

Capitolul I Insolvența

Secțiunea 1. Aspecte generale

§ 1. Definiția insolvenței (art. 3)

Noțiunea de „insolvență” se regăsește între noțiunile juridice specifice și esențiale ale procedurii insolvenței, pe care în dreptul intern legiuitorul a înțeles să o definească pentru prima dată în mod efectiv și adecvat prin prevederile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Astfel, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) (paragraf 1) din Legea nr. 85/2006, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile.

În forma inițială a Legii nr. 85/2006, prin dispozițiile art. 3 pct. 1 legiuitorul a urmărit să definească insolvența în general și, totodată, să facă distincția între insolvența actuală și insolvența iminentă, pe criteriul momentului exigibilității datoriilor, scop în care nu era necesar, în acest context, să facă referire la toate condițiile prevăzute legal pentru urmărirea creanțelor, ci doar la condiția exigibilității. În schimb, condițiile respective (caracterul cert, lichid și exigibil) au fost avute în vedere integral de către legiuitor în mod distinct, prin dispozițiile art. 3 pct. 6. Prin urmare, modificarea adusă art. 3 pct. 1 (paragraful 1) prin Legea nr. 277/2009 poate fi considerată o precizare binevenită dar nu și necesară.

§2. Evoluția terminologică

În trecut, în aplicarea reglementării falimentului, prevăzută de Codul comercial sau a procedurii de reorganizare și lichidare judiciară, prevăzută de Legea nr. 64/1995 (în formele inițiale), pentru a reflecta starea de insolvență a debitorului legiuitorul a utilizat la început formulări de genul „nu mai poate face față datoriiilor”, „încetarea plăților”, „incapacitatea de plată”, care au devenit, în cadrul evoluției sub aspect instituțional juridic, noțiunea de „insolvență”.

Referiri exprese la insolvență, ca și termen juridic în sine, au existat în doctrina și practica juridică internă, chiar în mod uzual, începând cu aplicarea reglementării privind materia falimentului din Codul comercial și chiar mai devreme, prin preluare din dreptul italian, la mijlocul secolului XIX. Prin urmare, nu este vorba de o noțiune juridică recentă. În prima parte a secolului trecut, încetarea plăților era deja definită în doctrina juridică românească drept acea stare a patrimoniului unui comerciant care se manifestă în exterior prin faptul că se găsește în neputință de a plăti creditorii. În contextul în care, de-a lungul timpului, în plan internațional s-a accentuat separația dintre sistemul de drept „latin” și cel „anglo-saxon” în materie, insolvența, ca instituție juridică în sine, a rămas proprie fiecăruia dintre acestea, bineînțeles cu aspectele specifice inerente, inclusiv cele prevăzute de lege națională.

Legea nr. 85/2006, denumită chiar lege „privind procedura insolvenței” marchează clar intenția legiuitorului român, chiar și în comparație cu Legea nr. 64/1995, de integrare a legislației naționale, cel puțin sub aspectul titlaturii, în sistemul european al dreptului insolvenței. Aceasta, în condițiile în care, inițial, dispozițiile din Legea nr. 64/1995 au fost într-o bună parte de inspirație americană, iar la structura de bază a acestei legi nu s-a renunțat nici în prezent, fiind preluată în Legea nr. 85/2006.

Referitor la insolvență s-a spus de-a lungul timpului că înseamnă nu numai lipsa fondurilor bănești necesare plății obligației la scadență, dar și imposibilitatea patrimonială, ca manifestare exterioară, de plată a datoriiilor (a creditorilor), „care arată că pasivul a depășit activul”. Această din urmă formulare nu este riguroasă pentru că în raport cu patrimoniul, privit în general, fără vreo distincție, dacă există active cu

valoare mai redusă decât a debitorilor, aceasta înseamnă o stare de insolvabilitate (preponderența, în patrimoniul debitorului a pasivului față de activ). În cazul insolvabilității, în mod teoretic, debitorul ar trebui să fie întotdeauna și în stare de insolvență, dar în fapt uneori poate să nu fie, de exemplu dacă primește un împrumut bănesc. În plus, fiind vorba de o „plată a datoriilor” aceasta poate însemna nu numai plata prin lichidități ci, de exemplu, și darea în plată etc. De asemenea, nu este obligatoriu ca pasivul să depășească activul, pentru că există insolvență chiar dacă debitorul este solvabil, adică și dacă activul depășește pasivul, dar îi lipsesc disponibilitățile bănești pentru plata debitorului la scadență. Astfel, un debitor poate deține un activ mai mare decât pasivul dar, din cauza imobilizării activului, să nu dețină și disponibilitățile/lichiditățile bănești necesare pentru a face față plăților. Un astfel de debitor este solvabil, patrimoniul lui fiind suficient pentru a acoperi datoriile, dar se află în stare de insolvență, situație în care devine necesară în interesul creditorilor o procedură concursuală pentru lichidarea datoriilor. Altfel, un debitor poate deține un pasiv mai mare decât activul dar să fie în măsură să-și achite debitele exigibile cu lichidități, situație în care există insolvabilitate dar nu există insolvență. Este posibilă o astfel de situație nu numai în cazul în care debitele scadente (considerate ca făcând parte din cadrul pasivului general, mai mare, existent) pot fi acoperite prin disponibilitățile bănești (aflate în cadrul activului general, mai mare, existent) dar mai ales în contextul în care debitorul se bucură în continuare de credit, în sensul de împrumut bănesc propriu-zis dar și în sensul de încredere din partea creditorilor (credit comercial). Astfel, deși activul este mai mic decât pasivul, deci debitorul este insolubil, acesta poate să nici nu folosească activul deținut în vederea efectuării plății, ci contractează un credit în acest scop, pentru că se bucură încă de încredere.

În acest context, insolvența este apreciată, în materie comercială, diferit de insolvabilitatea în materie civilă pentru faptul că în comerț elementele obiective (bunurile) sunt completate de creditul de care se bucură sau nu comerciantul, pentru siguranța activităților comerciale. În materie civilă, încrederea de care se bucură debitorul este apreciată în funcție de raportul dintre valoarea elementelor active din patrimoniul acestuia și valoarea debitorilor; dacă activul este mai mare decât pasivul -

debitorul este solvabil, iar dacă situația este inversă se apreciază că debitorul este insolubil; prin urmare, în materie civilă creditul are un caracter real, raportându-se la solvabilitate (pe creditor îl interesează ca debitorul să fie solvabil). Or, în materie comercială este vorba de un caracter personal al creditului, adică de încredere, de credibilitate; activitatea comerciantului privește achiziția/producția, respectiv vânzarea de mărfuri, iar valorile rulate în contextul acestora pot depăși cu mult patrimoniul în sine al debitorului comerciant (fondul de comerț); cei care intră în raporturi cu comerciantul apreciază credibilitatea acestuia în raport cu calitățile sale de comerciant (care îi permit să obțină profit) și măsura în care își plătește debitele la scadență. Astfel, chiar dacă ar fi insolubil în materie civilă, câtă vreme debitorul comerciant se bucură de credit (de altfel, de regulă, comerciantul cumpără pe credit în vederea vânzării) și nu îi deranjează pe creditorii prin nerestituirea creditului primit, solvabilitatea sau insolabilitatea lui nu îi interesează pe aceștia din urmă, deoarece ei sunt interesați în mod prioritar de plata în mod benevol a creanței lor, fără a trebui să se recurgă la procedurile legale de executare. Dar, dacă începe să se manifeste lipsa de credit, din conduita comerciantului rezultând lipsa de mijloace pentru îndeplinirea obligațiilor asumate sau recurgerea la mijloace ruinătoare sau frauduloase, este necesar să se recurgă la aplicarea legii, cel aflat în insolvență trebuind să fie supus procedurii legale de recuperare a pasivului.

În nici un caz, deci, nu trebuie să se confunde insolvența cu insolabilitatea.

Spre deosebire de insolvență, care constituie un dezechilibru financiar bazat pe lipsa de lichidități (și de credit) a debitorului, insolabilitatea constituie un dezechilibru al patrimoniului debitorului în care valoarea elementelor pasivului este mai mare decât a celor ale activului.

Pentru deschiderea procedurii nu contează deloc insolabilitatea, care poate implica doar virtual încetarea plăților, în timp ce pentru insolvență trebuie să se dovedească efectivă lipsă a disponibilităților bănești pentru plata datoriilor ajunse la scadență, independent de valoarea activului deținut, de solvabilitate sau insolabilitate, ceea ce interesează fiind neputința manifestă de plată a datoriilor.

Doar insolvența, iar nu și insolabilitatea, este în măsură să atragă deschiderea procedurii, chiar și în ipoteza prevăzută de art. 1 pct. 2

lit. c) pct. 1 din Legea nr. 85/2006, care are în vedere comerțianții care „nu dețin nici un bun în patrimoniul lor”. În textul de lege respectiv legiuitorul a urmărit în mod prioritar prin formularea menționată să indice o împrejurare în funcție de care este atrasă nu procedura generală ci procedura simplificată iar nu o pretinsă condiție de deschidere a procedurii, aceea a insolvenței totale, deoarece și în acest caz condiția legală generală pentru deschiderea procedurii rămâne tot insolvența, în baza unui alt text de lege. Nu se poate aprecia că insolvența, iar nu lipsa disponibilităților bănești ar fi, dintr-un punct de vedere, doar o parte din insolvențabilitatea totală, în condițiile în care și aceste disponibilități constituie tot bunuri (în esență și banii sunt tot o marfă), deoarece insolvența, ca instituție juridică are un conținut mai larg decât lipsa disponibilităților bănești. Prin urmare, în cazul în care se deschide procedura în ipoteza prevăzută de art. 1 alin. (2) lit. c) pct. 1 lipsa bunurilor se are în vedere pentru dispunerea procedurii simplificate iar nu generale, dar pentru deschiderea acesteia se are în vedere tot condiția insolvenței, în baza textelor de lege aplicabile sub acest aspect. Este fundamental greșită, așadar, opinia exprimată în doctrina juridică, în sensul că în mod excepțional, în ipoteza respectivă, insolvențabilitatea ar putea constitui un fundament al procedurii insolvenței în forma simplificată.

Existența stării de solvabilitate/insolvabilitate, adică a dezechilibrului dintre activ și pasiv poate influența însă/doar modalitatea procedurii ce se va aplica debitorului. Un activ ridicat ca valoare oferă și posibilitatea reorganizării (deși în practică activele suficiente pentru acoperirea creanțelor atrag adeseori aplicarea procedurii falimentului mai ales la insistența creditorilor și lichidatorului, pentru realizarea cât mai rapidă și facilă a creanțelor, respectiv, a retribuției pentru atribuțiile îndeplinite) iar un activ redus față de pasiv nu poate susține continuarea activității și împinge debitorul către faliment, către cota falimentară, în raport cu care fiecărui creditor i se vor face distribuiri din valoarea obținută în urma valorificării bunurilor, potrivit ordinii prevăzute de legea specială, fără a fi șanse depline, de cele mai multe ori, să se acopere integral toate creanțele și nici să se susțină o reorganizare.

În cuprinsul Legii nr. 64/1995 se mai folosea și expresia „încetarea de plăți” în sens sinonim cu „insolvența”. Or, în realitate sinonimia

celor doi termeni nu era totală. Astfel, încetarea de plăți are o arie mai extinsă decât insolvența, în cuprinsul ei intrând nu numai încetarea plăților pentru lipsa mijloacelor de plată dar și refuzul de plată, în sensul că deși există disponibilitățile bănești necesare, debitorul consideră că nu datorează în tot sau în parte creanța. Prin urmare, adoptarea prin Legea nr. 85/2006 a termenului de „insolvență” a constituit și o schimbare de conținut a acestuia, nu numai de formă.

§3. Conținutul insolvenței

Aspectul definitoriu, care ține de esența insolvenței, indiferent de forma acesteia, îl constituie lipsa fondurilor bănești pentru plata datoriilor (certe, lichide și) exigibile. Sub acest aspect, nu există procedură fără insolvență și nu există insolvență fără insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor scadente.

Insolvența este o stare de fapt obiectivă, rezultând din opunerea, compararea cuantumului total al creanțelor pretinse împotriva debitorului și care îndeplinesc condițiile legale, cu sumele de bani de care dispune debitorul.

Insuficiența sau lipsa fondurilor bănești poate fi totală sau parțială în raport cu ceea ce trebuia plătit și, în orice caz, fondurile deținute nu acoperă integral suma debitelor cumulate existente. În raport cu acest din urmă aspect legiuitorul a utilizat termenul „insuficiența” iar nu și lipsa (totală) a disponibilităților, pentru că aceasta din urmă se subînțelege (în ideea că dacă mai puțin e suficient pentru a produce un efect, atunci mai mult va produce cu siguranță acel efect).

Fondurile bănești avute în vedere pot fi toate felurile de fonduri bănești ale debitorului – sumele de bani din casierie, din conturile bancare, valori mobiliare încasabile la vedere, împrumuturi (în sensul unei linii de credit sau altele similare) și efecte de comerț etc. Ele trebuie să fie disponibile pentru plată și să nu fie de proveniență ilicită, frauduloasă, sau cu efect ruinător (de exemplu, vânzarea mărfurilor în pierdere, contractarea unui împrumut cu dobânzi exorbitante, emiterea de efecte de comerț din simplă „curtoazie”), altfel se va justifica deschiderea procedurii, pentru că plățile pe această cale, din astfel de fonduri,

nu au efect de redresare ci de agravare, de degradare în plus a situației financiare a debitorului. Judecătorul sindic este îndreptățit, în cazul în care sunt indicii că ar fi necesar, să verifice în cadrul judecății proveniența fondurilor bănești utilizate de debitor pentru a-și asigura efectuarea unor plăți regulate, în raport cu rolul activ prevăzut de art. 129 C. proc. civ.

§4. Probarea insolvenței

Obiectul probei vizează, în sens larg (cel restrâns s-ar referi strict la insuficiența disponibilităților bănești, dar în concret legea nu se rezumă în privința insolvenței doar la acest aspect), condițiile care trebuie să fie îndeplinite din punct de vedere legal pentru deschiderea procedurii și anume:

1. Debitorul să facă parte din categoria prevăzută de lege (domeniul de aplicare, potrivit art. 1 din lege);
2. Existența unei creanțe certe, lichide și exigibile (exigibilitatea comportând, în mod specific, aspecte diferite, în raport cu elementul cronologic, în cazul insolvenței obișnuite, a celei prezumate sau a celei iminente) și în cuantum mai mare decât valoarea prag stabilită legal;
3. Insuficiența disponibilităților bănești.

Dacă se pot proba primele două dintre condițiile enumerate, în legătură cu cea de-a treia condiție privind insuficiența disponibilităților bănești, legiuitorul a instituit în cazul cererii introductive a creditorului, în beneficiul acestuia, prezumția că debitorul se află în stare de insolvență, că starea de insolvență a debitorului este vădită, adică este probată și sub aspectul insuficienței disponibilităților bănești. În raport cu această prezumție debitorul poate, însă, să administreze proba contrară.

În cazul insolvenței iminente, pe lângă dovada privind condiția referitoare la o creanță certă și lichidă, este necesar ca dovada privind data scadenței și a lipsei disponibilităților să vizeze un moment ulterior față de acela al cererii introductive.

Nu se poate deschide procedura împotriva unei persoane solvabile, care se bucură de credit și, mai ales, care face față plăților în mod

regulat, la termen, sub rezerva, însă, de a nu întrebuița în acest scop mijloace ruinătoare sau frauduloase. Aceasta, în ideea că starea de insolvență, inclusiv în cazul insolvenței vădite, nu înseamnă obligatoriu o situație iremediabilă, altfel nu s-ar mai putea pune nici problema redresării debitorului pe calea reorganizării judiciare.

4.1. Aspecte specifice

Starea de insolvență poate implica și alte manifestări exterioare patrimoniului debitorului. Nu numai neplata la scadență poate fi manifestarea insolvenței, aceasta din urmă putând determina și alte conduite: fuga celui aflat în stare de insolvență, închiderea întreprinderii, greve, concedieri masive, întrebuițarea de mijloace ruinătoare sau frauduloase, precum și neprezentarea debitorului în instanță, neformularea unor apărări sau nedovedirea acestora. Acestea pot, însă, constitui doar indicii în plus, dovezi în completare pentru reținerea stării de insolvență, în raport cu care încetarea plăților poate fi apreciată ca notorie, rezultând din fapte neîndoielnice etc. La fel, în cazul cererii introductive formulate de către debitor, în cazul nedepunerii unor acte, acestei situații i se poate atribui de către legiuitor valoare de „recunoaștere” a stării de insolvență.

Cu privire la unele dintre manifestările menționate este necesară aprofundarea analizei, astfel cum se va arăta în continuare.

Neplata la scadență

Faptul relevant tipic pentru starea de insolvență este neplata la scadență a datoriilor. Acestea din urmă constau, în primul rând, în obligația de a da, fie că este vorba de numerar, fie de mărfuri. Dacă obligația de a da este referitoare la mărfuri (bunuri) iar nu la o sumă de bani, poate justifica aceasta deschiderea procedurii, față de actuala definiție a insolvenței? Referitor la acest aspect trebuie avut în vedere că legiuitorul român s-a rezumat să considere drept esențială pentru insolvență doar insuficiența, lipsa disponibilităților bănești iar nu și a altor bunuri; de asemenea, a avut în vedere, în conformitate cu art. 3 alin. (1), (6) și (12),

creanțele exprimate sau exprimabile în sume de bani. Pe de altă parte, din prevederile art. 69 din lege, rezultă că în procedura insolvenței pot fi declarate și creanțe care nu sunt exprimate sub forma unei sume de bani, dar acestea vor fi, în mod obligatoriu, calculate în valoare monetară (în lei), la valoarea nominală de la data deschiderii procedurii, iar potrivit art. 72 alin. (1) și art. 74 alin. (1) din lege, atât în tabelul preliminar cât și în tabelul definitiv de creanțe se înscrie valoarea în lei a creanțelor. Prin urmare, trebuie să se facă distincțiile corespunzătoare între cerința caracterului cuantificabil în bani al creanței și, pe de altă parte, modul de exprimare al obiectului acesteia, precum și în privința acoperirii pasivului în cadrul procedurii pe calea distribuirii de sume bănești, ca regulă [dispozițiile art. 95 alin. (6) lit. E, ale art. 132 alin. (2) prevăd și posibilitatea distribuirii bunurilor debitorului către creditorii dar, în fapt, o astfel de posibilitate constituie o excepție]. Aceasta înseamnă că atât în cazul cererii introductive cât și al declarațiilor de creanță ulterioare, obiectul creanțelor invocate prin acestea trebuie să fie exprimat sau să fie cuantificabil în bani, calcularea tuturor creanțelor în bani, în cadrul procedurii, fiind obligatorie. În cazul obligației de a da referitoare la bunuri, aceasta este, evident, cuantificabilă în bani, sub aspectul valorii bunurilor.

În raport cu cele arătate mai sus, nu considerăm valabilă în dreptul intern definiția pe care unii autori încă o mai dau stării de insolvență, fără să țină cont de specificul reglementării interne, în sensul că în aceasta stare se află debitorul care nu mai poate face față pasivului exigibil cu activul disponibil. Autorii în discuție au în vedere legea franceză în materia insolvenței. Potrivit acestei legi, insolvența este definită ca fiind situația de încetare de plăților, în care debitorul nu mai poate face față pasivului exigibil cu activul disponibil. Legea nr. 85/2006 definește insolvența în mod diferit, cu consecințe specifice – de exemplu, în legea română nu se mai acceptă exonerarea debitorului în baza refuzului (justificat) de plată. Sub aspect general, din pasivul exigibil, respectiv, din activul disponibil pot face parte mai multe elemente decât creanțele, respectiv, disponibilitățile bănești. O definiție a insolvenței ca aceea redată anterior este valabilă în măsura în care reglementarea legală are în vedere nu numai disponibilitățile bănești, ci întregul activ disponibil, incluzând nu numai sumele de bani disponibile ci multitu-

dinea activelor realizabile imediat sau pe termen scurt (efectele de comerț cu termen scurt, valori mobiliare cotate etc.). Legea franceză are în vedere în mod expres „activul disponibil” și, prin urmare, o astfel de definiție poate fi perfect valabilă potrivit legii franceze, dar nu și în raport cu reglementarea română, care în definirea insolvenței nu are în vedere „activul disponibil” integral ci doar disponibilitățile bănești (insuficiența acestora) existente în casierie, soldul creditor al conturilor etc.

Refuzul de plată

Procedura insolvenței nu se deschide decât dacă debitorul se află în stare de insolvență. Debitorul aflat în stare de insolvență nu plătește nu pentru că nu vrea ci pentru că nu poate să plătească (nu are cu ce anume). Definiția insolvenței din Legea nr. 85/2006 nu mai permite, nu mai face referire la refuzul de plată, ca element intențional, cum se făcea în Legea nr. 64/1995, deoarece practic nu are relevanță pentru deschiderea procedurii motivul pentru care debitorul nu plătește ci doar dacă se află sau nu în stare de insolvență (prin urmare, reglementarea expresă anterioară privind refuzul de plată avea un caracter suplimentar). Chiar și ceea ce se invocă în susținerea refuzului de plată nu are relevanță în sine ci poate constitui obiectul analizei pe condiția de fond privind existența sau nu a creanței.

*

Deschiderea procedurii se va dispune chiar dacă debitorul se găsește doar într-o imposibilitate trecătoare de a face plăți. De altfel, despre ce caracter „trecător” ar putea fi vorba când imposibilitatea durează cele 30 de zile la care face referire expresă art. 3 alin. (1) lit. a), la care se adaugă perioada dintre data cererii introductive și momentul judecății acesteia, în care trebuie să se fi menținut lipsa disponibilităților; imposibilitatea trecătoare de plată trebuie dovedită a se fi remediat într-un termen rezonabil, pe care legiuitorul l-a și asigurat în cuprinsul legii. Practic, perioada de timp astfel scursă indică o stare durabilă, iar nu doar trecătoare. Deschiderea procedurii se face pentru o insolvență actuală, cu excepția insolvenței iminente. Nu este obligatoriu, însă, ca lipsa disponibilităților să fie iremediabilă.

Pe de altă parte, nu este cazul să se recurgă la procedura insolvenței în scopul intimidării unui debitor care refuză plata, indiferent de buna sau reaua credință a acestuia sau în alt scop decât acela prevăzut de art. 2 din lege.

În raport cu actuala reglementare a condițiilor obiective de intrare în procedură nu este cazul să se mai facă nici vreo distincție între încetarea plăților și suspendarea lor. În reglementarea Codului comercial se considera că încetarea plăților nu este 100% relevantă pentru starea de insolvență, putând fi vorba și de un refuz de bună credință sau de un dezechilibru financiar or suspendare temporară a plăților, astfel că nefiind vorba de o situație permanentă, nu se poate reține existența insolvenței. Oricum, procedura se deschide pentru o insolvență actuală iar nu pentru una trecută.

Pe de altă parte, s-a susținut că încetarea plăților ar implica o stare ireversibilă, incompatibilă cu „redresarea”, astfel că încetarea plăților ar trebui înlocuită cu suspendarea plăților, ceea ce ar sugera ideea unei stări temporare, de natură să permită reluarea plăților în baza desfășurării procedurii insolvenței. Or, acestea sunt aspecte subiective, care nu înlătură aspectele obiective de esența insolvenței și, de altfel, chiar dispozițiile Legii nr. 85/2006 reglementează procedura reorganizării judiciare, în scopul redresării debitorului.

Mărturisirea debitorului

Mărturisirea (recunoașterea) este prevăzută ca mijloc de probă în Codul civil. Omisiunea prevederii ei în mod expres ca mijloc de probă în Codul de procedură civilă reprezintă o anomalie din punct de vedere juridic.

Debitorul susține, practic, în cazul cererii introductive pe care o formulează, că s-ar afla în insolvență, adică într-o situație patrimonială care nu îi permite să îi plătească pe creditorii; aceasta, inclusiv în ipoteza insolvenței iminente, în care, deși nu a refuzat încă să facă vreo plată, situația patrimonială în discuție este una anticipată, proiectată în viitor. După cum vom mai arăta și ulterior, în secțiunea privind analiza dispozițiilor art. 28 alin. (2) din lege, o astfel de susținere în cererea introductivă a debitorului nu constituie în sine o recunoaștere propriu-zisă, ci

a fost ridicată doar anterior de către legiuitor la această valoare. Oricum, mărturisirea trebuie să aibă o acoperire în documentele contabile, care, de altfel, trebuie obligatoriu să însoțească cererea. Prin urmare, în acest context mărturisirea nu poate fi considerată, de regulă și sub aspect juridic, drept o probă suficientă a insolvenței, inclusiv în cazul cererii debitorului.

Nu suntem de acord cu opinia exprimată în doctrina juridică în sensul că „prin cererea debitorului acesta recunoaște (în sensul propriu-zis) starea de insolvență și, practic, nu mai este nimic de dovedit”. Aceasta, în primul rând deoarece recunoașterea ar putea fi nesinceră (urmărind blocarea altor demersuri ale creditorilor în realizarea creanțelor împotriva debitorului, înlăturarea controlului acționarilor asupra societății etc.) și astfel s-ar gira unele demersuri frauduloase din partea debitorului.

În opinia criticată se mai reține că într-un astfel de caz se poate face dovada contrară recunoașterii, astfel: 1) creditorii ar avea la îndemână opoziția prevăzută de art. 32 alin. (2) din lege; 2) creditorii, cât și alte persoane interesate, cum ar fi acționarii debitorului, ar putea face cerere de intervenție în interes propriu; 3) orice persoană interesată ar putea face recurs împotriva unei încheieri dată într-o procedură necontencioasă, așa cum este aceea declanșată la cererea debitorului, conform art. 336 alin. (3) C. proc. civ.

Or, este adevărat că creditorii au posibilitatea formulării opoziției, dar în raport cu prevederile art. 149 din lege nu considerăm că, de regulă, dispozițiile din dreptul comun privind formularea cererii de intervenție ar fi compatibile cu dispozițiile legii insolvenței sau, cel puțin, că legiuitorul ar fi avut în vedere posibilitatea formulării unor cereri de intervenție în interes propriu în judecata cererii introductive formulate de debitor. Opinia în discuție comportă o contradicție în termeni: se susține caracterul necontencios al judecării cererii debitorului, dar nu se observă că reținându-se posibilitatea formulării, în cadrul acesteia, a unor cereri de intervenție, judecata capătă caracter contencios, ceea ce ar însemna, în aplicarea art. 335 C. proc. civ., că ar trebui respinsă cererea introductivă pentru acest motiv. Practic, orice cerere introductivă a debitorului ar putea fi înlăturată astfel, dar evident interpretarea legii speciale potrivit opiniei în discuție este în sensul

neaplicării iar nu al aplicării acesteia, astfel că opinia nu poate fi apreciată ca valabilă. De asemenea, dispozițiile legii speciale prevăd în mod expres pentru creditorii posibilitatea formulării opoziției, iar aceste dispoziții ar fi lipsite de conținut dacă s-ar putea formula de creditorii, anterior, o cerere de intervenție; înlocuirea unui act de procedură prevăzut de legea specială cu altul, prevăzut de dreptul comun este contrară principiului *specialia derogant generalibus*. Avem rezerve și în legătură cu compatibilitatea dispozițiilor art. 336 alin. (3) C. proc. civ. în raport cu Legea nr. 85/2006, considerând că nu orice persoană interesată poate face recurs împotriva hotărârii prin care s-a soluționat cererea debitorului, dacă nu a fost parte la judecata în primă instanță (dar poate formula cerere de intervenție într-un recurs formulat de o persoană având calitate procesuală activă în acest sens). Aceasta, în condițiile în care cel puțin în etapa respectivă, potrivit Legii nr. 85/2006 procedura are legătură cu debitorul și, cel mult, cu creditorii, dar chiar pentru aceștia din urmă legiuitorul a prevăzut nu recursul, ci opoziția. Dacă s-ar accepta, ca regulă, posibilitatea formulării cererilor de intervenție, principiul celerității procedurii nu ar mai putea fi respectat, cu siguranță.

De asemenea, tot referitor la insuficiența mărturisirii ca probă, recunoașterea debitorului poate interveni și în cazul cererii introductive a creditorilor, ipoteză în care se prevede, însă, clar că aceștia trebuie să-și dovedească creanța, iar insolvența, în sens restrâns, este prezumată și, prin urmare, mărturisirea nu ar avea același regim în cele două cazuri. În plus, așa cum am mai arătat, pe ce s-ar baza, împotriva a ce ar fi îndreptată (ca motivare) opoziția creditorilor, doar împotriva recunoașterii debitorului?

Principalul argument în sensul discutat este însă formularea textelor art. 27 și 28 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 (în care nu se face referire la recunoaștere și, respectiv, se prevede obligativitatea depunerii actelor contabile) și mai ales conținutul art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 în formularea inițială a acesteia, în raport cu care abia nedepunerea vreuneia dintre informațiile cerute potrivit alin. (1) era considerată de legiuitor o recunoaștere a stării de insolvență. În rest, legiuitorul a avut în vedere declararea intenției de reorganizare de către debitor, care, însă, are mai puțin o relevanță probatorie a insolvenței, cât are o rele-

vanță procedurală, în privința modalității procedurii de urmat, iar formularea menționată nu implica și o apreciere concretă a legiuitorului în sensul că ar fi vorba de o recunoaștere propriu-zisă ci prevedea că în cazul nedeunerii unor acte cererea introductivă a debitorului „va fi considerată o recunoaștere a stării de insolvență a patrimoniului”. Oricum, prin Legea nr. 277/2009 dispozițiile art. 28 alin. (2) au fost modificate în sensul că dacă debitorul nu dispune, la momentul înregistrării cererii introductive, de vreuna dintre informațiile prevăzute la alin. (1) lit. a)-f) și h), va putea înregistra acea informație la tribunal în termen de 5 zile, iar dacă nu o va face, va fi decăzut din dreptul de a propune un plan de reorganizare. În raport cu această modificare, a fost înlăturată formularea expresă din textul de lege care ridică problema eventualei interpretări la nivelul unei prezumări a recunoașterii stării de insolvență de către debitor, în condițiile în care, de altfel simpla idee a prezumării unei probe (cum este recunoașterea) era discutabilă. Desigur, indiferent de această modificare, s-ar putea susține în continuare, în contextul opiniei criticate, că recunoașterea stării de insolvență se face prin chiar formularea cererii introductive de către debitor, dar după cum am arătat, din economia dispozițiilor Legii nr. 85/2006 rezultă că starea de insolvență trebuie dovedită, cel puțin în raport cu anumite acte, indiferent de titularul cererii introductive, iar recunoașterea nu poate fi reținută ca o probă suficientă, eventuala ei luare în considerare putând justifica cel mult inutilitatea unei probe cu interogatoriu. Spre deosebire de prezumția instituită potrivit art. 3 pct. 1 lit. a), care privește doar una dintre condițiile a căror îndeplinire trebuie dovedită pentru existența insolvenței și se justifică prin faptul că titularul creditor al cererii introductive nu are acces la evidențele contabile ale debitorului pentru a susține insuficiența disponibilităților bănești ale acestuia, iar debitorul are posibilitatea administrării probei contrare, în cazul propriei cereri introductive debitorul este în măsură pe deplin să probeze toate condițiile cerute de lege pentru existența stării de insolvență, nejustificându-se vreo prezumare a acestei stări.

Deschiderea procedurii va interveni în cazul cererii debitorului și fără prezența creditorilor, dar cei interesați dintre aceștia vor putea face opoziție, putând dovedi că a fost vorba de o eroare a debitorului sau de intenția acestuia, prin formularea cererii, de fraudare a creditorilor.

Anterior, sub imperiul Codului comercial, debitorul avea posibilitatea de a se adresa creditorilor urmărind să obțină reducerea debitului printr-un concordat sau o rescadențare.

*

Mijloacele de probă pentru dovedirea îndeplinirii condițiilor legale de deschidere a procedurii și implicit a manifestărilor exterioare, nu sunt avute în vedere expres, cu acest titlu de către legiuitor în cuprinsul Legii nr. 85/2006, în afară de prezumția din art. 3 alin. (1) lit. a). În raport cu prevederile art. 149 din lege și dreptul comun, pot fi avute în vedere ca mijloace de probă înscrisurile, expertizele etc. Nu sunt încuviințate adeseori în practica judiciară proba cu martori, interogatoriul, în primul rând pentru nota de subiectivitate pe care o pot induce. În cuprinsul lucrării, la analiza fiecărei condiții legale de deschidere a procedurii se vor mai face referiri la mijloacele de probă, cu indicarea, inclusiv, a unor aspecte specifice în contextul respectiv.

Secțiunea 2. Categoriile ale insolvenței

§ 1. Insolvența de gen

Dispozițiile art. 3 alin. (1) parag. 1 din Legea nr. 85/2006 definesc în mod generic insolvența, pe baza elementului esențial – fondurile bănești disponibile, deci definesc genul acestei instituții juridice. Lipsa unei raportări exprese la elementul timp în cuprinsul definiției nu exclude, ci dimpotrivă, implică o astfel de raportare în procesul de aplicare practică a definiției respective. Cu alte cuvinte, chiar dacă definiția nu exprimă expres, la trecerea ei din domeniul abstract în cel concret va apare în mod inerent și delimitarea în timp a situației definite. Prin urmare, în procesul de aplicare, dispozițiile art. 3 alin. (1) parag. 1 trebuie înțelese în sensul că insolvența reprezintă insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile, intervenită la un moment dat și anume, la momentul rezultând din chiar formularea textului de lege, acela al scadenței datoriilor (creanțelor). Astfel, definiția de gen a insolvenței trebuie avută în vedere în plan

practic drept insolvența în sens obișnuit („insolvența”), insolvență care este actuală, intervenită la momentul scadenței, când intervine și neplata și insuficiența disponibilităților bănești, în raport cu acestea putându-se stabili data intervenirii insolvenței. În acest context, subliniem că nu suntem de acord cu opiniile exprimate în doctrina juridică în sensul că dispozițiile Legii nr. 85/2006 lasă nereglementată insolvența actuală; după cum am arătat, insolvența actuală poate fi în mod facil definită în raport cu prevederile existente în lege, chiar dacă nu este vorba de o definiție expresă ci de una implicită, pe cale de interpretare, care poate să rămână neobservată doar din comoditate și superficialitate. Nu este valabilă nici susținerea în sensul că, fie în cazul cererii creditorului fie a debitorului, nu se poate ști momentul în care a apărut efectiv insolvența ci numai momentul în care aceasta a fost relevată. Primul dintre aceste momente poate fi stabilit, după cum am mai arătat. Faptul că creditorul observă insolvența ca stare de fapt ulterior apariției ei, că debitorul are 30 de zile pentru a formula cererea introductivă, ca și creditorul, care are obligația de a lăsa să treacă cele 30 de zile și, de asemenea, că judecata privind existența insolvenței se finalizează și mai târziu, nu înseamnă negarea reglementării insolvenței actuale. Practic, atât în cazul dispozițiilor art. 3 pct. (1) lit. a) cât și ale art. 27 alin. (1) din lege nu avem de a face cu altceva decât cu insolvența actuală la care se adaugă termenele de 30 de zile menționate, termene care sunt relevante, însă, doar sub aspect procedural.

Dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a), respectiv, lit. b) din lege fac distincție între categoria (specia) insolvenței prezumată ca fiind vădită și, respectiv, categoria insolvenței iminente, definindu-le pe fiecare. Criteriul de diferențiere între cele două categorii se referă la exigibilitate, raportată în plan cronologic sau, altfel spus, la momentul neplății la scadență. Astfel, insolvența prezumată ca fiind vădită implică nu numai împlinirea termenului de scadență ci și scurgerea ulterioară a unui termen de cel puțin 30 de zile de la data scadenței, în timp ce în cazul insolvenței iminente nici măcar termenul de scadență nu este împlinit, dar se probează faptul că la împlinirea acestuia, în viitor, creanța nu va putea fi plătită cu sumele disponibile care vor exista la acel moment. Prin urmare, în cazul insolvenței iminente, la deschiderea procedurii creanța nu este exigibilă și cu atât mai mult nu au trecut și cele 30 de zile.

Aparent, fără explicațiile de mai sus astfel cum vor fi dezvoltate în continuare, din dispozițiile menționate nu rezultă că legiuitorul ar fi urmărit să definească insolvența obișnuită în raport cu elementul cronologic, adică chiar insolvența deja intervenită, actuală. În plus, este și greu de ales, în fapt, o denumire adecvată pentru insolvența respectivă, în condițiile în care reglementarea legală românească nu are în vedere în mod expres, la deschiderea procedurii, stabilirea datei apariției insolvenței, cum avea reglementarea Codului comercial sau cum au alte reglementări naționale. În mod obișnuit, data la care intervine efectiv insolvența este data scadenței, pentru că la acea dată intervine lipsa disponibilităților bănești și, din cauza acesteia intervine și neplata debitului, dar pentru introducerea cererii de deschidere, în cazul în care titularul acesteia este creditorul, legiuitorul a prevăzut și condiția curgerii în plus a unui termen de 30 de zile de la data scadenței.

După cum s-a arătat în raport cu dispozițiile art. 3 alin. (1) paragraf. 1, trebuie avută în vedere egalitatea dintre insolvența ca definiție de gen cu insolvența actuală, intervenită („insolvența” obișnuită), chiar dacă nu este vorba de o definiție expresă ci de una implicită cu privire la această insolvență. Pentru lămurirea sub acest aspect trebuie avut în vedere și că insolvența obișnuită, ca și cele două specii ale insolvenței la care se referă art. 3 alin. (1) lit. a) și b), sunt vizate de legiuitor în mod expres în raport cu formularea cererii introductive pentru deschiderea procedurii de către creditor, respectiv de către debitor, totodată cu utilizarea termenului generic de insolvență în cuprinsul legii. În cazul creditorului, legiuitorul are în vedere în mod expres doar insolvența prezumată ca fiind vădită [art. 31 alin. (1)]. În cazul cererii introductive a debitorului, potrivit art. 27 din lege, prin aceasta se poate invoca insolvența (obișnuită) și insolvența iminentă, niciodată, însă, și insolvența prezumată ca vădită.

Aspecte similare insolvenței obișnuite și tuturor speciilor de insolvență, referitor la creanță, sunt caracterul cert și lichid al acesteia. În ceea ce privește caracterul exigibil al creanței, termenul de 30 de zile prevăzut de art. 27 alin. (1) are alt sens decât cel prevăzut de art. 3 alin. (1) lit. a), în sensul că nu indică exigibilitatea la 30 de zile. În cazul insolvenței iminente, exigibilitatea la 30 de zile este înlocuită cu proiecția în viitor a scadenței. În cazul cererii introductive a debitorului, pentru

insolvența obișnuită exigibilitatea nu mai e prevăzută după un termen de 30 de zile. În cazul insolvenței prezumată ca fiind vădită se adăugă prezumția de insolvență vădită (probată), fără a se cere creditorului să probeze efectiv și insolvența sub aspectul esențial, acela privind insuficiența disponibilităților bănești.

Dacă de la data cererii introductive a debitorului prin care s-a invocat insolvența iminentă, până la momentul judecății cererii insolvența a intervenit deja (adică, a intervenit neplata la scadență), atunci la acest din urmă moment judecătorul sindic va reține existența insolvenței obișnuite, actuale. Reiterăm faptul că în acest caz, prevăzut de art. 27 alin. (1), termenul de 30 de zile, spre deosebire de cel prevăzut pentru cererea introductivă a creditorului, nu se adaugă condiției exigibilității, debitorul nefiind obligat să aștepte împlinirea lui pentru a formula cererea, ci dimpotrivă trebuie să formuleze cererea în interiorul acesteia, în principiu, cât mai devreme. Prin urmare, în contextul insolvenței actuale, debitorul poate și trebuie să indice și data la care s-a instalat insolvența (data scadenței). Creditorul nu poate indica în cererea sa introductivă, de regulă, decât aspectele legate de creanța sa, iar nu și pe cele privind patrimoniul debitorului, referitor la insuficiența disponibilităților bănești, deci practic nu poate indica o dată a insolvenței, certă în raport cu toate elementele insolvenței.

§2. Insolvența prezumată ca fiind vădită [art. 3 alin. (1) lit. a)]

Este categoria de insolvență cea mai frecventă în reglementarea actuală, fiind specifică (exclusiv) cererilor introductive ale creditorilor, care, la rândul lor, sunt cele mai frecvente dintre cererile introductive.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006 insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori.

Simplul fapt al neachitării de către debitor a unei creanțe existente împotriva lui, având caracterul prevăzut de art. 3 alin. (6) (cert, lichid și exigibil de 30 de zile de la scadență) conferă creditorului dreptul de a cere deschiderea procedurii, fără a avea relevanță motivul pentru care nu s-a efectuat plata. De la data scadenței termenul de 30 de zile curge

de drept, fără a fi necesară vreo formalitate prealabilă, cum ar fi punerea în întârziere, procedura concilierii prevăzută de art. 720¹ C. proc. civ. etc.

De asemenea, curgerea termenului de 30 de zile trebuie să intervină față de fiecare parte (creanță) distinctă din creanța totală invocată de creditor prin cererea introductivă. Pentru creanțele altor creditori decât titularul cererii introductive nu se pune problema îndeplinirii acestei cerințe; nu trebuie confundat, însă, acest termen cu termenul de scadență în sine, în raport cu care declarațiile de creanță pot privi doar creanțele anterioare (datei) deschiderii procedurii, în cazul în care scadența intervine după deschiderea procedurii, fiind vorba de creanțe ulterioare, născute în timpul procedurii, pentru care este prevăzut un regim juridic adecvat, de la caz la caz (creanțe născute din executarea contractelor aflate în derulare la data deschiderii procedurii, din aplicarea unui plan confirmat etc.).

Termenul în discuție a fost prevăzut de către legiuitor pentru a preveni posibilitatea deschiderii procedurii în ipoteza în care debitorul nu plătește pentru că se află într-o imposibilitate doar temporară de plată. Prin urmare, față de debitor, beneficiul acestui termen este acela de a întârzia depunerea cererii introductive la un moment ulterior celui al neplății la scadență. În acest sens, după neplata la scadență de către debitor, creditorul ar trebui să aștepte 30 de zile înainte de a introduce cererea introductivă. În practică, însă, beneficiul respectiv al debitorului, nu este de obicei resimțit, sesizabil. Astfel, teoretic judecătorul sindic ar putea respinge ca fiind prematură (sau ca inadmisibilă, din moment ce este vorba de o lege prin care se reglementează o procedură și de nerespectarea unui element al acesteia), o cerere introductivă formulată mai devreme de împlinirea termenului de 30 de zile, dar de regulă între data introducerii cererii (când în lipsa unei dispoziții corespunzătoare de procedură nu se poate verifica cererea și eventual respinge ca prematură) și primul termen stabilit pentru judecata acesteia, la care judecătorul sindic ar putea efectiv aplica sancțiunea prematurității cererii, termenul de 30 de zile se și împlinește, astfel că odată ce la termenul de judecată este îndeplinită condiția exigibilității la 30 de zile, nu se mai justifică reținerea prematurității cererii ci a stării de insolvență actuală, cu consecința deschiderii procedurii. Recurgerea la o interpretare în sensul că la momentul judecății ar trebui să se rețină