

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
*CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication*  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016. Section: Social Sciences  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

## COMPARATIVE APPROACH ON ESSENTIAL SUPPLIERS' REGIME

*Andreea Szombati (Ursache), PhD Student*  
*"Babeş-Bolyai" University of Cluj-Napoca*

*Abstract: This paper provides a brief overview of the essential suppliers' regime in three law systems: English, Romanian and American. Romanian and English insolvency laws have special provisions that regulate the status of the above mentioned creditors, while the American Bankruptcy Code totally lacks in such provisions, creating the essential supplier category by virtue of case law. The aim of this paper is to examine the following aspects related to essential suppliers: criteria of qualifying a creditor as being an essential supplier; the rights and responsibilities of an essential supplier; the recovery rate of this category of creditors.*

*Keywords: essential supplier; Bankruptcy Code; insolvency law; creditor; recovery rate*

### **1.1. Conceptele de „furnizor de servicii” și „creditor indispensabil” reflectate în legislația română**

**Furnizorul de servicii.** Legislația insolvenței nu a definit conceptul de „furnizor de servicii”, ci s-a limitat, în art. 77 din Legea nr. 85/2014, la o enumerare enunțiativă a serviciilor care fac obiectul obligației legale de prestare continuă în favoarea debitorului insolvent în perioada de observație și de reorganizare: „electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice sau altele asemenea”. Rezultă astfel că serviciile la care se referă legea insolvenței sunt, în principal, serviciile de utilități. Utilități publice fac parte din sfera serviciilor publice de interes general, reglementate de Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006.

Exemple de servicii publice de interes general se regăsesc în Legea nr. 123/2012: de exemplu art. 16 stabilește că titularii de autorizații de înființare și de licențe au obligația de a-și desfășura activitățile cu respectarea obligațiilor de serviciu public referitoare la siguranță, calitatea și prețul energiei electrice furnizate, continuitatea aprovizionării, eficiența energetică, cu respectarea normelor de securitate și sănătate a muncii și de protecție a mediului, precum și a prevederilor din contractele directe cu consumatorii. Obligațiile de serviciu public se pot stabili prin hotărâre a Guvernului sau prin reglementări ale Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE), caz în care se notifică Comisiei Europene de către ANRE, prin licențe sau autorizații de înființare, pentru fiecare activitate din sectorul energiei electrice.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016. Section: Social Sciences  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

De asemenea, potrivit art. 125 alin. (1) din aceeași lege, activitatea de transport al gazelor naturale constituie serviciu public de interes național. În mod similiar, activitatea de distribuție a gazelor naturale constituie serviciu public de interes general.

În afară de serviciile enumerate expres: electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice, lista poate continua, după cum rezultă din formularea identică a art. 38 din Legea nr. 85/2006, respectiv a art. 77 alin. (1) din Legea nr. 85/2014. Întrebarea legitimă care se poate ridica în acest context este ce alte servicii pot intra sub incidența acestei prevederi legale. Un prim exemplu, inspirat din recente modificări ale legii insolvenței din Marea Britanie<sup>1</sup>, ar fi serviciile de internet. Includerea lor în această sferă este explicabilă prin evoluția și amploarea pe care serviciile de internet le au în desfășurarea activității unei întreprinderi. Este de neconceput ca o societatea să nu aibă acces la internet și implicit la serviciile conexe: e-mail, pagină web, plăți online și altele asemenea, mai ales atunci când întreaga sau parte din activitatea sa se desfășoară în mediul online (de exemplu: magazine online).

Cea mai mare parte a furnizorilor de utilități se regăsesc într-o poziție de monopol în privința furnizării unor produse sau servicii sau sunt unici concesionari în zone bine delimitate, situație care îi face de neevitat 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 intens reglementată. De asemenea, procedura insolvenței bulversează 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.

Ca participant la procedura insolvenței în calitate de furnizor de servicii, operatorul economic care se află într-o situație de monopol nu este la fel de impunător, privilegiat sau confortabil poziționat ca în cadrul raporturilor *in bonis*.

Prin Legea nr. 85/2014, legiuitorul a optat pentru menținerea interdicției, în perioada de observație și reorganizare, pentru furnizorii față de care debitorul este client captiv: de a refuza furnizarea, pentru situația în care debitorul nu avea încheiat un contract de furnizare sau, deși avea încheiat un asemenea contract, livrarea furnizării nu începuse a se efectua<sup>2</sup>; de a întrerupe furnizarea; de a schimba condițiile furnizării.

Toate aceste interdicții, instituite în vederea maximizării șanselor de redresare a debitorului, se aplică de drept, reglementarea fiind imperativă, indiferent de eventuale prevederi contractuale contrare.

În vederea eficientizării instituției, legiuitorul stabilește și sancțiuni pentru neconformare. Încălcarea obligațiilor de mai sus antrenează răspunderea furnizorului pentru acoperirea prejudiciilor aduse averii debitorului. Cu privire la natura răspunderii, dat fiind că interdicțiile invocate mai sus izvorăsc din lege, este vorba de o răspundere civilă delictuală<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Una din modificările Insolvency Act 1986, realizată în 15 octombrie 2015 a vizat tocmai includerea serviciilor de internet în categoria furnizărilor (serviciilor) indispensabile, care trebuie menținute pe perioada procedurilor de reorganizare ale debitorilor.

<sup>2</sup> *Codul insolvenței adnotat, Întărirea mecanismului insolvenței în România*, Program finanțat de BIRD, disponibil la adresa: [www.just.ro/wp-content/uploads/Resurse/cop\\_final.pdf](http://www.just.ro/wp-content/uploads/Resurse/cop_final.pdf) [accesat la 06.06.2016], pag. 119.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016. *Section: Social Sciences*  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

În contrapondere, pentru asigurarea unui echilibru între protecția conferită debitorului supus procedurii și drepturile furnizorilor, se reglementează expres posibilitatea întreruperii furnizării în caz de nerespectare a obligațiilor de plată născute după data deschiderii procedurii, furnizorul fiind obligat să reia furnizarea întreruptă doar după achitarea obligațiilor născute în timpul derulării procedurii (art. 77 alin. (4) și (5) din Legea nr. 85/2014). În doctrină s-a apreciat că în acest caz intervine o suspendare a efectelor contractului, o excepție de neexecutare, iar nu rezilierea contractului<sup>4</sup>. Raportul de forțe este echilibrat și de acordarea posibilității solicitării deschiderii procedurii de faliment în cazul neachitării obligațiilor curente, certe, lichide și exigibile, conform art. 143 alin. (3) din lege.

Considerentele care definesc relația de captivitate dintre un debitor și furnizorul său au fost atât în legea recent abrogată, cât și în cea în vigoare, următoarele trei: tehnice, economice și de reglementare. Nu trebuie îndeplinite cumulativ cele trei condiții pentru a demonstra situația de captivitate a unui debitor, fiind suficientă încadrarea în una dintre ele.

**Creditorul indispensabil. Sfera conceptuală.** Creditorul indispensabil este definit de art. 5 pct. 23 din Legea nr. 85/2014 ca fiind acel creditor chirografar care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu poate fi înlocuit de niciun alt furnizor care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel sau în aceleași condiții financiare. Regimul aplicabil creditorului indispensabil este reglementat la 134 din Legea nr. 85/2014, corespunzător art. 96 din fosta lege a insolvenței.

Definiția de la art. 5 pct. 23 are caracter de noutate față de vechea legislație și aduce un plus de precizie și contur acestei categorii de creditori.

La momentul înregistrării cererii de deschidere a procedurii insolvenței, debitorul trebuie să depună anexat o listă care cuprinde creditorii indispensabili. Sancțiunea nedepunerii listei duce la decăderea din dreptul de a propune în planul de reorganizare categoria creditorilor indispensabili, categorie distinctă în vederea votării planului de reorganizare conform prevederilor art. 138 alin. (3) lit. d).

Administratorul judiciar, poate să confirme sau să infirme, în tot sau în parte, lista depusă prin analizarea acesteia în cadrul unui raport de activitate care poate fi contestat în condițiile legii, de către debitor, el fiind cel care depune această listă.

În afară de avantajul posibilității de a vota planul ca o categorie distinctă de creditori chirografari, creditorii indispensabili beneficiază un alt beneficiu decurgând din această calitate: în cazul intrării în faliment a debitorului după aprobarea unui plan de reorganizare, creanțele creditorilor indispensabili vor fi considerate ca rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii și vor avea rangul de prioritate stabilit la art. 159 pct. 2 din Legea nr. 85/2014<sup>5</sup>.

**Furnizor de servicii vs. creditor indispensabil.** Între categoria creditorilor față de care debitorul insolvent este un consumator captiv și categoria creditorilor indispensabili s-au

---

<sup>4</sup>St. D. Cârpenaru, Mihai Adrian Hotca; *Codul insolvenței comentat*; Ed. Universul Juridic, București, 2014, pag. 236.

<sup>5</sup>I. Turcu, *Codul insolvenței. Legea nr. 85/2014. Comentariu pe articole*, ediția 5, Ed. C.H. Beck, București, 2015, pag. 415.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016. *Section: Social Sciences*

ISBN: 978-606-8624-17-4

născut adesea confuzii, însă atât din punctul de vedere al reglementării, cât și al jurisprudenței trebuie evitată suprapunerea celor două categorii de creditori.

Chiar din definițiile legale ale celor două categorii de creditori rezultă principalele diferențe.

1. Categoria creditorilor față de care debitorul are calitatea de consumator captiv (prevăzută la art. 5, pct. 10 din Legea nr. 85/2014) este definită strict din perspectiva debitorului, consumator captiv fiind consumatorul care, din considerente tehnice, economice sau de reglementare nu își poate alege furnizorul. Prin urmare această categorie este formată din furnizorii pe care consumatorul insolvent nu îi poate alege din motive tehnice, economice sau de reglementare, nu neapărat din motive de moopol naturale sau din rațiuni de exclusivitate.

Creditorii indispensabili sunt creditori chirografari care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți cu alți furnizori care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel și în aceleași condiții financiare.

Dacă prima categorie de creditori se conturează în mod obiectiv, prin raportare la cele trei criterii (tehnice, economice sau de reglementare), administratorul judiciar notificându-i pe aceștia adesea cu privire la menținerea raporturilor contractuale în temeiul captivității debitorului față de aceștia; cea de-a doua categorie depinde în mare măsură de tipul de activitate pe care debitorul o desfășoară, piața pe care acționează și mai mult, aceasta se conturează prin voința debitorului și confirmarea administratorului judiciar (elemente care nu se regăsesc în situația creditorilor menționați anterior).

2. Cele două categorii de creditori diferă substanțial și din prisma scopului pentru care sunt create. Creditorii față de care debitorul este captiv au obligația legală să mențină raporturile contractuale și să asigure continuitatea furnizării (art. 77 din Legea nr. 85/2014). Refuzul creditorilor de a se conforma se sancționează cu amendă cuprinsă între 10.000 și 30.000 lei.

Creditorii indispensabili sunt creați ca o categorie distinctă de creditori chirografari care votează planul de reorganizare.

În consecință, dacă prima categorie de creditori este conturată pentru a-i obliga să continue prestația, cea de-a doua categorie este creată pentru a le oferi un „privilegiu”.

3. Imposibilitatea debitorului de a-și alege furnizorul sau de a-l schimba pe cel cu care a încheiat deja un contract este elementul care caracterizează ambele categorii de creditori. Astfel dependența față de furnizor este denumită „captivitate” sau „indispensabilitate”. Diferența de abordare dintre cele două situații, atașează, în primul caz, debitorului atributul de „captiv” și creditorilor cel de „indispensabil”, în cel din urmă caz.

Dependența debitorului-consumator captiv față de creditorul său este generată de trei tipuri de cauze: tehnice, economice sau de reglementare.

Indispensabilitatea creditorului pentru debitor se clădește pe două premise: nu există un alt furnizor care să: a) îi ofere servicii, materii prime sau utilități de același fel și b) în aceleași condiții financiare.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
 Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016. *Section: Social Sciences*  
 ISBN: 978-606-8624-17-4

4. Coroborând prevederile art. 77 cu cele ale art. 123 din Legea nr. 85/2014 rezultă că se institue o prezumție de menținerea a contractelor aflate în derulare și implicit o prezumție de dependență față de creditorii furnizori de servicii.

Indispensabilitatea față de creditori este în cazul art. 134 analizată de la caz la caz, în funcție de tipul e activitate desfășurată de debitor, piața pe care acționează etc.

### 1.2. Dreptul englez

Terminologia utilizată în dreptul englez echivalentă a conceptului de creditor indispensabil este „essential supplier”, fără să marchează o distincție între categoria furnizorilor de servicii și categoria creditorilor indispensabili. Cu toate acestea, termenul de „essential supplier” corespunde, în mai mare măsură, categoriei de creditori indispensabili din dreptul român.

Statutul creditorilor indispensabili a suferit recente modificări introduse prin Ordinul nr. 989 din 2015 referitor la protecția furnizorilor indispensabili<sup>6</sup>. Acesta a fost inițiat în luna martie a anului 2015 și a intrat în vigoare în luna octombrie a aceluiași an. Ordinul nr. 989 din 2015 vizează modificarea prevederilor secțiunilor 233 și 372 din Insolvency Act 1986 în vederea extinderii listei de furnizori care nu pot solicita achitarea datoriilor anterioare deschiderii procedurii insolvenței ca o condiție pentru continuarea furnizării pe durata procedurii de reorganizare. Secțiunea 233 se aplică insolvenței debitorilor profesioniști, iar secțiunea 372 debitorilor persoane fizice.

Furnizările indispensabile de servicii și produse sunt cele enunțate în secțiunile 233 și 372 din Insolvency Act. completate prin Ordinul nr. 989 din 2015: electricitate, gaz, apă, servicii de telecomunicații; bunuri și servicii IT, această din urmă, fiind o categorie recent inserată prin recenta modificare legislativă.

Dacă până la intrarea în vigoare a Ordinului 989 din 2015 prevederile legale se limitau la relația directă dintre furnizorul originar și societatea insolventă, în prezent, sfera de incidență a legii cuprinde inclusiv entitățile intermediare între cei doi poli. Astfel, este ținut de obligația de a furniza continuu serviciile esențiale și un locator către locatarul său insolvent.

Schimbările în modul de desfășurare a activității, necesitatea și dependența de tehnologie a determinat legiuitorul să includă și furnizările de servicii și produse din sfera tehnologiei informației în categoria furnizărilor indispensabile. Printre acestea se pot distinge: terminalele POS, componentele hardware și software al computerelor, informarea, sfaturile și asistența în utilizarea tehnologiei informației, stocarea și procesarea datelor; hostingul site-urilor web. Serviciile de acces la internet (inclusiv e-mail) nu sunt încadrate în această categorie, fiind considerate servicii de comunicații/telecomunicații, care făceau parte din categoria furnizărilor indispensabile anterior intrării în vigoare a Ordinului nr. 989 din 2015.

Noile prevederi legale previn furnizorii indispensabili să practice tarife mai mari ori să înceteze contractul sau să ia orice măsură care îngreunează situația debitorului pentru motivul deschiderii procedurii de insolvență împotriva beneficiarului furnizării de servicii sau produse.

<sup>6</sup> The Insolvency (Protection of Essential Supplies) Order 2015.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016. Section: Social Sciences  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

Plata penalizatoare („ransom payment”) reprezintă suma de bani solicitată de furnizor în contul creanțelor acumulate anterior datei deschiderii procedurii de insolvență ca o condiție a continuării furnizării serviciului/produsului pe parcursul desfășurării procedurii clientului.

În cazul în care după deschiderea procedurii de insolvență, debitorii sau practicienii în insolvență nu optează pentru un alt contract de furnizare (cu alte cantități și grafic de furnizare), li se furnizează, de exemplu, energia (electricitate sau gaze naturale) la nivelul tarifului din *deemed contract*. Acest tarif este reglementat prin licența de furnizare și este publicat pe pagina web a furnizorilor. Dat fiind faptul că tariful *deemed* este prin natura sa superior prețului convenit în contractele de furnizare, există riscul ca cel dintâi menționat să fie confundat cu o plată penalizatoare.

Prin efectul noilor prevederi legale, furnizorul va fi ținut de o continuă obligație contractuală de a furniza bunul sau serviciul indispensabil activității debitorului pe întreaga durată a procedurii de insolvență. Practic, legiuitorul se substituie voinței părților, și în numele unui interes care excede sferei de interes a celor doi contractanți – furnizor și beneficiar – prelungeste și imprimă un caracter imperativ obligației furnizorului.

Prevederile Ordinului 989 din 2015 sunt aplicabile numai contractelor încheiate după data de 1 octombrie 2015.

În contrapartida obligației furnizorilor de a acompania debitorul insolvent în încercarea de a se redresa, ordinul prevede o serie de măsuri de protecție a furnizorilor: încetarea furnizării atunci când practicianul în insolvență nu constituie o garanție personală prin care să garanteze obligațiile de plată implicate de continuarea prestării serviciului în favoarea societății insolvente; încetarea contractului dacă practicianul în insolvență consimte la această măsură; încetarea contractului în situația în care instanța încuviințează această măsură, convinsă fiind de faptul că asigurarea continuității furnizării produce o stare de dificultate (*hardship*) furnizorului indispensabil; încetarea contractului în situația în care creanțele născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență nu sunt achitate în termen de 28 de zile de la data scadenței acestora.

Se remarcă existența unei diferențe între situația încetării furnizării și cea a încetării contractului. Dreptul de a înceta (sista) furnizarea privește activarea unei măsuri stabilite în contract, pe când încetarea contractului are un efect mai profund, presupunând stingerea raportului juridic și, inclusiv, sistarea furnizării.

**Situația contractelor în derulare.** Ca și în legislația din România, este interzisă încetarea furnizării serviciilor/produselor sau denunțarea contractelor aflate în derulare pentru motivul deschiderii unei proceduri de insolvență împotriva clientului.

Odată cu deschiderea unei proceduri de insolvență, contractul încheiat între furnizor și beneficiarul insolvent se transferă practicianului în insolvență. În acest context, s-a remarcat importanța notificării furnizorului cu privire la deschiderea procedurii, deoarece în funcție de acest eveniment se poate proceda la denunțarea contractului.

Dacă încetarea contractului reprezintă o operațiune juridică care intervine de îndată ce sunt îndeplinite condițiile solicitate, încetarea furnizării utilităților reprezintă o procedură distinctă. Aceasta debutează cu depășirea termenului de plată a unei facturi cu 28 de zile,

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016. *Section: Social Sciences*  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

continuă cu transmiterea unei notificări clientului avertizând asupra iminentei debransării a acestuia. În plus față de acestea, se impune și obținerea unui mandat din partea instanței pentru a putea intra pe proprietatea debitorului insolvent în vederea efectuării debransării. S-a argumentat și în sensul inechității tratamentului aplicat furnizorilor de energie, pe de-o parte, și a celor de servicii IT, pe de altă parte. Serviciile IT pot fi întrerupte de îndată ce există creanțe a căror scadență este depășită cu 28 de zile. Deconectarea fizică este incomparabil mai ușoară, iar reconectarea la fel.

Furnizorii pot apela și la un alt instrument în vederea încetării contractului cu un debitor insolvent, cu condiția respectării prevederilor legale incidente. Astfel, în cazul în care furnizorul a solicitat unui practician în insolvență constituirea unei garanții personale ca o condiție pentru continuitatea furnizării energiei, iar acesta nu a procedat la aceasta, furnizorul are posibilitatea să se adreseze instanței pentru a obține încuviințarea încetării contractului.

În consecință, și în acest caz, încetarea contractului din inițiativa furnizorului este validată de instanță. Întreaga procedură expusă este condiționată de formularea pretenției furnizorului la constituirea garanției persoane de către practicianul în insolvență în termenul legal de 14 zile de la deschiderea procedurii de insolvență. Practica a demonstrat că practicianul în insolvență nu se dovedește foarte prompt în notificarea deschiderii procedurii, termenul de 14 zile fiind astfel scurtat și chiar suprimat în defavoarea furnizorilor.

Referitor la acest aspect delicat, s-au propus două soluții alternative: prevederea unui termen legal în cadrul căruia practicianul în insolvență trebuie să anunțe furnizorii cu privire la deschiderea procedurii de insolvență<sup>7</sup> sau calcularea termenului de 14 zile de la data notificării furnizorului<sup>8</sup>.

**Măsuri de protecție a furnizorilor.** Măsura de protecție a furnizorilor pentru expunerea la riscul neplății contravalorii serviciilor prestate constă în oferirea de garanții personale de către practicianul în insolvență. După cum s-a menționat, solicitarea constituirii de garanții personale se formulează de către furnizor în termen de 14 zile de la deschiderea procedurii de insolvență, cu scopul de a evita încetarea furnizării energiei sau a serviciilor IT. În cazul în care practicianul în insolvență nu constituie garanția personală, furnizorul se poate adresa instanței pentru a încuviința încetarea contractului.

În plus, abordarea măsurilor de protecție acordate furnizorilor doar din prisma constituirii garanțiilor personale s-ar putea dovedi insuficientă. Motivația constă în faptul că un practician în insolvență gestionează situația mai multor debitori; constituind garanții în favoarea furnizorilor tuturor debitorilor poate ajunge în situația în care garanția nu ar avea acoperire satisfăcătoare. Astfel, s-ar putea opta pentru asigurarea creditului sau pentru garanții reale. O soluție viabilă ar fi constituirea garanției de practicianul în insolvență și contra-garantarea acesteia de o societate cu un rating ireproșabil.

---

<sup>7</sup>*Continuity of supply of essential services to insolvent businesses: summary of public responses*, document inițiat de Insolvency Service din cadrul Guvernului Regatului Unit, disponibil la adresa: <https://www.gov.uk/government/consultations/continuity-of-supply-of-essential-services-to-insolvent-businesses>, RWE npower, pag. 7.

<sup>8</sup> Idem, EDF Energy, pag. 3.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016. Section: Social Sciences  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

O altă variantă eficientă pentru stimularea furnizorilor să continue furnizarea serviciilor/produselor poate fi cea în care creanțele furnizorilor născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență sunt considerate costuri de procedură<sup>9</sup>, în special în situațiile în care practicianul în insolvență nu oferă o garanție personală. S-ar institui în acest mod o garanție legală mai convingătoare și mai eficientă decât garanția personală. Stimulentul constă în faptul că aceste costuri au prioritate inclusiv față de onorariul practicianului în insolvență. Un astfel de regim are șanse net superioare de a fi convingător și eficient pentru scopul propus.

Mecanismul indicat mai sus presupune formalități mai simple: o notificare formulată de practicianul în insolvență și transmisă creditorului, prin care să se prezinte calitatea creditorului de furnizor indispensabil și includerea creanței sale în categoria costurilor procedurii de insolvență. Prin formalismul minimalist s-ar putea contracara efectele negative ale unui timp suficient de îndelungat consumat prin negocierea garanțiilor personale, consultarea specialiștilor în situațiile complexe.

### 1.3. Dreptul american

Terminologia utilizată în Statele Unite ale Americii pentru a desemna creditorii indispensabili este „essential suppliers” (ca și în Marea Britanie) sau ”critical vendors”. Pe cale jurisprudențială s-a născut și un alt concept conex: doctrina necesității („necessity doctrine”).

Doctrina furnizorilor indispensabili s-a dezvoltat pe terenul fertil al relațiilor contractuale sensibile din preajma insolvenței. Odată cu inițierea procedurii de reorganizare guvernată de prevederile Capitolului 11 din Bankruptcy Code, debitorul poate analiza și aprecia mai mult ca oricând relațiile sale contractuale, valoarea acestora, dar mai ales gradul de dependență pe care îl manifestă față de unii furnizori. Nu mai puțin importanți sunt partenerii contractuali din aval, care asigură valorificarea serviciilor sau a produselor debitorului insolvent, însă pentru a ajunge până în acest stadiu este necesară securizarea raporturilor din amonte. Furnizorii debitorului insolvent nu au nicio obligație 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 prin care să îi stimuleze pe furnizori să îl însoțească în demersul de reorganizare. Cel mai puternic imbold este achitarea datoriilor anterioare deschiderii procedurii, precum și a celor curente.

Identificând această soluție de asigurare a furnizărilor indispensabile, fundamentarea ei legală este cea care poate desăvârși demersul. După cum s-a precizat anterior, în legislația americană nu există o prevedere legală imperativă referitoare la asigurarea continuității furnizărilor esențiale pe parcursul procedurii de reorganizare, după cum nu există nici o prevedere care să instituie în mod expres dreptul furnizorilor esențiali de a beneficia de plata integrală a creanțelor ca o condiție pentru asigurarea continuității acestora. În aceste condiții, s-a invocat temeiul legal a cărui sferă de incidență pare suficient de permisivă pentru a sprijini această măsură: paragraful 105 (a) din Bankruptcy Code – o prevedere care deschide calea unei judecări în echitate și care se aplică tuturor procedurilor de reorganizare. Acest paragraf are

---

<sup>9</sup> Idem, CLLS, p.3; Insolvency Lawyer's Association, pag. 2.



Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016. Section: Social Sciences

ISBN: 978-606-8624-17-4

următorul conţinut: instanţa poate emite orice ordin sau hotărâre necesare sau potrivite pentru aducerea la îndeplinire a prevederilor titlului din care face parte norma invocată.

În temeiul acestei prevederi legale, debitorul formulează o cerere pentru creditorii indispensabili (*critical vendor motion*), de obicei la debutul procedurii de reorganizare, prin care solicită instanţei să încuviinţeze efectuarea de plăţi integrale şi imediate în favoarea creditorilor pe care debitorul îi califică drept vitali pentru reuşita reorganizării. Lista creditorilor indispensabili este întocmită de debitor, în special atunci când îşi menţine dreptul de administrare (*debtor in possession*), aprecierea acestuia fiind în mare măsură singurul criteriu de încadrare a unui creditor în această categorie. În legislaţie nu există o limitare a numărului creditorilor indispensabili şi nici vreun indiciu cu privire la sfera de activitate din care ar trebui să provină. Această libertate de acţiune se datorează lipsei de reglementare a instituţiei care emerge din dependenţa de anumiţi operatori economici şi în jurul căreia s-a construit doctrina necesităţii (*doctrine of necessity*) şi care se sprijină pe exprimarea generoasă din par. 5 al Bankruptcy Code.

Unele instanţe au interpretat şi judecat în sens permisiv situaţia mai sus expusă şi au acceptat ca debitorii să îşi conceapă lista creditorilor indispensabili în favoarea cărora au încuviinţat plata integrală a datoriilor anterioare deschiderii procedurii, pentru a-i stimula şi determina să continue relaţiile contractuale cu debitorul.

Judecând prin spectrul relaţiei debitor-creditori indispensabili, tensiunile par să se atenueze prin doctrina necesităţii, însă tocmai prin această asanare a nevoilor stringente se realizează migrarea altor relaţii contractuale pe un fond al nemulţumirilor, care se concretizează în vocea creditorilor garantaţi sau de alt rang şi care se văd surclasaţi de creditorii chirografari, dar indispensabili. Se creează astfel teren propice pentru naşterea unui veritabil conflict între categoriile de creditori ai aceluiaşi debitor: creditori esenţiali vs. creditori garantaţi. Se constată astfel că doctrina necesităţii bulversează reguli fundamentale ale procedurii insolvenţei: ordinea plăţii creanţelor anterioare deschiderii procedurii, aprobarea efectuării plăţilor, rangul creanţei, egalitatea de tratament faţă de creditorii din aceeaşi categorie.

Nemulţumirea creditorilor garantaţi şi a celor care se situează pe un rang superior creditorilor chirografari a atras atenţia asupra practicii instituite în temeiul par. 105 din Bankruptcy Code. Instanţele au manifestat o atenţie sporită în privinţa listei furnizorilor esenţiali pe care debitorii au supus-o spre aprobare. S-a ajuns chiar până la a pune sub semnul întrebării valabilitatea acestei măsuri, unele instanţe refuzând să încuviinţeze plata creanţelor anterioare deschiderii procedurii pentru creditorii esenţiali.

**Jurisprudenţă relevantă.** Evoluţia practicii „critical vendor motion” este surprinsă foarte elocvent de o serie de cazuri din jurisprudenţa americană.

Unul dintre cele mai răsunătoare cazuri este cel al Kmart Corp<sup>10</sup>, societatea care, în prima zi a procedurii de reorganizare a solicitat instanţei să încuviinţeze plata integrală şi

<sup>10</sup>In re Kmart Corp, 359 F3d 866 (7th Circuit 2004) citată de D. A. Murdoch, J. A. Bishop, J. N. Kinsey, *The Doctrine of Necessity and Critical Vendor or Essential Supplier Status in Chapter 11 Reorganization Cases*, K&LNG Allert, septembrie 2006, pag. 2.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016. Section: Social Sciences  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

imediată a creanțelor anterioare procedurii de insolvență în favoarea tuturor creditorilor indispensabili. Cererea de încuviințare a plăților nu a fost însoțită de dovezi referitoare la caracterul esențial al furnizărilor din partea creditorilor înscriși pe listă, iar instanța a apreciat că prevederile par. 105 din Bankruptcy Code reprezintă un temei suficient pentru a încuviința cererea. Astfel, Kamart a obținut dreptul a achita datoriile anterioare procedurii către toți creditorii pe care i-a catalogat ca fiind indispensabili condiționat de asumarea obligației din partea acestora de a continua relațiile contractuale pentru următorii doi ani în condițiile obișnuite de afaceri. În acest fel, 2330 de creditori (reprezentând peste 54% din totalul creditorilor) au recuperat în proporție de 100% creanța lor, totalizând 300 milioane dolari. La polul opus s-au aflat ceilalți 2000 de creditori defavorizați care, după confirmarea planului de reorganizare al Kmart, în temeiul Capitolului 11 din Bankruptcy Code, au primit 10 cenți pentru creanțele anterioare procedurii și majoritatea cererilor de creanță au fost plătite prin valori mobiliare ale Kmart.

Diferența de tratament nu a fost ușor de digerat de către creditorii defavorizați, inclusiv de ceilalți creditori chirografari, fapt care i-a determinat să solicite recuperarea sumelor achitate de Kmart creditorilor indispensabili.

Procedând potrivit celor de mai sus, s-a creat indubitabil un avantaj creditorilor înscriși în lista creditorilor indispensabili, ignorându-se orice oridine de distribuie a sumelor, privilegiu sau garanții.

Instanța de apel a hotărât în aceeași cauză că prevederile par. 105 (a) nu pot constitui un temei suficient pentru a ignora toate celelalte reguli instituite de Bankruptcy Code, pentru a recunoaște și a încuviința plata integrală către o listă de creditori întocmită de debitor. Ținând seama de jurisprudența Kmart, instanța a apreciat că singurul mod în care un debitor, al cărui drept de administrare nu a fost ridicat, poate solicita și justifica un ordin pentru furnizorii indispensabili este încadrarea în prevederile par. 363 (b) din Bankruptcy Code. Acest paragraf prevede că *trustee* sau debitorul al cărui drept de administrare nu a fost ridicat poate folosi, vinde sau da spre închiriere în afara sferei de desfășurare obișnuită activității societății insolvente, bunuri proprietatea acesteia, numai după ce a notificat acest lucru și s-a prezentat în fața instanței cu această propunere. S-a considerat astfel că par. 363 (b) (1) poate reprezenta un temei pentru a justifica ordinul pentru creditorii indispensabili, deoarece plata ce li se face acestora este în afara sferei activității curente. Alte condiții pe care instanța le consideră necesare pentru a răspunde afirmativ unei cereri pentru creditorii indispensabili sunt: dovada că situația ceilorlați creditori nu devine mai dezavantajoasă în reorganizare decât în faliment și dovada că creditorii indispensabili ar fi încetat furnizarea dacă datoriile lor, anterioare deschiderii procedurii, nu ar fi plătite pe durata de desfășurare a procedurii de reorganizare. Cea din urmă cerință a fost subliniată în condițiile în care practica a demonstrat că furnizorii esențiali tind să continue relațiile contractuale și pe parcursul procedurii de reorganizare dacă li se plătesc creanțele curente, fără a avea pretenții asupra datoriilor anterioare. Poziția creditorilor esențiali variază între cele două alternative în funcție de quantumul creanței anterioare datei deschiderii procedurii. Dacă aceasta este semnificativă, șansele ca creditorul să solicite plata acestora ca o condiție a continuării furnizării sunt mai mari, în schimb, dacă

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
 Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016. *Section: Social Sciences*  
 ISBN: 978-606-8624-17-4

creanțele anterioare nu cântăresc atât de mult comparativ cu beneficiul unei relații contractuale pentru care se asigură plata creanțelor curente, creditorul va accepta mai ușor să îi furnizeze în continuare bunurile/serviciile debitorului insolvent.

Dovezile amintite mai sus trebuie să se contureze în jurul evenimentelor care vor fi menționate în cele ce urmează. Refuzul creditorului, parte într-un contract pe termen lung, să execute în continuare prestațiile sale nu poate fi acceptată ca dovadă deoarece par. 362 din Bankruptcy Code interzice o astfel de atitudine atâta timp cât debitorul insolvent se angajează să achite creanțele curente.

Dacă creditorul care refuză continuarea relației contractuale este o societate de mari dimensiuni, stabilă din punct de vedere financiar și care are și alți clienți importanți, în afară de debitor, acesta nu va fi acceptat pe lista creditorilor esențiali. Nu același va fi tratamentul creditorului care produce bunuri de nișă și pentru care debitorul este cumpărătorul principal. Neefectuarea plăților de către debitorul insolvent poate conduce cu ușurință la destabilizarea financiară a creditorului indispensabil din această situație.

Pentru a analiza caracterul indispensabil al unui creditor, focalizarea se transferă de la starea debitorului la cea a creditorului: stabilitatea financiară a acestuia, dimensiunea și intensitatea relațiilor comerciale reprezentând aspecte definitorii pentru instanță în vederea încuviințării plății creanțelor anterioare deschiderii procedurii.

Pentru a evita ca o atitudine discreționară a debitorului să producă efecte negative, ireversibile asupra averii acestuia, instanța a decis<sup>11</sup> că *trustee* este abilitat să recupereze plățile făcute de debitor creditorilor înscrși pe lista furnizorilor esențiali atunci când această listă este modificată de o instanță de apel. Prin urmare, chiar dacă creditorul a primit plata integrală a creanțelor sale, instanța de apel poate anula această listă, iar unii creditori sunt obligați să înapoieze averii debitorului sumele încasate.

## BIBLIOGRAFIE

- 1) Turcu, *Codul insolvenței. Legea nr. 85/2014. Comentariu pe articole*, ediția 5, Ed. C.H. Beck, București, 2015;
- 2) R. Bufan (coord.), *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014;
- 3) St. D. Cârpenaru, Mihai Adrian Hotca; *Codul insolvenței comentat*; Ed. Universul Juridic, București, 2014;
- 4) R.M. Roșu, C. M. Mihăilescu, G. D. Petcu, *Falimentul și lichidarea*, Biblioteca Dreptul Insolvenței, Ed. Universul Juridic, București, 2015;
- 5) F. Ludușan, *Principiile fundamentale ale procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență, reglementate de Legea nr. 85/2014, cu privire specială asupra principiului maximizării gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor*, Revista Dreptul nr. 7/2015, Ed. Lex Expert, p. 62-69;

<sup>11</sup> In re Kmart Corp., 359 F.3d 866 (7th Cir. 2004), ibidem.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)  
**CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication**  
Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016. *Section: Social Sciences*  
ISBN: 978-606-8624-17-4

---

- 6) *Codul insolvenței adnotat, Întărirea mecanismului insolvenței în România* (Program finanțat de BIRD), conceput sub egida Ministerului Justiției, cu contribuția următorilor autori: Ana-Irina Șarcane, Simona Miloș, Andreea Deli, Radu Bufan, Alina Popa, Corneliu Mușat, Carmen Sanda, Daniela Moțiu, Lucian Bercea, disponibil la adresa: [www.just.ro/wp-content/uploads/Resurse/cop\\_final.pdf](http://www.just.ro/wp-content/uploads/Resurse/cop_final.pdf);
- 7) A. Houtman, *The Energy Union: a union in diversity*, European Energy Journal, vol. 5, issue 3, august 2015;
- 8) D. A. Murdoch, J. A. Bishop, J. N. Kinsey, *The Doctrine of Necessity and Critical Vendor or Essential Supplier Status in Chapter 11 Reorganization Cases*, K&LNG Allert, septembrie 2006;
- 9) R. Karova, *Enforcement record of the Energy Community*, European Energy Journal, vol. 5, issue 3, August 2015, p. 71;
- 10) M. Brouwer, *Reorganization in US and European Bankruptcy Law*, [European Journal of Law and Economics](#), July 2006, Volume 22, [Issue 1](#) p. 5-20;
- 11) Ph. Frouté, *Theoretical Foundation for a Debtor Friendly, Bankruptcy Law in Favour of Creditors*, [European Journal of Law and Economics](#), December 2007, Volume 24, [Issue 3](#), p. 201-214;
- 12) W. Bosmans, *A Contribution to the Current EU Debate on Energy – Focus on the European Gas Market*, European Review of Energy Markets, volume 2, issue 1, September 2007, p. 41-59;
- 13) [Continuity of supply of essential services to insolvent businesses: summary of public responses](#), document inițiat de Insolvency Service din cadrul Guvernului Regatului Unit, disponibil în format pdf la adresa: <https://www.gov.uk/government/consultations/continuity-of-supply-of-essential-services-to-insolvent-businesses>.