

CONCEPTUL INFRACTIUNII DE BANCRUTA. ACTUALITATI SI TENDINTE LEGISLATIVE

BANCKRUPTCUTS CONCEPT. PRESENT STATE AND LEGISLATIVE TENDENCIES

Carmen DIACONU
U.S.A.M.V. Iași

***Abstract:** The article is dealing with bankruptcy. Our goal is to present a short scientific analysis of concept involve.*

In order to begin our research firstly we used the following laws. The Law of judicial reorganization and bankrupt no. 64/1995 and the Law of business firms no. 31.1990.

Furthermore the importance of our analysis is consisted in the prevention of this sort of crime phenomenon. Our second aim is to fight against economical transgression.

In addition to this we should identify the causing element of the main economical in frigement of the law such as bankruptcy and fiscal evasion.

For the above-mentioned reason this is the only possibility to create a safe competition business environment suitable to the standards imposed by the European Union.

Contemporaneitatea este oglinda unei umanități marcată de sindromul schimbărilor realizate nu numai din dorința de a vedea ceva nou dar mai ales din necesitatea adaptării la noile realități socio-juridice și culturale.

Realizând o retrospectivă a evoluției umanității constatăm că elementul inerent al existenței acesteia și promotoarea progresului rămâne activitatea economică în cadrul căreia un rol important îi revine comerțului

MATERIALUL SI METODA DE CERCETARE

Analiza comparativa a modificărilor legislative intervenite de-a lungul timpului in ceea ce privește legiferarea infracțiunii de bancruta își propune sa punteze minusurile reglementarilor cat si eventualele schimbări pe care ar trebui sa le aibă in vedere forul legislativ in scopul eficientizării legislației pentru a răspunde noilor realități socio-politice si economice actuale.

In vederea realizării unei analize riguroase in acest sens se vor puncta elementele care prefigurează conținutul constitutiv al infracțiunii de bancruta frauduloasa, regimul juridic sancționator cat si factorii care potențează săvârșirea unor astfel de fapte penale.

Conceptul de bancruta

Dat fiind legătura cu realitățile economico-juridice pe care le reflecta, termeni precum bancruta sau falimentul rămân de actualitate. S-au schimbat doar modalitățile care converg la o stare de faliment aparent sau real. Tocmai de aceea rolul legislativului rămâne acela de a se adapta prin reglementari in acest sens la modificările de nuanță care intervin in mediul economic.

Demersul nostru își propune o scurtă analiză a cărei „bilanț” va evidenția „starea de facto” a reglementărilor în materia bancrutei văzută ca o consecință directă a modului fraudulos prin care s-a indus falimentul aparent sau real al unei societăți comerciale. Necesitatea unor asemenea legiferări sunt impuse și de cea a realizării unei anumite securități a raporturilor juridico-economice care stau la baza oricărei activități comerciale.

Pentru a ajunge la o concluzie în acest sens primul pas al analizei noastre își propune definirea conceptului de bancrută.

Fiind un termen complex sensul termenului de bancrută nu poate fi explicat doar printr-o singură definiție; de aceea definirea conceptului de bancrută presupune analizarea lui dintr-o multiplă perspectivă: economică, comercială, juridică și nu în ultimul rând etimologică.

Din punct de vedere etimologic bancruta provine din termenul „banca rotta” care se traduce prin expresia „banca ruptă”, echivalentul lui în franceză fiind de banqueroute. Acest termen își are originea în dreptul medieval italian referindu-se la situația în care se afla comerciantul aflat în încetare de plăți a cărei bancă pe care își expunea de obicei mărfurile era ruptă în mod simbolic pentru a arăta celorlalți comercianți că respectivul era exclus din comunitatea lor¹.

Din perspectiva economică, bancruta este definită ca o infracțiune economică ce-și găsește expresia în incorectă gestionare de către agentul economic a patrimoniului său, aceasta fiind și cauza care generează situația care îl pune pe acesta în imposibilitatea de a nu-și onora plățile scadente față de partenerii săi de afaceri. Bancruta poate fi simplă sau frauduloasă. Putem vorbi de existența bancrutei simple atunci când gestionarea rezidă în anumite acte imprudente sau greșite sub raport profesional.

Bancruta frauduloasă este o infracțiune economică complexă constând din acte și fapte voite, săvârșite cu rea-credință pentru a aduce prejudicii partenerului sau partenerilor de afaceri și creditorilor. În accepțiunea dreptului român și de pretutindeni unde acționează legea economiei de piață, bancruta frauduloasă este o metodă clasică de înșelare și păgubire a creditorilor; conform legii române în vigoare ea se concretizează în următoarele fapte: falsificarea, sustragerea sau distrugerea evidențelor societăților comerciale; ascunderea unei părți din activul său, înfățișarea de datorii inexistente; prezentarea în registrele comerciale, în alt act sau în situațiile financiare a unor sume nedatorate, fiecare din aceste fapte fiind săvârșite în vederea diminuării aparente a valorii activului, înstrăinării a unei părți însemnate din activ, în cazul falimentului.

Atât bancruta frauduloasă cât și aceste fapte aflate în corelație sunt considerate infracțiuni și se pedepsesc de lege cu privarea de libertate.

Bancruta frauduloasă este reglementată de majoritatea legislației statelor; la noi în țară a fost consacrată prin L.195/1997 care modifica și completa L.31/90 privind societățile comerciale în vederea adaptării cadrului normativ la noile realități socio-economice, încercându-se astfel combaterea corupției și a crimei organizate².

Sensul comercial al bancrutei se referă la situația de insolabilitate a unei firme sau la faliment³.

Din punct de vedere juridic bancruta frauduloasă este o infracțiune reglementată de L.31/90 (art.208) și modificată prin L.195/97, art.208 devenind art.276; ea constă într-una din următoarele fapte: falsificarea, sustragerea sau

¹ DEX

² Dicționar de economie – coordonator Niță Drobotă, Ed. Economică, 1999.

³ Dicționar comercial – Ed. Signata, 1991.

distrugerea evidențelor societății, ascunderea unor părți din activul societății, înfățișarea de datorii inexistente, prezentarea în registrele societății, în alt act sau bilanț a unor sume nedatorate, înstrăinarea în dauna creditorilor a unei părți înseminate din activ⁴.

În prezent dat fiind ultimele modificări în materie a avut loc republicarea textului Legii privind societățile comerciale nr. 31/1990(M.O nr.10066/17.XI.2004) marcată și de renumerotarea articolelor(art 276 devenind art.282).

În ceea ce privește infracțiunea de bancrută a intervenit și o schimbare de nuanță, în sensul că s-a lărgit gama documentelor contabile în care pot apărea inserate „datorii inexistente”, legiuitorul utilizând sintagma de „situații financiare” în locul celei de „bilanț contabil”

Paul C. Olcescu în lucrarea sa “Tratat de drept financiar și fiscal” interpretează conceptul de bancrută într-un mod deosebit; astfel el definește bancrută frauduloasă ca fiind modul prin care un comerciant își gestionează incorect patrimoniul cu scopul de a produce pagubă creditorilor, motiv pentru care a încetat plățile și a fost declarat în stare de faliment. Același autor arată că mai există o categorie distinctă de cele amintite anterior și anume bancrută de stat .

Constantin Albuț o definește ca fiind un procedeu de stingere a datoriei publice interne în situația imposibilității statului de a rambursa împrumuturile emise până la acea dată.

Din punctul nostru de vedere clasificarea este pertinentă, ea fiind grefată pe o situație perfect posibilă în practică și neavută în vedere de legiuitor.

Considerăm că neacoperirea de către legiuitor în textul de lege amintit a acestei situații a avut în vedere faptul că fondurile publice sunt supuse controlului Curții de Conturi a României (aceasta fiind și una din principalele sale atribuții conform Legii nr. 94/1992-republicată)

Totuși o viitoare reglementare în acest sens s-ar impune, aceasta neputând fi calificată ca o ingeranță în sfera de atribuții care revin prin Legea nr. 94/1992 Curții de Conturi a României.

REZULTATE ȘI DISCUȚII

Conținutul constitutiv al infracțiunii de bancrută frauduloasă

a). Obiectul juridic generic al infracțiunii de bancrută frauduloasă îl constituie relațiile sociale privind constituirea, organizarea, funcționarea, dizolvarea și lichidarea societăților comerciale, indiferent de forma lor juridică de organizare, de domeniul în care își desfășoară activitatea sau de forma de proprietate pe care se întemeiază (mixtă, privată, de stat, română sau străină).⁵

b).Obiectul juridic specific al infracțiunii de bancrută frauduloasă este complex. Pe cale de consecință acest tip de infracțiune va avea *un obiect juridic specific principal și unul secundar*. Primul constă în relațiile sociale privind dreptul de gaj al creditorilor societății asupra patrimoniului acesteia și implicit a executării cu bună-credință a obligațiilor comerciale în timp ce cel de-al doilea

⁴ Ion Pitulescu, Pavel Abraham, Dersidan, Ion Ranete –Dicționar de termeni juridici, Ed.Alex,B.1996, p.44

⁵ A.Ungureanu

vizează încrederea publicului în forța probanta a evidentelor societății cât și actelor care emana de la aceasta.

Se constata o identitate între obiectul juridic specific secundar al infracțiunii de bancruta frauduloasa și cel al infracțiunilor de fals sau gestiunea frauduloasa; deosebirea între aceste infracțiuni și cea de bancruta frauduloasa rezida în faptul ca aceasta este grefata pe starea de faliment aparent sau real și provocat prin uzitarea de modalitati frauduloase în formele indicate de textul art.282-LSC-republicata.

c).Obiectul material se concretizeaza în entitati materiale, înscrisuri sau bunuri asupra carora se exercita actiunile sau inactiunile grefate pe starea de incetare a platilor carora li se atribuie caracter infraccional, generand transformari în materialitatea sau situatia juridica a acestora.

d).*In ceea ce privesc **subiectul activ** al infractiunii curentul majoritar din literatura juridica⁶ considera ca acesta nu este unul calificat, autor al infractiunii putand fi orice persoana.*

Totusi practica judiciara în materie a demonstrat ca este puțin probabil ca orice persoana sa poata fi autor al infractiunii de bancruta frauduloasa, o persoana straina de societate neputand accede la evidentele societatii si cu atat mai puțin ar avea posibilitatea sa dispuna de bunurile societatii.

Exista însa posibilitate ca o persoana straina de societate sa aiba calitate de complice sau instigator la infractiunea de bancruta frauduloasa, urmărind spolierea patrimoniului societatii si de ce nu dobandirea ei în conditiile declarării falimentului societatii de judecatorul sindic si scoaterea bunurilor ei la licitatie. Pe cale de consecinta subiect activ al infractiunii este de regula administratorul, directorul general sau executiv, fondatorul, cenzorul, expertul, lichidatorul, actionarul sau detinatorul de obligatiuni.

În concluzie infractiunea de bancruta frauduloasa este susceptibila de savarsire în toate formele de participatie: instigare, complicitate și coautorat. Cu exceptia coautoratului la celelalte forme de participatie faptuitorul nu trebuie sa aiba o anumita calitate.

În privinta subiectului pasiv principal al infractiunii de bancruta frauduloasa exista discutii în literatura de specialitate.

Astfel autori precum **Paul C. Olcescu** considera ca subiectul pasiv principal al infractiunii de bancruta frauduloasa este statul ca titular al valorii sociale proteguite în timp ce autori precum **V. Pasca** califica o asemenea opinie ca fiind eronata, calitatea de subiect pasiv principal fiind confundata cu calitatea de subiect pasiv general.

În conditiile în care prin incriminarea infractiunii de bancruta frauduloasa valoarea sociala principala ocrotita de lege este starea de insolvabilitate a societatii comerciale și dreptul de gaj al creditorilor asupra societatii debitoare

⁶ Paul C. Olcescu, Toader Toma –Tratat de drept financiar și fiscal, pag.640-641
V.Pasca –Bancruta frauduloasa –pag. 82-83

prejudiciate prin actele savarsite in frauda creditorilor,ne alaturam acestei ultime opinii.Prin urmare subiectii pasivi principali ai infractiunii de bancruta frauduloasa sunt creditorii,actionarii societatii,detinatorii de obligatiuni ale caror creante sunt diminuate sau imposibil de executat.

e.Latura obiectivă și subiectivă a infracțiunii de bancrută frauduloasă.

I. Latura obiectivă.

A) Varianta tip prevăzută de art.282 lit. a - L.31/90 republicata

Latura obiectivă a infracțiunii de bancrută frauduloasă săvârșită în varianta reglementată de art.282 lit. a – L.31/90 constă în săvârșirea a cel puțin uneia din cele trei modalități alternative de comitere: 1) falsificarea, sustragerea sau distrugerea evidențelor societății; 2) ascunderea unei părți din activul societății; 3) înfățișarea de datorii inexistente sau prezentarea în registrele societății, în alt act ori în bilanțul contabil a unor sume nedatorate.

Fiecare din aceste modalități alternative de săvârșire a bancrutei frauduloase în această variantă trebuie să aibă drept scop diminuarea aparentă a valorii activelor. Această variantă tip a infracțiunii prezintă un conținut alternativ sub aspectul modalităților de săvârșire motiv pentru care va exista o singură infracțiune chiar dacă aceeași persoană a săvârșit în aceleași împrejurări de loc și timp mai multe dintre acțiunile enumerate de norma de incriminare. Între acțiunile amintite și starea de încetare a plăților nu trebuie să existe o legătură de cauzalitate, fiind suficient ca acestea să premerge, să însoțească ori să urmeze acestei stări pentru a-i conferi acesteia un caracter fraudulos prin denaturarea sau ascunderea situației economice reale a societății. Toate cele trei modalități alternative de comitere a infracțiunii de bancrută frauduloasă poate constitui o infracțiune în mod independent de starea de încetare a plăților de către societate; aceasta este o infracțiune distinctă de cea menționată anterior.

B) Varianta tip prevăzută de art. 282 lit. b – L.31/90

Modificarea L.31/90 a determinat ca înstrăinarea unei părți însemnate din activ în fraudă creditorilor, în caz de faliment a societății, să nu mai constituie o modalitate alternativă de comitere a infracțiunii de bancrută frauduloasă așa cum era reglementată de art.208 din L.31/90 nemodificată ci o variantă tip a acesteia care poate coexista în concurs cu varianta tip prevăzută de art.276 lit. a. Varianta tip prevăzută de art.276 lit. b are la bază starea de faliment concepută ca stare juridică (*ens juris*) declarată prin hotărâre judecătorească, ea putând fi comisă așa cum sublinia Emanoil Munteanu numai în cazul dizolvării și lichidării societății comerciale ca urmare a falimentului. În consecință nu este suficientă declanșarea procedurii de reorganizare judiciară întrucât ea are drept consecință lipsirea debitorului de posibilitatea de a-și administra bunurile și de a dispune de ele.

II. Latura subiectivă

Bancruta frauduloasă fiind o fraudare a creditorilor implică în mod conceptual dolul, acel “*animus fraudandi*”, caracteristic oricărei fraude. În consecință forma de vinovăție specifică comiterii acestei infracțiuni nu poate fi decât intenția, culpa în acest caz fiind exclusă.

Latura subiectivă a infracțiunii este diferită în funcție de modalitățile de săvârșire: 1) în cazul primelor trei modalități forma specifică a vinovăției este cea a intenției calificată de scopul diminuării aparente a valorii activelor, respectiv a intenției directe; 2) în cazul ultimei modalități forma de vinovăție se concretizează tot sub forma exclusivă a intenției directe calificată de scopul fraudării creditorilor.

În privința laturii subiective a variantei tip reglementată de art.282 lit. a autori precum Emanoil Munteanu admit săvârșirea infracțiunii cu vinovăție atât sub forma intenției directe cât și a celei indirecte.

III. Tendințe legislative de viitor pentru infracțiunea de bancrută frauduloasă. Propuneri de lege ferenda.

Constatam o anumită inconsecvența politicii penale în materia reglementării bancrutei cât și în practica judiciară quasi-existentă, fapt nejustificat de realitatea economico-financiară și socio-politică impregnată de falimente celebre și fraude financiare bancare care țin mai tot timpul capul de afiș în presa românească.

De acea consideram ca rolul preventiv al politicii penale care este în principal unul de prevenire poate fi realizat numai prin identificarea factorilor care îl generează.

Frapanta este și concurența care se manifestă între bancruta frauduloasă și evaziunea fiscală, prima fiind percepută ca o “cenușăreasă” pe planul practicii judiciare și nu numai, a infracțiunilor cu conținut economic. Un răspuns la acest paradox ni l-ar putea da mutațiile activităților comerciale și productive din sfera legală în cea neoficială, fiscalitatea ridicată, bugetul de stat format în marea sa majoritate din impozite și taxe; toate aceste aspecte determină preocuparea pentru combaterea infracționalității economice care se prezintă în opinia aparatului administrativ sub forma evaziunii fiscale.

Politica penală abordată este eronată; cele două fapte penale neexcluzându-se una pe alta, pot coexista sub forma unui concurs ideal de infracțiuni, bucurându-se din punctul de vedere al reglementării de aceeași importanță.

Evoluția conceptului de bancrută nu poate tinde în sensul desuetudinii lui și diminuării importanței sale, rațiunile care au impus incriminarea sa pentru prima dată în codul comercial român de la 1887 existând și în prezent. Principiile care stau la baza economiei de piață și a desfășurării activității comerciale în general nu exclude asumarea unui risc calculat și concretizat sub forma falimentului. În prezent neglijența, imprudența ca o cauză care a concurat la producerea falimentului nu mai este incriminată sub forma bancrutei simple; pe de altă parte există situații în care nu imprudența constituie cauza generatoare a falimentului ci interese oculte premeditate.

Raportându-ne la sistemul francez care a optat pentru excluderea diferențelor existente între bancruta simplă și frauduloasă încercând instituirea unui sistem incriminator unitar și la cel italian care a păstrat o concepție tradițională adaptată necesităților moderne, putem spune că legiuitorul român a optat pentru o soluție de mijloc. Totuși ca o critică formulată în acest sens credem

că cea mai oportună soluție ar fi fost uniformizarea reglementărilor în materie prin acoperirea și a unei părți din situațiile care intrau sub incidența bancrutei simple. Un proiect de acest gen nu a fost experimentat. Într-o primă etapă reglementările codului comercial au coexistat cu cele ale art.208 – L.31/90 ceea ce a făcut aplicarea textelor de lege în materie de bancrută destul de dificilă.

O a doua etapă marcată de OUG.32/97 constituie un argument în calificarea politicii penale a legiuitorului român ca fiind incoerentă, abrogarea prevederilor codului comercial referitoare la bancrută și a art. 208 – L.31/90 fiind lipsită de sens. Dintr-u anumit punct de vedere abrogarea Cărtii a-III-a a codului comercial este justificată de adoptarea L.64/95 privind reorganizarea judiciară și falimentul; totuși crearea unei coerențe a reglementărilor în materie nu justifică abrogarea art.208 – L.31/90. Pasul următor care se impunea ar fi fost reglementarea situațiilor care prezentau pericol social din perspectiva actualului context socio-economic și care intrau sub incidența infracțiunii de bancrută simplă și bancrută frauduloasă.

Autori precum V. Pașca remarcau o serie de lacune în privința titlului VIII a L.31/90 intitulat “Infracțiuni”, care în viziunea acestora constituie o preluare *ad literam* a dispozițiilor codului comercial Carol al-II-lea, modificarea L.31/90 prin adoptarea L.195/97 neaducând schimbări majore în acest sens. Totuși analiza art.276 care reglementează infracțiunea de bancrută a elucidat sau cel puțin a pus punct unei controverse în literatura juridică, legată de faptul dacă existența acesteia este condiționată sau nu de declararea judecătorească a falimentului. În prezent numai varianta tip prevăzută de art.276 lit. b presupune existența falimentului ca stare juridică.

Însă nici actualul text de lege nu a putut fi exclus din sfera controverselor din literatura juridică; astfel în legătură cu subiectul activ al variantei tip reglementată de art.282 lit. a majoritatea autorilor concluzionează că bancruta frauduloasă poate fi comisă în acest caz de orice persoană. Practica demonstrează însă că accesul la o serie de informații cum ar fi evidențele contabile nu le pot avea decât persoanele autorizate, fapt ce impune condiția subiectului calificat.

Considerăm că ar fi necesară o reglementare expresă a subiecților activi a bancrutei frauduloase comisă în cadrul regiilor autonome, societăților cu capital integral de stat, asociațiilor bancare, în sensul dacă e posibilă sau nu în cadrul legilor care constituie sediul lor juridic. Aceste reglementări ar lărgi sfera de aplicare a dispozițiilor în materie de bancrută frauduloasă.

O altă propunere de lege ferenda susținută de o serie de autori precum V. Pașca sau St. D. Cârpenaru ar fi includerea unei dispoziții care să prevadă în situația în care prin infracțiunea de bancrută, nu sunt afectate decât interesele acționarilor și nu ale statului în general, aceștia în AGA să poată hotărî sau nu exercitarea acțiunii penale. O astfel de măsură este justificată de existența unor împrejurări în care o acțiune în justiție poate să genereze daune materiale sau morale mai mari decât rezultatul infracțiunii.

O altă problemă este generată de neincriminarea infracțiunii de bancrută frauduloasă comisă în cadrul societăților fictive; acestea facilitează transferul

ilegal de fonduri de la o societate mamă la alte societăți controlate de ea sau societăți care acționează de conveniență în vederea acoperirii acestei situații. Ne întrebăm cine răspunde în cazul în care societatea mamă premeditează falimentul unor societăți controlate de ea, administratorii acesteia fiind vinovați de săvârșirea infracțiunii de bancrută frauduloasă și care sunt pârghiile legale care pot fi acționate în vederea tragerii lor la răspundere.

Tot din perspectiva aspectelor procesuale ne alăturăm opiniei lui V. Pașca susținând necesitatea reglementării exprese a situațiilor în care există conflicte de interese între persoanele vinovate de bancrută frauduloasă și societatea falimentară.

Având în vedere cele expuse mai sus pledăm în favoarea nu numai a menținerii dar și a adaptării reglementărilor la necesitățile actualului context socio-economic, în materie de bancrută. Atâta timp cât vor exista state va exista activitate economică și inerent fraude financiar-bancare care pot îmbrăca nu de puține ori forma infracțiunii de bancrută. În consecință crearea unui cadru normativ în vederea minimizării riscurilor pe care le presupune orice activitate comercială fiind pliat pe specificul acesteia impune, în mod necesar, și incriminarea infracțiunii pe care am analizat-o în această lucrare.

BIBLIOGRAFIE

1. **Tudorel Toader, 1993**-*Infracțiuni in legi speciale*, Ed. Chemarea, Iasi.
2. **Paul C. Olcescu, Toma Toader, 2000**-*Tratat de drept financiar si fiscal*, Ed. Cantes, Iasi.
3. **Diaconescu Gh, 2000**- *Infracțiuni in legi speciale si extrapenale. Culegere de acte normative comentate si adnotate. Doctrina si jurisprudenta*, Ed. Fundatia Romania de Maine.
4. **Stanciu D. Carpenaru, Catalin Predoiu Sorin David, Ghe. Piperea, 2001** – *Societati comerciale. Doctrina. Jurisprudenta*, Ed. All Beck.
5. **V. Pasca, 1995** – *Infracțiunea de bancruta*, Rev. de drept, 6/1995.
6. **Dorin Clotocici, 1995** - *Rapunderea penala, contraventionala sau prin aplicarea unor amenzi civile in cazul incalcarii dispozitiilor legale care reglementeaza activitatea comerciala*, Rev de drept, 5/1995;
7. * * *, **2001** – *Cateva consideratii privind mijloacele juridice de combatere a fraudei in Uniunea Europeana*, Studia Universitatea Babes Bolyei, 1/2001.
8. **C. Ruditchi, 2001** – *Bancile populare sunt imune la faliment*, Capital, 5/2001.