

PROCEDURA DE INSOLVENȚĂ ȘI ACȚIUNEA ÎN ANULARE ÎNTRE TEORIE ȘI PRACTICĂ

Jurist Mihaela- Luminița STROIA

(Abstract)

The start of the judicial reorganization or bankruptcy can lead to the conclusion of the fact that the insolvency declaration of the trader is not due to a normal business risk, or not only to this, but also due to some debtor's fraudulent schemes that anticipated the insolvency and thus disposed important assets of its heritage, thereby eluding the general pledge rights of the creditors.

For reasons of psychology or cold calculation, prior to the opening of insolvency proceedings, the debtor who knows that soon the financial collapse can take place, can try to outsource important assets to hide them from creditors pursuing.

In order to obtain cash, the debtor will accept, even in ruinous conditions, to close guarantees over certain assets in favor of lenders who put such conditions to continue to fund the debtor's business, to pay some creditors over others.

The insolvency law organizes an action for annulment of the legal acts, concluded by the debtor in the „suspect period”, to which it attaches a presumption of fraud over the creditors, action aimed for the reunion of the debtor's assets of the creditors and to put the creditors in an equal competitive position, regarding the goods that are to be allocated.

Keywords: *insolvency, annulment action, creditor, fraudulent, debtor, prejudice, suspect period*

1. ACȚIUNEA PENTRU ANULAREA UNOR ACTE ALE DEBITORULUI

Practica ultimilor ani relevă numeroase încercări ale debitorului de a-și „amenaja” procedura, în sensul de a transfera o mare parte a activelor societății, care ulterior va fi supusă procedurii insolvenței, în favoarea unor terți – agenți economici, de regulă – în care acționarii debitorului au importante interese și dețin chiar majoritatea capitalului social. Ținând seama de realitățile menționate mai sus, legiuitorul a reglementat un instrument juridic menit să desființeze actele juridice frauduloase perfectate în perioada suspectă. Este vorba despre acțiunea în anularea actelor juridice încheiate de către debitor cu terțe persoane în dauna drepturilor creditorilor, prin fraudarea acestora.

Este prevăzută în Secțiunea a 4-a din Capitolul 3 (Procedura) unde sunt reglementate măsuri și acțiuni care pot fi exercitate de administratorul judiciar sau de lichidator după deschiderea procedurii, pentru reîntregirea averii debitorului.

Acțiunile introduse de administratorul judiciar în acest scop, inclusiv pentru recuperarea creanțelor sunt scutite de taxele de timbru. Și lichidatorul beneficiază de scutire pentru toate acțiunile și cererile.

În conformitate cu art. 79 din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Aceste măsuri se aplică atât în cazurile de reorganizare sau de lichidare conform unui plan, cât și în cazurile de faliment, în ambele variante ale procedurii.

1.1. Definiție, reglementare și scopul acțiunii în anulare

Acțiunea în anulare e definită în Dreptul Român ca fiind acțiunea ce privește anularea actelor frauduloase, constituirile ori transferurile de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor.

Acțiune în anulare e reglementată de art.79, 80 din Legea 85/2006 privind procedura insolvenței, completată.

Scopul acțiunii în anulare este anularea actului care a lipsit pe debitor, în mod fraudulos, de proprietatea sa și nu declararea creditorilor proprietari ai bunurilor reclamate, ca în acțiunea în revendicare.

Scopul acțiunii în anulare se limitează, deci, la readucerea bunurilor înstrăinate fraudulos în situația de a putea fi urmărite, pentru asigurarea plății creditorilor.

1.2. Originea acțiunii revocatorii

Acțiunea în anulare își are originea în dreptul roman, fiindu-i consacrat Titlul XLII din Digeste(Quae in fraudem creditorum).

Totalitatea trăsăturilor caracteristice acțiunilor în anulare, reglementate în actuala lege a insolvenței, relevă neîndoielnicul lor temei juridic în dispozițiile de reglementare a acțiunii revocatorii pauliene de drept comun care au fost cuprinse în Vechiul Cod Civil în articolul 975 iar în Noul Cod Civil în articolul 1562 cuprins în Titlul V Executarea obligațiilor, capitolul III Mijloace de protecție a drepturilor creditorului , secțiunea a 3-a Acțiunea revocatorie¹

1.3. Natura acțiunii civile ce stă la îndemâna administratorului sau lichidatorului

Atunci când actul a fost încheiat numai în fraudă creditorilor, fără a încălca dispozițiile imperative ale legii se pune problema dacă mijlocul juridic de desființare a actului este într-adevăr acțiunea în anulare.

În acest sens s-a observat astfel că termenul de „anulare” ar trebui să vizeze acte juridice lovite de nulitate relativă, deci pentru cauze

1 A se vedea art. 1562 *Noul Cod Civil Noțiune acțiune revocatorie*

(1) Dacă dovedește un prejudiciu, creditorul poate cere să fie declarate inopozabile față de el actele juridice încheiate de debitor în fraudă drepturilor sale, cum sunt cele prin care debitorul își creează sau își mărește o stare de insolvabilitate.

(2) Un contract cu titlu oneros sau o plată făcută în executarea unui asemenea contract poate fi declarată inopozabilă numai atunci când terțul contractant ori cel care a primit plata cunoștea faptul că debitorul își creează sau își mărește starea de insolvabilitate.

care țin de nerespectarea condițiilor de validitate ale unui act juridic, care sunt anterioare încheierii actului.

S-a considerat în doctrină că nu se poate vorbi de anulare, ci doar de revocarea sau de inopozabilitatea actului, aducându-se o serie de argumente²:

- în sistemul nostru de drept fraudarea intereselor creditorilor este sancționată cu revocarea actului, în temeiul art. 975 din Vechiul Cod civil, respectiv 1562 din Noul Cod Civil;

- numai frauda la lege este sancționată cu nulitatea, nu și frauda adusă intereselor creditorilor prin actele săvârșite de debitorul lor³;

- nulitatea relativă poate fi invocată numai de partea care a încheiat actul juridic și al cărui interes a fost lezat, în vreme ce în cazul procedurii insolvenței legiuitorul a acordat legitimare procesuală activă administratorului sau lichidatorului;

- anularea unui act juridic are drept efect anularea actelor subsecvente prin care dobânditorul bunurilor a transmis drepturi cu privire la bun către alte persoane, legea insolvenței nu reglementează un asemenea efect, efectul specific al anulării actului - repunerea în situația anterioară - nu este recunoscut de legea insolvenței

Așa cum s-a remarcat în doctrina de specialitate, în sistemul nostru de drept fraudarea intereselor creditorilor este sancționată cu revocarea actului fraudulos. De aceea concluzia este că sancțiunea aplicabilă în temeiul prevederilor art. 80 din lege este revocarea și nu anularea actului fraudulos⁴.

Deoarece termenul „anulare” folosit de legiuitor nu corespunde semnificației sale tradiționale, ci ar viza mai degrabă, după caz, fie nulitatea, fie desființarea, respectiv revocarea actului juridic atacat, însă în același timp Legea spune că sancțiunea actelor frauduloase încheiate fraud creditorum este anularea iar nu revocarea actelor⁵.

² Nicoleta Țândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Editura All-Beck, 2000, pag. 126-130. A se vedea și Raul Petrescu, *Drept comercial român*, București, 1996, pag. 218.

³ Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu, *Legea procedurii insolvenței Comentarii și explicații*, Editura C.H.BECK, București, 2006, pag. 481

⁴ A se vedea Nicoleta Țândăreanu, *Efectele patrimoniale și nepatrimoniale ale deschiderii procedurii de reorganizare judiciară*, în „Revista de drept comercial”, nr. 9/1997, pag. 61-72; Raul Petrescu, op. cit, pag. 218.

⁵ A se vedea și I. Schiau, *Situația unor acte juridice ale debitorului în cadrul procedurii reorganizării și lichidării judiciare*, în „Revista de Drept comercial”, nr. 5/1997, pag. 65-68.

În aceste condiții, acțiunea intentată de administrator sau lichidator prezintă o asemănare evidentă cu acțiunea pauliană, care a fost definită în doctrină ca „acea acțiune acordată de lege creditorilor, în scopul de a ataca și a obține revocarea actelor făcute de debitori în fraudă drepturilor lor și în beneficiul unor terți care fie au fost complici la fraudă, fie s-au îmbogățit pe această cale”⁶

Acțiunea pauliană presupune însă îndeplinirea unor condiții, vizând pe creditor și pe terțul dobânditor, care nu sunt prezente în reglementarea legii insolvenței (a - b).

a) Astfel, acțiunea pauliană este o acțiune personală *proprio nomine*, exercitată de creditorii în temeiul dreptului lor de creanță. Față de ceilalți creditorii acțiunea pauliană nu produce nici un efect, revocarea actului profitând numai creditorului care a introdus acțiunea.

De regulă, acțiunea reglementată de art. 80-81 din legea 85/2006 nu este introdusă de creditorii, ci de administrator sau lichidator și, numai dacă administratorul/lichidatorul refuză să o facă, de comitetul creditorilor.

În consecință, dacă acțiunea este introdusă de comitetul creditorilor, calitatea procesuală a acestuia nu suscită discuții, comitetul acționând ca mandatar al creditorilor în fraudă cărora s-ar fi încheiat aceste acte juridice. Suntem deci, indubitabil, în prezența unei acțiuni pauliene, revocatorii, prin care se sancționează actele viclene făcute de debitor în dauna drepturilor creditorilor.

Introducerea acțiunii de către comitetul creditorilor este însă mai mult o ipoteză teoretică, cu atât mai mult cu cât existența unui comitet al creditorilor este condiționată de existența a cel puțin 3 creditorii ai debitorului.

A admite însă că administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar vor introduce o acțiune pauliană, în aplicarea dispozițiilor art. 80 din lege, ar însemna în egală măsură a admite că aceștia se comportă, cel puțin în această situație, ca mandatarii ai creditorilor, exercitând un drept procesual al acestora.

b) Mai mult chiar, doctrina a subliniat, ca o condiție a promovării acțiunii pauliene în materia actelor oneroase, reaua-credință a terțului,

⁶ Mircea N. Costin, Ioan Schiau, Titus Prescure, *Reorganizarea și lichidarea judiciară - analiza de legislație și doctrină*, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag. 57

a cărui participare în complicitate cu debitorul la fraudă este esențială (concertul fraudulos). Ori, acțiunea în anulare ce stă la îndemâna administratorului/lichidatorului va putea fi promovată independent de buna sau reaua-credință a terțului dobânditor.

Dincolo de analogia care constă în scopul comun (reprimarea fraudei creditorului) deosebirile se regăsesc în efecte și în condițiile de exercitarea ale acțiunilor, ca spre exemplu⁷:

- acțiunea bazată pe art. 80 tinde nu numai la sancționarea fraudei, ci și la restabilirea echilibrului șanselor creditorilor, putându-se anula pe această cale acte intangibile pentru acțiunea pauliană, cum sunt plățile și partajele

- ea se introduce numai la tribunal, în vreme ce acțiunea pauliană este supusă regulilor procedurale comune, putând fi introdusă la judecatorie sau tribunal, în funcție de obiect

- promovarea acțiunii pauliene nu este condiționată de prealabila constatare a insolvabilității debitorului

Aceste considerente permit să apreciem că acțiunea introdusă de cei îndreptățiți prin lege nu este o acțiune pauliană propriu zisă, ci o acțiune cu natură distinctă, sui generis⁸.

1.4. Condiții de admisibilitate

Printre condițiile de admisibilitate a acțiunii în anulare se pot menționa :

a) actul juridic a cărui anulare se solicită trebuie să fie un act fraudulos,

cerință care impune ca prin actul contestat debitorul să fi urmărit fraudarea intereselor creditorilor înscriși la masa credală; ca atare, pentru ca acțiunea să poată fi promovată este necesar, așadar, ca debitorul să urmărească sau să conștientizeze măcar că actul săvârșit va conduce, total sau parțial, la destabilizarea activității sale, patrimoniul său putând ajunge într-o stare de insuficiență de fonduri bănești disponibile.

⁷ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, pag. 232-233

⁸ Mircea N. Costin, Ioan Schiau, Titus Prescure, *op. cit.*, pag. 58

Conform art.85 alin.(3) din legea 85/2006 dacă sunt îndeplinite cerințele art.79 și 80 din lege, prin excepție de la regula de drept comun în procedura de insolvență fraudă debitorului insolvent este prezumată, această prezumție e una relativă și poate fi răsturnată de debitor căruia îi revine sarcina probei în acest sens.

În doctrină s-a arătat că intenția de fraudă este greu de dovedit; în schimb, ea rezultă din circumstanțele încheierii actului fraudulos: legătura strânsă existentă între părțile tranzacției, prețuri situate sub prețul real al bunului, etc.

Este posibil ca în cazul unor acte referitoare la drepturi personale nepatrimoniale să se producă și consecințe de ordin material. Dacă debitorul încheie un act juridic prin care cesionează drepturi de proprietate intelectuală, dar prin această transmitere debitorul pierde anumite beneficii, actul de cesiune este anulabil deoarece prejudiciază creditorii. În acest caz, jurisprudența a stabilit că stabilirea valorii de circulație în cazul actelor pretins frauduloase se face prin expertiză de evaluare.

b) actul juridic a cărui anulare se solicită să aibă ca efect prejudicierea creditorilor;

c) complicitatea terțului dobânditor la fraudă, conform art.83 alin.(2) din legea 85/2006 în situațiile prevăzute de art.80 din lege;

d) actul a cărui revocare se cere să fi fost încheiat în perioada suspectă, respectiv în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii colective, perioadă în care unii debitori, simțind apropierea stării de încetare de plăți, încearcă să diminueze efectele negative pentru sine ale insolvenței externalizând fraudulos sau prin mijloace ruinătoare activele de care dispun, își diminuează pasivul în dauna unora dintre creditorii, efectuează plăți fără contraprestație, constituie unele garanții la creanțe neprioritare

e) să nu se fi împlinit termenul prevăzut în art. 81 alin. (1) din Legea 85/2006.

1.5.Perioada suspectă și prezumția relativă de fraudă

Doctrina și jurisprudența denumesc «perioada suspectă» intervalul de timp de maxim 3 ani de dinainte de deschiderea procedurii

insolvenței, când insolvența este iminentă sau actuală, tocmai datorită potențialului ridicat de fraudă în dauna creditorilor.

De lege ferenda pe baza practicii propun ca într-un viitor cod al procedurii de insolvență sau în următoarele modificări ale Legii 85/2006 să se prevadă :

● **introducerea unui expert în diagnostic care să fie numit de instanță,**

persoană specializată pe lângă administratorul judiciar/lichidator la deschiderea procedurii care să analizeze cauzele și împrejurările declanșării stării de insolvență, să se pronunțe asupra viabilității societății (art.54, art.59 din Legea 85/2006), ridicării dreptului de a conduce (art.47alin.5) și care să identifice posibilele acte făcute de debitoare în perioada suspectă ce ar putea face obiectul unor acțiuni în anulare

Apreciez necesară introducerea acestuia în procedură motivat de faptul că prin caracterul facultativ al acțiunii în anulare e lăsată la opțiunea administratorului judiciar/lichidatorului introducerea sau nu a acțiunilor în anulare putând exista situații în care să apară anumite înțelegeri între debitoare și administratorul judiciar/lichidator sau între acesta și anumiți creditori pentru a nu fi introduse asemenea acțiuni în anulare.

● **calcularea termenelor pentru perioada suspectă de anulare a actelor prevăzute de art.79-81 din Legea 85/2006 să nu se facă de la deschiderea procedurii, ci de la data încetării plăților.**

Data încetării plăților se va stabili tot cu concursul expertului în diagnostic.În acest fel se va lărgi în mod justificat perioada pe care se vor putea identifica încheierea actelor prejudiciabile creditorilor din practică rezultând că pot apărea situații în care atât debitorul cu concursul contractantului său sau în mod independent de acesta cunoscând prevederile legii insolvenței și riscurile la care s-ar expune anulării actelor frauduloase prelungesc în mod artificial momentul deschiderii procedurii insolvenței și pronunțării unei încheieri prevăzută de art.32 alin(1).

Suspiciunea derivă din prezumția că debitorul, care simte sau vede apropierea catastrofei, va încerca să diminueze efectele negative

pentru sine ale insolvenței, externalizând fraudulos sau prin mijloace ruinătoare active, diminuându-și pasivul în dauna unora dintre creditorii, efectuând plăți fără contraprestație, constituind garanții pentru creanțe neprioritare etc. Acestei perioade suspecte i se aplică o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor, prezumție care nu se extinde la terțul dobânditor sau sub-dobânditor⁹ (art.85 alin.3).

În lipsa prezumției, administratorul judiciar/lichidatorul, în principal, și creditorii, în subsidiar, ar trebui să dovedească fraudă, întocmai ca la acțiunea revocatorie (pauliană), ceea ce este dezavantajos pentru procedură. Prezumpția de fraudă este prevăzută de lege ca o măsură de protecție a creditorilor contra abuzurilor săvârșite de comerciantul debitor înainte de încetarea plăților sau ulterior acestei date prin înstrăinarea unor bunuri din patrimoniul său.

În literatura de specialitate s-a subliniat că atât în cazul acțiunii pauliene, cât și în cazul acțiunilor revocatorii falimentare, cauza proximă este aceeași – reprimarea fraudei debitorului.

Diferența specifică față de acțiunea pauliană constă într-o serie de circumstanțieri de ordin tehnico-juridic care, analizate global, integrează uniform această acțiune regimului juridic special al procedurii insolvenței, circumstanțieri care se referă în mod special la egalitatea și concursualismul masei credale.

Perioada suspectă este de natură a produce numai revocări concursuale, adică în profitul întregii mase credale, și nu în interesul individual al creditorilor, care nu au calitate procesuală activă în astfel de acțiuni, deci, se protejază unitar întreaga masă credală prin șansa unei reântregiri a activelor falitului, prevalând interesul concursual și nu cel individual.

În plus, revocarea profită chiar și creditorilor ale căror creanțe s-au născut ulterior perfectării actului atacat, împotriva principiilor tradiționale ale acțiunii pauliene.

De altfel, însași denumirea de „perioadă suspectă” folosită în practică pentru a defini perioada anterioară deschiderii procedurii, conține intrinsec ideea de prezumție de fraudă: este suspect ceva ce lasă impresia că ascunde o fraudă¹⁰.

⁹ St. D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, ediția a VIII-a, București, 2008;

¹⁰ Ion Turcu, *Falimentul actuala procedură*, Tratat, Ediția a V-a, Ed Lumina Lex, București, 2005;

Această perioadă diferă ca întindere și moment de început după caracterul gratuit sau oneros al actului juridic încheiat, după raporturile existente între falit și persoana cu care a contractat, după intenția avută de părți la încheierea actului, după cum obiectul actului juridic l-a constituit un bun mobil sau imobil, după cum momentul încheierii lui se situează după pronunțarea sentinței declarative de faliment sau anterior pronunțării acestei sentințe¹¹. În prezența prezumției de fraudă, administratorul judiciar, lichidatorul sau, în subsidiar, comitetul creditorilor, nu va fi obligat să dovedească cele susținute în acțiune, ci numai existența unor fapte vecine și conexe care să declanșeze prezumția, adică încheierea actului în perioada suspectă (art. 79) și, cumulativ, că actul a fost încheiat în perioada suspectă, în condiții neobișnuite ce depășesc limitele activității normale a debitorului și îndeplinește și celelalte condiții aferente (art. 80). Pentru a nu pierde procesul, debitorul va trebui să facă dovada contrarie, adică a caracterului ne-fraudulos al contractului, adică a faptului că nu există fraudă (art. 79) sau că actul a fost încheiat în condițiile normale ale activității sale curente. Co-contractantul debitorului, asupra căruia nu se extinde prezumția de fraudă, nu va trebui decât să dovedească faptul că actul a fost încheiat în condițiile normale, obișnuite ale activității debitorului. Din perspectiva finalității acțiunii în anulare, aceea de reîntregire a patrimoniului debitorului în folosul comun al creditorilor, buna sau rea-credința a co-contractantului debitorului nu au relevanță.

Dovada inexistenței fraudei îl apără, însă, și pe co-contractantul debitorului de consecințele nefaste ale admiterii acțiunii în anulare. Într-adevăr, Legea insolvenței dispune în art. 82 că nu se va putea cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial efectuat de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente¹².

Întrucât dispoziția legală este în sensul că « nu se va putea cere » anularea și nu ca « nu se va putea dispune » anularea, înseamnă că dovada faptului că transferul a avut loc în cursul desfășurării normale a activității curente a debitorului face acțiunea inadmisibilă, și nu neîntemeiată.

Dacă, totuși, transferul nu se situează în limitele obișnuite ale activității debitorului, fiind anormale sau ocazionale, caz în care

¹¹ Ion Turcu, *Situația unor acte juridice ale debitorului alfat în procedura insolvenței comerciale*, RDC, nr. 6/2000;

¹² Ion Turcu, *Termenul legal pentru reconstituirea averii debitorului în procedura insolvenței*, RDC, nr. 6/2005;

acțiunea ar fi admisibilă, debitorul sau co-contractantul său vor putea să se apere pe fondul acțiunii, adică să tindă la respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

Chiar dacă buna sau reaua-credință a co-contractantului nu prezintă relevanță în acțiunea în anulare, consider totuși că dovada plății unui preț similar cu cel al pieței pentru bunul transferat sau a plății unui preț mai mare, dovada efectuării unui minim de publicitate prealabilă vânzării, dovada încheierii contractului prin intermediul unui agent imobiliar etc., adică dovada faptului că transferul, chiar anormal sau ocazional, nu are nimic ilegal în el sau nu are cum să dăuneze creditorilor, reprezintă o bună apărare, care poate duce la respingerea pe fond a acțiunii în anulare.

Întrucât este vorba de o acțiune în reîntregirea patrimoniului debitorului, înseamnă că existența unei contraprestații echivalente a co-contractantului este un bun motiv de respingere a acțiunii, întrucât patrimoniul debitorului a rămas întreg într-o asemenea situație, adică valoarea activului a fost înlocuită cu o contra-valoare corespunzătoare¹³.

Textul art. 82 vorbește de transferuri făcute de debitor “în cursul desfășurării normale a activității sale curente” și trimite la definiția activităților curente din art. 3 pct. 14 din Legea insolvenței. Activitățile curente sunt cele din perioada de observație, adică după deschiderea procedurii. În plus, “activitățile curente” nu sunt cele efectuate propriu-zis de debitor în perioada de observație, ci cele propuse a fi efectuate de debitor în perioada de observație. Or, în cazul acțiunii în anulare avem de a face cu o perioadă anterioară deschiderii procedurii și cu acte juridice deja încheiate sau chiar executate înainte de deschiderea procedurii, ceea ce face ca definiția legală a activităților curente să nu fie aplicabilă modalităților de apărare în acțiunea în anulare.

În realitate, activitățile curente și desfășurarea lor normală la care se referă art. 82 țin de tipul afacerii debitorului, de limitele specialității capacității sale de folosință, de piața pe care acționează, de licitatea sau ilicitatea activității sale etc¹⁴.

¹³ Ion Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, Ed C. H. Beck, București, 2007;

¹⁴ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001;

Cu titlu de exemplu ne putem referi la o vânzare de active imobiliare ale

societății care produce tractoare pentru a le transforma în proiecte rezidențiale nu reprezintă o activitate normală, dar dacă vânzarea se face pentru a reloca fabrica din centrul unui oraș în afara sa, din rațiuni ecologice și de legislație a mediului, atunci această vânzare este normală și nu va putea fi anulată.

Din analiza celor două texte legale care reglementează cazurile de acțiune în anulare se observă o distincție puțin justificabilă. Astfel, dacă art. 79 se referă la « acte juridice frauduloase », art. 80 se referă la « constituiri și transferuri », fără vreo referire la fraudă. Acțiunea reglementată de art. 79 pare a avea ca fundament fraudă în dauna creditorilor, în timp ce acțiunea reglementată de art. 80 pare a avea ca fundament caracterul neobișnuit al actelor debitorului.

Cu toate acestea prezumția de fraudă se poate extinde și asupra cazurilor prevăzute de art. 80, fraudă fiind prezumată în dauna debitorului și în favoarea creditorilor, reprezentați de administratorul judiciar/lichidator. Pe de altă parte, art.82, care dispune că anularea unui transfer cu caracter patrimonial nu se va putea cere dacă acesta a fost efectuat în cursul desfășurării normale a activității curente a debitorului, se referă numai la cazurile de « transferuri » enumerate la art.80, nu și la « constituiri » sau acte frauduloase¹⁵.

1.6. Calitatea procesuală activă

Acțiunea în anulare este la îndemâna administratorului judiciar sau a lichidatorului, persoană terță de actul respectiv, care nu a participat la încheierea lui, dar care este îndrituită prin lege să se judece cu debitorul și cu co-contractantul sau și să reprezinte interesele tuturor creditorilor într-o asemenea acțiune în anulare. Fraudă nu trebuie dovedită, ci doar afirmată, debitorul sau co-contractantul său urmând a răsturna prezumția, pentru a păstra intactă tranzacția făcută în perioada «suspectă».

Legea nu atribuie creditorilor, în mod individual, legitimare procesuală activă pentru acțiunea în anulare.

¹⁵ Ioan Schiau , *Drept comercial – Note de curs*, Universitatea Transilvania, Brașov, 2009;

Acțiunea în anulare formulată de către comitetul creditorilor este admisibilă dacă se probează riscul pierderii termenului și refuzul expres sau implicit al administratorului judiciar/lichidatorului de a introduce acțiunea. Dacă, spre exemplu, comitetul creditorilor a pus în discuție în ședințele acestui comitet, necesitatea sau utilitatea introducerii unei astfel de acțiuni, iar administratorul judiciar/lichidatorul a refuzat expres sau a omis să introducă acțiunea, atunci acțiunea în anulare devine admisibilă. Dacă acțiunea comitetului creditorilor va fi considerată admisibilă, administratorul judiciar/lichidatorul va putea fi schimbat pentru motive temeinice.

Acțiunea în anulare¹⁶ nu poate fi formulată de părțile actului juridic, ale transferului sau ale constituirii de drepturi patrimoniale, adică de debitor și de co-contractantul său.

Aceștia nu pot avea, în acțiunea în anulare reglementată de Legea insolvenței, decât calitate procesuală pasivă, adică nu pot fi într-o astfel de acțiune decât pârâți.

1) administratorul judiciar/lichidatorul¹⁷ conform art.79 ,art. 81 alin (1) și 85 alin(5) din Legea 85/2006

2) comitetul creditorilor¹⁸ conform art.17 alin(1) lit.f și 81 alin(2) din Legea 85/2006—dacă administratorul judiciar/lichidatorul nu introduce o astfel de acțiune

Administratorul judiciar/lichidatorul, în calitate de organ al procedurii, nu se poate confunda cu interesele debitorului, astfel că :

● atunci când formulează acțiunea în anulare, administratorul judiciar/lichidatorul va avea poziția reclamantului, el judecându-se cu debitorul, precum și cu co-contractantul său ; întrucât debitorul este pârât, fiind în prezența unei contradicții de interese, debitorul va fi reprezentat, într-un astfel de litigiu, de administratorul special (art.85

¹⁶ Conform Legii 85/2006 art.. 85 (5) Legitimarea procesuală activă în acțiunile în anulare reglementate de art. 79 și 80 aparține administratorului judiciar și, respectiv, lichidatorului, iar în cazul prevăzut la art. 81 alin. (2), comitetului creditorilor.

¹⁷ Art. 79 din Legea 85/2006 Administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

¹⁸ A se vedea în Legea 85/2006 Art. 17(1) Comitetul creditorilor are următoarele atribuții:f) să introducă acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, făcute de debitor în dauna creditorilor, atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de administratorul judiciar sau de lichidator

alin.6 teza a doua) ; dacă acesta nu există, debitorul va fi reprezentat în proces de un reprezentant ad-hoc, numit, la nevoie, de judecătorul-sindic ;

● atunci când comitetul creditorilor formulează acțiunea, administratorul judiciar / lichidatorul se va situa pe o poziție neutră.

1.7. Calitate procesuală pasivă

Potrivit dispozițiilor legii insolvenței¹⁹, art.85 alin(6) au calitate procesuală pasivă în acțiunile în anulare prevăzute la art.79 și 80

1. debitorul citat prin administratorul special
2. cocontractantul debitorului

Așadar, calitatea procesuală pasivă în acțiunile în anulare prevăzute la art. 79 și 80 incumbă debitorului și, după caz, co-contractantului său (art.85 alin.6) ori subdobânditorului de rea-credință al bunului.

1.8. Competența soluționării unei acțiuni în anulare

Acțiunile introduse de administratorul judiciar sau de lichidator în aplicarea dispozițiilor din această secțiune sunt judecate de judecătorul-sindic (art.79).

Judecătorul sindic nu se poate sesiza din oficiu.

Indiferent de persoana care are legitimare procesuală activă, acțiunea în anulare, în cele trei forme ale sale, este de competența judecătorului sindic. Judecătorul-sindic nu se poate sesiza, însă, din oficiu cu o astfel de acțiune. Din moment ce expirarea termenului de decădere duce la pierderea dreptului de a formula acțiune în anulare în baza Legii insolvenței, înseamnă că debitorul redevine un participant obișnuit la un litigiu de drept comun, administratorul judiciar sau lichidatorul pierde legitimarea procesuală activă specială pentru acțiunea în anulare reglementată de Legea insolvenței, iar competența funcțională a judecătorului sindic încetează.

¹⁹ Potrivit dispozițiilor legii insolvenței art.. 85 (6) Au calitate procesuala pasiva in actiunile in anulare prevazute la art. 79 si 80 debitorul si, dupa caz, cocontractantul sau. Debitorul va fi citat în calitate de pârât prin administratorul special.

Dacă în acțiunea în anulare formulată peste termen în fața judecătorului sindic se invocă motive de nulitate absolută (care, așa cum se știe, pot fi invocate oricând și de către orice persoană interesată), atunci judecătorul sindic va putea să își decline competența către instanța de drept comun, care va putea soluționa cauza în condițiile dreptului comun.

Aceeași soluție referitoare la competență este aplicabilă și în cazul în care data actului atacat este anterioară cu mai mult de 3 ani, 2 ani sau 120 de zile, după caz, datei deschiderii procedurii.

1.9. Caracteristicile acțiunii în anulare reglementată de legea insolvenței

Acțiunea în anulare a suscitat numeroase controverse în literatura de specialitate. Indiferent că acțiunea în anulare a privită ca o acțiune în nulitate relativă²⁰, fie că

privim acțiunea în anulare ca o acțiune revocatorie²¹ ea prezintă următoarele caracteristici

1. acțiunea are **caracter facultativ**, practicianul în insolvență nu are obligația promovării unei asemenea cereri. Pentru administratorul judiciar sau pentru lichidator, introducerea acestor acțiuni este facultativă și nu obligatorie.

2. acțiunea este **limitată în timp** dacă inițial în Legea 85/2006 art.81 prevedea un termen de un an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut de art.20 alin(1) lit.b, dar nu mai târziu de 16 luni de la deschiderea procedurii , alin. (1) al art. 81 a fost modificat de pct. 36 al art. I din LEGEA nr. 169 din 14 iulie 2010, publicată în MONITORUL OFICIAL nr. 505 din 21 iulie 2010 pentru accelerarea desfășurării procedurii de insolvență legiuitorul scăzând termenul de introducerea a acțiunii în anulare de la 18 la 16 luni de la deschiderea procedurii, sub sancțiunea decăderii

3. acțiunea în anulare este o **acțiune specială** ce implică pre existența insolvenței debitorului ca parte în actul juridic contestat

²⁰ St.D.Cârpenaru, *Drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, ediția a VIII-a, București, 2008, pag.615

²¹ Radu Petrescu, *Drept Comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 1996,pag 218

4. cererea este scutită de la plata taxelor judiciare

5. acțiunea în anulare are un **domeniu de aplicare limitat** la transferurile de drepturi patrimoniale către terți realizate de debitor prin acte și operațiuni neobișnuite sau care depășesc limitele normale ale activității sale, administratorul judiciar sau lichidatorul putând solicita și restituirea de către terți a bunurilor transmise ori a contravalorii acestora, dacă restituirea în natură nu mai este posibilă, precum și a valorii altor prestații executate în baza actelor, constituirilor sau a transferurilor anulate.

6. la acțiunea în anulare reglementată de Legea insolvenței, prezumția de fraudă obligă pe debitor să facă dovada caracterului nefraudulos al contractului, spre deosebire de reclamant, care trebuie să dovedească doar că actul a fost încheiat în perioada suspectă (art.79) sau că, pe lângă că a fost încheiat în perioada suspectă, această operațiune a avut loc în condiții neobișnuite, ce depășesc limitele unei activități normale(art.80). Legea 85/2006 reglementează prezumția relativă de fraudă în dauna creditorilor, care însă nu se extinde la terțul dobânditor sau sub-dobânditor.

Prezumția este relativă, deci poate fi combătută prin proba contrară.

Bunul sau valoarea pot fi recuperate de la terțul subdobânditor însă numai atunci când sunt întrunite cumulativ două condiții²²):

a) o **condiție obiectivă**, că terțul subdobânditor să nu fi plătit valoarea corespunzătoare a bunului (ci eventual o valoare derizorie);

b) o **condiție subiectivă**, ca terțul subdobânditor să fi știut sau să fi putut să cunoască, în momentul dobândirii, că transferul dintre debitor și primul dobânditor putea fi înlăturat pe calea acțiunii în anulare.

În cazul în care subdobânditorul este soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului, se prezumă relativ că acesta a cunoscut împrejurarea că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat (art. 84).

1.10. Actele ce pot fi atacate prin acțiunea în anulare

În principiu, acțiunea în anulare poate viza toate actele prin care debitorul micșorează în mod fraudulos garanția creditorilor săi, fie

²² Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, pag. 238.

că actele lui sunt cu titlu oneros sau cu titlu gratuit, unilaterale sau bilaterale. Ar putea fi anulate astfel, pe calea acestei acțiuni, ipoteca în fraudă și paguba creditorilor, remiterea unei datorii consimțită de debitor, acceptarea unei moșteniri insolubile.

Prin excepție de la regula prezentată nu pot fi atacate cu acțiune în anulare

- nu se va putea cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente

- nu poate fi îndreptată acțiunea în anulare împotriva actelor prin care debitorul a renunțat la un drept exclusiv personal, cum ar fi dreptul de a cere revocarea unei donațiuni către un donatar culpabil de ingraturitudine.

1.11. Efectele acțiunii în anulare

Acțiunea în anulare are următoarele efecte

- repunerea în situația anterioară, restituindu-se prețul și bunurile (contravaloarea), precum și plățile anticipate, cu radierea constituțiilor de drepturi

- notarea din oficiu în cartea funciară ART. 85(1) *Cererea pentru anularea unui transfer cu caracter patrimonial se va nota, din oficiu, în registrele de publicitate aferente.*

- Înființarea sechestrului asigurătoriu, când sunt de recuperat sume de bani, pentru asigurarea împotriva riscului insolabilității, într-un astfel de caz fiind obligatorie depunerea unei cauțiuni pentru că litigiul e comercial

Înscrierea terțului dobânditor la masa credală cu valoarea bunului restituit, dacă acesta a fost de bună credință. Conform art.14 Nou Cod Civil alin(2) Buna credință se prezumă până la proba contrară. Terțul dobânditor de rea credință va restitui –întreaga valoare și fructele percepute .

Reaua-credință a terțului dobânditor trebuie dovedită. Este o consecință a faptului ca buna-credință se prezumă în materie comercială, la fel ca în materie civilă²³.

²³ Viorel Pasca, *Nulitatea actelor juridice cu caracter patrimonial încheiate de debitorul aflat în stare de insolvență*, RDC 3/2005;

În ceea ce privește conținutul relei-credințe în dreptul comun, prin comparație cu buna-credință, în doctrină s-a arătat că „(...) buna-credință îmbrățișează o gamă foarte largă de manifestări psihologice care pe plan extern constituie substratul unor variate fapte și acte juridice având la bază atât intenția dreaptă, cât și prudența și diligența. Dat fiind faptul că reaua-credință, ca antiteză a bunei-credințe, este totdeauna numai produsul relei intenții sub forma dolului, fraudei și a culpei grave, deci ea nu cuprinde imprudența și neglijența, rezultă că reaua-credință, în materie contractuală, are o sferă în care nu intră faptele săvârșite din culpă ușoară sau foarte ușoară, deși și acestea contrazic buna-credință, întrucât ele intră în foarte dese cazuri în componența abuzului de drept”²⁴.

O opinie foarte interesantă asupra criteriilor de determinare a unei conduite ca fiind de bună credință ori de rea-credință o găsim formulată de Mihai Eliescu care susține că „Dreptul prezumă, până la dovada contrară, că greșelile pe care nu le-ar săvârși omul cel mai mărginit sunt în realitate indiciul unei încercări de a se ascunde intenția malițioasă. Omul care, prin fapta sa păgubitoare, se înfățișează ca excesiv de mărginit devine suspect. El este prezumat, dacă nu aduce dovada contrară, că sub pretinsa lui limitare a minții disimulează răutatea”²⁵.

Ca urmare a anulării actului valoarea se întoarce în patrimoniul debitorului²⁶, atât în cazul dobânditorului de bună-credință cât și în cazul dobânditorului de rea-credință.

Diferența dintre un terț de bună-credință și cel de rea-credință se reflectă astfel: terțul dobânditor cu titlu gratuit de bună-credință va restitui bunurile în starea în care se găsesc, iar în lipsa acestora, va restitui diferența de valoare cu care s-a îmbogățit. În caz de rea-credință, terțul va restitui, în toate cazurile, întreaga valoare, precum și fructele percepute.

ART. 83(1) Terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial, anulat conform art. 80, va trebui să restituie averii debitorului bunul

²⁴ D. Gherasim, *Buna credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei, București, 1981, pag. 50.

²⁵ Mihail Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, pag. 184.

²⁶ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, pag. 223.

transferat sau, dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză efectuată în condițiile legii.

Alin. (1) al art. 83 a fost modificat de pct. 11 al art. I din LEGEA nr. 277 din 7 iulie 2009, publicată în MONITORUL OFICIAL nr. 486 din 14 iulie 2009, care completează art. I din ORDONANȚA DE URGENȚĂ nr. 173 din 19 noiembrie 2008, publicată în MONITORUL OFICIAL nr. 792 din 26 noiembrie 2008, cu pct. 15⁷.

(2) Terțul dobânditor, care a restituit averii debitorului bunul sau valoarea bunului ce-i fusese transferat de către debitor, va avea împotriva averii o creanță de aceeași valoare, cu condiția ca terțul să fi acceptat transferul cu bună-credință și fără intenția de a-i împiedica, întârzia ori înșela pe creditorii debitorului. În caz contrar, terțul dobânditor pierde creanța sau bunul rezultat din repunerea în situația anterioară, în favoarea averii debitorului. Reaua-credință a terțului dobânditor trebuie dovedită.

(3) Terțul dobânditor cu titlu gratuit de bună-credință va restitui bunurile în starea în care se găsesc, iar în lipsa acestora, va restitui diferența de valoare cu care s-a îmbogățit. În caz de rea-credință, terțul va restitui, în toate cazurile, întreaga valoare, precum și fructele percepute.

Principiul restituirii în natură se extinde și la subdobânditorii de rea-credință, dar numai dacă aceștia au cunoscut sau trebuiau să cunoască faptul că transferul de drepturi era susceptibil de a fi anulat, întrucât provenea de la un debitor aflat în insolvență sau în insolvență iminentă, și dacă nu au achitat valoarea corespunzătoare a bunului (cele două condiții sunt cumulative).

Dacă se probează că subdobânditorul este părtaș la fraudă, acțiunea va fi admisă, dar în cazul în care o asemenea dovadă nu poate fi făcută acțiunea în anulare va fi respinsă ca nefondată²⁷.

Cel mai grav pentru co-contractant este că nici măcar buna sa credință la încheierea contractului sau operațiunii nu are o relevanță foarte mare. Adică, un co-contractant de bună credință nu se poate încrede foarte mult în aparența de legalitate și normalitate a actului

²⁷ Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil*, Casa de Editură și Presă „Șansa”, București, 1992;

încheiat : chiar și peste 4 ani și 4 luni de la încheierea sa (trei ani perioada suspectă maximă plus 16 luni termenul – de prescripție – de exercitare a acțiunii în anulare în cadrul procedurii insolvenței) acest act poate fi anulat.²⁸

În legislația americană, actele juridice încheiate în perioada suspectă de către debitor în cele 90 de zile anterioare declarării sale în faliment (bankruptcy) nici nu mai sunt supuse unei proceduri judecătorești de anulare, ci sunt anulate automat, la deschiderea procedurii.

Restabilirea egalității între creditori, egalitate înșelată prin actul juridic anulabil, este primordială și, deci, justețea regimului acțiunii în anulare este indubitabilă.

Rămâne, însă, problema partenerilor de afaceri de bună credință ai debitorului care, prin încheierea actului anulabil, sunt și ei, ca și ceilalți creditori, înșelați în așteptările lor referitoare la siguranța circuitului juridic.

Legea insolvenței dispune totuși că anularea nu se va putea cere dacă actul juridic respectiv se înscrie în circuitul normal al afacerii debitorului, adică al activității curente a debitorului. Actele juridice încheiate în perioada suspectă nu sunt nule în ele însele și nu sunt invariabil lovite de ineficacitate, căci aceasta ar compromite securitatea relațiilor juridice, din moment ce insolvența este o situație de fapt cunoscută doar de debitor.

Se poate observa că legea se referă la afaceri încheiate sau realizate de debitor, adică afaceri care presupun un act de voință din partea debitorului, de unde concluzia că transferurile de drepturi patrimoniale efectuate printr-o formă oarecare de executare silită nu sunt supuse acțiunii în anulare reglementate în Legea insolvenței.

Acțiunea în anularea unui transfer cu caracter patrimonial se notează din oficiu în cartea funciară, pentru a fi opozabilă terților. Notarea acțiunii în cartea funciară oprește, practic, circulația juridică a imobilului în cauză, întrucât titlul asupra bunului, garanția sau un alt drept real asupra acestuia, dobândite după data notării în cartea funciară a acțiunii în anularea transferului, vor fi “condiționate de

²⁸ Flavius A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Rosetti, București, 2003;

dreptul de a fi recuperat bunul”, adică “persoana” la care se referă art. 85 alin.2 va dobândi bunul, dreptul sau garanția sub condiția rezolutorie a recuperării acestora la masa bunurilor de împărțit.

Pentru asigurarea recuperării în natură a bunurilor transferate, se poate dispune un sechestrul judiciar asupra acestora, cu condiția ca bunurile respective să mai fie în posesia terțului contractant al debitorului. De asemenea, pentru asigurarea contra riscului insolvabilității în cazul recuperării unor sume de bani, se va putea dispune un sechestrul asigurător, caz în care este obligatorie depunerea unei cauțiuni, întrucât ne aflăm într-un litigiu comercial. Instituirea acestor sechestre oprește și ea circulația juridică a activului în cauză²⁹.

Ca prudență, la momentul pregătirii încheierii actului, trebuie verificată starea financiară a societății, fie prin informații cerute chiar acesteia, fie printr-o cercetare cât de cât atentă a situației financiare făcută publică pe site-ul MF sau al Registrului Comerțului. Un grad de îndatorare foarte mare relativ la cifra de afaceri este un indiciu negativ asupra unei iminențe intervenții a insolvenței. Existența unor restanțe de plată a contribuțiilor la bugetul de stat sau a unor pierderi declarate prin situațiile financiare anuale, situații care se publică pe site-ul Ministerului Finanțelor, este un indiciu că actul nu trebuie încheiat în condiții normale.

Decizia de vânzare trebuie să fie aprobată în organele colegiale de conducere ale societății sau chiar în AGA ale debitorului, întrucât este vorba în marea majoritate a cazurilor de acțiuni în anulare de active de valori însemnate, al căror transfer poate ușor atrage atenția creditorilor participanți la procedură.³⁰

Putem arăta cu titlu de exemplu următoarea situație

Dacă se cumpără active de la o societate care își restrânge activitatea sau își schimbă locația, obiectul de activitate, clientela etc., este indicat ca în contract să fie trecute motivele pentru care activul în cauză se vinde. Astfel se pot reduce riscurile de anulare,

²⁹ St. D. Cârpenaru, V. Nemeș. M.A. Hotca, *Noua lege a insolvenței – Legea nr. 85/2006*. Ed. Hamangiu, București, 2006;

³⁰ Radu Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2001;

pe argumentul că în tranzacția respectivă cel care a achiziționat a fost diligent. Publicitatea făcută vânzării sau faptul că vânzarea se face prin intermediar pot și acestea reduce riscul anulării, fără a-l elimina însă.

Dacă există totuși interesul de a cumpăra active de la o societate aflată în perioada suspectă (prețul este bun, activul prezintă mare interes pentru cumpărător, contravaloarea activului este un mijloc pentru finanțarea societății de către acționarul său majoritar sau de către o afiliată a acesteia, cumpărătorul vrea să profite de situația dezastruoasă a vânzătorului etc.), atunci contractul trebuie să fie conceput într-o asemenea manieră încât să reducă la minimum impresia de operațiune neobișnuită, eventual prin constituirea de garanții personale de la reprezentanții societății vânzătoare³¹.

Ca probe, registrele contabile ale debitorului sau cărțile funciare pot demonstra existența unor active importante care, la momentul deschiderii procedurii nu mai există în patrimoniul debitorului. Dacă prețul sau contraprestația co-contractantului debitorului sunt derizorii ori disproporționat de mici în raport cu prestația debitorului, dacă actul este anormal, întrucât plata s-a făcut în alt mod decât cel obișnuit (spre exemplu, printr-o dare în plată, printr-o novație sau o delegație etc.), dacă sunt vizibile relațiile de afiliere sau legăturile strânse ale co-contractanților, iar actul este situat în perioada suspectă, atunci acțiunea în anulare devine necesară, întrucât actul respectiv este anormal, neobișnuit, fiind făcut pentru externalizarea activului și scoaterea sa de sub urmărirea colectivă a creditorilor.

2. ACȚIUNEA ÎN ANULARE APLICABILĂ ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI ÎN ALTE STATE

Până în prezent, procedurile de insolvență produc efecte, în mare măsură, numai în Statul Membru al UE unde sunt inițiate și se aplică, în principal, în legătură cu acele bunuri care sunt situate în jurisdicția respectivă. Încă există diferențe procedurale și materiale între legislațiile naționale privind insolvența din Statele Membre ale UE.

³¹ Radu Bufan, *Anularea operațiunilor comerciale încheiate de către debitor cu persoane afiliate în anul anterior deschiderii procedurii legii nr. 64/1995*, RDC nr. 11/2003;

Normele cu privire la anularea tranzacțiilor încheiate înainte de deschiderea procedurilor de insolvență (acțiuni în sensul evitării) variază în ceea ce privește perioadele și sarcina probei pe parcursul cărora aceste tranzacții pot fi avute în vedere pentru anulare, reducând predictibilitatea procedurilor.

Rezultă din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) că, în conformitate cu Articolul 3 (1) al Regulamentului CE nr. 1346/2000, instanțele Statului Membru al UE pe teritoriul căruia s-au deschis procedurile de insolvență sunt competente să se pronunțe asupra unei acțiuni revocatorii formulate în cadrul procedurii de insolvență și îndreptate împotriva unui pârât care are sediul social într-un alt Stat Membru.

CJUE a stabilit acest lucru în Cauza C-339/07 Frick Teppichboden Supermärkte GmbH v. / Deko Marty Belgium N.V. la data de 12 februarie 2009, în baza unei cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesgerichtshof Germania³².

Aceasta a avut loc în cursul procedurilor dintre dl Seagon, în calitate de lichidator cu privire la bunurile Frick Teppichboden Supermärkte GmbH („Frick”) și Deko Marty Belgium NV (Deko) în legătură cu rambursarea de către aceasta din urmă a sumei de 50.000 €.

La data de 14 martie 2002, Frick, cu sediul în Germania, a transferat suma de 50.000 € într-un cont deschis la banca KBC din Düsseldorf pe seama Deko, o societate cu sediul social în Belgia, Belgia. Ca urmare a unei cereri înaintate de Frick la data de 15 martie 2002, Amtsgericht Marburg (Instanța Locală, Marburg) (Germania) a deschis procedura de insolvență la data de 1 iunie 2002 în legătură cu bunurile aparținând Frick. Prin intermediul unei cereri formulate înaintea Landsgericht Marburg (Instanța Regională, Marburg), dl Seagon, în calitate de lichidator în legătură cu bunurile Frick, a solicitat ca instanța, în baza unei acțiuni revocatorii în cadrul procedurii de insolvență a debitorului, să dispună returnarea de către Deko a sumei respective.

32 Cauza CEJ C-339/07 – Hotărârea Curții (Marea Cameră) - (cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesgerichtshof (Germania)) - Christopher Seagon în calitate de lichidator cu privire la bunurile Frick Teppichboden Supermärkte GmbH v Deko Marty Belgium NV – 12 februarie 2009.

CJUE a fost de acord cu opinia formulată de Avocatul General Ruiz-Jarabo Colomer și a dispus că Articolul 3 (1) din Regulamentul CE nr. 1346/2000 trebuie interpretat în sensul că instanțele Statului Membru pe teritoriul căruia a fost deschisă procedura de insolvență sunt competente să se pronunțe asupra unei acțiuni revocatorii formulate în cadrul procedurii de insolvență și îndreptate împotriva unui pârât care are sediul social într-un alt Stat Membru.

În plus, CJUE a concluzionat că „o astfel de concentrare a tuturor acțiunilor legate în mod direct de insolvența unei întreprinderi, acțiuni introduse la instanțele din Statul Membru competent pentru deschiderea procedurii de insolvență” este „conformă cu obiectivul de a ameliora eficiența și de a accelera procedurile de insolvență cu efecte transfrontaliere”.

Astfel, instanțele Statului Membru al UE pe teritoriul căruia au fost deschise procedurile de insolvență sunt, de asemenea, competente să se pronunțe asupra unor acțiuni inițiate și instituite prin care se urmărește revocarea tranzacțiilor prejudiciabile ale debitorului anterioare deschiderii procedurii de insolvență împotriva oricărei persoane din alt Stat Membru al UE care a dobândit foloase de pe urma acestora. Aceste acțiuni sunt considerate ca fiind strâns legate de procedurile de insolvență.

În conformitate cu Articolul 4 (2) (m) al Regulamentului CE nr. 1346/2000, legea Statului de deschidere a procedurilor stabilește normele esențiale referitoare la nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor prejudiciabile în raport cu toți creditorii.

O excepție importantă de la această regulă se regăsește în Articolul 13 al Regulamentului CE nr. 1346/2000 referitor la **actele prejudiciabile**, prevăzând că legea Statului de deschidere a procedurilor nu se aplică în vederea stabilirii normelor referitoare la nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor prejudiciabile în raport cu toți creditorii în cazul în care persoana care a dobândit foloase de pe urma unui act prejudiciabil în raport cu toți creditorii face dovada că:

- respectivul act este supus legii altui Stat Membru decât cea a Statului de deschidere a procedurii
- această lege nu permite în cazul respectiv, sub nicio formă, atacarea actului respectiv.

Această prevedere legată de aplicabilitatea legii contractuale are în vedere protejarea încrederii creditorilor care au obținut beneficii de pe urma tranzacției evitate (și este conformă cu punctul 26 al Preambulului Regulamentului CE nr. 1346/2000). Aceasta oferă creditorilor posibilitatea de a obiecta cum că acțiunea în sensul evitării trebuie, de asemenea, judecată în conformitate cu legea care a fost aplicabilă tranzacției evitate. Totuși, aplicabilitatea legii contractuale în aceste privințe creează nesiguranță între practicienii în insolvență, în special deoarece aceste aspecte trebuie tratate de instanțele din Statul Membru pe teritoriul căruia au fost deschise procedurile de insolvență în baza unei legi străine. În general, practicienii în insolvență sunt în favoarea abolirii legii contractuale în această privință.

În Statele Membre ale UE, s-a observat că există **perioade diferite de recuperare (claw back)** în funcție de tipul de acte prejudiciabile care au avut loc.

- legea poloneză, în funcție de actele care au avut loc, perioada de recuperare

În procedura de faliment variază între 1 an până la numai 2 sau 6 luni în cazuri particulare.

- Legea italiană, perioada de recuperare variază între 6 luni și un 1 an, însă există anumite excepții în legătură cu această recuperare.

- legislația germană, un administrator în procedura de insolvență are dreptul de a contesta tranzacțiile derulate în detrimentul creditorilor pe parcursul unei perioade cuprinse între 1 lună, 3 luni și 1, 4 sau 10 ani înainte de înaintarea cererii de deschidere a procedurii de insolvență. Deseori se impune o dovedire a relei credințe din partea unui terț pentru ca tranzacția să fie anulată.

- legislația din Marea Britanie, tranzacția trebuie să fi avut loc atunci când debitorul era insolvent și în termen de 2 ani de la insolvență în cazul unui cesionar sau al unei părți privilegiate asociate debitorului și în termen de 6 luni în cazul părților care nu au legături cu acesta. Sunt protejate tranzacțiile încheiate cu bunăcredință de către o societate din motive legitime și în vederea obținerii de beneficii. În cazul unei proceduri de lichidare sau administrare, o garanție reală mobilă fluctuantă poate fi contestată în termen de 12 luni de la inițierea procedurii de insolvență și în termen de 2 ani în cazul în care

tranzacția are loc cu o parte asociată. Orice garanție reală mobilă fluctuantă preluată de un creditor în interiorul acestor limite este, astfel, lipsită de valabilitate, exceptând în măsura valorii unor sume de bani avansate sau bunuri furnizate în legătură cu garanția, ulterior sau la momentul acordării garanției. În conformitate cu legislația suedeză, se pare că nu există limite de timp stricte. Legea spaniolă, pe de altă parte, prevede o perioadă de 2 ani, în timp ce în Franța se prevede o perioadă de 6 luni anterior declarării falimentului pe parcursul căreia anumite acte pot fi declarate nule și neavenite.

În Statele Membre există diferențe cu privire la partea care poate înainta acțiuni în anulare în legătură cu o tranzacție anterioară procedurii de insolvență.

- În Polonia, această acțiune poate fi înaintată numai de administratorul judiciar, administrator și organismul de supraveghere.

- În Franța, administratorul, lichidatorul, organismul de supraveghere a executării planului sau Procurorul pot înainta o acțiune în anulare.

- În Danemarca cele mai multe norme ce reglementează anularea sunt prevăzute de Legea daneză a falimentului. În cursul procedurii falimentului, tranzacțiile pot fi anulate în cazul în care ar afecta situația generală a creditorilor sau ar avea ca rezultat faptul că unii dintre creditorii obțin un rang prioritar în detrimentul altor creditorii. Cele mai multe norme care reglementează anularea sunt obiective în sensul că tranzacțiile pot fi anulate, indiferent dacă creditorii ar fi putut avea cunoștința de acestea. Există și o regulă subiectivă ce guvernează anularea, în sensul că tranzacțiile pot fi anulate în cazul în care la momentul încheierii tranzacției, debitorul era sau a devenit insolubil, iar creditorul favorizat avea cunoștința atât de insolvența debitorului, cât și de preferința frauduloasă. Donațiile, plata unor salarii nejustificat de mari, acordarea de garanții, rambursările extraordinare ale unor datorii chirografare pot fi anulate din motive obiective. Termenul de prescripție obișnuit al acțiunii în anulare este de trei luni. Cu toate acestea, în ceea ce privește tranzacțiile încheiate cu persoane afiliate, termenul de prescripție este de 6 sau 24 de luni. În cazul acțiunii în anulare în temeiul regulii subiective, nici o limită de timp nu este, în principiu aplicabilă.

● În Luxemburg cea mai comună procedură a insolvenței este faillite care este reglementată de art.440 ff din Codul comercial luxemburghez.

Anumite tranzacții și alte acte definite în art.445 din Codul comercial, dacă sunt încheiate în cursul perioadei suspecte, sunt nule de drept și vor fi anulate de Curte la cererea unui curateur. În Caz de faliment debitorul insolvent este privat de dreptul de a-și administra activele, începând cu data la care e declarat în faliment. Hotărârea de faliment stabilește o dată de până la 6 luni anterioară de la care societatea va fi considerată insolvabilă. Perioada începând cu data stabilită astfel până la decizia de faliment e numită perioadă suspectă. Sunt anulabile tranzacțiile prin care se transferă dreptul de proprietate fără o contraprestație rezonabilă în schimb, plățile datoriiilor nescadente, garanțiile acordate pentru datorii contractate anterior.

S-a constatat, astfel, că este recomandabil să se acorde atenție următoarelor aspecte:

(1) abolirea oricărei referiri la legea contractuală în legătură cu acțiunile în sensul evitării în conformitate cu Articolul 13 al Regulamentului CE nr. 1346/2000;

(2) trebuie făcute diferențe în cazurile în care tranzacția se încheie cu o parte asociată;

(3) prevederea unei perioade minime, de exemplu, de 90 zile pentru actele prejudiciabile pentru părțile care nu sunt asociate și de un an pentru cele asociate;

(4) o listă minimă de acțiuni care pot face obiectul eventualei anulări a tranzacțiilor implicate;

(5) cerințe legate de reaua credință cu privire la debitorul insolvent și/sau cealaltă parte;

(6) sarcina probei în legătură cu prejudiciul și reaua credință

(7) faptul că aceste acțiuni pot fi înaintate numai de practicianul în insolvență pe seama averii.

O listă minimă de acțiuni ce pot face obiectul unei eventuale anulări a tranzacțiilor în cauză ar putea fi următoarea:

● toate actele juridice, incluzând acordarea de garanții, încheiate exclusiv pe baza înstrăinării de către debitor a bunurilor sale cu titlu gratuit sau în cadrul cărora valoarea prestației debitorului depășește considerabil valoarea contraprestației primite;

- rambursarea sau constituirea unei datorii care nu este încă scadentă, inclusiv împrumuturile acordate de acționari, efectuate de către debitor (spre exemplu, un împrumut acordat de debitor în calitate de acționar unei societăți în care acesta deține acțiuni) înainte de depunerea cererii de inițiere a procedurii de faliment;

- orice depunere și transfer de fonduri realizate cu încălcarea unei hotărâri judecătorești care are statut de *res judicata*;

- toate actele juridice încheiate cu părți care sunt asociate fie prin legături personale sau societare.

În alte legislații, cum ar fi cea americană, actele juridice încheiate în perioada suspectă de către debitor în cele 90 de zile anterioare declarării sale în faliment (bankruptcy) nici nu mai sunt supuse unei proceduri judecătorești de anulare, ci sunt anulate automat, la deschiderea procedurii.

3. ACȚIUNEA ÎN ANULARE A UNOR ACTE ÎNCHEIATE ÎN FRAUDA CREDITORILOR

Sediul materiei îl constituie articolele 80-85 din Legea insolvenței.

În doctrină s-a arătat că termenul „anulare” este impropriu, prin el trebuind să înțelegem revocarea sau inopozabilitatea față de masa creditorilor a actului fals sau fraudulos, în sensul readucerii bunului ce a făcut obiectul înstrăinării în patrimoniul debitorului pentru satisfacerea creanțelor creditorilor³³.

Control constituțional

DECIZIE nr. 713 din 31 mai 2011 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 79 și art. 80 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței

Emitent: CURTEA CONSTITUȚIONALĂ publicat în: MONITORUL OFICIAL nr. 657 din 15 septembrie 2011 Data intrării în vigoare : 15 septembrie 2011

³³ Nicoleta Țândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Editura All-Beck, 2000, pag. 131.

Cu privire la soluția legislativă reglementată de art. 79, art. 80 și art. 83 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, sub aspectele invocate de autorul excepției, Curtea s-a mai pronunțat prin mai multe decizii, constatând constituționalitatea acestora. Spre exemplu, Decizia nr. 361 din 25 martie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 330 din 19 mai 2010 prin Decizia nr. 74 din 26 februarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 290 din 1 aprilie 2004, Decizia nr. 849 din 28 noiembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 37 din 18 ianuarie 2007, Decizia nr. 748 din 26 octombrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 990 din 12 decembrie 2006, Decizia nr. 684 din 11 septembrie 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 712 din 22 octombrie 2007, Decizia nr. 615 din 27 mai 2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 553 din 22 iulie 2008, și Decizia nr. 1.245 din 18 noiembrie 2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 857 din 19 decembrie 2008, Curtea, în esență, a reținut că soluția legislativă criticată constituie o aplicare, în cadrul procedurii falimentului, a prevederilor art. 975 din Codul civil privind acțiunea pauliană, prin care se stabilește dreptul creditorilor de a ataca actele frauduloase încheiate de debitori în dauna lor. Spre deosebire de titularii acțiunii pauliene (art. 975 din Codul civil), și anume creditorii, titularii acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor săi pot fi administratorul sau lichidatorul desemnat în cauză. Totodată, Curtea a reținut că, în acest fel, este sancționată tocmai reaua-credință în exercitarea de către debitori a drepturilor lor, prin acte juridice încheiate în dauna creditorilor.

Dacă scopul părților contractante sau cel puțin al debitorului la încheierea actului juridic respectiv l-a constituit fraudarea creditorilor, atunci actul are o cauză ilicită, iar potrivit art. 966 din Codul civil, acesta nu poate avea niciun efect.

3.1. Acte juridice false sau frauduloase

Administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor frauduloase

încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Din analiza prevederilor art. 80 din Legea 85/2006, care reglementează acțiunea în anulare a unor acte juridice ale debitorului, se pot deduce care sunt condițiile de promovare a acestei acțiuni³⁴:

a) să existe o fraudă a debitorului, atunci când transferul patrimonial s-a efectuat cu titlu oneros; în materia actelor cu titlu gratuit, această condiție nu se cere, conduita debitorului neavând semnificație juridică;

b) actul juridic sau operațiunea comercială să fie încheiate sau efectuate în paguba creditorilor, în lipsa unui prejudiciu neputând fi antrenată răspunderea civilă a autorului actului ilicit;

c) actul juridic sau operațiunea comercială să fi fost încheiate anterior cererii introductive de reorganizare sau lichidare, în cadrul termenelor stabilite de lege (fie 120 zile, fie 3 ani, dupa caz).

Actul fraudulos încheiat în dauna drepturilor creditorilor este săvârșit de debitor, totdeauna, împreună sau cu concursul unui terț.

Potrivit principiului relativității contractelor, terților nu le sunt opozabile efectele actului încheiat între debitor și creditor, care pentru ei este un fapt juridic. De aceea, în raport cu creditorii, fraudă se analizează ca un delict civil, care atrage responsabilitatea autorilor, fie el debitor sau terț.

Conform accepțiunii clasice a noțiunii de fraudă, aceasta poate îmbrăca trei forme esențiale:

- fraudă săvârșită de o parte în detrimentul celeilalte părți contractante (**frauda de re ad rem**),

- fraudă concertată de părți pentru a înșela pe terții străini de actul lor juridic (**frauda de persona ad personam**)

- fraudă la lege, constând în disimularea unui act sau distorsionarea elementelor unui act juridic în scopul sustragerii de la o obligație impusă de lege (**fraus legi**).

Pe baza acestei clasificări metodice a fraudei, în literatura juridică au fost tratate fraudă debitorului în prejudiciul drepturilor creditorului, fraudă săvârșită cu ocazia transferului unor drepturi reale și fraudă la lege³⁵.

³⁴ Mircea N. Costin, Ioan Schiau, Titus Prescure, *Reorganizarea și lichidarea judiciară - analiza de legislație și doctrină*, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag. 59

³⁵ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, 2001, pag. 144.

Actele vizate de dispozițiile art. 80-81 sunt acte săvârșite cu rea-credință, în dublu scop³⁶:

- lezarea drepturilor creditorilor sau eludarea legii
- obținerea unui profit pentru debitor sau pentru o altă persoană

Aceste acțiuni vizează actele juridice, constituirile și transferurile de drepturi patrimoniale realizate de debitor anterior deschiderii procedurii, într-o perioadă a cărei lungime variază de la 120 de zile la 3 ani, această din urmă limită fiind legată, desigur, de împlinirea termenului general de prescripție a dreptului la acțiune. Această perioadă a fost numită în doctrină „perioada suspectă”, desemnând deci aceea perioadă în care se prezumă ca, încercând să-și fraudeze creditorii sau anticipând survenirea încetării de plăți, debitorul ar fi putut încheia acte juridice a căror cauză să fie ilicită, în încercarea de a sustrage urmării creditorilor o serie de bunuri și valori.

Pentru contracararea acestor manopere frauduloase, administratorul/ lichidatorul au obligația de a filtra toate actele juridice încheiate în perioada suspectă, precum și constituirile și transferurile de drepturi patrimoniale realizate în aceeași perioadă, urmând să decidă împotriva cărora vor introduce acțiuni în anulare, în condițiile legii³⁷.

Masa creditorilor este prejudiciată când starea de încetare de plăți este însoțită de insolvabilitatea debitorului, situație în care creditorii se vor afla în imposibilitatea de a-și valorifica integral creanțele³⁸.

Așa cum s-a remarcat în doctrina de specialitate, în sistemul nostru de drept fraudarea intereselor creditorilor este sancționată cu revocarea actului fraudulos. De aceea s-a susținut că sancțiunea aplicabilă în temeiul prevederilor art. 80-81 din lege este revocarea și nu anularea actului fraudulos³⁹.

În concluzie, actele vizate de dispozițiile art. 79 sunt acte săvârșite de debitor cu rea credință, în dublu scop:

³⁶ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 218.

³⁷ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, 2001, pag. 144.

³⁸ Nicoleta Țândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Editura All-Beck, 2000, pag. 131.

³⁹ Nicoleta Țănăreanu, *Efectele patrimoniale și nepatrimoniale ale deschiderii procedurii de reorganizare judiciară*, în „Revista de drept comercial”, nr. 9/1997, pag. 61-72; Raul Petrescu, *Drept comercial roman*, Ed. Oscar Print, București 1996, pag. 218.

- a) lezarea drepturilor creditorilor sau eludarea legii;
 - b) obținerea unui profit pentru debitor sau pentru o altă persoană.
- Frauda poate fi săvârșită în două modalități :
- de regulă, cu complicitatea unei terțe persoane;
 - de însuși debitorul singur.

3.2. Actele juridice privind transmiterea unor drepturi patrimoniale încheiate de debitor cu terții și restituirea prestațiilor având caracter patrimonial, chiar dacă nu sunt false sau frauduloase

Actele juridice privind transmiterea unor drepturi patrimoniale încheiate de debitor cu terții pot fi anulate de tribunal, cu restituirea prestațiilor având caracter patrimonial, chiar dacă nu sunt false sau frauduloase, dar sunt în dauna creditorilor, în următoarele cazuri:

1) actele de transfer cu titlu gratuit din partea debitorului făcute în cei 3 ani, anteriori înregistrării cererii introductive; sunt exceptate sponsorizările în scop umanitar;

Liberalitățile comerciantului debitor, translativ de proprietate, sunt atacabile datorită incompatibilității actelor gratuite cu scopul comerțului, care este profitul; este nefiresc să faci daruri atunci când nu-ți poți plăti datoriile față de alții.⁴⁰

De aceea legiuitorul creează o prezumție de fraudă în sarcina debitorului care își micșorează patrimoniul cu titlu gratuit, exceptând însă sponsorizările cu caracter umanitar⁴¹.

Sunt vizate de textul art. 80 alin. 1 lit. a toate actele cu titlu gratuit translativ de proprietate mobilă sau imobilă.

Dispozițiile legale sunt aplicabile tuturor donațiilor inclusiv darurilor și donațiilor deghizate precum și remiterilor de datorie sau renunțării la un drept fără contraprestație, stipulația pentru altul⁴².

În ceea ce privește liberalitățile pentru cauză de moarte⁴³ (testamentul)⁴⁴ trebuie remarcat că legiuitorul nu s-a referit și la

⁴⁰ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 230.

⁴¹ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, 2001, pag. 146.

⁴² Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 230.

⁴³ R. Popescu, *Dreptul la moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Ed. Universul juridic, București, 2004

⁴⁴ Ion Adam, A. Rusu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. All BECK, București, 2003, pag. 137-144

acestea , deoarece el nu produce efecte decât în momentul morții debitorului testator.

În consecință dacă acest act unilateral, revocabil, a fost redactat de către debitorul testator cu 3 ani înainte de data deschiderii procedurii , acesta nu va putea fi anulat(revocat) întrucât el își va produce efectele numai din momentul morții debitorului care a testat.

Alta e situația în cazul legatului cu titlu particular care spre deosebire de ceilalți succesori, nu suportă pasivul succesoral.

Pe de altă parte, dacă aceste acte de transfer au caracter fraudulos - în sensul că au diminuat gajul general al creditorilor și au produs sau agravat o stare de insolvență - atunci fraudă debitorului este prezumată, iar terțul dobânditor nu este apărut de buna sa credință, fiind inacceptabil ca acesta să se îmbogățească în detrimentul creditorilor debitorului; terțul dobânditor va răspunde deci în limita îmbogățirii sale, soluție care se sprijină atât pe principiul înlăturării îmbogățirii fără just temei, cât și pe echitate, ca factor de corectare în spiritul bune credințe.

Sunt anulabile atât donațiile (darurile) manuale, cât și donațiile deghizate sub forma unei vânzări sau donațiile făcute de debitor în favoarea propriilor copii⁴⁵.

Nu sunt vizate de art. 80 alin. (1) lit. a) transferurile cu titlu aparent gratuit, dar în realitate interesate, cum sunt comodatul, mecenatul și sponsorizarea.

În cazul actelor dezinteresate debitorul procură un avantaj patrimonial fără să-și micșoreze patrimoniul. Sunt acte dezinteresate comodatul, mandatul gratuit, depozitul neremunerat etc.

Liberalitățile sunt acte cu titlu gratuit prin care dispunătorul își micșorează patrimoniul cu folosul patrimonial procurat gratificatului – spre exemplu donația sau mecenatul.

Terțul dobânditor va răspunde în limita îmbogățirii sale, soluție care se sprijină atât pe principiul îmbogățirii fără just temei, cât și pe echitate ca factor de corectare în spiritul bune credințe.

Judecătorul poate stabili că un act aparent cu titlu oneros este în realitate un act cu titlu gratuit, indiferent de denumirea dată de părți actului în cauză.

45 Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, 2001, pag. 147.

Articolul 80 alin(1) lit. a) din legea 85/2006 e o aplicație a principiului potrivit căruia dacă terțul beneficiar al liberalității urmărește să își mărească patrimoniul *certat de lucro captando*, creditorii urmăresc să evite un prejudiciu *certat de damno vitando*.⁴⁶

2) operațiunile comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, făcute în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, art.80 alin(1) lit.b)

Debitorul poate să fie generos sau păgubos numai în condiții de executare impecabilă a obligațiilor proprii și de plată integrală a datoriilor sale. În situații de criză, când fondurile disponibile nu-i mai ajung pentru a-și plăti datoriile exigibile, luxul de mai sus nu-i mai este îngăduit, iar libertatea lui contractuală este repusă în discuție.

În aceleași condiții, administratorul sau lichidatorul pot introduce la tribunal acțiuni pentru anularea unei operațiuni comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită făcute în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii.

Sunt vizate anularea actelor juridice lezionare⁴⁷, dar privind leziunea nu ca viciu de consimțământ ci sub aspectul prejudiciului, care este egal cu disproporția de valoare între contraprestații.

Vor putea fi anulate pe baza acestei prevederi doar actele juridice cu titlu oneros cu caracter comutativ, neîncadrându-se aici actele cu titlu oneros aleatorii deoarece acestea presupun șanse de câștig sau de pierdere pentru ambele părți contractante, astfel că eventuala disproporție vădită de valoare între contraprestații este efectul *alea* (hazardului) care se situează dincolo de orice intenție de fraudă.

Ținând cont de practica neunitară a soluțiilor pronunțate de instanțe judecătorești diferite, în opinia mea este necesară o intervenție a legiuitorului care să înlocuiască, să definească în mod clar și cuantificabil termenul vădit.

⁴⁶ Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu, *Legea procedurii insolvenței Comentarii și explicații*, Editura C.H.BECK, București, 2006, pag.501

⁴⁷ Leziunea a fost definită ca fiind acel viciu de consimțământ care constă în disproporția vădită de valoare între două prestații, Gh. Beleiu, *Drept Civil român, Introducere în dreptul civil*, pag.150

Prin „operațiuni comerciale” se înțeleg nu numai actele de comerț obiective ci și operațiunile privind imobilele cuprinse într-un fond de comerț.

Două rațiuni justifică anularea acestor contracte care s-au încheiat aparent valabil, conform cerințelor de validitate prevăzute de Codul civil⁴⁸:

- principiul egalității creditorilor, care guvernează procedura reorganizării judiciare și falimentului, este contrazis de existența și executarea unor contracte dezechilibrate:

- dezechilibrul vădit constituie un indiciu al relei credințe a creditorului care, pentru a-și crea o situație privilegiată, și-a asigurat un avantaj exagerat.

Realitatea prețului, condiție indispensabilă deopotrivă în materie civilă și comercială, nu trebuie confundată cu micimea, care dimpotrivă nu are în dreptul nostru, în care leziunea nu este legiferată, nici o influență asupra valabilității vânzării. Jurisprudența română este de acord în această privință⁴⁹.

Un preț real este un preț care efectiv corespunde cu valoarea lucrului vândut și se plătește vânzătorului. Dacă prețul nu este real, ci fictiv, derizoriu sau simulat nu există vânzare, iar obligația este fără cauză⁵⁰.

Câtă vreme nu există un preț real, adică un preț care să corespundă cu valoarea lucrului vândut, nu există vânzare⁵¹.

Prețul trebuie să fie sincer - prin aceasta înțelegându-se un preț care nu este fictiv sau simulat, ci reprezintă echivalentul valoric al prestației și cuantumului menționat în contract, convenit de părți⁵²

În cazul în care prețul este fictiv (simulat) contractul este nul ca vânzare-cumpărare, căci îi lipsește prețul (sine pretio nulla est venditio), dar dacă părțile au urmărit în realitate înstrăinarea bunului

⁴⁸ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, pag. 230.

⁴⁹ Curtea de Casație I, 6 martie 1929, Pandectele Romane 1929, 1, 97, Curtea de Casație I, 5 mai 1941, Pandectele Romane, 1941, III, 229.

⁵⁰ Romul Petru Vonica, *Dreptul contractelor comerciale*, Holding Reporter, București, 1999, pag. 256

⁵¹ V. Patulea, C. Turianu, *Curs de Drept comercial roman*, Editura All-Beck, București, 1999, pag. 109.

⁵² Romul Petru Vonica, *Dreptul contractelor comerciale*, Holding Reporter 1999, pag. 256

- deci numai prețul, nu și contractul în întregime este fictiv - el poate fi recunoscut valabil ca o donație deghizată (deghizare totală)⁵³, dacă vânzătorul a avut intenția de a face o liberalitate și dacă sunt îndeplinite toate condițiile cerute pentru valabilitatea donației⁵⁴.

Chiar dacă în contract s-a menționat că prețul a fost primit, această mențiune nu este de natură a face dovada prețului⁵⁵.

Uneori, părțile pot conveni să treacă în contract un preț inferior celui convenit, pentru a frauda fiscal. Singura valabilă va fi numai vânzarea aparentă, iar obligația de plată a restului de preț, cuprins în actul secret, este nulă, iar cumpărătorul poate refuza plata restului de preț.

În practica judiciară s-a stabilit în cazul vânzării unui imobil ca „prețul care urmează a fi avut în vedere în raporturile dintre părți este cel prevăzut în actul autentic, adică singurul act valabil raportat la natura convenției. Dacă, în baza unui act sub semnătură privată anterior, vânzătorul a încasat un preț mai mare, el este obligat să restituie diferența încasată în plus, pentru a nu realiza o îmbogățire fără just temel”⁵⁶.

Prețul trebuie să fie serios, adică să nu fie derizoriu, disproporționat în raport cu valoarea bunului vândut⁵⁷.

Seriozitatea prețului implică o echivalență valorică relativă, raportată atât la valoarea lucrului vândut, cât și la subiectivismul părților contractante, care, prin voința lor, sunt libere să aprecieze întinderea valorii ce se plătește ca preț⁵⁸. Altfel spus, prin noțiunea de preț serios se înțelege prețul care constituie o cauză suficientă a obligației luate de vânzător de a transmite dreptul de proprietate asupra bunului ce formează obiectul vânzării⁵⁹. Prețul este nesperios, derizoriu, când nu reflectă valoarea reală a bunului. Practic suntem în absența unui preț⁶⁰.

⁵³ C. Stătescu, C. Bârsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Editura All, București, 1994, pag. 74

⁵⁴ Francisc Deak, *Tratat de Drept civil român - contracte speciale*, Editura Actami, București, 1996, pag. 49.

⁵⁵ Tribunalul Iași, secția a III-a, decizia din 21 iunie 1926, în „Pandectele Romane”, 1926, III, pag. 152.

⁵⁶ Tribunalul Județului Maramureș, decizia civilă nr. 271/24 martie 1978, în *Revista Română de Drept*, nr. 4/1979, pag. 63.

⁵⁷ Romul Petru Vonica, *Dreptul contractelor comerciale*, Holding Reporter 1999, pag. 256

⁵⁸ Tribunalul Suprem, dec. nr. 1640 din 1977 - nepublicată, în *Repertoriul de practică judiciară în materie civilă pe anii 1975-1980*, pag. 86.

⁵⁹ Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. 1542 din 1973 - nepublicată în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă pe anii 1969-1975*, pag. 127.

⁶⁰ E. Safta-Romano, *Contracte civile. Încheiere. Executare. Încetare*, Edit. Polirom, București, 1999, pag. 47.

Seriozitatea prețului depinde, în primul rând, de existența unui raport, a unei proporții, între cuantumul prețului fixat de părți și valoarea reală a bunului vândut. Acest raport, chiar dacă nu reclamă neapărat o echivalență a elementelor – preț, lucru - exclude însă o disproporție prea mare între acestea, care nu ar fi susceptibilă de o justificare firească⁶¹.

S-a mai arătat că seriozitatea prețului implică o echivalență valorică relativă, raportată atât la valoarea lucrului vândut, cât și la subiectivismul părților contractante care, prin efectul voinței lor, sunt libere să aprecieze întinderea valorii ce se plătește ca preț⁶². De aceea elementele noțiunii de preț serios având un caracter de situații de fapt, sunt lăsate la aprecierea instanței⁶³.

Se impune să deosebim neseriozitatea prețului de vilitatea acestuia (preț deosebit de mic), deoarece în cazul în care prețul nu este serios contractul de vânzare-cumpărare urmează a fi anulat, pe când în caz de vilitate a prețului, vânzătorul nu este autorizat să ceară anularea vânzării⁶⁴.

În dreptul român vilitatea prețului nu este o cauză de nulitate a vânzării, deoarece resciziunea convențiilor pentru cauză de leziune nu a fost admisă de legiuitorul nostru, care nu a reprodus textele art. 1118 și art. 1674 din Codul civil francez⁶⁵.

Prețul este derizoriu când este astfel fixat încât practic nu înseamnă nimic față de valoarea reală a bunului⁶⁶.

Dacă prețul stabilit de părți este fictiv sau derizoriu, contractul de vânzare-cumpărare este nul, deoarece obligația cumpărătorului, în lipsa prețului sau a caracterului său derizoriu, este fără obiect, iar obligația vânzătorului, în mod corelativ, este fără cauză⁶⁷.

⁶¹ Ioan Lucian, *Drept civil. Contracte speciale*, vol. I, Editura Omnia Uni - S.A.S.T. S.R.L., Brașov, 1997, pag. 35.

⁶² Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 1640/14 septembrie 1977, în *Repertoriu de practică judiciară civilă pe anii 1975-1980*, pag. 86.

⁶³ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 1542/1973, în *Revista Română de Drept* nr. 6/1974, pag. 74; Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 697/1984, în *Culegere de Decizii*, 1984, pag. 28.

⁶⁴ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia 1752 din 1971 - nepublicată în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă pe anii 1969-1975*, pag. 127. În același sens, D. Gherasim, *Buna credință în raporturile juridice civile*, Editura Academiei, București, 1981, pag. 8.

⁶⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu și Al. Baicoianu, *Tratat de Drept civil român*, vol. II, Editura Națională, S.Ciornei București, 1929, pag. 907.

⁶⁶ Romul Petru Vonica, *Dreptul contractelor comerciale*, Holding Reporter 1999, pag.256

⁶⁷ V. Patulea, C. Turianu, *Curs de Drept comercial român*, Editura All-Beck, 1999, pag. 109

Se poate pune problema dacă principiul seriozității prețului nu contravine cu principiul libertății contractuale, potrivit cu care vânzătorul și cumpărătorul determină prin libera lor voință prețul lucrului vândut, preț care poate fi inferior sau superior valorii lucrului vândut⁶⁸.

Cum am arătat, dacă prețul este în vădită inferioritate și disproporție cu valoarea lucrului vândut, se spune ca prețul este vil. Nu se confundă neseriozitatea prețului cu vilitatea lui. Neseriozitatea face vânzarea-cumpărarea inexistentă, în vreme ce vilitatea nu împiedică vânzarea (vilitatea prețului nu autorizează pe vânzător a cere anularea vânzării pentru leziune). Dar în dreptul civil și comercial, leziunea este acceptată pentru minorul în vârstă de 14-18 ani, contractul fiind anulabil dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 25 din Decretul nr. 31/1954.

Dacă una din părți a profitat de neștiința, starea de ignoranță și de constrângere a celeilalte părți pentru a obține avantaje disproporționate, vânzarea este nulă pentru cauză imorală⁶⁹.

În materie comercială, atât seriozitatea cât și micimea prețului vor fi apreciate mai larg decât în materie civilă, pentru considerația că, chiar în lipsa unui preț stabilit de autoritatea administrativă, el reprezintă un element curent, determinat de legea cererii și a ofertei. Aceasta toleranță este necesară securității tranzacțiilor comerciale⁷⁰.

Realitatea prețului nu trebuie să fie confundată cu micimea prețului care nu are nici o influență asupra valabilității vânzării. Noțiunea de preț serios are caracterul unei situații de fapt care se apreciază de instanțele judecătorești⁷¹.

Ce se întâmplă cu lucrul vândut în cazul în care disproporția rezultă ca urmare a faptului că un contractant a profitat de neștiința, ignoranța sau starea de constrângere a celuilalt?

⁶⁸ E. Safta-Romano, *Contracte civile. Încheiere. Executare. Încetare*, Editura Polirom, 1999, pag. 47-48.

⁶⁹ Trib. Suprem, în complet de 7 judecători, decizia nr. 73/1969, cu nota de D. Cosma, în „Revista Română de Drept”, nr. 7/1971, pag. 112.

⁷⁰ I.L. Georgescu, *Drept comercial român. Teoria generală a obligațiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare comercială*, lucrare revăzută, completată și adusă la zi de I. Băcanu, Editura Lumina Lex, București, 1994, pag. 170.

⁷¹ Romul Petru Vonica, *Dreptul contractelor comerciale*, Holding Reporter, București, 1999, pag. 256

S-a arătat că este vorba de o leziune, dar nu una obișnuită - care în dreptul nostru atrage nulitatea relativă a convenției numai în cazul în care aceasta a fost încheiată de minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă singur, fără încuviințarea reprezentanților săi legali - ci o leziune care s-ar interpreta ca o cauză imorală ce atrage nulitatea absolută a convenției.

Îmbrățișând aceste principii, fostul Tribunal Suprem s-a pronunțat constant în acest sens, stabilind totodată ca analiza seriozității prețului în fiecare situație concretă în parte este o problemă de fapt lăsată la libera apreciere a instanței chemate să soluționeze litigiul⁷².

Numai că, în materia insolvenței, legea prezumă că prin asemenea operațiuni comerciale debitorul, acceptând o prestație vădit inferioară propriei sale prestații, a urmărit să diminueze masa activă în detrimentul creditorilor săi; desigur că o asemenea prezumție operează numai în cazul contractelor comutative, nu și în cazul celor aleatorii, în temeiul disproporției prestațiilor contractuale, legea prezumă o fraudă, fundamentată pe voința culpabilă a debitorului și a co-contractantului său⁷³.

Condițiile pe care trebuie să le îndeplinească operațiunea pentru a se obține anularea ei în baza dispozițiilor art. 80 alin. 1 lit. b sunt următoarele :

- 1) contractul să fie comutativ și nu aleatoriu;
- 2) dezechilibrul vădit să fie în detrimentul debitorului;
- 3) obligațiile asumate de debitor în această operațiune să fie vădit disproporționate față de contraprestația celeilalte părți.

Existența dezechilibrului prestațiilor a fost constatată în cazul unei tranzacții, al vânzării unui imobil, al vânzării unor cai de curse, al unui aport la capitalul social, al unui partaj, al unui contract de locațiune etc⁷⁴.

Astfel de operațiuni comerciale anulabile pot privi aportul debitorului la capitalul unei societăți comerciale, prin care, în contul

⁷² Dan Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag. 51.

⁷³ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, București, 2001, pag. 147.

⁷⁴ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, București, 2000, pag. 230.

unor prime de aport sau de emisiune iluzorii, debitorul primește acțiuni cu valoare inferioară valorii aportului său; ele pot îmbrăca forma oricărui contract comercial în care, între prestațiile părților, există un dezechilibru vădit, în defavoarea debitorului⁷⁵.

În dreptul comercial, contractele lezionare încheiate de către comerciantul aflat în stare de insolvență pot fi anulate pentru fraudă în dauna creditorilor, comerciantul debitor aflat în insolvență sau în pragul insolvenței având reprezentarea faptului că prin asemenea acte prejudiciază interesele creditorilor săi, diminuând dreptul de gaj general al acestora.

Legiuitorul are în vedere existența unei disproporții vădite de valoare, iar nu a uneia discutabile, în favoarea terțului. Nu este avută în vedere o valoare nesperioasă, nici o diferență mică de valoare. În prima situație actul este cu titlu gratuit sau lipsit de cauză, în timp ce în cea de-a doua situație, din cauza diferenței mici sau nesemnificative, actul nu poate fi anulat.

Spre exemplu astfel de operațiuni comerciale anulabile pot privi aportul debitorului la capitalul unei societăți comerciale, prin care, în contul unor prime de aport sau de emisiune iluzorii, debitorul primește acțiuni cu valoare inferioară celei a aportului său, sau pot îmbrăca forma unui contract de vânzare-cumpărare în care prețul este mult inferior valorii de circulație a bunului.

De lege ferenda, propun să fie modificată legea 85/2006 la acest articol **în care legiuitorul să definească a noțiunea vădit prevăzută de art.80 lit.b**

Consider că termenul vădit trebuie imperativ cuantificat în mod clar de legiuitor pentru a nu lăsa la aprecierea instanțelor de judecată ce reprezintă depășirea vădită a prestației debitorului față de prestația primită și pentru a se realiza o practică unitară a instanțelor în ceea ce privește acest aspect. Apreciez că astfel se va lărgi aria de anulare a anumitor acte cu implicații în creșterea șanselor creditorilor de a-și recupera creanțele și eventual a debitorului de a reveni viabil pe piață dându-se astfel eficiența scopului legii insolvenței

⁷⁵ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, București, 2001, pag. 147.

3) orice act încheiat cu intenția tuturor părților implicate în acesta de a sustrage bunuri de la creditori sau de a le leza în orice alt fel drepturile, încheiat în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii

Condițiile promovării acestei acțiuni sunt similare celor reglementate de art. 80 alin. 1 lit. a și b de mai sus, cu unele particularități.

Astfel, spre deosebire de situația reglementată de art. 79, în cazul actelor la care se referă dispozițiile art. 80 alin. 1 lit. c toate părțile actului, atât debitorul cât și partenerii săi în acel act, au fost animați de intenția de a-i leza pe creditori prin sustragerea unui bun din sfera celor urmăribile în temeiul partajului general al creditorilor. În cazul prevăzut de art. 79 nu este necesară dovada complicității terței persoane la fraudă de debitorului, pe când în situația prevăzută de art. 80 alin. 1 lit. c este necesară existența unui concert fraudulos⁷⁶.

Aici legea cere ca intenția de fraudare (concertul fraudulos) să fie proprie tuturor părților implicate în raportul juridic, în acest caz, intenția de fraudă a debitorului, în complicitate cu terțul, trebuie dovedită, ea nemaifiind prezumată, în categoria acestor acte frauduloase pot intra și donațiile (liberalitățile) vizate la lit. a) de mai sus, dar și contractele dezechilibrate menționate la lit. b).

Putem astfel să conchidem că între ipoteza de mai sus și cele prezentate la lit. a) și b) există o relație de la gen la specie, ultimele fiind forme speciale ale fraudei împotriva drepturilor creditorilor; aceeași relație există între actele frauduloase menționate la art. 79 din lege și ipotezele menționate la art. 81 din lege⁷⁷.

Anularea actelor enumerate mai sus - cu excepția celor false sau frauduloase - nu va putea totuși fi cerută dacă ele s-au produs în cursul desfășurării normale a activității debitorului, având la bază o contraprestație echivalentă și rezonabilă a celeilalte părți sau atunci când, urmare actului, debitorul a primit un credit negarantat și nerambursat încă la data deschiderii procedurii⁷⁸.

⁷⁶ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 232.

⁷⁷ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, 2001, pag. 148.

⁷⁸ Mircea N. Costin, Ioan Schiau, Titus Prescure, *Reorganizarea și lichidarea judiciară - analiza de legislație și doctrină*, Editura Lumina Lex, 1997, pag. 54.

Putem exemplifica această situație cu următorul caz:

Este anulabil contractul prin care debitoarea societate comercială cu răspundere limitată a vândut cu două luni înainte de deschiderea procedurii falimentului, dar după ce o asemenea cerere fusese depusă la tribunal, un imobil, casă și teren, soției administratorului societății, raporturile existente între cei doi soți, oferind cumpărătoarei date despre starea de insolvență a societății comerciale, aceasta acționând împreună cu soțul său, administrator al societății debitoare, cu intenția de a frauda creditorii.

În jurisprudență s-a stabilit că este anulabil contractul de vânzare-cumpărare încheiat de către un membru al consiliului de administrație al debitorului, cu depășirea puterilor sale, cu o societate comercială al cărei asociat are și calitatea de director general al debitorului, fiind incident art. 138 alin.(1) litera c).

4) acte de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer, art. 80 lit.d Legea 85/2006

O primă ipoteză reglementată mai sus are în vedere preexistența unei datorii a debitorului față de un creditor, în vederea stingerii căreia debitorul a efectuat un transfer de proprietate.

Suntem deci în prezența unei dări în plată(mijloc de stingere a unei obligații) a unui bun mobil sau imobil aparținând averii debitorului, dacă momentul în care intervine transferul de proprietate este exact momentul plății în vederea stingerii unei datorii, bun a cărui valoare este superioară sumei la care ar fi îndreptățit creditorul în caz de faliment al debitorului iar dacă convenția a fost încheiată înainte de efectuarea plății ne-am afla în prezența unei novații prin schimbare de obiect(mijloc de transformare a obligației).

Darea în plată este operația juridică prin care debitorul execută către creditorul său o altă prestație decât aceea la care s-a obligat la încheierea raportului juridic obligațional. Această schimbare se face

numai cu consimțământul creditorului acesta neputând fi obligat să primească o altă prestație decât aceea care i se datorează, chiar dacă valoarea prestației oferite este egală sau mai mare⁷⁹.

A doua ipoteză, vizând transferul proprietății unui bun în folosul creditorului, nu este ușor de descifrat, exprimarea ei fiind lacunară, condiția pentru ca un astfel de transfer să fie considerat în interesul creditorului” este ca suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului să fie mai mică decât valoarea actului de transfer.

Trăsăturile specifice acestei acțiuni în anulare sunt:

- actul juridic atacabil să fi realizat un transfer de proprietate:
- acest act să fi fost încheiat în perioada celor 120 zile anterioare deschiderii procedurii:

- transferul de proprietate să aibă ca justificare stingerea totală sau parțială a unei datorii a debitorului față de acel creditor, născută anterior perioadei celor 120 zile

- efectul transferului de proprietate să fie creșterea sumei pe care creditorul ar urma să o primească în cazul falimentului, în detrimentul celorlalți creditori.

Textul s-a aplicat, în jurisprudența franceză, situațiilor de dare în plată, când în locul sumei datorate debitorul a dat materiale sau mărfuri⁸⁰, sau a predat un alt apartament decât cel contractat și neexecutat dar plătit integral⁸¹, sau a predat un automobil de ocazie în locul celui contractat⁸², iar în jurisprudența americană s-a aplicat și plăților efectuate de debitor prin efecte de comerț (bilete la ordin, cecuri).

În aceste situații transferul este cu titlu oneros, dar se realizează la o valoare superioară celei pe care creditorul ar fi primit-o în cazul falimentului, pentru a-l favoriza pe acel creditor, în detrimentul celorlalți creditori⁸³.

⁷⁹ C. Stătescu, C. Bârsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. All, București, 1994, pag. 334.

⁸⁰ Com. 28 april 1987, Rev. proc. coll. 1987, n. 83 note Guyon

⁸¹ Cass. plén. 22 april 1974, J.C.P. 1974, II, 17876, note Bénabent.

⁸² Com. 21 fév. 1967, Bull. III, n. 94.

⁸³ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 232.

Întrucât anularea unui act juridic are ca efect repunerea în situația anterioară, terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial anulat va trebui să restituie averii debitorului fie bunul transferat, fie, dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia la data transferului.

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.

Ca o consecință, terțul dobânditor, care a restituit averii debitorului bunul sau valoarea bunului ce-i fusese transferat de către debitor, va avea împotriva averii o creanță de aceeași valoare, cu condiția ca terțul să fi acceptat transferul cu bună-credință și fără intenția de a-i împiedica, întârzia ori înșela pe creditorii debitorului. În caz contrar, terțul dobânditor pierde creanța sau bunul rezultat din repunerea în situația anterioară, în favoarea averii debitorului. Reaua-credință a terțului dobânditor trebuie dovedită.

Legea aduce următoarele precizări foarte importante:

- Nu se va putea cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente (art. 82).

- Administratorul judiciar, lichidatorul sau comitetul creditorilor va putea introduce acțiune pentru a recupera de la subdobânditor bunul ori valoarea bunului transferat de către debitor, numai dacă subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat. În cazul în care subdobânditorul este soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului, se prezumă relativ că acesta a cunoscut împrejurarea că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat (art. 84).

Prezumția este relativă, așadar poate fi combătută prin proba contrară.

Bunul sau valoarea pot fi recuperate de la terțul subdobânditor însă numai atunci când sunt întrunite cumulativ două condiții⁸⁴:

⁸⁴ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 238.

a) o condiție obiectivă, ca terțul subdobânditor să nu fi plătit valoarea corespunzătoare a bunului (ci eventual o valoare derizorie);

b) o condiție subiectivă, ca terțul subdobânditor să fi știut sau să fi putut să cunoască, în momentul dobândirii, că transferul dintre debitor și primul dobânditor putea fi înlăturat pe calea acțiunii în anulare.

5) constituirea ori perfectarea unei garanții reale pentru o creanță care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii

În timp ce dispozițiile art. 41 interzic constituirea de garanții în favoarea creditorilor după deschiderea procedurii, textul art. 80 alin. (1) lit. e) reglementează acțiunea pentru anularea constituirii ori perfectării unor garanții reale pentru o creanță care era chirografară în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii.

Rațiunea textului este tot prezumția de favorizare a unor creditori prin fraudarea drepturilor celorlalți creditori într-un interval de timp scurt înainte de deschiderea procedurii.

Legiuitorul prezumă că perfectarea sau constituirea, în perioada suspectă, a unei garanții în favoarea unui anumit creditor chirografar urmărește favorizarea acestuia în raport cu ceilalți creditori, textul nu vizează decât garanțiile reale, nu și pe cele personale (fideiusiunea), în privința cărora nu se produce concursul creditorilor⁸⁵.

Textul se aplică garanțiilor reale mobiliare reglementate de Legea nr. 99/ 1999 și ipotecilor convenționale.

Scopul normei legale este acela de a se oferi posibilitatea lipșirii de efecte juridice a manevrei unui creditor chirografar care tinde să-și amelioreze în dauna celorlalți creditori condiția juridică⁸⁶.

Textul este aplicabil în toate situațiile în care este absentă concomitența nașterii creanței cu constituirea garanției. Creanța născută chirografară este ulterior nașterii sale înzestrată cu o garanție reală. Data constituirii garanției este data actului notarial. Nu se aplică textul reînnoirilor de garanții privind aceeași creanță.

⁸⁵ Ioan Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Editura All-Beck, 2001, pag. 150.

⁸⁶ Ion Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Editura Lumina Lex, 2000, pag. 236

Înscrierea ipotecii, fiind o cerință de opozabilitate poate fi făcută în perioada suspectă dacă perfectarea sau constituirea ei este anterioară acestei perioade.

Pentru exemplificare redăm următoarea soluție dată de instanțele de judecată într-o speță în care s-a reținut că, întrucât prestația debitorului insolvent depășește în mod vădit contraprestația cumpărătorului, iar prin acest act au fost vătămate drepturile celorlalți creditori, intenția de fraudare se deduce din aceea că debitorul a acceptat un preț inferior, astfel încât să-l favorizeze pe cocontractantul cumpărător.

6) actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă o persoană fizică sau juridică față de care era la data efectuării transferului unor operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de compensare bilaterală (netting), realizate în baza unui contract financiar calificat, ori a devenit ulterior debitor, în sensul legii insolvenței, art.80 lit.g

Cazul acesta de anulare presupune destul de mult efort probatoriu, pentru a dovedi intenția frauduloasă. Misiunea este îngreunată de perioada destul de mare indicată de lege - doi ani.

În cazul în care debitorul a fost parte într-un contract calificat privind asumarea unor obligații prin apelarea la instrumente derivate, partea supraviețuitoare poate cere compensarea bilaterală a relației cu debitorul și recunoașterea rezultatului compensării bilaterale, pe parcursul procedurii. Administratorul judiciar are obligația ca în cazul în care rezultatul compensării plasează cocontractantul debitorului în poziția de creditor al procedurii, de a verifica în ce măsură contractul nu a fost încheiat - amendat în dauna creditorilor, „în perioada suspectă”, în anticiparea intrării sub incidența legii insolvenței.

Contractul financiar calificat este definit la art. 3 pct. 31 drept orice contract având ca obiect operațiuni cu instrumente financiare derivate realizate pe piețele reglementate, piețele asimilate sau piețele la buna înțelegere, astfel cum sunt acestea reglementate.

Operațiunea de compensare bilaterală (netting) este definită la art. 3, pct. 33 și presupune realizarea, în legătură cu unul sau mai

multe contracte financiare calificate, a uneia sau a mai multora dintre operațiunile enumerate la lit. a) – d).

Acordurile de compensare bilaterală (acorduri de netting) sunt definite la art. 3 pct.34 în variantele a) – c).

7) plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii

Acesta privește plata anticipată a datoriilor efectuată în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii.

Plata este actul juridic prin care debitorul (solvens) transmite creditorului (accipiens) o sumă de bani cu intenția de a stinge o obligație (anima solvendi).

Efectuarea unei plăți anticipate înainte de deschiderea procedurii insolvenței este sancționată de lege cu nulitatea actului în cauză, dacă scadența datoriei stinse este posterioară datei începerii procedurii.

În consecință, orice plată datorată efectuată anticipat, dar pentru o datorie scadentă înainte sau chiar în ziua deschiderii procedurii insolvenței este valabilă și nu poate fi anulată.

Un asemenea act este evident în fraudarea creditorilor care dețin o creanță certă, lichidă și actuală.

Fiind insolvent, adică incapabil să-și plătească datoriile exigibile, debitorul este și incorect dacă le plătește pe cele nescadente, favorizând pe unii creditori, în prejudiciul celorlalți. De aceea, conform art. 80 alin. (1) lit. f) pot fi anulate „plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii”.

Prin textul comentat sunt vizate numai plățile efectuate de debitor nu și plățile primite de acesta. Anularea actului produce efecte și față de garantul fidejutor care se va considera retroactiv că nu a fost liberat prin plata făcută de debitor.

Norma legală comentată este aplicabilă și creanțelor care nu erau încă născute la data la care au fost plătite⁸⁷, precum și plăților efectuate

⁸⁷ Pierre-Michel le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives, troisième édition*, Dalloz, Paris, 2006/2007, page 1287

prin mecanismul juridic al cesiunii de creanță sau al delegației de creanță al novațiunii sau al dării în plată.

În jurisprudența franceză s-a decis că scapă de sub incidența normei similare celei comentate plățile prin efecte de comerț (cambie, bilet la ordin, cec) dacă este certă existența creanței trăgătorului față de tras. Excepția operează și în cazul plăților efectuate prin card bancar, precum și remiterilor în cont curent. Nulitatea nu operează nici în cazul compensărilor legale sau judiciare ale creanțelor, dar norma legală privind nulitatea este aplicabilă compensărilor convenționale.

De lege ferenda propun următoarea completare a art. 80 alin 1 din Legea 85/2006 privind procedura insolvenței **anularea actelor de transfer efectuate între două societăți comerciale când obiectul transferului reprezintă peste 30% din valoarea activelor debitorului făcute fără acordul acționarilor**

Neexistând o prevedere expresă a legiuitorului la acest moment rămâne din nou la aprecierea instanțelor determinând o practică neunitară cu privire la acest aspect.

În acest mod se va sancționa reaua credință a cumpărătorului care avea obligația de a cunoaște faptul că pentru persoana juridică, regula capacității de a face acte juridice civile este subordonată principiului specialității capacității, consacrate de art.34 din Decretul nr.31/1954- Persoana juridică nu poate avea decât acele drepturi care corespund scopului ei stabilit prin lege, actul de înființare sau statut. Prin urmare orice act juridic care nu este făcut în vederea realizării acestui scop e nul. Capacitatea fiind o stare de drept- de iure. Deasemenea acesta trebuia să cunoască prevederile Legii 31/1990 privind societățile comerciale

De lege ferenda

De asemenea apreciez ca fiind necesară și utilă **inclusiunea și a actelor anulabile prevăzute de art.80 alin.2 în categoria actelor obligatoriu anulabile prin excluderea sintagmei vor putea fi anulate din textul de lege**

Ținând cont de subiecții (asociat comanditat, asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății/drepturi de vot, membru sau administrator al unui grup de interes economic, coindivizar al unui bun comun), persoane care au posibilitatea să aibă cunoștință despre

starea reală a societății debitoare la care face trimitere prevederile art.80 alin.2 consider că prin noua prevedere legiuitorul ar atinge un dublu scop

1. de sancționare obligatorie a acestora pentru concursul dat la fraudarea creditorilor

2. de a nu se mai perpetua acest mod de fraudare pentru alți subiecții interesați

3.3. Alte acte anulabile

Actele juridice încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii cu persoanele aflate în raporturi juridice cu debitorul, vor putea, de asemenea, să fie anulate și prestațiile recuperate, dacă sunt în dauna creditorilor, art.80 alin.2 :

a) cu un asociat comanditar sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, atunci când debitorul este respectiva societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată.

Sunt vizați de această reglementare asociații cu răspundere nelimitată indiferent de numărul acțiunilor sau părților de interes deținute și acționarii comanditari din societățile în comandită pe acțiuni, de cel puțin 20% din capitalul social prezumându-se că prin poziția pe care o dețin au cunoscut din timp faptul că debitorul va intra în insolvență.

b) cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes economic;

Legiuitorul prezumă fraudă debitorului deoarece membrul sau administrator- ul care are calitatea de creditor al debitorului e favorizat față de ceilalți creditori prin acoperirea creanțelor cunoscând dinaintea acestora că debitorul ar putea intra în insolvență.

c) cu un acționar deținând cel puțin 20% din acțiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acționarilor, atunci când debitorul este respectiva societate pe acțiuni deoarece prin poziția avută se prezumă că aceștia au cunoscut potențiala insolvență a debitorului evitând astfel să suporte vreun prejudiciu.

d) cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă;

e) cu orice altă persoană fizică ori juridică, deținând o poziție dominantă asupra debitorului sau a activității sale;

De lege ferenda facem următoarea propunere de modificare legislativă a legii

Respectiv definirea clară de către legiuitor a noțiunii de poziție dominantă prevăzută de art. 80 alin.(2) lit.e

Ca și în cazul termenului vădit apreciez că este necesară clarificarea și cuantificarea noțiunii de poziție dominantă pentru a exista o practică unitară. Fiind o noțiune abstractă ceea ce pe judecătorul sindic îl conduce la aprecierea că poziția contractantului a fost dominantă în raport cu debitorul sau activitatea sa și în consecință să anuleze actele încheiate de acesta cu debitorul insolvent în baza art. 80 alin.(2) lit.e într-un eventual recurs de instanța de control judiciar să nu fie reținut ca atare și prin urmare soluția acestuia să fie modificată în favoarea contractantului rămânând astfel prejudiciați creditorii

f) cu un coindivizar asupra unui bun comun legiuitorul se referă la situația în care există un drept de proprietate comună asupra unui bun indiferent dacă este vorba de indiviziune sau coproprietate⁸⁸. În ambele situații copărtaș sau coindivizar⁸⁹ are doar o cotă parte ideală, matematică, abstractă din drept, și nu o porțiune determinată în materialitatea sa din bunul ce face obiectul coproprietății sau un anumit bun din cele ce alcătuiesc indiviziunea.

Anularea actelor enumerate mai sus - cu excepția celor false sau frauduloase - nu va putea totuși fi cerută dacă ele s-au produs în cursul desfășurării normale a activității debitorului, având la bază o contraprestație echivalentă și rezonabilă a celeilalte părți sau atunci când, urmare actului, debitorul a primit un credit negarantat și nerambursat încă la data deschiderii procedurii⁹⁰.

În practică spre exemplu în cazul producătorilor și distribuitorilor en-gros, problema bonusurilor: este greu de dovedit că reducerile

⁸⁸ Ioan Adam, *Drept civil, Drepturile reale principale*, București, 2007, pag.357

⁸⁹ G.Luțescu, *Teoria generală a drepturilor reale*, București, 1947, pag.350

⁹⁰ Mircea N. Costin, Ioan Schiau, Titus Prescure, *Reorganizarea și lichidarea judiciară - analiză de legislație și doctrină*, Editura Lumina Lex, București, 1997, pag 54

(bonusurile) mai mari acordate de producător unor distribuitori sau de distribuitorii en-gros către alți subdistribuitori (en-gros sau en-detail) ascund intenții frauduloase. Cel mai adesea vor exista argumente că aceste reduceri/bonusuri s-au acordat pe baza unor criterii, cu scopul, „ca să ajute clientul” etc., astfel că intenția frauduloasă va fi greu de dovedit sau s-ar putea chiar să nu existe.

Activitatea normală/curentă trebuie înțeleasă în sensul art. 3 pct. 14 și art. 49 alin.(1) și (2)- activitățile curente reprezintă acele fapte de comerț și operațiuni financiare propuse a fi efectuate de debitor în perioada de observație, în cursul normal al comerțului său, cum ar fi:

- a) continuarea activităților contractate, conform obiectului de activitate;
- b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora;
- c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente;