

**Radu BUFAN
Lucian BERCEA**
– Coordonatori –

DREPTUL INSOLVENȚEI ȘI INSTABILITATEA ECONOMICĂ

*Lucrările secțiunii omonime a Conferinței Internaționale Bienale,
organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest
din Timișoara, 12-13 octombrie 2012*

Universul Juridic
București
-2013-

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

Copyright © 2013, S.C. Universul Juridic S.R.L.

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

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

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

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

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

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

BUFAN, RADU

Dreptul insolvenței și instabilitatea economică / Radu

Bufan, Lucian Bercea. - București : Universul Juridic, 2013

Bibliogr.

ISBN 978-606-673-053-2

I. Bercea, Lucian

347.736

336.7

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

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

www.universuljuridic.ro

CUVÂNT ÎNAINTE

După aproape două decenii în care dreptul pozitiv al insolvenței a traversat restructurări majore, o nouă intervenție legislativă este iminentă. România va avea, pentru prima dată, un Cod al insolvenței care va reuni și sistematiza legislația relevantă, urmând să ia locul pe care îl ocupă în prezent Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc, precum și alte acte normative speciale cu aplicabilitate sectorială. Urmărind să devină un instrument de asigurare a stabilității normative în materie, Codul insolvenței va trebui scris într-o manieră armonizată cu noul Cod civil și noul Cod de procedură civilă.

Contextul instabil economic în care are loc codificarea multiplică vulnerabilitățile mecanismului procedurii insolvenței și ale instrumentelor cu care aceasta operează, precum și factorii care trebuie luați în considerare pentru adaptarea procedurii insolvenței la metamorfozele mediului de afaceri.

Prezentul volum dorește să ofere diagnoze ale stării dreptului insolvenței anterior codificării și prognoze deduse din influența exercitată de instabilitatea economică asupra evoluției acestui domeniu. Volumul reunește lucrările secțiunii omonime a Conferinței internaționale bienale 2012, organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara. Studiile valorifică legislația, doctrina și jurisprudența anterioare datei de 1 martie 2013.

O primă secțiune, **Contextul**, grupează lucrări care aduc în discuție necesitatea modernizării dreptului societăților și a mecanismelor de guvernanță corporativă în vederea susținerii unei economii competitive și a unei dezvoltări durabile, polimorfia conceptului de „insolvabilitate” și relația sa complicată cu un concept-cheie în procedura insolvenței – „insolvența” –, precum și problema sensibilă a insolvenței consumatorilor ca instrument de înlăturare a supraîndatorării.

A doua secțiune, **Comentarii. Interpretări. Dificultăți**, inventariază teme controversate ale procedurii insolvenței, cum sunt: compatibilitatea și ipotezele specifice de aplicare a acțiunii în revendicare în cadrul procedurii insolvenței; eficiența economică a unei asemenea proceduri și prejudiciile la care sunt expuși creditorii; problemele generate de modalitățile neuzuale de recuperare a creanțelor în procedura insolvenței sau de confirmarea planului de reorganizare judiciară; particularitățile și limitele modificării actului constitutiv al debitorului, precum și poziția acționarilor debitorului în procedura insolvenței; creșterea rolului creditorilor în promovarea acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor; abordarea comparativă a răspunderii civile a organelor debitorului în insolvență în legislațiile europene; chestiunile de oportunitate pe care le implică închiderea procedurii insolvenței.

A treia secțiune, *Alternative*, analizează proceduri și instrumente instituite cu titlu de alternative la procedura insolvenței, având aplicabilitate generală profilactică (concordatul preventiv) sau incidență particulară curativă (banca-punte).

Indiferent de cheia de lectură a volumului, sperăm ca nici codificarea insolvenței, nici instabilitatea economică să nu îi afecteze prea curând actualitatea.

Timișoara, mai 2013

Radu Bufan
Lucian Bercea

I. CONTEXTUL

DREPTUL SOCIETĂȚILOR ȘI MECANISMELE DE GUVERNANȚĂ CORPORATIVĂ ÎN SECOLUL XXI: NECESITATEA MODERNIZĂRII ÎN VEDEREA SUSȚINERII UNEI ECONOMII COMPETITIVE ȘI A UNEI DEZVOLTĂRI DURABILE¹

Prof. univ. dr. Radu N. CATANĂ

Center for Company Law and Corporate Governance

Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Abstract

This article proposes and discusses the relevant directions that company law and the corporate governance mechanisms should take in order to meet the actual and ever changing needs of the business environments, with the already known general purpose of sustaining a competitive economy. The corporate entity in the third millennium should rationally maximize the shareholder value in an enlightened way, with an inclusive and pluralist approach that also takes into consideration the protection of stakeholders. Contractual freedom and self-regulation should be preferred as being flexible instruments for an adaptive company law, while courts intervention should be limited to temporary remedies, to minority shareholder protection, directors liability and good faith third party protection. Corporate governance mechanism should be adapted – also by regulatory intervention – to the type of companies and to the specific characteristics of the ownership structure.

Keywords: company law, corporate governance, modernization, court intervention, contractual freedom, creditor protection, stakeholders

Rezumat

Prezentul studiu propune și discută direcțiile relevante pe care dreptul societăților și mecanismele de guvernare corporativă ar trebui să le urmeze în scopul de a concilia necesitățile actuale, în continuă schimbare, ale mediului de afaceri, și bine cunoscutul scop general al susținerii unei economii competitive. Entitatea societară a mileniului trei ar trebui să maximizeze în mod rațional valoarea acțiunilor într-o manieră luminată, cu o abordare incluzivă și pluralistă care să ia în considerare și protecția celorlalți intervenienți în viața societății. Libertatea contractuală și autoreglementarea ar trebui să fie favorizate, ca instrumente flexibile pentru un drept adaptabil al societăților, în timp ce intervenția judiciară ar trebui să fie limitată la remedii temporare, la protecția acționarilor minoritari, răspunderea administratorilor și protecția terților de bună-credință. Mecanismele de guvernare corporativă ar trebui să fie adaptate – inclusiv printr-o intervenție regulatoare – în funcție de forma societății și trăsăturile specifice ale structurii acționariatului.

¹ Acest material este publicat în cadrul grantului de cercetare CNCS TE cod PN-II-RU-TE-2011-3-0158, cu titlul *Legal Approach to Improving Corporate Governance. Meeting the Challenges of the Recent Economic and Financial Global Crisis*.

Cuvinte-cheie: dreptul societăților, guvernanță corporativă, modernizare, intervenție judiciară, libertate contractuală, protecția creditorilor, stakeholders

Obiectivul principal al dreptului societăților este de a oferi un cadru normativ adaptat unei economii competitive, într-o manieră coerentă și o formă accesibilă, oferind libertate pentru ca participanții la viața societară să își îndeplinească funcțiile corespunzătoare, dar în același timp asigurând o protecție adecvată pentru părțile care au interese legitime în buna funcționare a entității societare (în general, aceste persoane sunt asociații, creditorii de bună-credință, administratorii și salariații). Aserțiunea apare în documentul-reper, referința inițierii proceselor de modernizare a dreptului societăților la nivel global². Cadrul normativ trebuie să țină seama de impactul dreptului european și de efortul de armonizare la nivelul legislației de drept al societăților, de modelele moderne de reglementare, de structura proprietății firmelor, de modul predilect în care acestea înțeleg să se finanțeze și de importanța întreprinderilor mici și mijlocii. Dreptul modern al societăților trebuie să fie un instrument flexibil, de o complexitate minimizată, maximum accesibil mediului de afaceri. Intervenția legiuitorului în materie societară ar trebui să se producă, iar complexitatea ar trebui să apară numai în cazul în care interesele care trebuie protejate sunt substanțial afectate. Spre exemplu, mediul de afaceri trebuie să poată profita în mod legitim de „bunul comun” al limitării răspunderii (fără de care nu ar fi existat nici asumarea riscului de către investitori, nici avans tehnologic), dar în același timp să fie responsabilizat prin mijloace flexibile, cum este extinderea răspunderii în cazul abuzului de personalitate juridică și al fraudării creditorilor.

Scopul formei juridice societare a mileniului III este maximizarea rațională a valorii acționariale a firmei (*enlightened shareholder value*), în sensul că administrația societății ar trebui să urmărească cu diligență, loialitate și bună-credință obiectivul satisfacerii intereselor proprietarilor firmei, dar într-o manieră „luminată”, incluzivă și pluralistă, care să ia în considerare și protecția intereselor celorlalți intervenienți în viața societății (*stakeholders*)³. Desigur că în funcție de natura (de stat sau privată) și de structura (dispersată sau consolidată) a proprietății asupra firmei, interesele așa-numiților acționari indirecti vor fi mai mult sau mai puțin potențate prin norme juridice și *soft-law*.

Există o evoluție la nivel european în sensul reducerii formalităților de constituire și de funcționare a societăților, unele dintre acestea fiind considerate nerelevante pentru protejarea intereselor avute în vedere, în schimb costisitoare. Spre pildă, formalitatea capitalului social minim la societățile cu răspundere limitată este inutilă, atât timp cât valoarea prag este infimă și cât o majorare semnificativă a acesteia ar fi de natură să disuadeze întreprinzătorii de la utilizarea acestei forme societare. Franța, Germania și Marea Britanie au renunțat în cursul ultimului deceniu la exigența pragului minim al capitalului social, însă au compensat aceasta cu diverse mecanisme de garantare (cum ar

² *Modern Company Law for a Competitive Economy. The strategic framework* (febr. 1999) este un document consultativ elaborat de comisia de revizuire a legislației societăților în Marea Britanie (*Company Law Review Steering Committee*), care propune căile și mijloacele de acțiune pentru modernizarea dreptului societar în vederea adaptării la nevoile mediului de afaceri în mileniul III, disponibil la www.bis.gov.uk/files/file23279.pdf [30 noiembrie 2012].

³ V. Harper Ho, *Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide*, *Journal of Corporation Law*, vol. 36, no. 1/2010, p. 95.

fi obligația de constituire de rezerve legale până la concurența unui prag minim) sau produse de asigurare de răspundere față de terți, precum și cu creșterea standardului de răspundere a administratorilor în cazul insolvenței⁴. Un alt exemplu este necesitatea clarificării regulilor referitoare la capacitatea juridică a societăților (spre exemplu problema actelor cu titlu gratuit) și mai ales la reprezentarea entităților de către administratori și manageri, în contextul unui regim mai puțin cert al principiului aparenței, mandatului aparent și societății create de fapt, noțiuni destinate protecției terților de bună-credință care intră în raporturi juridice cu societatea. Este de precizat că în dreptul român există o evoluție pozitivă sub acest aspect, promovată odată cu intrarea în vigoare a Noului Cod civil ale cărui art. 817 și 1921 tratează problema mandatului aparent și al asociațiilor aparenți, însă practica judiciară are încă nevoie de pătrundere față de aceste noțiuni.

Intervenția justiției trebuie să fie marginală, limitată la aspecte conflictuale în cadrul funcționării firmei, ceea ce conduce la necesitatea de a se renunța la unele manifestări ale controlului judiciar, de exemplu în cazul reducerii capitalului social sau al cesiunii de părți sociale. În această situație, simpla formalitate a publicității legale a operațiunii ar trebui să fie suficientă pentru protecția terților. Desigur, după cum bine se știe, pentru legiuitorul român această abordare a oferit un bun exemplu de lovitură deviată, prin reglementarea unei opoziții speciale în beneficiul ANAF și prin suspendarea procedurii de cesiune a părților sociale pe durata termenului de exercitare a opoziției (O.U.G. nr. 54/2010).

Pentru protecția interesului social și al terților, regimul conflictelor de interese și al tranzacțiilor încheiate de societate cu persoane inițiate ar trebui să stea la baza reglementărilor asociate obligației de îndeplinire a mandatului social cu loialitate, în interesul optim al societății (a se vedea și art. 803 NCC referitor la administrarea bunurilor altuia). Aici, proiectele de modernizare europene subliniază conexiunea dintre, pe de o parte, eficientizarea regimului conflictului de interese (fondat pe obligația de anunțare a conflictului și pe cea de abținere de la participarea la luarea deciziei de afaceri) și, pe de altă parte, oportunitatea de a institui o obligație specială de asumare publică a obligațiilor de loialitate și diligență (*statement of duties*). Studiile arată că o astfel de obligație este accesibilă și ar determina o scădere a nevoii de a legisla conflictele de interese, știut fiind că, în toate cazurile ce privesc integritatea, intervenția normativă este inefficientă⁵.

O altă componentă semnificativă a dreptului societar în mileniul III constă în rolul crescând al libertății contractuale și al guvernantei voluntare, care se adaugă celei normative. Este ceea ce se numește *private ordering in corporate law*. Predictibilitatea (*contrater c'est prévoir*), abilitatea de a respecta nevoile de afaceri mereu în schimbare, discreția și expertiza profesioniștilor sporesc gestionarea problemelor firmei și dau substanță amenajării conflictelor relaționale din cadrul ei. Libertatea contractuală a fost

⁴ Societatea cu răspundere limitată cu capital de 1 euro a fost introdusă în dreptul francez prin Legea n° 2003-721 din 1 august 2003. În dreptul german această formă juridică este numită „mini-GmbH” sau UG și a fost introdusă prin legea MoMiG (privind modernizarea legii asupra societății cu răspundere limitată și combaterea malpraxisului) din 1 noiembrie 2008.

⁵ E. Ferran, *Company Law Reform in the UK*, Singapore Journal of International and Comparative Law, 2001, vol. 5, p. 516.

mereu un deziderat al dreptului societar, conceput ca un carcan de norme imperative și sugrumat de continuitatea unei jurisprudențe pozitivistice cu soluții restrictive, cuminiți, la adăpostul argumentului pretinsei naturi imperative a normelor implicate sau al caracterului pretins limitativ al unor enumerări din lege⁶. În realitate, justiția în materie societară a fost, după 1990 și până în ultimii ani, caracterizată prin lasitudine și de tendință de neingerință în raporturi de afaceri societare.

Libertatea contractuală ca instrument de gestiune a riscurilor legate de relațiile dintre actorii ce participă la viața societății are totuși o dublă fațetă. Pe de o parte, se remarcă aspectul pozitiv ce permite validarea convențiilor de vot în condițiile art. 128 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 („Legea societăților”) și astfel formarea acțiunilor concertate ce permit întrunirea de către acționarii minoritari a pragurilor minimale pentru exercitarea unor drepturi ale acționarilor. Sau se relevă utilizarea tehnicii contractuale pentru a majora cvorumul și majoritățile prevăzute de lege în vederea întăririi voinței sociale cu ocazia adoptării hotărârilor acționarilor, ori pentru a proteja interesele societății și ale asociaților prin asumarea de obligații de agrement, de preempțiune sau de cesiune forțată a titlurilor în cazuri anume stabilite. Pe de altă parte, libertatea contractuală trebuie utilizată cu chibzuință, pentru a nu fi folosită în mod arbitrar contra intereselor legitime ale societății; ea trebuie supravegheată pentru a nu permite încălcarea unor obligații legale sau fiduciare cum ar fi cele legate de evitarea conflictelor de interese și a tranzacțiilor societății cu persoane inițiate (*related party transactions*).

Protecția creditorilor constituie unul dintre obiectivele fundamentale ale dreptului societăților. Un drept modern trebuie să organizeze această protecție în jurul unor piloni cum sunt regimul răspunderii administratorilor, reglementarea principiului stabilității capitalului social, mandatul aparent, societatea fictivă sau abuzul de personalitate juridică, precum și regimul obligațiilor de informare și transparență ce incumbă administrației societare⁷. În opinia noastră, este necesară și reordonarea instrumentelor procesuale aflate la dispoziția creditorilor, pornind de la regimul opoziției acestora față de hotărârile adunării asociaților, și nu de la oferirea calității de a solicita constatarea nulității acestor hotărâri; avem în vedere faptul că acțiunile în anulare sau în constatarea nulității hotărârilor ce poartă voința socială ar trebui să fie subsumate societății și interesului ei, iar terților nu ar trebui să li se permită să „împrumute” interesul social.

Un drept modern al societăților trebuie să tranșeze asupra legăturii dintre lichidarea voluntară, radierea din oficiu, opoziția creditorilor față de hotărârea de dizolvare, actul de lichidare și, respectiv, de radiere – reglementate de legea societăților –, pe de o parte, și

⁶ A se vedea, cu titlu de exemplu, jurisprudența restrictivă privind excluderea-remediu din societatea cu răspundere limitată, în R.N. Catană, *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, pp. 74 și 75. Recent, Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că enumerarea cazurilor de excludere a asociaților în cuprinsul art. 222 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 nu este exemplificativă, ci limitativă și a precizat că asimilarea altor condiții care să atragă excluderea asociaților din societate, în afara celor prevăzute de lege, nu este posibilă, întrucât în cazul neînțelegerilor dintre asociați, având un caracter grav și care împiedică funcționarea societății, suntem în prezența unui caz de dizolvare a acesteia, reglementat distinct de legiuitor în Legea nr. 31/1990 (Decizia nr. 2393 din 9 mai 2012, pronunțată în recurs de S. a II-a civ. a ÎCCJ), disponibilă la <http://www.iccj.ro/cautare.php?id=70447> [1 decembrie 2012].

⁷ A se vedea E. Ferran, *The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernization of Company Law in the EU*, *European Company and Financial Law Review*, vol. 3, 2006, p. 178.

procedura insolvenței, pe de altă parte⁸. Nu este posibil ca în temeiul dreptului societar comun sau al dreptului privatizării⁹ să fie înfrânte interesele creditorilor prin proceduri de lichidare a societăților care eludează cadrul judiciar în care acoperirea pasivului se realizează pe baze colective, transparente și de egalitate de tratament între creditori, preferându-se cesiuni de creanțe și reeșalonări de datorii în condiții de opacitate față de colectivitatea creditorilor și care nu au nicio legătură cu salvarea întreprinderii vizate, aflate la discreția decidenților politici. Este adevărat că, odată cu reforma dreptului societăților prin Legea nr. 441 din noiembrie 2006, nou-introdusele art. 270¹ și 270² din Legea nr. 31/1990 prevăd că, în cazul în care societatea aflată în lichidare este în stare de insolvență, lichidatorul este chiar obligat să ceară deschiderea procedurii insolvenței. Aceste reforme nu au rezolvat însă problema radierilor din oficiu a societăților pentru motivele prevăzute la art. 260 din lege, care îi pun pe creditorii de bună-credință în fața imposibilității de a se opune operațiunii în absența unei repuneri în termenul de opoziție.

Guvernanța corporativă este definită, în mod tradițional, ca fiind sistemul prin care întreprinderile sunt conduse și controlate și ca un set de relații între conducerea unei întreprinderi, consiliul său de administrație, acționarii săi și celelalte părți interesate, în scopul funcționării performante a întreprinderii în interesul tuturor intervenienților în viața societății, dar în special în interesul comun al acționarilor de a obține bunăstarea din exploatarea legitimă a întreprinderii¹⁰. Cadrul de guvernanță corporativă pentru întreprinderile cotate din Uniunea Europeană este o combinație de norme, recomandări și coduri de guvernanță corporativă asumate de entitățile listate pe piața de capital. Deși codurile de guvernanță corporativă sunt adoptate la nivel național, Directiva 2006/46/CE promovează aplicarea lor, solicitând întreprinderilor cotate să se refere la un cod în declarația lor de guvernanță corporativă și să raporteze cu privire la aplicarea acestuia pe baza principiului „aplică sau explică” (*comply or explain*) prin declarație sau raport public.

De ce este guvernanța corporativă atât de importantă? Guvernanța constă în mecanisme de relaționare în vederea gestionării unor conflicte care există în cadrul firmei pe verticală (conflictul dintre proprietari și manageri, dintre acționari și membrii consiliului de administrație, dintre aceștia din urmă și salariați) și pe orizontală (conflictul dintre acționarii majoritari și cei minoritari, precum și conflictul dintre interesele acționarilor și ale creditorilor sociali atunci când administrația adoptă decizii de afaceri). O bună guvernanță asigură transparență asupra modului în care este condusă și controlată

⁸ Ideea a fost susținută încă din anul 2005 în doctrina română: a se vedea Gh. Piperea, *Modernizarea legislației societăților comerciale*, în Ad honorem Stanciu D. Cărpenu. Studii juridice alese, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 20.

⁹ Legea nr. 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, modificată, prevede posibilitatea instituirii unei proceduri de administrare specială și supraveghere financiară la societățile la care statul sau o autoritate a administrației publice locale deține un pachet majoritar de acțiuni și la filialele acestora aflate în proces de privatizare, prin ordinul ministrului de resort al instituției publice implicate sau prin hotărâre a autorității administrației locale.

¹⁰ Această definiție reprezintă o preluare parțială și modificată de autor, a celei dintâi definiții a guvernanței corporative din *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* [Raportul Cadbury], 1992, p. 15, disponibil la <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>, astfel cum a fost preluată și modificată de *OCDE Principles of Corporate Governance* (2004), p. 11, disponibil la <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>.