

Simona AL Hajjar

***Protecția garanțiilor  
„imperfecte” în procedura  
insolvenței***

# ***A. Premisele litigiului***

Debitoarea a încheiat anterior deschiderii procedurii insolvenței un contract de antrepriză, având calitatea de antreprenor.

În baza unui contract de credit perfectat cu debitoarea , creditorul bancar a emis in favoarea beneficiarului antreprizei mai multe SGB-uri .

Pentru a garanta restituirea creditului, debitoarea a constituit in favoarea băncii o ipoteca reala mobiliara asupra creanțelor de încasat din contractul de antrepriză.

# ***A. Premisele litigiului***

Contractul de antrepriză a fost menținut după data deschiderii procedurii , obligațiile asumate de debitoare ,în calitatea sa de antreprenor, fiind executate.

Pentru lucrările executate și recepționate, beneficiarul a achitat după data deschiderii procedurii ,în contul curent al debitoarei, deschis la creditorul bancar, mai multe sume.

Sumele plătite de beneficiar reprezentând contravaloarea lucrărilor executate în baza contractului de antrepriză au fost indisponibilizate de creditorul bancar.

# ***A. Premisele litigiului***

Asupra creanțelor în discuție era constituit un drept de ipotecă în favoarea creditorului garantat, garanție reală în raport de conexitate cu scrisorile de garanție bancară aflate în perioada de valabilitate (fără a fi însă executate).

## ***A. Premisele litigiului***

Creditorul bancar deține în procedura concursuală o creanță garantată sub condiție suspensivă derivând din emiterea scrisorilor de garanție bancare în contul beneficiarului antreprizei. Administratorul judiciar a solicitat creditorului bancar deblocarea acestor sume.

# ***A. Premisele litigiului***

În urma refuzului exprimat de creditorul bancar, administratorul judiciar adresează judecătorului sindic o petiție prin care solicita să fie autorizată debitoarea ca sub supravegherea practicianului în insolvență să utilizeze sumele încasate ,în activitatea sa curentă cu condiția acordării unei protecții corespunzătoare creditorului garantat în conformitate cu art. 87 alin.3,4 LI, art. 78 LI, art. 75 alin.9 LI , 159 alin.1 pct. 3 LI, art. 161 pct.1, pct. 2 LI.

# ***A. Premisele litigiului***

Protecția propusă de administratorul judiciar viza posibilitatea creditorului garantat de a beneficia de distribuiri conform art. 87 alin.4 LI în cazul realizării condiției suspensive(constând în utilizarea de către beneficiar a SGB-urilor) urmând ca operațiunea să fie tratată după regimul specific finanțărilor acordate în perioada de observație.

# ***A. Premisele litigiului***

Creditorul bancar a fost de acord cu admiterea în parte a cererii solicitând ridicarea suspendării prevăzute de art. 75 LI cu privire la creanța înscrisă în tabelul de creanțe aferentă SGB-urilor în discuție, iar în subsidiar ,în ipoteza respingerii cererii de suspendare, acordarea unei protecții corespunzătoare în conformitate cu dispozițiile art. 78 alin.2 lit.C din LI până la concurența sumei de 3.000.000 lei.



## ***A. Premisele litigiului***

Debitorul prin administratorul special a solicitat deblocarea sumelor exprimând opoziția sa fermă cu privire la cererea de acordare a oricărei forme de protecție.

## *B. Dispoziții relevante*

Art. 75 alin.9 LI

Pentru asigurarea resurselor în vederea continuării activității curente a debitorului în perioada de observație, sumele de bani care fac obiectul cauzelor de preferință prevăzute la acest articol vor putea fi folosite de către administratorul judiciar cu acordul creditorului titular al garanției. În cazul refuzului acestui acord, judecătorul-sindic poate autoriza folosirea acestor sume de bani, cu acordarea în beneficiul creditorului titular al garanției a protecției corespunzătoare, conform prevederilor art. 87 alin. (3).

## *B. Dispoziții relevante*

Art.78 LI

(1) Creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință poate solicita judecătorului-sindic, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special și a administratorului judiciar, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 154-158 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă cauza de preferință, în una dintre următoarele situații.....

## *B. Dispoziții relevante*

Art. 78 LI

(2) În cazurile prevăzute la alin. (1) lit. B, judecătorul-sindic va putea respinge cererea de ridicare a suspendării formulate de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, precum:

- a) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru acoperirea diminuării valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;
- b) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru satisfacerea dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel și, respectiv, pentru reducerea capitalului creanței sub cota de diminuare a valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;
- c) novația obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

## *B. Dispoziții relevante*

Art. 87 alin. (3) LI

În cazul propunerilor de înstrăinare a bunurilor din averea debitorului grevate de cauze de preferință, creditorul titular are următoarele drepturi

- a) dreptul de a beneficia de o protecție corespunzătoare a creanței sale, potrivit prevederilor art. 78.
- b) dreptul de a beneficia de distribuiri de sume în condițiile art. 159 alin. (1) pct. 3 și art. 161 pct. 1, în condițiile în care nu poate beneficia de o protecție corespunzătoare a creanței beneficiind de o cauză de preferință, conform prevederilor art. 78.

## *B. Dispoziții relevante*

### **Art. 87 alin.4 LI**

**Finanțările acordate debitorului în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, cu aprobarea adunării creditorilor, beneficiază de prioritate la restituire, potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 2 sau, după caz, potrivit prevederilor art. 161 pct. 2. Aceste finanțări se vor garanta, în principal, prin afectarea unor bunuri sau drepturi care nu formează obiectul unor cauze de preferință, iar în subsidiar, dacă nu există astfel de bunuri sau drepturi disponibile, cu acordul creditorilor beneficiari ai respectivelor cauze de preferință. În ipoteza în care acordul acestor creditori nu va fi obținut, prioritatea la restituire a acestor creanțe, prevăzută de art. 159 alin. (1) pct. 2, va diminua regimul de îndeplinire al creditorilor beneficiari ai cauzelor de preferință, proporțional, prin raportare la întreaga valoare a bunurilor sau drepturilor care formează obiectul acestor cauze de preferință. În cazul inexistenței sau al insuficienței bunurilor care să fie grevate de cauze de preferință în favoarea creditorilor ce acordă finanțare în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, pentru partea negarantată a creanței, aceștia vor beneficia de prioritate potrivit prevederilor art. 161 pct. 2.**

## *B. Dispoziții relevante*

Art. 102 LI

4) Creanțele nescadente sau sub condiție la data deschiderii procedurii vor fi admise la masa credală și vor fi îndreptățite să participe la distribuiri de sume în măsura îngăduită de prezentul titlu.

(5) Dreptul de vot și dreptul la distribuție ale titularilor creanțelor sub condiție suspensivă la data deschiderii procedurii, inclusiv ale titularilor creanțelor a căror valorificare este condiționată de executarea în prealabil a debitorului principal, se nasc numai după îndeplinirea condiției respective.

## *B. Dispoziții relevante*

Art. 165 LI

Cu ocazia distribuirilor parțiale, următoarele sume vor fi provizionate:

1. sume proporționale datorate creditorilor ale căror creanțe sunt supuse unei condiții suspensive care nu s-a realizat încă;



## *B. Dispoziții relevante*

Art. 2387 C.civ

Atunci când ipoteca este constituită asupra unui bun viitor contractul de ipotecă este valabil , dar dreptul real de ipotecă nu grevează bunul decât din momentul dobândirii acestuia în patrimoniul constitutorului.

## *B. Dispoziții relevante*

Art. 2367 C.civ

Atunci când constitutorul deține asupra bunului un drept anulabil ori afectat de o condiție, el nu va putea consimți decât la o ipotecă supusă aceleiași nulități sau condiții.

Art. 2409 C.civ

Doar din momentul în care este perfectă ( și în cazul dat nu este) ipoteca este opozabilă celorlalți creditori ai constitutorului, celor care dobândesc ulterior drepturi asupra bunului ipotecat ,precum și celorlalte persoane.

## ***C. Considerații preliminare***

Creditorul titular al unei creanțe afectate de o condiție suspensivă nu poate cere executarea prestației pendente conditione. Eveninte conditione, creanța se naște retroactiv, efectele producându-se de plin drept .

Dreptul de creanță face parte din categoria drepturilor patrimoniale fiind asimilat noțiunii de ***bun incorporal***.

## ***C. Considerații preliminare***

Dreptul de ipoteca este un drept real ce conferă titularului atributul de urmărire și preferință. Dreptul de urmărire nu este decât liantul ce asigură creditorului accesul la valoarea bunului garantat asupra căruia se exercită preferință.

Fiind un drept accesoriu ipoteca nu are existență de sine stătătoare. ***Nașterea ipotecii implică existența valabilă a obligației garantate.*** Ipoteca se poate așadar constitui pentru a garanta o obligație viitoare. Orice creanță poate face obiectul constituirii unei ipoteci.

## ***C. Considerații preliminare***

Scrisorile de garanție bancară au fost emise pentru a garanta executarea conformă a obligațiilor asumate de debitoare în calitate sa de antreprenor față de beneficiarul lucrării.

Obligația băncii de a onora plățile în vederea cărora au fost emise scrisorile de garanție bancară se poate activa la cererea beneficiarului antreprizei.

## ***C. Considerații preliminare***

Obligația viitoare de plată, asumată de creditorul bancar a fost garantată la rându-i de debitoare prin constituirea în favoarea creditorului bancar a unei garanții reale mobiliare, garanția grevând creanțele pe care debitoarea, în calitate sa de antreprenor, le avea de încasat de la beneficiarul lucrării executate în regim de antrepriză, în același timp și beneficiar al SGB-urilor.

## ***C. Considerații preliminare***

- O ipotecă devine perfectă atunci când produce efecte , iar cerințele prevăzute de lege pentru îndeplinirea formalităților de publicitate au fost realizate.
- Ea produce efecte ,devine eficientă sau eficace de la data la care obligația garantată ia naștere ,iar constitutorul dobândește drepturi asupra bunurilor mobile ipotecate. Ipoteca mobilă devine așadar opozabilă din momentul în care ea e perfectă.

## ***C. Considerații preliminare***

În cazul litigiului pendinte, constitutorul (debitorul-antreprenor) a dobândit drepturi asupra bunurilor mobile ipotecate. Dreptul de creanță deținut față de beneficiar, drept care a fost afectat garanției reale constituite în vederea emiterii SGB-urilor s-a realizat după data deschiderii procedurii. Garanția s-a metamorfozat dintr-un bun incorporeal într-un bun corporal.



## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Creanța s-a transformat în lichidități pe care debitoarea dorește să le afecteze circuitului economic, să le angreneze în activitatea curentă iar banca urmărește indisponibilizarea lor. Deși creanța derivând din contractul de antrepriză a fost încasată de către debitoare, de la beneficiar, obligația garantată nu a luat naștere în patrimoniul debitoarei pentru că scrisorile de garanție emise de bancă în favoarea beneficiarului antreprizei nu au fost încă executate de acesta, aflându-se însă în perioada de valabilitate.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Creanța băncii nu este actuală întrucât evenimentul condiție (executarea SGB-urilor de către beneficiar) nu s-a produs.

Noțiunea de perfectare a ipotecii imobiliare depinde de întrunirea cumulativă a două condiții: 1) prima, ipoteca să fi devenit eficientă, ceea ce presupune ca obligația garantată să fie actuală iar constitutorul să fi dobândit dreptul și cea de a doua să fie îndeplinite formalitățile de publicitate.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Garanția de care se prevalează banca nu poate fi valorificată ,ori pusă în executare. Obligația garantată de debitoare nu e încă actuală, ea poate dobândi în viitor această trăsătură, întrucât SGB-urile se află încă în perioada de valabilitate, fiind susceptibile de executare la cererea beneficiarului.

În cazul producerii evenimentului condiție, obligația s-ar consolida cu efect retroactiv fapt ce ar genera implicit desăvârșirea/, eficientizarea ipotecii după același tipar.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Or, sumele plătite de beneficiarul contractului de antrepriză (în vederea realizării dreptului de creanță deținut de antreprenor și care face obiectul garanției reale) intră în categoria bunurilor fungibile/consumptibile fiind posibil ca, în ipoteza atragerii lor în circuitul economic, să nu fie însoțite de o valoare economică de înlocuire.

Cu toate acestea, blocarea lor de către creditorul bancar poate fi asimilată unei măsuri de executare silită individuală fapt ce, în cazul unei proceduri concursuale, este prohibit de art. 75 LI.

# ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Art. 75 LI are drept premisă existența unei creanțe certe lichide exigibile.

Norma citată vizează garanțiile reale perfecte care au generat prealabil deschiderii procedurii insolvenței o executare silită individuală aflată în stadiu avansat.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Fiind vorba de o creanță cu existență embrionară , situându-ne pendente conditione, la epoca soluționării litigiului, o ridicare a suspendării prevăzute de art. 75- în condițiile reglementate de art. 78- nu se justifică, creanța garantată nefiind susceptibilă de executare întrucât nu este certă și exigibilă.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

În același timp, art. 87 LI are drept premisă tot o garanție reală perfectă, eficace și eficientă ceea ce presupune ca obligația garantată să fie actuală. În speță nu e îndeplinită nici această cerință. Obligația garantată nu există încă în patrimoniul debitoarei.

Nici condițiile reglementate art. 87 alin.4 nu sunt prezente. Pe de o parte, nu există acordul masei credale pentru o finanțare, iar pe de altă parte utilizarea acestor lichidități în activitatea curentă nu poate avea valențele unei finanțări propriu-zise.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

În susținerea cererii de acordare a protecției corespunzătoare formulată în primă instanță, s-au invocat drept teme și dispozițiile art. 75 alin. 9 din Legea nr. 85/2014.



## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Pentru a putea fi acordată protecția corespunzătoare la care norma citată face trimitere, este obligatoriu să fie îndeplinite cumulativ următoarele condiții: sumele de bani a căror eliberare se solicită să fi existat în contul debitoarei la data deschiderii procedurii insolvenței; sumele să fie grevate de o ipotecă mobilă sau să fie constituite sub forma unui cash colateral; creanțele să fie exigibile.

În cazul dat, sumele de bani a căror deblocare se solicită au fost încasate în contul debitoarei după data deschiderii procedurii insolvenței.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Trebuie admis faptul că titularul garanției este îndreptățit să preîntâmpine o paguba care nu s-ar mai putea repara, în scopul obținerii unei protecții corespunzătoare pentru creanța ce beneficiază de o cauză de preferință și care este afectată de o condiție suspensivă.

Rămâne de clarificat care este acesta și pe ce temei poate fi adjudecată născându-se astfel întrebarea dacă acordarea protecției și aplicarea prevederile invocate este posibilă pe temeiul analogiei.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Ținând cont de în arhitectura legii insolvenței, în cazul creanțelor sub condiție, forma de protecție agreată o constituie provizionarea.

Provizionarea reglementată expres pentru ipoteza falimentului (art. 165, 166 LI) constituie un panaceu accesibil și valabil pentru toate fazele procedurii concursuale .

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Debitoarea pledează pentru introducerea promptă banilor în activitatea curentă.

Debitoarea solicită „lansarea” lichidităților în circuitul economic fără protecție întrucât obligația nu este perfectă. Invocă de asemenea prezervarea șanselor de reorganizare întrucât, în ipoteza nealocării fondurilor bănești în activitatea curentă, falimentul este predictibil, blocarea /imposibilitatea derulării raporturilor contractuale aflate în conexitate cu contractul de antrepriză (ex. contractele de subantrepriză) este iminentă.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Creditoarea susține că adoptarea unei măsuri de conservare se impune. Remediul propus vizează tratarea operațiunii după regulile finanțării operațiunilor curente întrucât obligația de care se prevalează are o existență embrionară și e compatibilă cu adoptarea unor măsuri de conservare.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Utilizarea lichidităților în activitatea curentă este însoțită de riscul disoluției garanției.

Neutilizarea lichidităților face ca spectrul falimentului să planeze amenințător asupra debitoarei .

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Concilierea intereselor antagonice devoalate de debitoare și creditorul garantat trebuie realizată.

Soluțiile compatibile cu statutul creanței consistă în: provizionarea sumelor, novația obligației de garanție prin substituirea obiectului garanției, constituirea unei garanții suplimentare.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Indisponibilizarea lichidităților din dispoziția unilaterală a creditorului bancar, fără autorizarea judecătorului sindic este lipsită de legitimitate. Constituirea sumelor într-un depozit cash colateral tot din inițiativa creditorului garantat reprezintă de asemenea o măsură de executare.

O conduită adecvată o reprezintă adoptarea unor măsuri de conservare.



## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Indisponibilizarea temporară autorizată de sindic urmată de provizionarea sumelor, cu posibilitatea substituirii garanției după o evaluare judiciară, fără suport exclusiv convențional din partea creditoarei, poate fi un remediu eficient, merit să contrabalanseze presiunea pe care o exercită îndeobște partea mai puternică economic, care are tendința de a solicita garanții excedentare.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Indisponibilizarea în maniera provizionării nu este o măsură de executare, lichiditățile rămânând în patrimoniul debitoare cu o afectare specială și temporară.

Conservarea este posibilă , admisibilă și dezirabilă în contextul dat.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Neadoptarea acestei soluții ar conduce la înfrângerea regulii privitoare la asigurarea tratamentului egal în grupa creditorilor garantați. Din perspectiva efectelor retroactive ale realizării condiției, creanța deținută de creditorul garanta se poate consolida doar ca și creanță anterioară deschiderii procedurii. Or, tuturor creditorilor garantați trebuie să li se asigure posibilitatea de a fi îndeplățiți din bunurile care constituie obiect al garanției.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Dacă la momentul consolidării creanței obiectul garanției nu există datorită neadoptării unor măsuri de conservare, principiul asigurării tratamentului egal între creditorii de același rang este încălcat atâta vreme cât creditorul garantat nu a consimțit la acesta.

Pe de altă parte, recurgerea la mecanismul subrogației în lipsa lichidităților ori a activelor susceptibile de valorificare poate reprezenta un sofism.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Mai mult, dacă nu există posibilitatea substituirii garanției, reconsiderarea statutului creanței din perspectiva art. 87 alin.4 este exclusiv apanajul masei credale. Chiar dacă s-ar admite că prin efectul retroactiv al consolidării creanței intrarea lichidităților în circuitul economic poate natura unei finanțări, prioritatea la restituire conform art. 159 alin.1 pct. 2 sau art. 161 pct. 2 este indisolubil legată de acordul masei credale.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Pe baza considerentelor expuse art. 87 alin 3. lit. b LI nu putea fi aplicat prin analogie întrucât norma în discuție reglementează dreptul la distribuiri, drept care este suspendat pentru creanțele sub condiție (art.102 LI).

Drept urmare lipsește fundamentul logic al acestui argument : “aceeași cauză trebuie să producă același efect”. Din aceleași rațiuni nu pot fi activate nici prevederile art. 159, 161 LI.

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Recurgerea la mecanismul provizionării (art. 166, 165 LI) și aplicarea prin analogie art. 75 alin. 9 LI sunt posibile formele de protecție compatibile fiind cele prevăzute de art. 78 alin.2 lit. C: novația obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare ,reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu alt obiect (formele protecție prevăzute de art.78 alin.2 lit. a, b au în vedere plăți periodice).

## ***D. Reverberațiile normelor citate în ipoteza dată***

Doar acționând de această manieră de această manieră pot fi respectate principiile evocate de art. 4,pct. 2,pct. 4, pct.6,pct. 8 din LI principii care vizează: acordarea șansei de redresare, asigurarea tratamentului egal între creditorii de același rang, respectarea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate, asigurarea accesului la surse de finanțare în perioada de observație cu acordarea unui regim adecvat de protecție.



Simona AL Hajjar

***Protecția garanțiilor  
„imperfecte” în procedura  
insolvenței***