

PHOENIX 77-78

REVISTA DE INSOLVENȚĂ

IULIE-DECEMBRIE 2021

EDITORIAL

- 3 Cuvântul Președintelui

RUBRICA PRACTICIANULUI

- 4 Geanina Oancea
Contractul practicianului în insolvență cu creditorii
- 8 Alina Popa
Aspecte privind plata onorariului practicianului în insolvență

RUBRICA MAGISTRATULUI

- 12 Mihaela Sărăcuț
Scadența anticipată a creanțelor neajunse la termen. Compatibilitatea art. 1.417 din Codul civil cu prevederile legilor insolvenței
- 16 Claudia Susanu
Perspective teoretice și jurisprudențiale asupra verificărilor de legalitate care intră în sfera de competență a judecătorului-sindic

RUBRICA ANALISTULUI

- 29 Florin Moțiu
Probleme practice privind deschiderea procedurii insolvenței la cererea debitorului
- 36 Oana Lavinia Lup, Radu Chiriță
Spălarea banilor și calitatea de entitate raportoare a practicienilor în insolvență

-
- 42 Nicolae Dragoș Ploșteanu
Aspecte practice privind dreptul de acces al persoanelor vizate, prevăzut de Regulamentul general privind protecția datelor
- 46 Sergiu Golub
**Dreptul de proprietate în meandrele procedurii de insolvență... Este proprietatea un moft?!?
(Partea I)**



CONTRACTUL PRACTICIANULUI ÎN INSOLVENȚĂ CU CREDITORII

ON THE CONTRACT SIGNED BETWEEN CREDITORS AND THE INSOLVENCY PRACTITIONER

ABSTRACT

The insolvency practitioner's mandate is governed by good faith throughout its unfolding. Good faith must also be shown by the creditors, who are required to respect the decisions made upon signing the contract with the practitioner, until the completion of insolvency proceedings.



Avocat
GEANINA OANCEA
Practician în insolvență

KEYWORDS: mandate • good faith • appointment • fee • commitment • obligations • *pacta sunt servanda*

Numirea și stabilirea remunerației practicianului în insolvență au făcut obiectul multor dezbateri de-a lungul timpului, dezbateri care au generat modificări legislative importante, menite să dea mandatului practicianului în insolvență toate atributele pe care un astfel de contract le are, potrivit dreptului comun, cu particularitățile date de legea specială.

Cu toate acestea, practica a relevat multiple situații în care prevederile legate de numirea și de onorariul practicianului în insolvență sunt departe de a fi aplicate în spiritul legii și în concordanță cu principiile care guvernează încheierea și executarea contractelor, în general.

Sub imperiul Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare¹, atât numirea, cât și nivelul

retribuției practicianului în insolvență erau atributul exclusiv al judecătorului-sindic. Odată cu apariția Legii nr. 85/2006, creditorii au devenit factorul de decizie cu privire la numirea și stabilirea remunerației practicianului în insolvență, dispozițiile legale fiind menținute și de Legea nr. 85/2014.

Contractul practicianului în insolvență este, în esență, un contract de mandat, cu componente legale și judiciare importante, dar și cu o componentă convențională care este de esență acestui tip de mandat. Contractul practicianului în insolvență are la bază decizia **adunării creditorilor**, prin care aceștia din urmă numesc sau, **după caz, confirmă practicianul în insolvență**, ocazie cu care îi stabilesc și remunerația.

Cele mai importante caracteristici ale mandatului practicianului în insolvență:

• Este un *contract solemn*, pentru că validitatea numirii practicianului, precum și a onorariului acestuia sunt condiționate atât de existența unei hotărâri a adunării creditorilor, cât și de confirmarea acesteia de către judecătorul-sindic. Chiar și în situația prevăzută de art. 57 alin. (2) tezele a III-a și a IV-a din Legea nr. 85/2014, mandatul rămâne unul solemn – fără decizia adunării creditorilor care să confirme practicianul în insolvență, desemnat în mod provizoriu de către judecătorul-sindic, mandatul nu este valid.

• Este un *contract cu titlu oneros*, în schimbul exercitării mandatului practicianului în insolvență având dreptul la o remunerație-onorariu. Remunerarea mandatului este de esență contractului în cazul practicianului în insolvență (art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență).

• Este un *contract sinalagmatic*, deoarece naște obligații în sarcina ambelor părți. Plata remunerației, ca obligație corelativă a îndeplinirii mandatului, nu este în sarcina celui care stabilește remunerația (creditori sau instanță, după caz), ci în sarcina unei terțe persoane, respectiv a debitorului.

• Este un *contract intuitu personae*. Creditorii desemnează/confirmă administratorul/lichidatorul judiciar în considerarea persoanei acestuia, așa încât practicianul în insolvență desemnat nu își poate substitui o altă persoană pentru îndeplinirea mandatului decât cu acordul expres al creditorilor, dat în aceeași formă ca desemnarea inițială (hotărârea adunării creditorilor sau decizie a creditorului majoritar, după caz).



Contractul practicianului în insolvență se încheie, ca în dreptul comun, prin negocierea acestuia cu creditorii

Una dintre cele mai importante deosebiri față de mandatul de drept comun este aceea că conținutul mandatului (atribuțiile practicianului în insolvență) este stabilit de lege și de judecătorul-sindic.

Începutul mandatului practicianului în insolvență:

• la momentul desemnării provizorii de către judecătorul-sindic, prin hotărârea de deschidere a procedurii;

• la momentul confirmării, prin încheiere, de către judecătorul-sindic, a administratorului/lichidatorului judiciar, desemnat prin hotărâre a adunării creditorilor sau prin decizie a creditorului majoritar, după caz;

• la momentul confirmării, prin hotărârea adunării creditorilor, a practicianului desemnat provizoriu de către judecătorul-sindic la deschiderea procedurii.

Cum se încheie contractul practicianului în insolvență cu creditorii?

Contractul practicianului în insolvență se încheie, ca în dreptul comun, prin negocierea acestuia cu creditorii.

Conform art. 1.182 C. civ. („*Încheierea contractului*”), „(1) *Contractul se încheie prin negocierea lui de către părți sau prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta*”.

Negocierea contractului cu creditorii are loc, de obicei, înainte de sau în cadrul primei adunări a creditorilor.

Durata mandatului. Exercițarea mandatului este avută în vedere, de cele mai multe ori, pentru toate fazele procedurii, dar

există și situații în care contractul cu creditorii se încheie pentru una sau mai multe faze ale procedurii (observație și/sau reorganizare, respectiv faliment).

În ceea ce privește **onorariul**, acesta reflectă estimările practicianului în insolvență și ale creditorilor cu privire la: complexitatea proiectului, nivelul de resurse umane ce urmează a fi alocate proiectului (nivelul de experiență și de expertiză), durata estimativă a procedurii, posibilitățile de recuperare a creanțelor creditorilor.

Prin excepție, atunci când nu există fonduri în averea debitoare, onorariul practicianului în insolvență este stabilit (nu în urma negocierilor) de către judecătorul-sindic, care va avea în vedere criteriile enumerate de art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006, dar și alte criterii specifice procedurii.

Mandatul practicianului în insolvență este un mandat în care riscul de câștig sau de pierdere nu poate fi estimat cu acuratețe la momentul încheierii contractului cu creditorii. În acest context, pe parcursul exercitării mandatului, poate apărea necesitatea modificării condițiilor negociate inițial cu creditorii. Este acest lucru posibil? În opinia noastră, onorariul practicianului în insolvență se poate modifica pe parcursul procedurii în aceleași condiții în care a fost stabilit inițial, respectiv prin decizie a adunării creditorilor sau prin decizie a creditorului majoritar, după caz.

Intervenția instanței nu poate avea loc, de principiu, în privința renegocierii onorariului.

Conform art. 1.243 C. civ. („*Modificarea contractului*”), „*Dacă prin lege nu se prevede altfel, orice modificare a contractului este supusă condițiilor de formă cerute de lege pentru încheierea sa*”.

Încetarea mandatului practicianului în insolvență:

• la momentul confirmării, prin încheiere de către judecătorul-sindic, a practicianului desemnat de către adunarea creditorilor încetează mandatul practicianului provizoriu desemnat de către instanță la deschiderea procedurii;

• la momentul deschiderii procedurii de faliment, dacă instanța sau adunarea creditorilor desemnează un alt practician decât acela care a exercitat mandatul de administrator judiciar;

• oricând, pe parcursul procedurii, prin hotărâre a judecătorului-sindic, care trebuie să aibă la baza motive temeinic justificate (dolul sau culpa gravă a practicianului);

• oricând, pe parcursul procedurii, prin renunțarea la mandat pentru motive justificate, judecătorul-sindic urmând a pronunța, după analiza motivelor invocate, o încheiere de încuviințare a înlocuirii;

• la momentul închiderii procedurii.

Poate fi considerată abuzivă și sancționată de către instanță revocarea mandatului practicianului în insolvență de către creditorii?

Considerăm că există o situație în care intervenția instanței poate avea loc, și anume atunci când buna-credință este încălcată de către creditorii pe parcursul executării contractului – cu alte cuvinte, atunci când creditorii, cu rea-credință, desemnează un alt practician în insolvență decât pe acela pe care l-au votat la începutul procedurii.

Concret, este vorba despre situația în care practicianul în insolvență a negociat încă de la momentul desemnării sale, în

calitate de administrator judiciar, atât exercitarea mandatului în toate fazele de desfășurare a procedurii, cât și onorariul aferent fiecărei etape a procedurii (observație, reorganizare, faliment), iar creditorii au acceptat oferta și au votat în cadrul adunării creditorilor o formulă de onorariu pentru întreaga procedură.

În această din urmă situație, desemnarea de către instanță a unui alt lichidator judiciar provizoriu față de cel care a exercitat mandatul de administrator judiciar și/sau modificarea onorariului negociat la deschiderea procedurii, precum și desemnarea de către creditori, după deschiderea falimentului, a unui alt practician în insolvență decât acela care a exercitat mandatul de administrator judiciar și/sau modificarea onorariului negociat la deschiderea procedurii sunt, în opinia noastră, situații de revocări abuzive ale contractului de mandat.

De lege lata, dispozițiile legale care pot constitui temeiul juridic pentru intervenția judecătorului-sindic, atât în ceea ce privește persoana desemnată în calitate de lichidator judiciar, cât și în privința onorariului acestuia, sunt următoarele:

– Art. 1.243 C. civ. („**Modificarea contractului**”): „*Dacă prin lege nu se prevede altfel, orice modificare a contractului este supusă condițiilor de formă cerute de lege pentru încheierea sa.*”

– Art. 1.170 C. civ. („**Buna-credință**”): „*Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.*”

– **Pacta sunt servanda** (art. 1.270 C. civ.): „*(1) Contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante.*”

– **Art. 342 din Legea nr. 85/2014:** „*(1) Dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura în care nu contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil.*”

Buna-credință în executarea contractului constă, pentru fiecare dintre părți, în a nu se înșela încrederea pe care i-a suscitat-o cealaltă parte atunci când a contractat.

Îndatorirea de buna-credință poate chiar să oblige părțile să adapteze contractul de lungă durată la circumstanțele economice noi, propunând, eventual, modificarea sau renegocierea acestuia.

„*Buna-credință este o noțiune morală care a devenit o normă juridică de comportament în executarea contractului; ea reprezintă un instrument juridic ce permite judecătorilor sancționarea comportamentului contractual al părților în situația în care este contrar calităților morale care formează conținutul acestei reguli, cum sunt: fidelitatea, sinceritatea, onestitatea și, în sens mai larg, loialitatea.*”²

Potrivit aceluiași autor: „*Buna-credință la executarea contractului cuprinde două aspecte sau obligații: obligația de fidelitate și obligația de cooperare. În virtutea acestor obligații, părțile contractante sunt datoare să lucreze împreună pentru realizarea interesului contractual al fiecăreia și, atunci când este necesar, să activeze în scopul concilierii intereselor lor contractuale, inclusiv în eventualitatea neexecutării contractului din cauza unor dificultăți proprii, iar altele datorate unor factori exteriori ai părților.*”³

Este bine știut că cea mai intensă și complexă perioadă din mandatul unui practician în insolvență este perioada de observație până la confirmarea unui plan de reorganizare. Aceasta este

perioada în care sunt consumate cele mai multe resurse, pe lângă partea administrativă a procedurii (notificări, analiza creanțelor, întocmirea tabelor de obligații, contestații etc.), administratorul judiciar asigurând și activitatea de supraveghere a activității debitoarei, negocierile cu partenerii contractuali pentru păstrarea sau recăștigarea încrederii acestora, negocierile cu creditorii în vederea găsirii celor mai bune soluții de reorganizare etc.

Sunt situații (nu puține, din nefericire) în care administratorul judiciar identifică inclusiv un cumpărător pentru activele debitoarei înainte de faliment sau în perioada de desemnare provizorie în calitate de lichidator, decizia creditorilor de a desemna un alt practician în insolvență, în această situație, fiind, în mod vădit, abuzivă și luată cu încălcarea bunei-credințe care trebuie să guverneze contractul pe tot parcursul executării acestuia, lichidatorul desemnat culegând, în această din urmă situație, în mod nemeritat, roadele muncii predecesorului său.

Dacă în prima adunare a creditorilor aceștia, cu majoritatea cerută de lege, au votat onorariul practicianului în insolvență pentru toate fazele procedurii, la deschiderea falimentului, judecătorul-sindic trebuie să numească același practician în insolvență care a exercitat și mandatul de administrator judiciar, cu onorariul stabilit, încă de la început, de creditori. De ce? Pentru că, în temeiul dispozițiilor art. 1.270 și ale art. 1.170 C. civ., trebuie să prevaleze voința creditorilor fără echivoc exprimată la începutul procedurii, prin contractul încheiat cu administratorul judiciar.

În aceeași măsură, în prima adunare a creditorilor, după deschiderea falimentului, creditorii au obligația (art. 1.270 C. civ.) să desemneze practicianul în insolvență, cu care au încheiat un contract în acest sens, la deschiderea procedurii. În situația în care creditorii decid desemnarea unui alt practician în insolvență și/sau un onorariu diferit

față de cel stabilit inițial, judecătorul-sindic, în temeiul art. 48 alin. (7) teza finală din Legea nr. 85/2014, este competent să soluționeze contestația practicianului în insolvență împotriva hotărârii adunării creditorilor pe considerente de nelegalitate.

Încălcarea de către creditori a contractului încheiat cu practicianul în insolvență, la deschiderea procedurii, este o chestiune de legalitate, care trebuie sancționată de către judecătorul-sindic.

De asemenea, încălcarea principiului bunei-credințe pe parcursul executării contractului poate fi și trebuie să fie sancționată de către judecătorul-sindic.

Cea mai justă sancțiune pe care judecătorul-sindic ar putea să o aplice este aceea a desființării hotărârii adunării creditorilor, cu consecința obligării acestora la a da curs contractului pe care l-au încheiat cu practicianul în insolvență, la deschiderea procedurii, atât timp cât nu există niciun motiv temeinic justificat care să constituie temeiul unei hotărâri de înlocuire.

În acest mod, judecătorul-sindic nu își depășește atribuțiile, judecând strict sub aspectul legalității respectarea de către creditori a contractului încheiat cu practicianul în insolvență.

Intenția legiuitorului nu a fost, cu siguranță, aceea de a permite nesocotirea principiilor care sunt fundamentul ordinii de drept și care asigură siguranța circuitului juridic. Cu siguranță, intenția legiuitorului nu a fost nici aceea de a le permite creditorilor să se răzgândească, în mod discreționar și fără motive temeinice, pe parcursul executării contractului pe care practicianul în insolvență l-a încheiat cu aceștia. În acest sens, dispozițiile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 85/2014 statuează, în



**Încălcarea
principiului
bunei-credințe
pe parcursul
executării
contractului
poate fi
și trebuie să fie
sancționată de
către judecăto-
rul-sindic**

mod neechivoc, faptul că, după desemnarea în condițiile legii, decizia înlocuirii practicianului în insolvență (chiar dacă decizia de înlocuire aparține aceluiași creditor care l-au desemnat inițial) va fi luată de către judecătorul-sindic pentru motive temeinic justificate.

Prin urmare, intenția legiuitorului este, fără echivoc, aceea de a-l proteja pe practicianul în insolvență de o conduită abuzivă a creditorilor, motiv pentru care apreciază ca fiind o chestiune de legalitate analiza motivelor de înlocuire care stau la baza deciziei adunării creditorilor de înlocuire.

De lege ferenda, poate că cea mai potrivită formulă pentru a proteja practicianul în insolvență ar fi aceea a reglementării

Note

¹ Publicată în M. Of. nr. 130 din 29 iunie 1995.

obligației de a se desemna practicianul în insolvență și de a se stabili onorariul acestuia în prima adunare a creditorilor pentru întreaga durată a procedurii, votul creditorilor fiind un act de asumare atât a persoanei care urmează să administreze procedura pe întreaga sa durată, cât și a remunerației cuvenite pentru munca prestată.

De lege lata, credem că sunt suficiente argumente pentru ca judecătorul-sindic să sancționeze abuzul de drept atunci când sunt dovezi clare privind existența acestuia. Trebuie doar să ieșim din litera legii și să ne îndreptăm către spiritul ei.

² L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 514.

³ *Ibidem*, p. 515.