

UNIVERSITATEA „BABEȘ-BOLYAI” CLUJ-NAPOCA

FACULTATEA DE DREPT

ȘCOALA DOCTORALĂ DE DREPT

**CREDITORUL – FURNIZOR DE SERVICII
ȘI AVATARURILE SALE ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI**

Conducător de doctorat

Prof.univ.dr. RADU N. CATANĂ

Student-doctorand

**ANDREEA SZOMBATI
(căs. URSACHE)**

2020

CUPRINS

INTRODUCERE	8
CAPITOLUL I. FURNIZORUL DE SERVICII - CREDITOR CURENT.....	11
1.1. Roluri născute din timp	11
1.2. Regimul juridic al creditorului current	12
1.2.1. Definiția legală a creditorului current	14
1.2.2. Privilegiul creditorului curent: achitarea creanțelor curente conform documentelor din care rezultă	16
1.2.3. Superprivilegiul creditorului curent: plata prioritara a creditorului curent față de creditorii istorici	19
1.2.4. Dreptul la acțiune al creditorului curent: posibilitatea formulării cererilor pentru determinarea existenței și/sau cuantumului unor creanțe	21
1.2.5. Excepția de la regulă: posibilitatea de sistare a serviciilor până la plata integrală a creanțelor născute după data deschiderii procedurii	21
1.2.6. Un drept paradoxal: Dreptul de a uza de executarea silită individual	22
1.2.7. Un drept cu două tăișuri: formularea cererii de deschidere a procedurii de faliment.....	23
1.3. Creditorul curent și creditorul istoric	23
1.4. Creditorul curent și creditorul garantat	25
1.5. Concluzii	26
CAPITOLUL II. IDENTITATEA FURNIZORULUI DE SERVICII	30
2.1. Servicii de utilități publice	31
2.2. Serviciile de interes general din perspectiva legislației Uniunii Europene	32
2.3. Furnizor, furnizor de servicii sau furnizor de utilități?	33
2.4. Alte asemenea servicii	41

2.5. Servicii de utilități versus materiile prime	42
2.6. Monopolul între privilegiu și povară	44
2.7. Consumatorul captiv. Sfera conceptuală	45
2.8. Echilibrarea intereselor participanților la procedura de reorganizare	50
2.9. Criteriile de desemnare a captivității debitorului față de furnizorii săi	54
2.9.1. Considerentele de reglementare	54
2.9.2. Considerentele tehnice	55
2.9.3. Considerentele economice	56
2.10. Creditorul – furnizor de servicii versus creditorul indispensabil	57
2.10.1. Rațiunea înființării categoriei creditorilor indispensabili	57
2.10.2. Procedura de constituire a categoriei creditorilor indispensabili	58
2.10.3. Diferențele dintre categoria creditorilor curenți și cea a creditorilor indispensabili	66
2.11. Reversul medaliei. Furnizorii de servicii în insolvență	69
2.12. Concluzii	75
CAPITOLUL III. FURNIZORUL DE SERVICII ÎN DREPTUL COMPARAT	77
3.1. Dreptul englez	78
3.1.1. Terminologie. Conceptul de furnizor esențial (essential supplier)	78
3.1.2. Conceptul de furnizări indispensabile (essential supplies)	79
3.1.3. Serviciile și produse IT	80
3.1.4. Soarta contractelor aflate în derulare	82
3.1.5. Efectul schimbărilor legislative asupra prețurilor	93
3.2. Dreptul American	97
3.2.1. Terminologie. Conceptul de furnizor esențial (essential supplier/critical vendor)	97
3.2.2. Evoluția cazuistică a aprobării listei furnizorilor esențiali	100

3.2. Concluzii	107
----------------------	-----

CAPITOLUL IV. FURNIZORUL DE SERVICII ÎN IPOSTAZA DE ÎNTRINDERE PUBLICĂ112

4.1. Despre eficiența normelor legale	113
4.2. Întreprinderile publice în România	116
4.3. Reforma guvernantei corporative în întreprinderile publice	119
4.4. Definierea și caracteristicile conceptului de întreprindere publică	120
4.5. Rațiunea statului de a fi acționar	123
4.6. Politica de acționariat	126
4.7. Modul (necoordonat) de exercitare a funcției de proprietar de către statul-acționar	130
4.8. Managementul privat al întreprinderilor publice	133
4.9. Politica de dividend	133
4.10. Statul schizofrenic. Studiu de caz	135
4.10.1. Legalitatea votului condiționat al statului	137
4.10.2. Condiția: sancțiune pentru conducerea întreprinderii publice sau explicație pentru nevoia acută de fonduri pentru bugetul statului	139
4.10.3. Posibil abuz de drept	140
4.10.4. Reacția întreprinderii publice la pretenția acționarului-majoritar.....	141
4.10.5. Retrospectiva politicii de dividend	144
4.11. Performanțele financiare ale întreprinderilor publice	145
4.12. Efectele participației statului în cadrul întreprinderilor publice	150
4.13. Stadiul implementării prevederilor referitoare la guvernanta corporativă în cadrul întreprinderilor publice	153
4.13.1. Obligația autorităților publice tutelare de monitorizare și raportare a activității întreprinderilor publice	153
4.13.2. Obligația autorităților publice de înființare a structurii de guvernanta corporativă	155

4.13.3. Selecția membrilor consiliului de administrație/consiliului de supraveghere, a directorilor/directoratului	155
4.13.4. Gradul de îndeplinire a indicatorilor de performanță	156
4.14. Întreprinderile publice la nivel internațional	157
4.15. Întreprinderile publice la nivel European	160
4.16. Concluzii	162

CAPITOLUL V. FURNIZORUL DE SERVICII – PARTICIPANT LA PIAȚA DE ENERGIE 167

5.1. Paralelism istoric	167
5.2. Contractul de transport al gazelor naturale - o bizarerie juridică	169
5.2.1. Procedura de concepere a contractului de transport al gazelor naturale	169
5.2.2. Practică judiciară derutantă	171
5.3. Terminologie improprie	176
5.4. Sancțiunea pentru neplata creanțelor curente către furnizorii de servicii	180
5.5. Acțiunea pentru stabilirea existenței și/sau a cuantumului unei creanțe	183
5.6. Executarea silită individuală în cadrul procedurii colective	184
5.7. Compensația legală în procedura insolvenței	190
5.8. Cauțiunea versus garanția financiară	197
5.9. Menținerea contractelor aflate în derulare	201
5.10. Încetarea contractului din inițiativa administratorului judiciar: un dar otrăvit	204
5.11. Rezoluțiunea (rezilierea) contractului	206
5.11.1. Condiții pentru invocarea rezilierii/rezoluțiunii	207
5.11.2. Culpă în insolvență	208
5.11.3. Jurisprudență relevantă	209
5.12. Particularitățile încetării contractelor de transport gaze naturale	211

5.13.Limitarea perioadei de observație	214
5.14.Oportunitatea introducerii cererii de deschidere a procedurii de faliment	215
5.15. Concluzii	220
CONCLUZII	224
BIBLIOGRAFIE	235

REZUMAT

Cuvinte cheie: furnizor de servicii; consumator captiv; creditor indispensabil; creditor chirografar; întreprindere publică; utilități.

Deschiderea procedurii insolvenței reprezintă evenimentul care metamorfozează nu doar universul debitorului supus procedurii insolvenței, ci și pe cel al creditorilor pe care îi angrenează în procedura sa. Metamorfoza generează reguli noi în cadrul raporturilor contractuale și extra-contractuale, chiar și un timp nou cu valențe diferite pentru participanți.

Implicarea furnizorului de servicii în derularea procedurii insolvenței reprezintă o condiție *sine qua non*, în special în etapa perioadei de observație, precum și a reorganizării. Existența sa este indispensabilă debitorului insolvent, fiind sursa de oxigen pentru supraviețuirea acestuia din urmă și fundament pentru revigorare.

Procedura insolvenței aduce în fața creditorilor, de cele mai multe ori, un debitor epuizat din punct de vedere financiar, ale cărui șanse de redresare depind de un transfer de energie, de resurse indispensabile activității sale. Această linie întâi de prim ajutor se compune din foștii parteneri contractuali, care furnizează serviciile și produsele în lipsa cărora activitatea debitorului este de neconceput: apă, electricitate, gaze naturale, servicii de telefonie și altele asemenea.

Ca urmare a rolului definitiv pe care îl joacă acești creditori, și independent de voința acestora, legea îi leagă ombilical de debitorul insolvent, marcându-le soarta prin tripla interdicție de a schimba, refuza sau întrerupe temporar serviciul către debitor.

Acestea fiind argumentele care fundamentează importanța rolului pe care legea îl atribuie furnizorului de servicii, imaginea acestuia este completată de ipostazele care le reflectă prevederile legale la a căror confluență se găsește.

În funcție de lentila legii prin care este privit, creditorul-furnizor de servicii își etalează avatarurile.

Din perspectiva legislației insolvenței, furnizorul de servicii este un creditor curent, care nu are, însă, și calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură, astfel cum Legea nr. 85/2014 definește această categorie de creditori; în schimb îi sunt atașate o serie de drepturi și măsuri de protecție menite să compenseze efortul pe care îl presupune acompanierea debitorului insolvent în procedura de redresare.

Conceptul de furnizor de servicii dobândește individualitate prin raportare la conceptele corespondente din alte sisteme de drept, oglindirea furnizorului realizându-se în contextul acestei lucrări în conceptul de *essential supplier*, instituit de *Insolvency Act 1986* sau de *critical vendor*, astfel cum l-a conturat *the doctrine of necessity* în Statele Unite ale Americii sub imperiul *Banckruptcy Code*.

O perspectivă ontologică plasează furnizorul de servicii în categoria întreprinderilor publice, creând premisele aplicării reglementărilor dedicate guvernantei corporative. Activitatea furnizorului de servicii derivată din calitatea sa de întreprindere publică amplifică regimul juridic aplicabil acestuia. Statul nu este un acționar obișnuit și nici nu ar putea fi, fapt care se reflectă în atitudinea creditorului – furnizor de servicii în cadrul procedurii de insolvență.

Din perspectiva legislației care îi reglementează activitatea specifică, furnizorul de servicii este de cele mai multe ori un participant la piața de energie, în această calitate fiind supus prevederilor Legii nr. 123/2012, cu completările și modificările ulterioare, precum și legislației secundare constând în ordinele președintelui Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei.

Provocarea asumată de prezenta lucrare este de a determina conținutul conceptului de furnizor de servicii prin stabilirea operatorilor economici care pot fi incluși în această categorie și, implicit, ce participanți la piața de energie nu ar trebui să fie supuși rigorilor articolului 77 din

Legea nr. 85/2014. Există indicii care conduc la ideea că operatorul de transport și de sistem sau producătorul de gaze naturale sau energie electrică nu ar trebui să fie catalogați furnizori de servicii în înțelesul Legii nr. 85/2014, cu toate că practica judiciară s-a dovedit confuză în acest sens, în lipsa unor prevederi legale tranșante.

Analiza condiției furnizorului de servicii din cele patru perspective enumerate mai sus (creditor curent, participant la piața de energie, furnizor esențial, întreprindere publică) reprezintă, de asemenea, un test al coerenței și eficienței sistemului de drept.

Imboldul pentru a aborda subiectul insolvenței conjugat cu cel al energiei a rezultat din faptul constatării tratamentului sumar și fugitiv aplicat creditorului furnizor de servicii. Doctrina nu a evitat subiectul furnizorului de servicii în lucrările de specialitate dedicate comentariului prevederilor Legii nr. 85/2014, însă a lăsat suficient loc pentru netatonat în privința provocărilor pe care practica le întâmpină din confruntarea (care ar fi trebuit să fie o simbioză a) legislației insolvenței cu legislația din domeniul energiei. Câmpul confruntării este minat de incongruențe care conduc la efecte derutante ale procedurii insolvenței.

În final pentru a sublinia importanța personajului central al lucrării, propunem un scurt și simplu exercițiu de imaginație: cum ar arăta procedura insolvenței în lipsa furnizorului de servicii?

În consecință, scopul următoarelor capitole este de a devoala misterul nutrit de furnizorul de servicii și, în final, de a i se acorda acestui creditor ce i se cuvine: o analiză cuprinzătoare, prin alternarea ipostazelor sale.

Deschiderea procedurii de insolvență are caracterul unei hierofanii în universul prăbușit al debitorului. În urma manifestării acesteia, timpul dobândește o curgere diferită (se oprește, curge în sens de decădere, dar și de împlinire), creând astfel o dimensiune proprie procedurii insolvenței, care coexistă cu realitatea obișnuită.

Metamorfoze apar și privința participanților la procedură, din parteneri contractuali aceștia devin creditori, divizați în multiple categorii, unii jucând chiar rol de Janus Bifrons, cu o față orientată înapoi – spre trecut (creditorul istoric) și cu cealaltă față privind înainte (creditorul curent).

Creditorul curent este în procedura insolvenței o prezență inevitabilă, iar regimul său juridic se clădește pe prevederile legale care îi sunt destinate, dar și prin raportare la elementele distinctive față de ceilalți creditori. De exemplu, creditorul curent (sau creditorul cu creanțe

curente) și creditorul îndreptățit să participe la procedură (sau creditorul istoric) formează un cuplu antagonic în cadrul procedurii. Factorul care determină antagonismul dintre cele două concepte este timpul, astfel că geneza creanței creditorului istoric se situează anterior momentului de reper-data deschiderii procedurii de insolvență, iar cea a creanței creditorului curent ulterior acestui moment crucial.

Barometrul eficienței statutului creditorului curent și a drepturilor sale îl reprezintă capacitatea de a încasa un procent cât mai mare din creanța sa și, eventual, poziția pe lista distribuțiilor. Creditorul curent este, însă, în majoritatea situațiilor un creditor chirografar. Cu toate acestea, beneficiază de dreptul legal de a fi plătit conform documentelor din care rezultă creanța sa.

Dintre creditorii curenți, creditorul nelipsit și cu o prezență necesară în procedurile de insolvență este furnizorul de servicii reglementat de art. 77 din Legea nr. 85/2014. Determinarea operatorilor economici care fac parte din această categorie de creditori nu este facilă datorită inconsecvenței terminologice, însuși legiuitorul folosind în cuprinsul art. 77 trei variante de exprimare: „furnizor”, „furnizor de servicii” sau „furnizor de utilități”. Un alt aspect de natură terminologică este posibilitatea conturării conceptului de furnizor în accepțiunea art. 77 din prisma legislației și terminologiei specifice domeniului energetic, în cadrul cărora există o diferență netă între calitatea de furnizor, de distribuitor sau de transportator de gaze naturale, energie electrică sau agent termic.

La determinarea sferei conceptuale a creditorilor furnizori de servicii (de utilități) contribuie în mod constructiv și jurisprudența, lucrarea de față invocând hotărâri ale Curții Constituționale, ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, ale curților de apel și tribunalelor cu impact asupra aspectului analizat.

Un concept cu care riscă să fie confundate serviciile și, eventual, produsele, care fac obiectul furnizărilor de la art. 77 sunt materiile prime. Diferența are relevanță deoarece utilitățile sunt sub acoperirea legală a art. 5 pct. 10 coroborat cu art. 77, iar materiile prime sub cea a art. 5 pct. 23 coroborat cu art. 134, regimul juridic aplicabil fiind diferit. Exemple de produse care pot face obiectul unui serviciu de natura utilităților, dar pot constitui și materie primă sunt: gazul metan, electricitatea, apa.

Cea mai mare parte a furnizorilor de utilități se regăsesc într-o poziție de monopol, natural sau legal, în privința furnizării unor produse sau servicii sau sunt unicii concesionari în zone bine delimitate, situație care îi face de neevitat pentru partenerii contractuali și determină reducerea la minim a efortului de a-și crea un portofoliu de clienți. În contrapartida acestor privilegii,

furnizorii de utilități desfășoară o activitate mai mult sau mai puțin reglementată, care limitează și rigidizează libertatea de acțiune.

Procedura insolvenței bulversează, însă, ordinea relațiilor contractuale *in bonis* în care este parte un furnizor și îl transformă pe acesta din privilegiat în captiv în procedura de insolvență a clienților săi.

De soarta furnizorului de la art. 77 este strâns legată cea a consumatorului captiv. Consumatorul captiv beneficiază de o definiție legală (art. 5 pct. 10 din Legea nr. 85/2014) și, în raport cu acesta, legiuitorul instituie pentru furnizorii de servicii interdicția ca pe durata perioadei de observație și reorganizare să refuze, să întrerupă furnizarea sau să schimbe condițiile furnizării.

Nici noțiunea de „consumator captiv” nu este privată de interpretări, sens în care jurisprudența, din nou, își manifestă rolul de conturare și determinare a sferei conceptuale.

Legea nr. 85/2014 se dovedește mai favorabilă cu furnizorii comparativ cu Legea nr. 85/2006, contribuind astfel la echilibrarea intereselor participanților la procedură prin instituirea mai multor instrumente legale puse la dispoziția acestora în vederea protejării drepturilor lor: posibilitatea întreruperii furnizării serviciilor în situația în care nu este respectată obligație de plată născută după data deschiderii procedurii; reluarea furnizării întrerupte doar după ce sunt achitate creanțele născute în timpul procedurii; posibilitatea furnizorilor de a solicita instanței deschiderea procedurii de faliment împotriva debitorului în cazul neachitării în termen de 60 de zile de la scadența a obligațiilor curente, certe, lichide și exigibile al căror quantum depășește valoarea-prag; posibilitatea de a recurge la executarea silită individuală a datoriiilor acumulate în perioada procedurii de insolvență care au vechime mai mare de 60 de zile; constituirea de către debitor a unei cauțiuni al cărei quantum maxim este de 30% din creanța neachitată constând în contravaloarea serviciilor prestate de furnizor debitorului ulterior deschiderii procedurii insolvenței.

Captivitatea debitorului față de furnizorul său se definește pe baza a trei considerente: tehnice, economice și de reglementare, care nu trebuie să fie îndeplinite cumulativ.

Categoria creditorilor curenți riscă să fie confundată și cu creditorii indispensabili. Creditorul indispensabil beneficiază de o definiție legală cuprinsă în art. 5 pct. 23 coroborat cu art. 134 din Legea nr. 85/2014. Această categorie de creditori se constituie *intuitu personae*, fiind esențiale calitatea creditorului în raport cu debitorul precum și impactul raportului contractual încheiat între aceștia asupra activității debitorului insolvent. Spre deosebire de celelalte categorii de creditori, categoria creditorilor indispensabili se constituie conform unei proceduri

stabilite de Legea nr. 85/2014. Lista care cuprinde creditorii indispensabili propuși de debitor este anexată cererii de deschidere a procedurii insolvenței și face obiectul cenzurii a administratorului judiciar.

Din punctul de vedere al interpretării reglementărilor legale, cât și al jurisprudenței trebuie evitată suprapunerea celor două categorii de creditori, curenți și indispensabili, cu atât mai mult cu cât Legea nr. 85/2014 oferă argumente care, fără echivoc, separă creditorii furnizori de servicii de creditorii indispensabili.

Correspondentul furnizorului de servicii în înțelesul art. 77 al Legii nr. 85/2014 se regăsește și în legislația dedicată procedurilor de insolvență din Marea Britanie, respectiv în Insolvency Act 1986, și este reprezentat de „essential supplier” – furnizorul esențial, al cărui regim juridic este asemănător cu cel instituit de legislația românească.

Insolvency Act 1986 a suferit o modificare prin Ordinul nr. 989 din 2015 referitor la protecția furnizorilor esențiali prin care a fost extinsă lista furnizorilor obligați să continue furnizarea bunului sau serviciului indispensabil activității debitorului, respectiv: electricitate, gaz, apă, servicii de telecomunicații; bunuri și servicii IT. Prevederile Ordinului sunt aplicabile procedurilor *administration* și *voluntary arrangement*.

Contractele încheiate între debitor și furnizorii esențiali se consideră menținute de la data deschiderii procedurii dacă debitorul sau practicianul în insolvență notifică furnizorul cu privire la caracterul esențial al prestației acestuia. În vederea continuării relației contractuale, furnizorilor esențiali le este interzis să solicite debitorului achitarea datoriilor anterioare deschiderii procedurii insolvenței, să perceapă tarife mai mari ca o condiție pentru continuarea furnizării pe durata procedurii de reorganizare.

Cu toate acestea, Ordinul 989 din 2015 instituie măsura în sprijinul furnizorului esențial, constând în sistarea furnizării în cazul în care furnizorul esențial a solicitat practicianului în insolvență constituirea unei garanții personale cu titlu de condiție pentru continuarea furnizării esențiale, iar acesta nu procedează în consecință, în termen de 14 zile de la primirea de către Practicianul în insolvență a notificării privind sistarea serviciului.

Mijloacele de apărare a furnizorului de servicii cu un efect sancționator pentru debitorul insolvent constau în încetarea contractului în trei posibile situații: practicianul în insolvență este de acord cu această măsură; instanța de judecată încuviințează încetarea contractului ca urmare a efectelor negative considerabile (*hardship*) pe care le generează asupra furnizorului esențial continuarea prestațiilor; creanțele născute în legătură cu prestațiile furnizorului

ulterioare deschiderii procedurii nu sunt achitate în termen de 28 de zile calculate de la scadență.

Dreptul american beneficiază și el de prezența furnizorilor esențiali sub denumirea de „essential suppliers”, expresie identică cu cea din în Marea Britanie, sau „critical vendors”. Regimul juridic al acestei categorii de creditori este considerabil diferit față de cel al furnizorului esențial din legislația Marii Britanii sau a României.

Prima diferență și, în același timp, caracteristică a dreptului insolvenței american este faptul că Bankruptcy Code nu cuprinde reglementări referitoare la *essential supplier/critical vendor*, jurisprudența fiind cea care a conturat acest concept.

În SUA, furnizorii debitorului insolvent nu au nicio obligație legală să își mențină disponibilitatea pentru continuarea contractelor, având în vedere neîndeplinirea obligațiilor de plată și, mai mult, nu există nicio prevedere legală care să impună forțat continuarea furnizărilor.

În aceste condiții, debitorul trebuie să identifice o metodă concretă prin care să îi convingă și să îi stimuleze pe furnizori să îl însoțească în demersul de reorganizare. Cel mai puternic imbold este achitarea datoriilor anterioare deschiderii procedurii, fără a fi neglijate creanțele curente.

Temeiul juridic regăsit în practica judiciară, în jurul căruia s-a construit doctrina necesității (*doctrine of necessity*), este paragraful 105 (a) din Bankruptcy Code. Jurisprudența a înregistrat o evoluție continuă și a cizelat regimul juridic al furnizorului esențial, pornind de la o interpretare laxă, care a creat o adevărată suprasolicitare a acestui temei legal, conducând la derapaje. Această abordare a fost valabilă până la cazul de referință Kmart, care a reprezentat un eveniment crucial în practica judiciară și a determinarea schimbarea opticii și a condițiilor în care a fost abordată posibilitatea creării categoriei de furnizori esențiali.

Instanțele au decis că utilizarea doctrinei necesității ca temei pentru încuviințarea plății creanțelor anterioare deschiderii procedurii de insolvență în favoarea furnizorilor declarați esențiali trebuie conjugată cu îndeplinirea, în principal, a următoarelor două condiții: creditorul trebuie să fie esențial pentru reușita reorganizării debitorului; tratamentul favorabil, respectiv plata creanțelor anterioare, aplicat creditorului esențial nu trebuie să prejudicieze alți creditori chirografari.

Pentru a completa imaginea creditorului furnizor de servicii din procedura insolvenței, este analizată și perspectiva extra-insolvență a existenței acestui creditor. Această abordare

complementară este menită să întrească regimul juridic aplicabil furnizorului de servicii și să accentueze ideea necesității conceperii unui sistem de drept coerent și funcțional, cu norme corelate și eficiente.

Creditorul furnizor de servicii este în multe dintre situații o întreprindere publică, în special în domeniul energiei. Statul, prin autoritățile publice centrale sau autoritățile publice locale, nu este în mod întâmplător acționar/asociat în cadrul acestor întreprinderi. În multe dintre întreprinderile publice statul a fost, inițial, unicul acționar, dar procesele de privatizare finalizate cu succes au generat deschiderea acestor întreprinderi către investitori privați.

Activitatea întreprinderilor publice prezintă cea mai mare relevanță și este analizată preponderent pe plan național. Întreprinderile publice au fost în mod tradițional concepute să deservească piața internă. România este un exemplu elocvent pentru studiul întreprinderilor publice, deoarece este țara cu cele mai multe întreprinderi publice din Europa.

Întreprinderile publice au fost scoase din opacitatea și reglementarea rudimentară prin adoptarea OUG nr. 109/2011, cu toate că acest act normativ nu a apărut din faptul conștientizării de către legiuitorul român a nevoii de reformare a domeniului întreprinderilor publice, așa cum, poate, ar fi fost firesc. Legislația destinată guvernancei corporative a întreprinderilor publice a fost stimulată de factori externi, concretizați în angajamentele asumate de România pe plan internațional și a fost inspirată de principiile elaborate de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică.

Conceptul de întreprindere publică înglobează patru categorii de entități: regii autonome; companii și societăți naționale, societăți la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul; societăți la care una sau mai multe întreprinderi publice dețin o participație majoritară sau o participație care le asigură controlul.

Statul nu este un acționar obișnuit și nici nu ar putea fi. Statutul juridic, motivația statului de a fi acționar, drepturile sale în cadrul întreprinderii publice îl plasează într-o altă sferă de acțiune, care nu poate fi nivelată pentru a fi transpusă în termenii conduitei acționarilor obișnuiți.

Pentru aceste motive, este analizată implicarea statului în existența întreprinderii publice și relația pe care o dezvoltă cu aceasta.

Scopul principal pe care statul, în calitate sa de acționar al întreprinderilor publice, trebuie să îl urmărească este maximizarea valorii societății prin alocarea eficientă a resurselor prin implicarea pe următoarele paliere: controlul asupra resurselor naturale, monopolul natural, serviciul public, rațiuni strategice.

În vederea conformării cu prevederile legislației dedicate guvernancei corporative a întreprinderilor publice, statul trebuie să elaboreze și să facă publică politica sa de acționariat, menită să ofere atât întreprinderilor publice, cât și pieței și societății în general predictibilitate, o înțelegere clară a obiectivelor generale ale statului și prioritățile sale în calitate de acționar majoritar.

O guvernare corporativă sănătoasă are la bază principiul separării reale a celor trei funcții pe care statul le exercită în raport cu o întreprindere publică: funcția de proprietar-acționar al întreprinderii, funcția normativă și funcția de politică industrială. Relevanță pentru lucrarea de față are funcția de proprietar-acționar a statului, care, în cazul întreprinderilor publice din România, se caracterizează prin segmentare și exercitare necoordonată la nivel de ministere de resort. Tendința actuală, remarcată în statele dezvoltate, este de a centraliza funcția de proprietar a statului în cadrul unei singure entități sau a unui număr foarte restrâns de entități.

Politica de dividende are relevanță atât pentru stat, deoarece, din perspectiva statului, întreprinderile publice sunt considerate un vector de redresare economică și echilibrare a bugetului, cât și pentru investitorii privați, al căror interes este foarte sensibil la câștigul pe care îl pot obține în urma investiției. În mod obișnuit, întreprinderile publice care distribuie și varsă dividende la bugetul de stat, sunt în proporție covârșitoare societăți naționale și companii naționale.

Percepția generală, formată în urma rezultatelor financiare și a evoluției întreprinderilor publice, nu este una pozitivă, întreprinderile publice, în general, fiind catalogate ca o povară pentru bugetul public. Cele mai profitabile întreprinderi publice s-au remarcat în domeniul producției și furnizării de energie electrică și termică, gaze, apă caldă și aer condiționat sau transporturi prin conducte.

În ciuda unui deceniu de reglementare a guvernancei corporative a întreprinderilor publice la nivel național, stadiul implementării mecanismelor de guvernare corporativă nu este satisfăcător, fiind încă loc pentru îmbunătățiri în privința constituirii structurilor de guvernare corporativă de către autoritățile publice tutelare; a demarării și finalizării procedurilor de selecție a membrilor consiliului de administrație/consiliului de supraveghere, a directorilor/directoratului.

La nivel internațional, în topul celor mai mari întreprinderile publice sunt prezente țări precum China, urmată de India, Rusia și Emiratele Arabe Unite, Malaezia.

La nivel european, întreprinderi publice joacă un rol determinant în special din perspectiva următoarelor aspecte, care se suprapun cu cele identificate la nivelul României, respectiv numărul de locuri de muncă pe care le implică, reprezentarea în PIB a participațiilor statului în cadrul întreprinderilor publice și domeniile în care predomină aceste întreprinderi.

Un alt avatar al furnizorului de servicii se conturează din analiza istoricului legislației din domeniul gazelor și cel al legislației insolvenței. Se poate constata astfel că, din punct de vedere temporal, cele două domenii ale dreptului s-au dezvoltat în paralel, ignorându-se reciproc.

Provocările pe care reglementarea în domeniul procedurii insolvenței le aduce pe tărâmul legislației sectoriale a energiei sunt evidențiate în mod concret prin modul de executare a contractelor, prin provocările pe care relația contractuală dintre operatorul de transport și de sistem și utilizatorul de rețea le experimentează la contactul cu legislația insolvenței.

Principiile libertății contractuale și al autonomiei de voință sunt minimizezate în cazul încheierii unui contract de transport al gazelor naturale deoarece se manifestă strict în ceea ce privește opțiunea părților de a încheia contractul, având în vedere faptul că clauzele contractuale sunt în proporție covârșitoare impuse de un terț cu atribuții de reglementare, respectiv Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei. Contractul este unul standardizat, variabilele din cadrul său limitându-se la produsul de capacitate contractat (anual, trimestrial, lunar, zilnic, intra-zilnic), care dictează automat și durata contractului și modul de constituire a garanției financiare de plată de către utilizatorul de rețea.

Ca efect al inadecvării cadrului legal la situația juridică din domeniul sectorial al transportului gazelor naturale, în practică, s-a constatat că o serie de instituții din dreptul insolvenței fie sunt deturnate de la menirea lor, fie modul lor de implementare ia o turnură mai puțin așteptată.

Denunțarea sau rezilierea contractelor, deși pare dezideratul oricărui creditor, nu sunt întotdeauna avantajoase pentru furnizorul de servicii. Dezavantajele constau în nerealizarea venitului reglementat, potrivit prevederilor legale, și imposibilitatea de recunoaștere în tarif a creanțelor nerecuperate în urma procedurilor de faliment ale debitorilor. Mai mult, rezilierea sau rezoluțiunea contractului cu succes este o provocare pentru furnizor deoarece dovedirea culpei debitorului insolvent pentru neplata creanțelor nu este facilă, lipsa lichidităților fiind un lucru asumat prin tocmai deschiderea procedurii de insolvență.

Atât în procedura insolvenței, cât și în legea energiei electrice și a gazelor naturale există instituții cu rol de garanție în favoarea prestatorului de servicii: cauțiunea reglementată de art. 142 al Legii nr. 85/2014 și garanția financiară de plată prevăzută de art. 27 lit. A din Codul

rețelei. Deși, aparent, ambele au același obiect, cauțiunea și garanția financiară de plată pot fi cumulate în special atunci când debitorul-utilizator al rețelei nu reface garanția după o executare parțială sau nu o constituie deloc.

Terminologia utilizată în cele două domenii ale dreptului ar trebui să fie unitară și să constituie un mijloc de creare a punților între acestea, asigurând în același timp coerența și eficiența sistemului de drept. Cu toate acestea, au fost identificate numeroase argumente de natură terminologică din Legea nr. 123/2012 care nu respectă întru totul spiritul Legii nr. 85/2014 sau vice-versa. Formularea din Ordinul Președintelui Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei nr. 41/2019 bulversează, construcția de argumente care tinde să creeze o echivalență între furnizorul prevăzut de art. 77 din Lega nr. 85/2014 și furnizorul, participant la piața de gaze naturale sau energie electrică, reglementat de Legea nr. 123/2012.

Ca măsuri de protecție a furnizorului de servicii, dar și ca mod de încetare a relațiilor contractuale, Legea nr. 85/2014 permite măsuri mai eficiente de determinare a debitorului la plata creanțelor curente față de furnizorul său. Astfel, în cazul neîndeplinirii obligației de plată în termenul de 90 de zile, furnizorul de utilități poate întrerupe prestarea serviciului până când primește plata datorată. În plus, și regimul perioadei de observație și-a redus din rigiditate, astfel că furnizorul neplătit poate cere intrarea în faliment a debitorului și în această etapă a procedurii.

Noutățile și modificările aduse de noua lege a insolvenței își găsesc ecoul și în domeniul transportului gazelor naturale. Se remarcă prezența unor modificări în cadrul instituțiilor deja consacrate de Legea nr. 85/2006, precum și instituții noi, percepute pozitiv la nivelul activității participanților la piața de energie. Dintre acestea, frecvența și impactul cele mai mari le au următoarele elemente: sancțiunea pentru neplata creanțelor curente către furnizorii de servicii, stabilirea unei limite a perioadei de observație, introducerea acțiunii pentru stabilirea existenței și/sau a cuantumului unei creanțe curente, executarea silită și compensația legală.

Expunerea furnizorului de servicii captiv în procedura insolvenței debitorului său a fost limitată prin prevederile art. 77 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, care stabilesc fără echivoc faptul că dacă debitorul nu achită creanțele născute după deschiderea procedurii insolvenței, aferente serviciilor prestate, în termenul de plată, care nu poate fi mai mic de 90 de zile, furnizorul de utilități este îndreptățit să întrerupă furnizarea serviciilor. În completarea celor de mai sus, alin. (5) al aceluiași articol prevede că furnizarea serviciului va fi reluată după achitarea creanțelor născute după data deschiderii procedurii insolvenței.

Cu caracter de noutate este și introducerea unei limite temporale pentru perioada de observație. Această măsură este menită să evite extinderile temporale care aveau loc anterior adoptării noii legi prin tergiversarea procedurii și subminarea șanselor reale de redresare.

Excepția de la suspendarea acțiunilor judiciare, extrajudiciare, executări silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului constând în dreptul creditorilor de a apela la acțiuni judiciare pentru determinarea existenței și/sau cuantumului unor creanțe, născute după data deschiderii procedurii, reprezintă un instrument util ce debutează cu formularea unei cereri de plată adresată administratorului judiciar.

Cu efectul unei revoluții în filosofia Legii nr. 85/2014, executarea silită individuală în cadrul procedurii concursuale a insolvenței a fost introdusă cu scopul declarat de a favoriza eficientizarea mecanismelor de recuperare a creanțelor bugetare față de societățile aflate în stare de insolvență. Cu toate acestea, la nivel teoretic, de prevederile art. 143 alin. (1) poate beneficia orice creditor care îndeplinește condițiile stabilite de dreptul comun în privința executării silită, făcând posibilă astfel alimentarea unor comportamente antieconomice și împotriva disciplinei pe care Legea nr. 85/2014 o dictează creditorilor.

Doctrina a reacționat ferm la introducerea acestei instituții în cadrul procedurii insolvenței, catalogând-o împotriva rațiunii legii și chiar neconstituțională.

O altă instituție juridică controversată din legislația insolvenței este cea a compensației legale, reglementată de art. 90 al Legii nr. 85/2014. Compatibilitatea sa cu procedura insolvenței, dreptul de renunțare la compensație, precum și subiecții de drept care o pot invoca au făcut obiectul sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție, care s-a pronunțat prin Decizia nr. 19/2020, lămurind aspectele care au generat o practică neunitară.

Din aspectele mai sus prezentate, rezultă piesele care compun regimul juridic al creditorului furnizor de servicii care își desfășoară activitatea în domeniul energetic.

Ultimii ani (începând cu anul 2014) au demonstrat o intensificare a procedurilor de insolvență în domeniul energiei, participanții la piața energiei cei mai afectați fiind furnizorii și distribuitorii. Astfel, creditorul furnizor de servicii, devine chiar el debitor, insolvențele în lanț reprezentând un fenomen frecvent, după cum rezultă din rapoartele întocmite de administratorii judiciari cu privire la cauzele și împrejurările care au condus la starea de insolvență.

Necesitatea de a stabili prevederi cu caracter special, dedicate furnizorului din domeniul energetic în calitate de debitor, rezultă din specificul tipului de activitate pe care o desfășoară, care odată confruntată cu starea caracterizată prin insuficiența fondurilor bănești pentru plata

datoriilor certe, lichide și exigibile, are nevoie de unele deviații de la regimul legal comun pentru ca scopul procedurii să poată fi atins.

Domeniile care deja beneficiază de recunoașterea legală a regimului special în cadrul procedurilor de insolvență sunt: domeniul bancar, grupurile de societăți și societățile de asigurare/reasigurare.

Domeniul energiei este un domeniu care suscită un interes intens datorită resurselor pe care le gestionează. Acest interes este amplificat atât de valoarea resurselor naturale, cât și de necesitatea de a îndeplini obligații legale și contractuale față de consumatorii finali ai acestora. Majoritatea activităților desfășurate de societățile din domeniul energiei reprezintă serviciu public, iar acest fapt implică un statut special și obligații specifice.

În concluzie, acesta este tabloul furnizorului de servicii și al avatarurilor sale activate de spectrul diferitelor legi din perspectiva cărora este privit. Furnizorul de servicii este un creditor indispensabil procedurii insolvenței (nu numai debitorului), care face parte din categoria creditorilor curenți; este, de asemenea, un creditor esențial în abordarea legislației anglosaxone. Furnizorul de servicii, privit în profunzimea istoriei existenței sale, se dezvăluie sub regimul unei întreprinderi publice, dar și ca un participant la piața de energie ca urmare a descentralizării controlului statului asupra entităților din domeniul energiei.