată sub acest aspect, singurul remediu este acela al recalificării căii de atac, operațiune ce își găsește fundamentul în cuprinsul art. 152 C. proc. civ.

În ipoteza declarării de către parte a altei căi de atac decât cea prevăzută de lege/menționată în hotărâre se pune problema căii de atac care urmează a fi înregistrată la instanță. Practica este neunitară, în sensul că la unele instanțe se înregistrează calea de atac declarată de parte, motivat de faptul că numai judecătorul cauzei poate proceda la recalificarea ei, în timp ce la alte instanțe se înregistrează calea de atac dată de lege, și nu cea greșit intitulată de parte, invocându-se, între altele, impedimente de natură tehnică privind funcționarea sistemului Ecris.

Majoritatea participanților au opinat pentru soluția se înregistrării căii de atac declarate de parte, motivat de faptul că numai judecătorul cauzei poate proceda la recalificarea ei.

##### ***5. Calitatea procesuală activă a Administrației Finanțelor Publice (creditor) de a formula acțiune în răspundere în temeiul art. 138 din Legea nr. 85/2006 și de a exercita calea de atac în cazul respingerii acțiunii în condițiile art. 138 alin. (6) din lege***

###### **➤ Opinia formatorilor INM:**

În ceea ce privește calitatea procesuală activă a unui creditor de a solicita angajarea răspunderii administratorului debitoare, potrivit art. 138 din Legea nr. 85/2006, atragerea răspunderii se poate face, ca regulă, numai la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului și numai ca excepție în condițiile art. 138 alin. (3) din lege, în acest ultim caz președintele comitetului creditorilor ori un creditor desemnat de adunarea creditorilor sau creditorul majoritar putând introduce această acțiune.

În ceea ce privește exercitarea căii de atac a apelului devin incidente dispozițiile art. 138 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 care prevăd că: „în cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de respingere a acțiunii introduse în temeiul alin. (1) sau, după caz, alin. (3), administratorul judiciar/lichidatorul care nu intenționează să formuleze apel împotriva acesteia va notifica creditorii asupra intenției sale. În cazul în care adunarea generală sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, administratorul judiciar trebuie să formuleze calea de atac, potrivit legii”.

Din interpretarea textului art. 138 din Legea nr. 85/2006 rezultă că un creditor individual nu are calitatea procesuală activă să formuleze apel raportat la soluția pronunțată într-o astfel de cerere, întrucât legiuitorul a înțeles să prevadă o procedură specială și să acorde legitimitate procesuală specifică în cadrul soluționării acțiunii cuprinse în art. 138.

Un argument în plus îl reprezintă decizia Curții Constituționale nr. 363 din 14 iulie 2014, prin care, respingându-se excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 138 alin. (6) din Legea 85/2006, prin raportare la art. 21 din Constituție s-a arătat că: „Critica de neconstituționalitate are în vedere o ipoteză ce ține de un eventual refuz al administratorului judiciar/lichidatorului în cazul în care adunarea generală sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, iar acesta trebuie să formuleze calea de atac, potrivit legii. Or, textul criticat în cauza de față este imperativ, impunându-se introducerea apelului în situația în care subiecții îndrituiți hotărâsc să solicite utilizarea căilor de atac. În caz contrar, administratorului judiciar sau lichidatorului, i se poate antrena răspunderea administrativă, disciplinară și chiar penală, astfel cum este prevăzut de

Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 724 din 13 octombrie 2011.

De altfel, dispozițiile art. 22 din Legea nr. 85/2006 prevăd măsurile și sancțiunile pe care judecătorul-sindic le poate aplica administratorului judiciar în cazul în care acesta nu își îndeplinește sau își îndeplinește defectuos ori cu întârziere sarcinile prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul-sindic, una dintre aceste măsuri fiind înlocuirea administratorului judiciar de către judecătorul-sindic. Astfel, în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau la cererea comitetului creditorilor, îl poate înlocui pe administratorul judiciar, prin încheiere motivată, pentru motive temeinice.”

Situația s-a schimbat parțial prin Legea nr. 85/2014, în art. 169 alin. (7) prevăzându-se că: „ În cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de respingere a acțiunii introduse potrivit alin. (1) sau, după caz, alin. (2), administratorul judiciar/lichidatorul judiciar care nu intenționează să formuleze apel împotriva acesteia va notifica în acest sens comitetul creditorilor sau, în cazul în care nu a fost desemnat un comitet al creditorilor, adunarea creditorilor. În cazul în care adunarea creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, acesta va fi introdus de către președintele comitetului creditorilor sau de către creditorul majoritar, după caz”.

#### ➤ **Dezbaterile și concluzia întâlnirii**

În ceea ce privește exercitarea căii de atac a apelului devin incidente dispozițiile art. 138 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 care prevăd că: „în cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de respingere a acțiunii introduse în temeiul alin. (1) sau, după caz, alin. (3), administratorul judiciar/lichidatorul care nu intenționează să formuleze apel împotriva acesteia va notifica creditorii asupra intenției sale. În cazul în care adunarea generală sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, administratorul judiciar trebuie să formuleze calea de atac, potrivit legii”.

În acest context, din interpretarea textului art. 138 din Legea nr. 85/2006 rezultă că un creditor individual nu are calitatea procesuală activă să formuleze apel raportat la soluția pronunțată într-o astfel de cerere, întrucât legiuitorul a înțeles să prevadă o procedură specială și să acorde legitimitate procesuală specifică în cadrul soluționării acțiunii cuprinse în art. 138.

Situația s-a schimbat parțial prin Legea nr. 85/2014, în art. 169 alin. (7) prevăzându-se că: „În cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de respingere a acțiunii introduse potrivit alin. (1) sau, după caz, alin. (2), administratorul judiciar/lichidatorul judiciar care nu intenționează să formuleze apel împotriva acesteia va notifica în acest sens comitetul creditorilor sau, în cazul în care nu a fost desemnat un comitet al creditorilor, adunarea creditorilor. În cazul în care adunarea creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, acesta va fi introdus de către președintele comitetului creditorilor sau de către creditorul majoritar, după caz”.

A fost exprimat și punctul de vedere conform căruia textul art. 138 ar trebui interpretat în sensul că, atunci când administratorul judiciar/lichidatorul judiciar a introdus acțiunea și adunarea creditorilor/ creditorilor majoritari nu a introdus o atare cerere sau aceasta a fost respinsă și nu mai intenționează să formuleze recurs, este necesară o hotărâre a adunării creditorilor / decizia creditorului majoritar respectiv care să oblige să formuleze calea de atac, iar atunci când acțiunea a fost introdusă de adunarea creditorilor/ creditorul majoritar, aceasta/acesta are toate drepturile conferite de lege unui titular de acțiune civilă, inclusiv dreptul de a exercita calea de atac . Fără a nega modul deficitar de formulare a dispozițiilor art. 138 alin. (6), a admite interpretarea în care comitetul creditorilor sau creditorul majoritar poate introduce acțiunea în atragerea răspunderii organelor de conducere pe temeiul art. 138 din Legea nr.

85/2006, dar nu poate formula calea de atac împotriva unei hotărâri de respingere, fiind necesară în acest sens fie o hotărâre a adunării creditorilor, fie o decizie a creditorului majoritar, în baza căreia administratorul judiciar/lichidatorul judiciar să introducă recurs (trecând peste dificultățile generate în practică de respectarea termenului de 7 zile de la comunicare, în care trebuie convocată adunarea creditorilor și adoptată hotărârea acestui organ colectiv) ne plasează în singura situație reglementată de lege în care o persoană sau structură are dreptul să introducă acțiune dar nu are dreptul să formuleze o cale de atac.

O altă problemă care s-a ridicat în practică legat de acest aspect a vizat conținutul recursului. Astfel, administratorii judiciari/lichidatorii judiciari cărora li s-a stabilit de către adunarea creditorilor majoritari obligația de a formula recurs au formulat recursuri pur formale, nemotivate, care au fost anulate de instanțe, fapt de natură să contureze ineficiența sub aspect practic a primei opinii expuse.

*Majoritatea participanților prezenți la întâlnire au îmbrățișat opinia exprimată de formatorii INM, constatându-se însă că există practică judiciară și în sensul celei de-a doua opinii exprimate.*

Întocmit:

Diana Elena UNGUREANU, judecător Curtea de Apel Pitești, formator INM  
Florin MOȚIU, judecător Curtea de Apel Timișoara, formator INM  
Nadia-Simona ȚĂRAN, personal de specialitate juridică asimilat magistraților, INM