

ROMÂNIA
CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DECIZII RELEVANTE
pronunțate în trimestrul I 2013

Cuprins:

1. Contestatie în anulare. Hotărâre care nu se aduce la îndeplinire prin executare silită. Termen pentru exercitarea contestației și pentru motivarea cererii.....	2
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2730 din 4 martie 2013</i>	<i>2</i>
2. Procedura insolvenței. Răspunderea solidară a administratorilor debitoarei. Întrunirea situațiilor prevăzute la art. 138 lit. a) și d) din Legea nr. 85/2006. Nepredarea sumelor de bani evidențiate în casieria societății. Preluarea situației financiare a societății de la administratorul cedent, fără acte justificative.....	6
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 372 din 14 ianuarie 2013</i>	<i>6</i>
3. Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere. Persoană care nu întrunește calitatea de administrator. Întrunirea situațiilor prevăzute de Legea nr. 85/2006 la art. 138 lit. a) și d). Utilizarea în alte scopuri a creditelor bancare. Lipsa bilanțurilor contabile.....	16
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 370 din 14 ianuarie 2013</i>	<i>16</i>
4. Procedura insolvenței. Plan de reorganizare. Respingerea cererii de confirmare. Neîndeplinirea condițiilor prevăzute de art.101 din Legea nr.85/2006. Interpretarea votului negativ al creditorului bugetar.....	25
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 385 din 14 ianuarie 2013.....</i>	<i>25</i>
5. Declarație de creanță înregistrată tardiv, dar înscrisă în tabelul creanțelor. Formularea unei contestații întemeiate pe tardivitatea declarației, cu depășirea termenului de contestare a tabelului. Decădere din dreptul de a invoca tardivitatea declarației de creanță.....	31
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1184 din 4 februarie 2013.....</i>	<i>31</i>
6. Modificarea tabelului definitiv de creanțe ca urmare a efectuării unor plăți în temeiul planului de reorganizare. Nelegalitate. Imposibilitatea aplicării prin analogie a art.122 alin.1 ² lit.a din Legea 85/2006	33
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2173 din 18 februarie 2013.....</i>	<i>33</i>
7. Contestatie împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor. Respingere ca tardivă. Contestatie împotriva planului de distribuire, cu referire la un aspect stabilit prin hotărârea adunării generale a creditorilor care a fost contestată tardiv.....	36
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2188 din 18 februarie 2013</i>	<i>36</i>

8. Deschiderea procedurii insolvenței. Efecte. Suspendarea executărilor silite. Plată făcută de bancă către un terț, ulterior deschiderii procedurii. Imposibilitatea recuperării sumei de bani din averea debitoarei.....	40
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2178 din 18 februarie 2013</i>	<i>40</i>
9. Procedura insolvenței. Acțiune pentru antrenarea răspunderii membrilor organelor de conducere. Calitate procesuală activă.....	42
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 901 din 28 ianuarie 2013.....</i>	<i>42</i>
10. Procuror. Ordin al prim-procurorului de repartizare a sectoarelor de activitate în parchet. Cerere pentru anulare și obligare la emiterea unui nou ordin de repartizare prin care reclamantul sa fie pus în situația anterioară emiterii ordinului atacat. Respingere ...	45
<i>Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2270 din 18 februarie 2013</i>	<i>45</i>

1. Contestație în anulare. Hotărâre care nu se aduce la îndeplinire prin executare silită. Termen pentru exercitarea contestației și pentru motivarea cererii

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2730 din 4 martie 2013

Prin decizia civilă nr. 9896 din 28.11.2012 a Curții de Apel Cluj au fost respinse recursurile declarate de pârâți împotriva sentinței comerciale nr. 1362 din 13.03.2012, a Tribunalului Specializat Cluj care a fost menținută în întregime.

Pentru a pronunța această decizie, curtea a reținut următoarele:

În condițiile Legii nr. 85/2006, judecătorul sindic fiind investit cu soluționarea procedurii insolvenței deschisă împotriva debitoarei SC T.C. SRL, a fost sesizat cu o cerere având ca obiect constatarea nulității absolute a unui contract de vânzare cumpărare și convenție de dare în plată imobiliară autentificat sub nr. 1301/15.05.2009, contract încheiat între debitoare în calitate de vânzător și pârâtii T.A. și T.C. în calitate de cumpărător cu privire la imobilul înscris în CF 50121 Mărgău cu nr. topo. 2164/1/1 și 2164/1/2, în subsidiar solicitându-se constatarea simulației, anularea încheierii de întabulare a dreptului de proprietate înscris în favoarea cumpărătorilor și repunerea părților în situația anterioară.

În argumentarea cererii de constatare a nulității absolute a contractului Comitetul creditorilor debitoare a invocat lipsa consimțământului valabil, lipsa contraprestației din partea cumpărătorului, lipsa prețului și vicierea cauzei actului juridic, fiind menționate ca și temeiuri de drept dispozițiile art. 80 alin. 1 lit. c, art. 80 alin. 2 lit. d și art. 81 alin. 2 din Legea nr. 85/2006, precum și reglementările cuprinse în art. 5, 966, 968, 1295 și urm. și 975 Cod civil.

În încheierea de ședință din 25.10.2011 – s-a menționat faptul că judecătorul sindic a pus în vedere reprezentantului reclamantului să-și precizeze temeiurile acțiunii, partea arătând că înțelege să formuleze o acțiune în anularea actelor frauduloase întemeiate din punct de vedere legal pe dispozițiile art. 79 raportat la art. 80 alin. 1 lit. c, art. 80 alin. 2 lit. d și art. 81 alin. 2 din Legea nr. 85/2006 renunțând la argumentele referitoare la simulație.

Față de aceste precizări, Curtea a apreciat că primul motiv de recurs invocat de către pârâți circumscris art. 304 pct. 6 C.pr.civ. nu se susține, instanța de fond pronunțându-se raportat la principiul disponibilității în limitele investiției sale, judecătorul sindic nereținând alte motive decât cele expuse prin acțiunea formulată. Aceste motive de nulitate a actelor juridice și de repunere a părților în situația anterioară au fost dezbătute în contradictoriu cu toate părțile, iar pârâții au avut pe parcursul procesului o apărare calificată.

Referitor la motivul de recurs ce constă în încadrarea greșită a motivului de nulitate în art.80 lit.c din Legea 85/2006, Curtea a constatat că în aceste prevederi se încadrează toate actele încheiate în cei trei ani anterior deschiderii procedurii dacă se apreciază că intenția tuturor părților implicate a fost aceea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori. Acțiunea formulată de către Comitetul Creditorilor a fost întemeiată pe art.80 lit.c din Legea 85/2006 text care acoperă și contractul de vânzare-cumpărare fiind îndeplinite condițiile în acest sens.

Aspectele de ordin terminologic privitoare la sancțiunile ce intervin în cazul încălcării unor dispoziții legale cu prilejul încheierii unor acte juridice – anulare – nulitate, sunt utile din punct de vedere teoretic, dar în fapt nu sunt de natură a atrage nelegalitatea hotărârii pronunțate, efectul fiind în ambele cazuri desfășurarea actului cu efect retroactiv.

De asemenea, invocarea unor temeuri de drept specifice dreptului comun nu este incompatibilă cu procedura insolvenței, în primul caz raportându-ne la dreptul material aplicabil, iar în cel de al doilea caz la prevederile-cadru care reglementează procedura insolvenței în ansamblul său, prevederi în mare măsură de ordin procedural.

O altă critică formulată de către recurenții persoane fizice vizează presupusa calificare a dării în plată ca un act de compensare, critică de asemenea nefondată raportat la considerentele reținute de judecătorul sindic în motivarea hotărârii. Astfel, se arată în hotărâre că: judecătorul sindic are în vedere că în speță pârâțul T. era la data raportului juridic administrator al debitoarei, acest contract fiind unul de vânzare-cumpărare, intenția comună a părților fiind să transfere dreptul de proprietate pentru prețul arătat. Este evident astfel că actul dedus judecății este reprezentat de actul de vânzare-cumpărare (dare în plată) ca modalitate de transfer a dreptului de proprietate.

Îndeplinirea condițiilor de admisibilitate a acțiunii prin prisma cerințelor prevăzute de art. 80 alin. 1 lit. c și art. 80 alin. 2 lit. d din Legea nr. 85/2006 s-a realizat în mod judicios de către judecătorul sindic ajungându-se în mod neechivoc la concluzia potrivit căreia curtea a anulat raportului juridic dintre părți cu privire la imobilele menționate și restituirea acestora către debitoare.

Astfel, Curtea a achiesat la concluziile instanței de fond potrivit cărora nu s-a făcut dovada realității creanței pârâțului T. la data convenției părților și nu există documente primare cu dată certă în dovedirea realității acesteia.

Aspectele referitoare la admiterea unei plângeri împotriva rezoluției de neîncepere a urmăririi penale au fost reținute de către instanța de fond doar ca un element de circumstanțiere fără să aibă o pondere hotărâtoare la soluția pronunțată.

Curtea a reținut sub acest aspect doar faptul că dispozițiile art. 70 ind. 1 din Legea nr. 31/1990 instituie posibilitatea încheierii actelor de dispoziție asupra bunurilor unei societăți comerciale de către reprezentanții legali – administratori în temeiul puterilor conferite acestora prin lege, actul constitutiv sau hotărârile organelor statutare –

Adunarea Generală a Asociațiilor. Cum nici legea și nici actul constitutiv al societății debitoare nu conferă administratorului prerogativa de a încheia acte de dispoziție cu privire la imobilele societății, se impunea în mod evident convocarea AGA în vederea adoptării unei hotărâri în sensul arătat.

Raportat la obiectul de activitate al societății debitoare, la faptul că imobilul obiect al actului de vânzare reprezenta unul din activele principale ale societății deservind scopului acesteia, Curtea a apreciat că se impunea cu atât mai mult obținerea unui acord din partea celuilalt asociat, C.V. deținător a 50% din capitalul social, persoană neconsultată cu prilejul încheierii actului contestat. Această concluzie se impune cu atât mai mult cu cât la 21.12.2006 între asociatul C.V. și SC T.C. SRL prin administrator T.A. s-a încheiat un act prin care părțile au convenit să nu încheie nici un act juridic cu o valoare de peste 30.000 euro care ar atrage diminuarea patrimoniului societății fără acordul tuturor asociațiilor.

Sub aspectul relei credințe, Curtea a apreciat că, date fiind circumstanțele cauzei, faptul că unul dintre asociați a înțeles să stingă, cu puțin timp înainte de formularea cererii debitoare pentru intrarea în faliment în procedură simplificată, cerere semnată tocmai de către asociatul administrator, o presupusă creanță față de societate conduc la concluzia că pârâții nu au acționat în mod onest, iar operațiunea juridică astfel încheiată a condus în mod implicit la prejudicierea creditorilor unii dintre ei având creanțe privilegiate.

În ceea ce privește recursul declarat de către Comitetul Creditorilor, Curtea a apreciat că și acesta este neîntemeiat, Legea nr. 7/1996 instituind o procedură specială necontencioasă în ceea ce privește înscrierea în CF a dreptului de proprietate al titularului în baza unui titlu executoriu – hotărâre judecătorească.

Nu se poate vorbi despre o lăsare fără efecte a hotărârii de anulare a transferului patrimonial, repunerea în situația anterioară din punct de vedere al publicității față de terți realizându-se în fața Oficiului de Cadastru în baza procedurii administrative anterior arătate.

Față de aceste considerente, în baza art. 312 C.pr.civ. Curtea a respins recursurile declarate de pârâți împotriva sentinței comerciale nr. 1362 din 13.03.2012, pronunțată în dosarul nr. 2806/1285/2011 al Tribunalului Specializat Cluj, care a fost menținută în întregime.

Împotriva acestei sentințe au formulat contestație în anulare contestatorii T.C. SI T.A., în temeiul art.318 C.proc.civ., solicitând anularea deciziei atacate și rejudecarea recursului, cu consecința modificării în parte a sentinței în sensul respingerii în întregime a acțiunii formulate.

Contestatorii au precizat că motivele urmau a fi dezvoltate în termenul legal, după redactarea deciziei atacate.

În ședința publică din data de 25.02.2013, contestatorii au depus, prin avocat motivele contestației, invocând prevederile art.318 teza a II a C.pr.Civ în sensul ca instanța, respingând recursul, a omis din greșeală să cerceteze mai multe dintre motivele de recurs invocate.

Contestatorii au arătat că prin cererea de recurs formulată au invocat faptul ca instanța în mod gresit, fara nici un argument juridic pertinent a apreciat ca actul juridic a

carui anulare se cere nu este unul de dare în plată ci un act de compensare a două creanțe reciproce.

Instanta de recurs nu explică sub nici o formă argumentele pentru care apreciază ca cele reținute de instanța de fond sunt corecte în sensul că actul în discuție ar fi unul de compensare a două creanțe reciproce, marginindu-se să declare că "această critică este nefondată".

Această propoziție nu poate echivala cu "cercetarea motivului de recurs invocat" în continuare instanța nedevelopând argumente juridice de natură să confirme calificarea instanței de fond. Dimpotrivă ulterior, în hotărâre instanța de recurs face referire la actul în discuție ca fiind unul de dare în plată.

Totodată a invocat că instanța de fond a reținut că nu s-a făcut dovada realității creanței menționând că sarcina probei aparține paratilor însă potrivit art.1169 Cod civil cel care face o propunere înaintea judecătii trebuie să o dovedească. Acest text de lege instituie sarcina probei în sarcina reclamantilor și nu a paratilor cum greșit a reținut instanța de fond. Reclamantul ar fi trebuit să dovedească faptul că această creanță nu este reală, proba imposibil de administrat în condițiile în care creanța detinută de subsemnatul la data încheierii Actului de dare în plată avea un caracter cert, lichid și exigibil. Existența și valoarea creanței pe care o aveau față de societate este evidențiată și în balanța contabilă a societății.

De altfel lichidatorul a confirmat existența acestei creanțe și a precizat că există și documente contabile primare, sens în care a depus la dosar înscrisuri de natură să facă dovada creanței subsemnatului T.A. la data Încheierii actului atacat.

Lichidatorul judiciar a precizat în mod expres că nu au fost depuse toate înscrisurile primare doveditoare ale creanței deoarece aceasta a rezultat în urma unei multitudini de operațiuni de creditare derulate pe parcursul mai multor ani și astfel volumul documentelor primare era extrem de mare.

Instanta de recurs nu a răspuns sub nici o formă acestor critici cu privire la sarcina probei și netemeinicia soluției pronunțate raportat la probatoriul administrat.

Au mai invocat ca motiv distinct de recurs că instanța de fond nu a făcut nici o referire cu privire la reaua credință a paratei T.C..

Instanta de recurs nu analizează sub nici o formă acest motiv de recurs nefăcând nici o referire la motivele pentru care apreciază că parata Termure Cosntanta este sau nu de reacredință, tăcerea instanței de fond sub acest aspect fiind preluată și de instanța de recurs. Acest motiv de recurs unul determinant întrucât T.C. este tert dobanditor iar potrivit art.83 alin.2 din legea nr. 85/2006 reaua credință a tertului dobanditor trebuie dovedită.

În aceeași ședință publică, curtea a invocat excepția tardivității depunerii motivelor de contestație în anulare, raportat la data luării la cunoștință a considerentelor deciziei civile atacate.

Analizând cererea formulată de contestatori prin prisma prin prisma excepției tardivității depunerii motivelor, instanța constată următoarele:

Contestația în anulare este o cale extraordinară de atac prin intermediul căreia se pot desființa, în cazurile expres și limitativ prevăzute de textele legale care o reglementează, decizii pronunțate de instanțele de recurs.

Termenul de exercitare este prevăzut de art.319 alin.2 teza a doua C.proc.civ., care stipulează că împotriva hotărârilor care nu se aduc la îndeplinire pe cale de executare silită, contestația poate fi introdusă în termen de 15 zile de la data când contestatorul a luat cunoștință de hotărâre, dar nu mai târziu de un an de la data când hotărârea a rămas irevocabilă.

De asemenea, interpretând sistematic dispozițiile legale care reglementează contestația în anulare, curtea apreciază că acest termen se referă atât la declararea contestației, cât și la motivarea acesteia, întrucât nu se poate considera că legiuitorul s-a referit doar la declararea căii de atac în termenul legal, urmând ca partea să aibă posibilitatea să detalieze motivele contestației într-un termen discreționar, ce ar lăsa fără conținut dispozițiile art.319 alin.2 C.proc.civ. Termenul legal nu poate fi aplicat diferit, în sensul că s-ar putea referi doar la cererea propriu - zisă, însă nu și la motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază partea și care alcătuiesc împreună cu cererea, contestația în anulare.

În speță, decizia civilă contestată fiind irevocabilă, nu a fost comunicată părților, însă la dosar există dovada existenței unei cereri de comunicare a acesteia, soluționată favorabil la data de 10.01.2013. Există mențiunea olografă a avocatului care i-a reprezentat pe recurenții – contestatori în sensul că, la data respectivă, a primit hotărârea solicitată.

Or, față de considerentele expuse, depunerea, în ședința publică din data de 25.02.2013, a motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază contestația apare ca fiind tardivă, lipsind de efecte actul de procedură îndeplinit cu depășirea termenului legal (motivarea contestației).

Prin urmare, contestația în anulare, astfel cum formulată la data de 11.12.2012, nu este motivată, nefiind indicate motivele pentru care petenții apreciază că decizia civilă nr.9896/28.11.2012 trebuie anulată, neputându-se, deci, exercita un control judiciar efectiv asupra acesteia.

Având în vedere considerentele expuse, instanța va respinge contestația în anulare formulată de T.A. și T.C., împotriva deciziei civile nr. 9896 din 28.11.2012 a Curții de Apel Cluj. (Judecător Cristina Pașol)

2. Procedura insolvenței. Răspunderea solidară a administratorilor debitoarei. Întrunirea situațiilor prevăzute la art. 138 lit. a) și d) din Legea nr. 85/2006. Nepredarea sumelor de bani evidențiate în casieria societății. Preluarea situației financiare a societății de la administratorul cedent, fără acte justificative

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 372 din 14 ianuarie 2013

Prin sentința civilă nr. 2118 din 07.05.2012 a Tribunalului Specializat Cluj, a fost admisă cererea lichidatorului judiciar, CABINETUL INDIVIDUAL DE INSOLVENȚĂ R.A.D., desemnat să administreze procedura debitoarei SC D.P. SRL.

Au fost obligați pârâții S.O., și S.D., la plata, în solidar, a sumei de 54.069 lei, pasiv al debitoarei.

Pentru a pronunța această sentință tribunalul a reținut că, conform dispozițiilor art. 138 din Legea nr. 85/2006, judecătorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul debitorului persoană juridică ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de către membrii organelor de supraveghere din cadrul societății sau de conducere, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului.

Cazurile de responsabilitate sunt limitate la comiterea faptelor prevăzute în aliniatul 1 al art. 138, lit. a-g. Natura juridică a răspunderii membrilor organelor de conducere și control decurge din natura raporturilor dintre aceste persoane și societate, fiind vorba de o răspundere civilă, patrimonială, iar sursa obligației încălcate determină natura răspunderii. Încălcarea unei obligații decurgând din contractul de mandat, cuprins în actul constitutiv, atrage răspunderea contractuală a administratorului, iar încălcarea unei obligații legale atrage răspunderea delictuală a administratorului. Antrenarea răspunderii membrilor organelor de supraveghere și conducere presupune constatarea îndeplinirii unor condiții, respectiv prejudicierea creditorilor, existența raportului de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu și respectiv culpa personală a celui față de care se antrenează răspunderea.

Prejudiciul creditorilor constă în imposibilitatea încasării creanțelor scadente din cauza ajungerii debitoarei în insolvență, definită de art. 3 ca fiind acea stare a patrimoniului debitoarei care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile. Simpla constatare a stării de insolvență constituie o condiție suficientă pentru angajarea răspunderii, dat fiind faptul că are drept rezultat direct neplata datoriilor scadente față de către creditorii și implicit prejudicierea acestora.

Referitor la raportul de cauzalitate, textul legal, dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006, impune condiția ca fapta membrilor organelor de supraveghere și conducere ori fapta oricărei alte persoane să fi contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență, prejudiciind astfel societatea și indirect creditorii săi. Fapta trebuie să fi produs starea de insolvență, respectiv încetarea plăților sau să fi constituit numai o condiție favorabilă producerii acestei stări.

Vinovăția poate îmbrăca forma culpei sau a intenției și trebuie să fi existat la data săvârșirii faptei. Simpla reprezentare a faptului că prin săvârșirea unei fapte din cele enumerate la art. 138 se prejudiciază societatea și creditorii, prin producerea sau numai condiționarea stării de insolvență este suficientă pentru antrenarea răspunderii. În măsura în care culpa îmbracă forma intenției, unele din faptele enumerate constituie de altfel infracțiuni. Procedura de antrenare a răspunderii este reglementată de art. 138 din Legea nr. 85/2006, putând fi antrenată pentru întregul prejudiciu produs prin fapta săvârșită, prejudiciu ce se raportează la întreaga masă a creditorilor.

Judecătorul sindic a apreciat că fapta pârâților de a nu preda sumele de bani ce erau evidențiate ca existând în casieria societății, conform ultimelor documente contabile identificate, poate fi încadrată în prevederile art. 138, lit. a din Legea nr. 85/2006, presupunându-se că aceștia au folosit bunurile persoanei juridice în folosul propriu.

Neinventarierea patrimoniului poate fi încadrată la lit. d a art. 138, angajarea răspunderii făcând-se în condițiile în care membrii organelor de conducere ori supraveghere sau orice altă persoană au contribuit la starea de insolvență a debitoarei.

Expresia sugerează existența raportului de cauzalitate între faptele personale și prejudiciul suferit de averea debitoarei și implicit de către creditor, textul găsimu-și aplicabilitatea și în situația în care fapta a constituit doar o condiție favorabilă pentru realizarea efectului. Neefectuarea inventarierii patrimoniului debitoarei în conformitate cu dispozițiile legale atestă încălcarea dispozițiilor art. 138, lit. d din Legea nr. 85/2006, în condițiile în care această operațiune este o obligație stabilită în sarcina administratorilor societății de Legea nr. 31/1990, care în art. 71 stabilește că administratorii sunt solidari răspunzători față de societate pentru existența registrelor cerute de lege și corecta lor ținere, iar art. 11 din Legea nr. 82/1991, a contabilității, prevede că răspunderea pentru organizarea și conducerea contabilității revine administratorului. Neefectuarea periodică a inventarierii patrimoniului nu face posibilă sesizarea dificultăților cu care se confruntă societatea și face insesizabilă starea de insolvență care poate să apară la un moment dat, aspecte care ar fi înlăturate în condițiile unei contabilități ținute corect care ar permite administratorilor să ia măsurile necesare pentru preîntâmpinarea unor astfel de situații. În condițiile neefectuării inventarierii patrimoniului în conformitate cu legea, se prezumă existența unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul produs care constă în pasivul înregistrat în tabelul creditorilor. Raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu se prezumă atâta timp cât există încetarea de plăți și una din faptele enumerate de art. 138 din Legea nr. 85/2006, prezumția având un caracter *juris et de jure* nefiind posibil a fi răsturnată prin proba contrarie.

În susținerea acestei poziții procesuale, judecătorul sindic a considerat că, după cum statuează și dispozițiile art. 138 din actul normativ menționat, poate fi antrenată răspunderea pentru pasivului debitoarei rămas neacoperit, iar acest pasiv al debitoarei este cel care rezultă din tabelul definitiv consolidat al creditorilor.

Considerentele de mai sus au demonstrat că cererea lichidatorului judiciar împotriva părților a fost apreciată ca fiind întemeiată și în consecință, în temeiul dispozițiilor art. 138 lit. a și d din Legea nr. 85/2006 a fost admisă astfel cum a fost formulată, părții au fost obligați să suporte, în solidar, întregul pasiv al debitoarei, în sumă de 54.069 lei.

Împotriva acestei sentințe a formulat recurs S.D. solicitând modificarea în parte a sentinței civile nr. 2118/2012 pronunțată de Tribunalul Specializat Cluj în sensul respingerii cererii de angajare a răspunderii patrimoniale, precum și obligarea sa de a suporta în solidar pasivul debitoarei SC D.P. SRL în cuantum de 54.069 lei, urmând ca întregul pasiv să fie suportat de către paratul S.O..

În motivarea recursului recurenta arată că prin contractul de cesiune atestat sub nr. 6/25.03.2009 de avocat N.C., aceasta a cesionat către numitul S.O. toate partile sociale pe care le detinea în societate.

Tot atunci, a predat către numitul S. întreaga contabilitate a societății, bunurile aflate în patrimoniul acesteia precum și o sentință prin care debitorul S.C. G. SRL era obligat să achite un debit pe care îl avea către S.C. D.P. SRL, sentința definitivă și executorie, pe care numitul S., în calitate de unic asociat și administrator, urma să o pună în executare.

Cu ocazia încheierii contractului de cesiune atestat sub nr. 6/25.03.2009 de avocat N.C., s-a realizat și o verificare contabilă în urma căreia s-a stabilit exact întregul pasiv și

activ pe care societatea îl avea la momentul cesiunii, cesionarul S. preluand societatea incunostintat fiind cu exactitate cu privire la situatia financiara a acesteia.

Lichidatorul judiciar nu a facut in niciun fel dovada faptului ca recurenta ar fi utilizat bunurile sau creditele societatii in interes propriu sau in interesul unei alte persoane.

Astfel, verificand actele anexate cererii introductive, se poate constata ca nu exista nici o proba din care sa reiasa ca ar fi folosit anterior incheierii contractului de cesiune bunurile sau creditele S.C. D.P. SRL in interes propriu sau in cel al unei alte persoane.

Dimpotriva, asa cum a mai aratat, anterior cesiunii, in calitate de administrator, a facut toate demersurile necesare in vederea recuperarii creditelor pe care S.C. D.P. SRL le avea față de terti, dovada fiind sentinta obtinuta fata de S.C. G.A. SRL in dosarul civil nr. .../211/2008 al Judecatoriei Cluj-Napoca, hotarare ramasa definitiva si executorie, pe care cesionarul S.O., urma sa o puna in executare.

Totodata, lichidatorul a omis sa arate in cererea sa faptul ca, cedentul S., in calitate de administrator, a instrainat o parte din bunurile S.C. D.P. SRL unei alte societati comerciale, societate care, dupa inceperea procedurii insolventei, a continuat in acelasi spatiu activitatea comerciala pe care S.C. D.P. SRL o derula, folosind in acest scop tocmai bunurile pe care le-a preluat de recurentă la momentul cesiunii.

Recurenta nu poate fi considerata raspunzatoare de disponibilitatile banesti sau creantele nerecuperate existente in patrimoniul S.c. D.P. SRL la momentul deschiderii procedurii insolventei.

Pentru aceasta arată că odata cu incheierea contractului de cesiune a renuntat atat la calitatea de asociat, cat si la cea de administrator al S.C. D.P. SRL, aceasta nemai participand in niciun fel la bunul mers al activitatii comerciale pe care societatea o desfasura.

Ca atare, incepand cu data de 25.03.2009, data la care a predat catre cesionar intregul pasiv si activ al societatii comerciale D.P. SRL, recurenta nu a mai avut cunostinta de deciziile si actiunile pe care noul administrator le-a interpretat în numele societății, astfel că față de recurentă nu pot fi reținute dispozițiile art. 138 alin. 1 lit .d din Legea nr. 85/2006.

Împotriva acestei sentințe a formulat recurs și S.O., prin care a solicitat în principal admiterea recursului, casarea sentinței și trimiterea cauzei spre rejudecare; în subsidiar, admiterea recursului, casarea Sentinței civile nr. 2118/2012 pronunțată de Tribunalul Specializat Cluj și, în consecință, în rejudecare, respingerea cererii de chemare în judecată având ca obiect antrenarea răspunderii patrimoniale în temeiul arta 304, pct. 5, C. proe. civ., raportat la arta 118, alin. 3, C. proc. civ.

În al treilea rând, modificarea în tot a Sentinței civile nr. 2118/2012 ca fiind netemeinică și nelegală și, pe cale de consecință, respingerea cererii de chemare în judecată formulată de către Cabinet Individual de Insolvență "R.A.D.", în calitate de lichidator judiciar al S.C. D.P. S.R.L., cerere având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale a recurentului pentru suma de 54.069 lei, reprezentând o parte din pasivul societății debitoare S.C. D.R. S.R.L.

Obligarea intimatei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de acest proces, în conformitate cu dispozițiile art. 274, Cod proc. civ.

În motivarea recursului arată, cu privire la motivele de casare ale hotărârii că, la primul termen de judecată, prin respingerea cererii de amânare în vederea angajării unui apărător și reținerea cauzei în pronunțare, în baza actelor aflate la dosar, i-a fost încălcat dreptul la apărare, fiind vitregit de posibilitatea invocării în probațiune a interogatoriului fostei administratoare S.D. și a unei expertize contabile care se impunea în accepțiunea subsemnatului, considerăm că sunt îndeplinite condițiile casării cu trimitere spre rejudecare în temeiul art. 312, alin. 3, C. proc. civ., sens în care solicită admiterea recursului, casarea sentinței civile nr. 2118/2012 pronunțată de Tribunalul Specializat Cluj și trimiterea spre rejudecare a cauzei.

Sentința s-a pronunțat cu încălcarea dispozițiilor art. 118, alin. 3, C. proc. civ. . La primul termen de judecată, recurentul neasistat de un avocat, fiind o perioadă de timp plecat din țară, a solicitat un nou termen de judecată în vederea angajării unui apărător.

Astfel cum s-a și consemnat în practica sentinței judecătorești, încălcând dispozițiile art. 118, alin. 1 și 3, C. proc. civ. , a respins cererea de amânare formulată de către recurent și a reținut cauza în pronunțare, în baza actelor aflate la dosar.

Prin urmare, în speță este incident motivul de recurs prevăzut de art. 304, pct. 5, C. proc. civ., încălcarea dreptului la apărare și a principiului contradictorialității cauzându-i o vătămare care nu poate fi înlăturată decât prin anularea hotărârii atacate.

Așadar, prevalându-ne de prevederile art. 304, pct. 5, C. proc. civ., raportat la dispozițiile art. 118, alin. 1 și 3, C. proc. civ., solicită casarea Sentinței civile nr. 2118/2012, pronunțată de către Tribunalul Specializat Cluj în ședința publică din data de 07.05.2012. și, în consecință, în rejudecare, respingerea cererii de chemare în judecată având ca obiect antrenarea răspunderii patrimoniale.

Referitor la motivele de modificare ale hotărârii arată că sentința s-a pronunțat cu încălcarea dispozițiilor art. 129, alin. 5, C. proc. civ.

Hotărârea instanței de fond a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a legii așa cum prevede art. 304, pct. 9, C. proc. civ. deoarece instanța nu s-a conformat dispozițiilor art. 129, alin. 5, C. proc. civ. și nu a stăruit prin toate mijloacele legale în administrarea tuturor probelor de natură a determina aflarea adevărului în cauză.

Prejudiciul creat S.C. D.P. S.R.L. și raportul de cauzalitate între faptele recurentului și prejudiciu arată că, nu poate fi vorba de nicio formă de vinovăție a administratorului cesionar în ceea ce privește crearea unui prejudiciu care să atragă starea de insolvență a S.C D.P. S.R.L., neputându-se reține în sarcina recurentului fapte ilicite care să atragă răspunderea patrimonială a acestuia, așa cum a fost ea reținută de către instanța de fond, vorbind de acte de administrare anterioare cesiunii încheiate la data de 25.03.2009. Cu atât mai puțin, din expunerea anterioară, nu se poate lua în considerare existența unui raport de cauzalitate între activitatea sa în calitate de administrator în cadrul S.C D.P. S.R.L. și prejudiciul creat, care, așa cum a indicat instanței în cele expuse mai sus, a fost realizat anterior preluării societății de către recurent.

În plus, arată că, în sarcina lichidatorului judiciar, obligația de a analiza defalcăt activitatea de administrare a societății, făcând diferențiere între perioada în care această activitate a fost desfășurată de către administratorul cedent S.D. și perioada în care recurentul a fost administrator al S.C. D.P. S.R.L.

Referitor la disponibilitățile bănești în valoare de 6.348 lei arată că în pofida celor sus ținute de către lichidatorul judiciar, numerarul în valoare de 6.348 lei, reflectat în bilanțul contabil ca fiind existent în casierie la momentul deschiderii procedurii de

insolvență, a fost predat, în timpul procedurii, Cab. Indiv. de Insolvență "R.A.D.", conform obligației legale.

De altfel, la deschiderea procedurii de insolvență, cu privire la disponibilitățile bănești aflate în casieria societății, lichidatorul judiciar i-a adus la cunoștință că acestea pot fi predate până la încheierea procedurii.

În dovedirea predării către lichidatorul judiciar a activului despre care face vorbire, menționează recunoșterea predării sumei în quantum de 4.304 lei, recunoaștere făcută de către lichidator în cuprinsul cererii de chemare în judecată care face obiectul dosarului nr. .../1285/2010/ al.

Cu privire la diferența de 2044 lei, acest disponibil a fost predat în quantum mai mare chiar, în două tranșe, prin predarea sumei de 1.000 lei, respectiva sumei de 1.456 lei, predare pe care înțelege să o demonstreze prin dispozițiile de încasare din data de 02.05.2011 și 04.05.2011 emise de către lichidatorul judiciar, pe care le va anexa în copie la prezentul recurs.

Așadar, instanța de fond a reținut în mod eronat, în sarcina sa, fapta de a nu preda sumele de bani ce erau evidențiate în documentele contabile ca existând în casieria societății, făcând, astfel, și greșită aplicare a prevederilor art. 138, lit. a din Legea nr. 85/2006.

Cu referire la inventarierea patrimoniului, consideră că nu era necesară o inventariere a creanțelor societății pentru că se putea face o identificare a acestora în baza actelor contabile existente.

Cu privire la activul în quantum de 22.735 lei, arată că anterior cesiunii, în perioada în care S.D. a avut calitatea de administrator al S.C. D.P. S.R.L, în evidențele contabile ale societății s-a înregistrat o creanță în quantum de 22.735 lei.

La data cesiunii, a solicitat administratorului cedent predarea tuturor actelor contabile și a întregii documentații aparținând S.C. D.P. S.R.L, dar acestea nu au fost remise recurentului în totalitate.

Preluând doar scriptic creanța despre care discută, neavând un act de creanță sau fără a se avea cunoștință de un termen de scadență, ori, pur și simplu, necunoscând denumirea societății ori societăților debitoare, a fost în imposibilitatea de a demara vreun demers în justiție în vederea recuperării de bitului respectiv.

Astfel, în cauză, nu se poate invoca o culpă a recurentului cu privire la recuperarea acestei creanțe.

Consideră că preluarea situației contabile, existentă la data cesionării, fără a cunoaște situația analitică a debitorilor, nu se circumscrie dispozițiilor art. 138, alin. 1, lit. d din Legea 85/2006, potrivit căroră: "judecătorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul debitorului, persoană juridică, ajunsă în stare de insolvență, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum fi de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului prin una dintre următoarele fapte: (. ..) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea".

Referitor la creanța în valoare de 29.290 lei, face cunoscut instanței faptul că ea se compune din activul reprezentând suma nerecuperată de la debitorul S.C. G.A. S.R.L în quantum de 23.268,15 lei și alte creanțe ale diverșilor debitori pentru care există documente contabile.

Contrar celor precizate în cererea de chemare în judecată formulată de către lichidatorul judiciar, a depus toate diligențele pentru recuperarea creanțelor, inclusiv pentru creanța în discuție, putând să facă dovada inițierii acțiunilor judiciare necesare recuperării.

Astfel, împotriva S.C. G.A. S.R.L. a intentat o acțiune având ca obiect somație de plată care a fost soluționată de către Judecătoria Cluj-Napoca prin Ordonanța civilă nr. 10746/2008, ordonanță prin care debitoarea S.C.G.A. S.R.L. a fost obligată la plata de bitului datorat. Ulterior societatea menționată a intrat în procedura falimentului, motiv pentru care a formulat o cerere de admitere a creanței în dosarul nr. .../1285/2009 aflat pe rolul Tribunalului Cluj, Secția comercială, însă creanța nu a mai putut fi recuperată,

Mai mult, învederează instanței faptul că sarcina demarării acțiunilor necesare recuperării creanței incumbă lichidatorului judiciar.

În final, cu privire la acest aspect, arată că inventarierea nu influențează solvabilitatea unei societăți comerciale și totodată nu este singurul item de analiză a situației economice a unei societăți și, astfel, nu se poate discuta de o posibilitate de înlăturare a insolvenței prin efectuare acestei operațiuni și, în concluzie, nu se poate reține un raport de cauzalitate între neefectuarea inventarierii și pasivul debitoarei rămas neacoperit.

Răspunderea cesionarului se angajează din momentul înregistrării cesiunii la registrul comerțului și pentru viitor, în niciun caz pentru cauze anterioare.

De cele mai multe ori, însă, se confundă un aspect: prin semnarea contractului de cesiune de părți sociale de către cedent și cesionar nu se înțelege că cedentul este liberat de orice obligații existente la data cesiunii. Cedentul nu va putea fi exonerat de răspundere, în cazul unor acte sau fapte ilicite, prin invocarea contractului de cesiune.

Este evident că responsabil pentru situația economică a societății, înregistrată anterior cesiunii, este administratorul cedent S.D.. Face trimitere la cele expuse anterior și reiterează ideea că administratorul cesionar nu se poate face vinovat de actele de administrare săvârșite anterior preluării afacerii de către administratorul cedent, neputându-se angaja, astfel, răspunderea în solidar.

Neavând nicio legătură cu activitatea administratorului cedent S.D., desfășurată în cadrul S.C. D.P. S.R.L anterior datei de 25.03.2009, dată la care a perfectat contractul de cesiune a părților sociale, consideră inaplicabile, prevederile art. 73 din Legea 31/1990.

Prin întâmpinarea formulată, intimatul S.O. a solicitat respingerea recursului ca nefondat și netemeinic, arătând că cele invocate de recurentă sunt netemeinice, nefondate și nedovedite.

Referitor la contractul de cesiune de părți sociale încheiat la 25.03.2009 se invocă un document din care rezultă că odată cu cesiunea s-a făcut și predarea documentelor contabile și a bunurilor societății, însă apariția datoriilor care au dus la apariția stării de insolvență este anterioară cesiunii, faptul că recurenta nu mai avea calitatea de administrator social la data deschiderii procedurii nu constituie un motiv al exonerării de răspundere.

Din evidențele contabile aferente lunii martie 2009, rezultă că debitoarea deținea în patrimoniu un autoturism achiziționat în sistem leasing, autoturism care nu a făcut niciodată obiectul vreunei predări-primiri de la cedent către cesionar.

Referitor la restul activelor debitoarei, arată că aceasta nu a înstrăinat nici un bun existent în patrimoniu și nici nu a continuat activitatea în același spațiu de producție sau altul.

Cu privire la obligarea SC G.A. SRL la plata către debitoare a sumei de 23.268,15 lei, intimatul arată că a depus toate diligențele pentru recuperarea acestei creanțe, însă SC G.A. SRL înă debitoare a intrat sub incidența Legii nr. 85/2006 la data de 9.06.2009 în dosarul nr. 1253/1285/2009 al Tribunalului Specializat Cluj. Debitoarea a formulat o cerere de admitere a creanței, însă creanța nu a mai fost recuperată.

De asemenea, administratorul cedent nu a justificat în vreun fel creanța debitoarei înscrisă încă din anul 2009 în contul 461 "Debitori diverși": în sumă de 22.735,40 lei, respectiv nu i-a predat nici un document analitic al soldului contului împreună cu actele justificative necesare. Ori, din totalul creanțelor nerecuperate de recurent, conform susținerilor lichidatorului judiciar, suma amintită reprezintă aproape jumătate.

Cu alte cuvinte, este evident faptul că datorită managementului defectuos practicat de către fostul administrator, în principal prin neachitarea obligațiilor de plată către Bugetul de Stat și Bugetul Asigurărilor Sociale de Stat, situația debitoarei se caracteriza printr-o acută lipsă de lichidități încă din anul 2009. Astfel, se naște prezumția că sumele de bani care ar fi trebuit achitate către instituțiile statului au fost folosite de către fostul administrator în interesul său personal, cu atât mai mult cu cât suma de 22.735,40 lei înregistrată în contul 461 "Debitori diverși": nu a putut fi dovedită prin documente justificative care să ateste relații comerciale cu diverși debitori.

Analizând sentința recurată prin prisma motivelor de recurs, precum a dispozițiilor art.304, art.304¹ C.proc.civ., instanța constată următoarele:

Cu privire la solicitarea de casare cu trimitere spre rejudecare

Într-adevăr, astfel cum rezultă din practica sentinței recurate, judecătorul sindic a respins cererea de amânare în vederea angajării unui apărător formulată de pârâtul S., soluție legală și temeinică raportat la prevederile art.156 alin.1 C.proc.civ., precum și la data primirii citației de către acest pârât. Prin urmare, lipsa de apărare se datorează propriului comportament culpabil al pârâtului și nu poate fi invocată în justificarea unei solicitări de casare cu trimitere spre rejudecare.

Referitor la solicitarea de casare cu reținere

În primul rând, curtea reține că motivele invocate pe această solicitare nu ar putea conduce la o soluție de casare cu reținere, ci eventual, cu trimitere spre rejudecare, incident putând fi motivul prevăzut de art.304 pct.5.

Apoi, în strânsă legătură cu cele reținute în paragraful referitor la casarea cu trimitere, curtea observă și faptul că pârâtul S. nu a menționat faptul că dorește un termen de judecată pentru a formula apărări și propune probe, ci a solicitat amânarea cauzei pentru angajarea unui apărător, cerere corect respinsă de judecătorul sindic. Prin urmare, pârâtului nu îi sunt aplicabile dispozițiile art.118 alin.3 C.proc.civ., motiv pentru care criticile referitoare la nerespectarea acestui text legal din recurs sunt neîntemeiate.

Pe fondul cauzei

Potrivit art.138 alin.1 lit. a și d din Legea nr.85/2006 (textele legale pe care lichidatorul debitoarei SC D.P. SRL și-a întemeiat acțiunea), judecătorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul debitoarei ajunsă în insolvență să fie suportat de către administratorul societății, dacă se dovedește că acesta a folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane și nu a ținut o contabilitate în conformitate cu legea.

În speță, curtea apreciază că judecătorul sindic a reținut judicios întrunirea elementelor răspunderii administratorilor pe terenul art.138 alin.1 lit.a și d din Legea 85/2006 și a dispus obligarea acestora în solidar la acoperirea pasivului debitoarei.

Astfel, referitor la faptele prevăzute de lit.a, curtea observă că judecătorul sindic a reținut în sarcina părților faptul că nu au predat sumele de bani ce erau evidențiate în casieria societății, conform ultimelor documente contabile, apreciind astfel că aceștia au folosit bunurile persoanei juridice în folosul propriu. Deși păratul S. a invocat faptul că a predat diferența de 2044 lei, reprezentând disponibil din casierie, din chitanțele depuse odată cu recursul formulat rezultă că sumele predate reprezintă contravaloare stoc marfă, nefiind cert că reprezintă ceea ce a susținut păratul.

Curtea reține, suplimentar, faptul că balanța contabilă întocmită de către debitoare la data de 31.07.2010 rezultă că aceasta mai deținea active reprezentând creanțe – 29.290 lei și debitori – 22.735 lei, acestea nefiind recuperate de niciunul dintre cei doi administratori care s-au succedat la conducerea debitoare și neexistând nici posibilitatea recuperării acestora, întrucât recurenții nu au prezentat documente justificative în acest sens. Orice înscriere din conturile societății trebuie să fie oricând justificabilă cu documente care să se regăsească în evidențele acesteia, administratorilor revenindu-le, de asemenea, obligația de a întocmi și păstra astfel de documente, astfel cum se va argumenta în cele ce urmează.

În consecință, întrucât la momentul deschiderii procedurii nu existau active care să acopere pasivul debitoare, în lipsa unor dovezi privind utilizarea acestor sume de bani în interesul societății, nejustificarea destinației acestor sume de bani constituie un fapt conex pe baza căruia se poate prezuma în condițiile art.1203 C.civ. că au fost folosite în interesul propriu al administratorilor, considerându-se că starea de insolvență se datorează inclusiv faptului că aceste active au fost folosite în interesul administratorilor și nu în interesul societății, astfel cum s-a reținut în considerentele ce preced.

Referitor la faptele prevăzute de **lit.d**, curtea reține că administratorii sunt răspunzători față de societate pentru existența registrelor cerute de lege și corecta lor ținere, acest lucru fiind o garanție pentru creditorii societății, care ar putea verifica dacă operațiunile efectuate au fost legale și dacă și-ar putea recupera creanțele din bunurile înregistrate în contabilitate. Prin neținerea unei contabilități în conformitate cu legea (concluzie ce rezultă din nepredarea documentelor contabile din care să rezulte creanțele regăsite în balanța întocmită în 2010 și pe care societatea le deținea împotriva altor debitori, fapt care ar fi putut permite recuperarea lor și acoperirea cel puțin a unei părți din pasiv), obligație de care răspund, potrivit art.10 din Legea 82/1991, administratorii societății, s-au creat premisele intrării în starea de insolvență, întrucât aceștia ar fi putut, în caz contrar, să sesizeze dificultățile cu care se confrunta debitoare și să ia măsurile necesare pentru redresare, fiind eliminate astfel premisele intrării în incapacitate de plată.

Mai departe, se prezumă, relativ, și existența unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul produs care constă în pasivul înregistrat în tabelul de creanțe. Prezumția putea fi răsturnată de către recurenții – pârâți cu orice mijloc de probă, însă aceștia nu au făcut dovada contrară nici în fața judecătorului sindic și nici în recurs.

Recurenta Șerbănescu a arătat că a cedat toate părțile sociale către recurentul S. în data de 25.03.2009, astfel cum rezultă din contractul de cesiune atestat nr.6 de către avocat N.C., a predat întreaga contabilitate a societății, precum și bunurile acesteia, inclusiv o sentință prin care un terț era obligat la plata unei sume de bani către debitoare, realizându-se și o verificare contabilă. Curtea observă că, în cuprinsul contractului de cesiune, nu se face decât o referire generală cu privire la faptul că noii asociați au luat la cunoștință despre situația financiar – contabilă declarată a societății la data de atunci (25.03.2009), pe care și-o însușesc, precum și că predarea documentelor aparținând societății și a ștampilelor se va face în cursul aceleiași zile. Nu s-a făcut dovada încheierii unei situații detaliate a bunurilor/documentelor predate, nu s-a făcut dovada întocmirii vreunui inventar sau a vreunei verificări contabile, iar faptul că pârâtul nu a putut depune la dosar documente justificative pentru creanțele debitoare împotriva terților dovedește faptul că nu a preluat astfel de documente de la pârâtă, care nu le-a deținut, la rândul său, creându-se prezumția că nu și-a îndeplinit obligațiile de ținere a contabilității conform legii.

Curtea mai reține, totodată, că debitele societății provin din perioada în care pârâta era administratorul societății, situația dificilă persistând și în perioada în care pârâtul a preluat administrarea acesteia.

Referitor la acest ultim aspect, recurentul Ș. a susținut constant faptul că a preluat situația financiară de la administratorul cedent fără a fi însoțită de acte justificative, astfel că nu poate fi ținut răspunzător pentru lipsa acestora. Dimpotrivă, curtea apreciază că pârâtul avea obligația de a acționa ca un profesionist, neputând invoca în apărarea sa propriul comportament culpabil reprezentat de acceptarea preluării unei situații contabile neînsoțite de documente justificative, situație declarată și nu reală și, de asemenea, avea posibilitatea de a verifica ulterior cesiunii situația reală contabilă a societății și de a încerca să o redreseze, ieșind din starea de pasivitate pe care a manifestat-o până la momentul intrării în insolvență.

Tot acest complex causal a condus la încetarea de plăți și la acumularea unor creanțe neachitate față de creditorii înscrși în tabelul definitiv de creanțe al debitoare.

Având în vedere considerentele expuse, curtea constată că răspunderea solidară a administratorilor debitoare SC D.P. SRL a fost corect antrenată în temeiul art.138 alin.1 lit.a și d din Legea 85/2006, astfel că, în temeiul art.8 din Legea 85/2006 și art.312 C.proc.civ., va respinge recursurile ca neîntemeiate, cu consecința menținerii sentinței atacate. (Judecător Cristina Pașol)

**3. Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere. Persoană care nu întrunește calitatea de administrator.
Întrunirea situațiilor prevăzute de Legea nr. 85/2006 la art. 138 lit. a) și d).
Utilizarea în alte scopuri a creditelor bancare. Lipsa bilanțurilor contabile.**

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 370 din 14 ianuarie 2013

Prin sentința civilă nr. nr. 2203 din 11.05.2012 a Tribunalului Specializat Cluj a fost respinsă, ca neîntemeiată, cererea formulată de lichidatorul judiciar P.O. IPURL al debitoarei S.C. S.M. S.R.L., în contradictoriu cu pârâta G.K..

A fost admisă cererea formulată de lichidatorul judiciar P.O. IPURL al debitoarei S.C. S.M. S.R.L., în contradictoriu cu pârâțul J.M..

A fost obligat pârâțul J.M. să plătească întregul pasiv al debitoarei S.C. S.M. S.R.L., în sumă de 340.122 lei.

Au fost respinse neîntemeiate, cererile pârâților de obligare a debitoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Pentru a pronunța această sentință, tribunalul a reținut următoarele:

Conform dispozițiilor art. 138 din Legea nr. 85/2006, judecătorul sindic poate dispune ca o parte din pasivul debitorului persoană juridică ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de către membrii organelor de supraveghere din cadrul societății sau de conducere, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului.

Natura juridică a răspunderii membrilor organelor de conducere și control decurge din natura raporturilor dintre aceste persoane și societate, fiind vorba de o răspundere civilă, patrimonială, iar sursa obligației încălcate determină natura răspunderii, în timp ce încălcarea unei obligații decurgând din contractul de mandat – cuprins în actul constitutiv – atrage răspunderea contractuală a administratorului, iar încălcarea unei obligații legale atrage răspunderea delictuală a administratorului.

În cazul în care administratorii încalcă dispozițiile prevăzute de Legea nr.31/1990 sau alte legi incidente ori săvârșesc în exercitarea mandatului fapte de natură a crea prejudicii, suntem în prezența unei răspunderi civile delictuale. În situația în care administratorii nu-și îndeplinesc sau își îndeplinesc în mod necorespunzător mandatul încredințat de acționari prin actul constitutiv sau prin hotărârile adunărilor generale se va putea angaja răspunderea acestora pe tărâm contractual.

Antrenarea răspunderii membrilor organelor de supraveghere și conducere, presupune constatarea îndeplinirii unor condiții, respectiv prejudicierea creditorilor, existența raportului de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu și respectiv culpa personală a celui față de care se antrenează răspunderea.

Prejudiciul creditorilor constă în imposibilitatea încasării creanțelor scadente din cauza ajungerii debitoarei în insolvență, definită de art.3 ca fiind acea stare a patrimoniului debitoarei care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile. Constatarea stării de insolvență constituie o condiție pentru angajarea răspunderii, dat fiind faptul că are drept rezultat direct neplata datoriilor scadente față de către creditorii și implicit prejudicierea acestora.

Referitor la raportul de cauzalitate textul legal, dispozițiile art.138 din Legea nr.85/2006, impun condiția ca fapta membrilor organelor de supraveghere și conducere

ori fapta oricărei alte persoane să fi contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență, prejudiciind astfel societatea și indirect creditorii săi.

Fapta trebuie să fi produs starea de insolvență, respectiv încetarea plăților.

Vinovăția poate îmbrăca forma culpei sau a intenției și trebuie să fi existat la data săvârșirii faptei. În măsura în care culpa îmbracă forma intenției, unele din faptele enumerate constituie de altfel infracțiuni.

Procedura de antrenare a răspunderii este reglementată de art.138 din Legea nr.85/2006. Răspunderea poate fi antrenată pentru întregul prejudiciu produs prin fapta săvârșită, prejudiciu ce se raportează la întreaga masă a creditorilor.

Răspunderea administratorului este angajată în orice situație în care contractul de mandat este încălcat printr-o faptă culpabilă.

Culpa administratorului se apreciază după tipul abstract – culpa levis in abstracto, din aceste motive aflându-se în fața unei culpe prezumate de unde derivă și obligativitatea administratorului de a răsturna prezumția de culpă, sarcina probei aparținându-i.

Potrivit dispozițiilor art. 138 lit. a și d din Legea nr. 85/2006, o persoană poate fi obligată la suportarea pasivului sau unei părți din pasivul debitoare persoanele care au cauzat starea de insolvență a debitoare prin aceea că „au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane”, sau respectiv „au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea”.

În ce o privește pe pârâta G.K., judecătorul sindic a reținut că în sarcina acesteia nu poate fi reținută săvârșirea nici uneia din faptele prevăzute de dispozițiile art. 138 lit. a și d din Legea nr. 85/2006, mai sus citate.

Astfel, prin procura specială autenticată prin încheierea de autentificare nr. 258/22.01.2010, pârâtul J.M., în calitate de asociat unic și administrator al debitoare, a împuternicit-o cu puteri depline pe pârâtă pentru ca, în numele lui și pentru el, să facă toate formalitățile necesare ce au ca scop realizarea obiectului de activitate al societății, cât și să administreze societatea și să îl „reprezinte în raporturile societății cu alte societăți comerciale, cu instituții ale statului, cu organisme naționale, cu organele financiar bancare, inclusiv să facă operațiunile de bancă necesare, precum și cu salariații societății”.

Raportat la această împuternicire, judecătorul sindic a reținut că nu este în măsură să facă dovada calității de administrator de fapt al societății debitoare în ce o privește pe pârâtă, fiind vorba despre un act emis de către pârât și care nu poartă semnătura pârâtei. Această procură este în măsură să facă dovada doar cu privire la pârât în sensul faptei acestuia de a fi împuternicit pe un terț ce nu deținea calitatea de administrator statutar al debitoare, să îndeplinească acte de administrare a societății.

În schimb, pentru a se putea reține calitatea pârâtei de administrator de fapt al debitoare, este necesară probarea realizării efective de către aceasta a unor acte de administrare a societății debitoare, iar nu doar împuternicirea acesteia în acest sens de către administratorul statutar al debitoare, în speță de către pârât.

În acest sens, au fost depuse la dosarul cauzei o serie de înscrisuri purtând semnătura pârâtei, intitulate „situații”, cu privire la care judecătorul sindic constată că poartă și semnătura unei echipe de inspecție fiscală, precum și mențiunea marginală de „anexă”, reprezentând în fapt anexe la un act de inspecție fiscală.

Denumirea marginală de „anexă” o are și nota explicativă semnată de către pârâtă la 26.01.2010, prin indicarea procurii nr. 258/22.01.2010, contrasemnată de aceiași agenți de inspecție fiscală cu semnatarii anexelor anterior menționate, și care în antet cuprinde datele de identificare ale pârâtului ca fiind administratorul societății debitoare și cel care prezintă nota explicativă. Față de aceste mențiuni din cuprinsul notei, coroborat cu procura dată de către pârât, judecătorul sindic reține că nota explicativă menționată a fost semnată de către pârâtă în calitate de reprezentantă a pârâtului, iar nu în calitate de reprezentantă a societății debitoare, datele pârâtei nefiind menționate în cuprinsul notei. Totodată, judecătorul sindic constată, raportat la conținutul notei explicative, că prin aceasta pârâta nu își asumă îndeplinirea în trecut a niciunui act de administrare a societății debitoare.

Tot ca anexă este denumită și balanța de verificare pentru luna decembrie 2008 în ce privește pe societatea debitoare, nefiind probat că aceasta ar fi fost semnată de către pârâtă în alt scop decât pentru exercitarea apărării societății debitoare cu ocazia inspecției fiscale ce a dus la semnarea și a celorlalte anexe menționate.

La dosarul cauzei au fost depuse și copiile proceselor verbale din 29.09.2009 și 01.10.2009 încheiate de Garda Financiară Cluj, privind comunicarea către debitoare a notei de constatare seria CJ nr. 10074/29.09.2009 și respectiv a deciziei de instituire a măsurilor asigurătorii nr. 605288/CJ/22.09.2009, ambele semnate de către pârâta G.K., în calitate de martor, iar nu în calitate de reprezentantă a debitoarei.

Totodată, pârâta a semnat prin indicarea calității sale de împuternicită conform procurii, documentul intitulat „cauzele și împrejurările care au dus societatea în incapacitate de plăți”, datat 01.02.2011.

Raportat la aceste probe, judecătorul sindic a constatat că în cauză nu s-a dovedit îndeplinirea de către pârâtă a vreunui act de administrare a societății debitoare cu privire la care să se poată reține că a cauzat starea de insolvență a debitoarei. Cu privire la împrejurarea că aceasta a reprezentat societatea debitoare la desfășurarea inspecției fiscale nu se poate reține că ar fi cauzat starea de insolvență a societății debitoare, de vreme ce cu acea ocazie în fapt pârâta l-a reprezentat pe pârât, care în calitate de administrator statutar, avea atribuția de a reprezenta debitoarea în fața organelor de inspecție fiscală. Mai mult, posibilitatea contestării oricărei sancțiuni sau măsuri dispuse cu acea ocazie de către organele de inspecție fiscală revenea și aparținea pârâtului, în calitate de administrator statutar, neputându-se reține culpa pârâtei sub acest aspect.

Nici din proba cu interogatoriul pârâtei, administrată în cauză, nu se poate reține o altă situație de fapt.

Față de reprezentarea de către pârâtă a societății debitoare la desfășurarea inspecției fiscale, se poate reține acceptarea de către aceasta a calității de reprezentantă a debitoare doar cu acea ocazie și în acea împrejurare, fapte cu privire la care nu se poate reține incidența dispozițiilor art. 138 lit. a și d din Legea nr. 85/2006, și care nu erau de natură să cauzeze starea de insolvență a debitoarei.

În consecință, nefiind administrator al societății debitoare, pârâta nu poate fi ținută să răspundă pentru modul în care a fost condusă contabilitatea acestei societăți. De asemenea, în sarcina pârâtei nu poate fi reținută nici săvârșirea nici unei fapte de a fi folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane, de vreme ce nu s-a făcut proba în acest sens, în condițiile art. 1169 Cod civ.,

reprezentarea debitoarei la desfășurarea inspecției fiscale nefiind relevantă sub acest aspect.

Pentru aceste considerente, judecătorul sindic a respins, ca neîntemeiată, cererea formulată de lichidatorul judiciar P.O. IPURL al debitoarei S.C. S.M. S.R.L., în contradictoriu cu pârâta G.K.

Judecătorul sindic a apreciat însă că fapta pârâtului J.M. întrunește condițiile art. 138 lit. a din Legea nr. 85/2006, în sensul că acesta a folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane. Astfel, în decembrie 2007 și pe parcursul anului 2008, debitoarea a utilizat creditele bancare contractate în alte scopuri decât cele pentru care au fost contractate, respectiv oferind aceste sume cu titlu de împrumut unor alte societăți comerciale.

Cu privire la pârât s-a reținut sub aspect probatoriu și neprezentarea acestuia la interogatoriu la termenul de judecată din 24.02.2012 stabilit în acest sens și pentru care pârâtul a fost legal citat, față de care judecătorul sindic face aplicarea dispozițiilor art. 225 Cod proc.civ. cu privire la situația de fapt invocată prin întrebările formulate în cuprinsul interogatoriului, în sensul că pârâtul a plătit diverse sume cu titlu de avans către diverse societăți, fără a face demersuri pentru recuperarea acestora în urma neîndeplinirii contraprestației corespunzătoare de către acestea, și a imposibilității de justificare a soartei sumei primite cu titlu de credit de către societate în 2007.

Totodată, contabilitatea societății debitoare nu a fost condusă în condiții legale, ceea ce a dus la stabilirea în sarcina debitoarei, în urma inspecției fiscale, a unei obligații fiscale de 233.636 lei cu titlu de TVA, de 2718 lei cu titlu de impozit pe profit și de 128.044 lei, cu titlu de dobânzi și penalități de întârziere. Aceste obligații nu au fost contestate de către debitoare în termenul legal, ceea ce a dus la nașterea stării de insolvență a debitoarei, faptă ce ar fi putut fi prevenită prin întocmirea legală, corectă și la timp a actelor contabile, ceea ce ar fi permis calcularea și stabilirea treptată în timp a obligațiilor fiscale și evitarea curgerii penalităților aferente, acestea din urmă având un quantum considerabil. În acest sens, tocmai creanțele fiscale au dus la deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitoarei, în urma admiterii cererii creditoarei DGFP Cluj prin AFP Cluj-Napoca în acest sens, creanța acesteia în quantum de 337.335 lei având ponderea decisivă în tabelul definitiv al creanțelor împotriva averii debitoarei, și fiind însoțită doar de creanța Municipiului Cluj-Napoca în quantum de 2787 lei.

Judecătorul sindic a apreciat că în sarcina pârâtului poate fi reținută fapta de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea. Pârâtului îi revenea, în calitate de administrator statutar, obligația de a duce la îndeplinire contractul de mandat ce i-a fost încredințat, administratorul fiind direct răspunzător de modul în care este ținută evidența contabilă, obligațiile sale reieșind cu claritate din dispozițiile art. 73 alin. 1 lit. c și alin. 2 ale Legii nr. 31/1990, precum și din dispozițiile art. 11 alin. 4 din Legea nr. 31/1990.

Totodată, conform art. 10 alin. 1 din Legea nr. 82/1991, răspunderea pentru organizarea și conducerea contabilității revine administratorului, care are obligația gestionării societății respective.

În condițiile în care evidența contabilă nu a fost ținută sau nu a fost ținută în conformitate cu legea, există o prezumție de culpă, întrucât corecta ținere a registrelor contabile este o obligație stabilită în sarcina administratorilor societății de Legea nr. 31/1990, care în art. 73 lit. c stabilește că administratorii sunt solidari răspunzători față de societate pentru existența registrelor cerute de lege și corecta lor ținere, iar art. 11 din

Legea nr. 82/1991 a contabilității republicată prevede că răspunderea pentru organizarea și conducerea contabilității revine administratorului.

Neținerea contabilității în mod corect nu face posibilă sesizarea dificultăților cu care se confruntă societatea și face insesizabilă starea de insolvență care poate să apară la un moment dat, aspecte care ar fi înlăturate în condițiile unei contabilități ținute corect care ar permite administratorilor să ia măsurile necesare pentru preîntâmpinarea unor astfel de situații.

În condițiile neținerii contabilității în conformitate cu legea, se prezumă existența unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul produs care constă în pasivul înregistrat în tabelul creditorilor, pasiv care, dată fiind natura creanțelor înscrise în tabelul definitiv și anume, creanțe bugetare, în condițiile ținerii contabilității societății debitoare, putea fi substanțial mai mic întrucât debitele principale nu ar fi atras penalități și majorări de întârziere.

Așa fiind, judecătorul sindic a apreciat că în sarcina pârâtului poate fi reținută și săvârșirea faptei reglementate de art. 138 lit. d din Legea nr.85/2006, respectiv neținerea contabilității în conformitate cu dispozițiile legale în materie, faptă care a condus la producerea stării de insolvență a debitoarei, întrucât pârâtul nu a fost în măsură să sesizeze scadența obligațiilor de plată cu consecința directă a calculării pentru debitele neachitate a penalităților și majorărilor de întârziere.

În ce privește invocarea de către pârât a culpei societății de contabilitate pentru nepredarea bilanțurilor contabile ale societății, judecătorul sindic a reținut că responsabilitatea pentru îndeplinirea obligației de ținere a contabilității societății revine pârâtului în calitate de administrator statutar, acesta fiind obligat să îndeplinească el însuși sau să se asigure personal că sunt respectate dispozițiile legale în acest sens, chiar dacă apelează pentru aceasta la societăți de contabilitate specializate.

Întrucât creditorii nu și-au recuperat nici măcar parțial creanțele astfel cum au fost înscrise în tabelul definitiv al creditorilor, creanțe care reprezintă prejudiciul cauzat acestora urmare a neachitării debitelor, judecătorul sindic a considerat ca pârâtul să fie obligat la plata întregului pasiv în cuantum de 340.122 lei.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs pârâtul J.M., solicitând admiterea recursului și în consecință, modificarea Sentinței civile nr. 2203/11.05.2012 pronunțată de Tribunalul Specializat Cluj și în consecință respingerea cererii de chemare în judecată, cu cheltuieli de judecată.

În motivarea recursului arată că hotărârea judecătorească atacată este nelegală în cauză fiind incident motivul de recurs prevăzut de art. 304 pet. 9 Cod proc. civ.

Referitor la incidența art. 138 lit. a din legea 85/2006, în motivarea soluției de admitere a acțiunii, prima instanță reține următoarele: "Judecătorul sindic apreciază însă că fapta pârâtului J.M. întrunește condițiile art. 138 lit. a din legea 85/2006, în sensul că acesta a folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane. Astfel, în decembrie 2007 și pe parcursul anului 2008, debitoarea a utilizat creditele bancare contractate în alte scopuri decât cele pentru care au fost contractate, respectiv oferind aceste sume cu titlu de împrumut unor alte societăți comerciale.

Cu privire la pârât se reține sub aspect probatoriu și neprezentarea acestuia la interogatoriu la termenul de judecată din 24.02.2012 stabilit în acest sens și pentru care

pârâtul a fost legal citat, față de care judecătorul sindic face aplicarea dispozițiilor art. 225 Cod proc. civ. cu privire la situația de fapt invocată prin întrebările formulate în cuprinsul interogatoriului, în sensul că pârâtul a plătit diverse sume cu titlu de avans către diverse societăți, fără a face demersuri pentru recuperarea acestora în urma neîndeplinirii contraprestației corespunzătoare de către acestea, și a imposibilității de justificare a soartei sumei primite cu titlu de credit de către societate în 2007".

Recurentul arată că nu este de acord cu concluziile primei instanțe. Astfel, linia de credit a fost contractată pentru a duce la îndeplinire obiectul de activitate al societății, respectiv achiziționarea de autoturisme. Cu sumele de bani provenite din credit societatea a achitat avansuri către 5 societăți pentru achiziționarea de autoturisme, însă autoturismele nu au putut fi livrate deoarece societățile respectiv au intrat în insolvență. Prin urmare, în nici un caz nu a folosit creditele societății în interes personal. Faptul că acele mașini nu au fost livrate se datorează unor împrejurări obiective, neimputabile lui, firmele partenere intrând în procedura insolvenței. În aceste condiții, concluzia primei instanțe în sensul că debitoarea a utilizat creditele bancare contractate în alte scopuri decât cele pentru care au fost contractate, respectiv oferind aceste sume cu titlu de împrumut unor alte societăți comerciale este lipsită de temei legal, atâta timp cât din creditele respective s-au plătit avansuri pentru achiziționarea de autoturisme, scop care nu a mai fost atins din motive obiective.

Referitor la împrumuturile acordate, nereturnarea acestora s-a datorat tot strict contextului economic general, sumele nemaiputând fi recuperate în urma insolvenței sau dizolvării societăților respective, fiind aceeași cu situația bunurilor care nu au mai intrat în patrimoniul debitoarei, deși au fost achitate avansuri în acest scop, toate firmele implicate în aceste demersuri fiind în insolvență și respectiv în lichidare.

De asemenea, referitor la incidența art. 138 lit. a din Legea 85/2006 prima instanță nu a analizat deloc apărările recurentului referitor la faptul că, din contră, a creditat societatea achitând ratele de leasing. Astfel, în cursul anului 2007, au fost încheiate doua contracte de leasing, privind doua autoturisme, care urmau să fie revandute și închiriate, în scopul obținerii de venituri pentru societate. Avansurile pentru aceste achiziții au fost depuse de recurent, în nume propriu. Activitatea societății însă nu a decurs în maniera scontată, datorită contextului economic general și în special datorită clienților rău plătnici. Recurentul, în ciuda acestor premise nefavorabile, a continuat să crediteze societatea, achitând ratele de leasing. În ciuda eforturilor sale, la începutul anului 2009 contractele de leasing nu au mai putut fi derulate, nemaifiind acceptate întârzieri la plata, astfel încât mașinile nu au mai putut fi recuperate și utilizate pentru desfășurarea activității societății debitoare.

Neprezentarea recurentului la interogatoriu, acest fapt nu echivalează cu dovedirea susținerilor lichidatorului judiciar, această probă trebuind să fie analizată în contextul și în coroborare cu toate dovezile de la dosar. Or, după cum a arătat mai sus, recurentul nu a folosit bunurile și creditele societății în interes personal sau în folosul altei persoane, din contră, a creditat societatea cu scopul de a-și realiza obiectul de activitate.

Recurentul arată că nu este de acord cu concluziile primei instanțe. Societatea nu a avut datorii până la momentul controlului efectuat de DGFP Cluj, ocazie cu care au fost stabilite obligații suplimentare de plată, o parte a acestora fiind datorate vechii administrații a societății, anterior dobândirii de către acesta a calității de administrator al

societatii. Este vorba in special de impozitul pe profit suplimentar stabilit la nivelul anului 2006, in cuantum total de 2683 lei.

Acest impozit a fost stabilit ca efect al stabilirii faptului ca suma de 16.770 lei a fost calificata de catre vechea administratie a societatii ca fiind cheltuieli deductibile, inasa in opinia echipei de inspectie fiscala suma mentionata nu era deductibila, datorita lipsei de documente justificative pe de o parte, cat si datorita faptului ca au fost realizate cheltuieli de combustibil si intretinere a autoturismelor, pe de alta parte.

Prin urmare, nu poate fi retinuta nicio culpa a recurentului fata de lipsa acestor documente si, pe cale de consecință, nici față de considerarea eronată a acestor cheltuieli ca fiind deductibile, din două perspective: pe de o parte, nedeținând nicio calitate in societatea debitoare la nivelul anului 2006, nu a avut nicio implicare in intocmirea, intocmirea eronata sau neintocmirea documentelor justificative care au fost solicitate de catre echipa de inspectie fiscala. Desi s-a incercat identificarea acestor documente, acestea nu au putut fi identificate, nefiind predate de catre vechea administratie. In al doilea rand, deducerea considerata injusta de TVA a fost realizata tot la nivelul anului 2006, recurentul neavand la acea data nicio implicare in societate si in mod corelativ nici in aceasta operatiune. Pe cale de consecință, nu îi poate fi imputata obligatiya de plata a sumei de 2.683 lei, având proveniența mai sus menționata.

Cu privire la sumele aferente perioadei 2007 - 2009, în cuprinsul raportului de inspectie fiscala se arata ca in perioada 2007-2009 societatea debitoare a fost parte in doua contracte de leasing, avand ca si scop achizitionarea a doua autoturisme. In mod corelativ, au fost realizate diverse cheltuieli, reprezentate in principal de prime de asigurare pentru autovehiculele in discutie si taxe si impozite. Aceste cheltuieli, in cuantum total de 59.072 lei, au fost considerate de catre echipa de inspectie fiscala ca fiind cheltuieli nedeductibile din punct de vedere fiscal, in considerarea faptului ca pentru respectiva perioada societatea nu a inregistrat venituri. Temeiul legal invocat a fost art. 21 al. 1 din Legea 571/2003 republicata, potrivit caruia "pentru determinarea profitului impozabil sunt considera te cheltuieli deductibile numai cheltuielile efectuate in scopul realizarii de venituri impozabile".

Cu alte cuvinte, strict avand in vedere ca societatea nu a realizat in concret venituri de pe urma celor doua autoturisme, organul fiscal deduce in mod total eronat ca respectivele cheltuieli nu au fost efectuate in scopul realizarii de venituri si in mod corelativ ca acestea nu sunt cheltuieli deductibile. Aceasta interpretare este inasa intr-o contradictie flagranta cu dispozitiile articolului mentionat, avand in vedere ca organul fiscal pune semnul egal intre cheltuieli efectuate in ipoteza unor venituri efectiv realizate si cheltuieli efectuate in scopul realizarii de venituri. Astfel, relevant este scopul urmarit, si nu operatiunile efectiv realizate, conditie care in speta consideramca a fost respectata pe deplin de catre societatea debitoare, operatiunile realizate de catre debitoare fiind circumscrise in mod clar obiectului sau de activitate.

Recurentul nu este de acord cu concluzia primei instanțe în sensul că necontestarea obligatiilor fiscale a dus la nașterea stării de insolvență, care în consecință ar fi imputabilă acestuia. Nu există nici o legătură între contestarea deciziei de impunere și starea de insolventă a societății. Astfel, era posibil ca o eventuală contestatie/actiune în contencios să fie respinsă, obligatiile fiscale rămânând aceleași, fără ca subsemnatului să i se poată imputa starea de insolventă a societății.

Instanta a mai retinut următoarele, în motivarea soluției de admitere a acțiunii: "Netinerea contabilității în mod corect nu face posibilă sesizarea dificultăților cu care se confruntă societatea și face insesizabilă starea de insolvență care poate să apară la un moment dat, aspecte care ar fi înlăturate în condițiile unei contabilități ținute corect care ar permite administratorilor să ia măsurile necesare pentru preîntâmpinarea unor astfel de situații".

Nu este de acord cu această concluzie, deoarece, după cum a arătat și în fața primei instanțe, societatea nu a avut datorii până la momentul controlului efectuat de DGFP Cluj, ocazie cu care au fost stabilite obligații suplimentare de plată, o parte a acestora fiind datorate vechii administrații a societății, anterior dobândirii de către recurent a calității de administrator al societății.

Echipa de inspectie fiscala a procedat la verificarea operațiunilor legate de creditele bancare contractate. Toate creditele descrise în cuprinsul raportului de inspectie fiscala au avut ca si scop achizitionarea de autoturisme, în scopul realizării obiectului de activitate al societății.

Cu toate acestea, pe baza temeiului legal și a rationamentului expus anterior, echipa de inspectie fiscala a considerat ca cheltuielile realizate cu ocazia contractării creditelor nu sunt cheltuieli deductibile din punct de vedere fiscal, în suma de 102.228,17 lei.

Echipa de inspectie fiscala a identificat TVA declarat deductibil de către debitoare, rezultând din operațiuni de leasing aferente achiziționării de autoturisme, însă având în vedere că societatea debitoare nu a realizat operațiuni impozabile, a considerat că nu au fost respectate prevederile art. 145 al. 2 lit. a din Legea 571/2003 republicată, potrivit căreia "orice persoană are dreptul să deducă taxa aferentă achizițiilor dacă acestea sunt destinate utilizării în folosul următoarelor operațiuni: a) operațiuni taxabile", în concluzie neacordând drept de deducere TVA în suma de 38.263 lei. Același rationament și temei de drept a fost utilizat și în ceea ce privește deducerea TVA realizată de către debitoare în legătură cu plata unor avansuri în vederea achiziționării de autoturisme, în consecință neacordând drept de deducere pentru suma de 122.941 lei.

Din nou, considera că rationamentul organului fiscal este eronat, deoarece nu s-a analizat la niciun moment relevanța art. 146 Cod Fiscal. Astfel, în condițiile în care au fost prezentate documente justificative pe baza cărora era posibilă deducerea de TVA, este irelevantă împrejurarea obținerii de venituri de către societatea debitoare. Este practic situația în care o societate realizează diverse investiții în vederea realizării obiectului său de activitate, însă în cauze neprevăzute aceste investiții nu pot fi finalizate și în consecință nu poate fi facturat pretul către beneficiarul final. Ar fi injustă interpretarea conform căreia aceste situații ar conduce la o imposibilitate de plan de deducere a TVA-ului, atât având în vedere caracterul neprevăzut al acestor situații, cât și având în vedere că în general astfel de investiții se desfășoară pe o perioadă îndelungată, în timp ce TVA-ul se deduce pe perioade mai reduse.

Dealtfel, aceasta a fost și situația în speta, nefinalizarea operațiunilor de achiziționare de autoturisme fiind generate de contextul economic general și de faptul că numeroase dintre societățile implicate au intrat în insolvență. Pentru aceste motive, considera că nu poate fi reținută recalcularea obligațiilor de plată TVA, în raport cu calificarea sumelor menționate în raportul de inspectie fiscala ca fiind sume nedeductibile.

Nepredarea bilanțurilor contabile menționate nu îi este imputabilă, fiind în realitate imputabilă SC L.C.C. SRL, societate la care a depus documentele contabile în fiecare lună, însă aceasta neîndeplinindu-și obligațiile asumate.

Așadar, din prisma stării de fapt expuse, rezulta că multe dintre aspectele care îi sunt imputate prin cererea de antrenare a răspunderii personale sunt nejustificate. Astfel, nu se poate afirma cu temei faptul că a folosit bunurile și creditele debitoarei în folosul altei persoane, întrucât toate operațiunile care au fost efectuate au avut ca și scop obținerea de venituri de către societatea debitoare, prin realizarea obiectului de activitate al acesteia. Mai mult, recurentul a încercat să sprijine redresarea societății, finanțând-o cu sume importante în vederea plății datoriilor contractate.

Analizând sentința recurată prin prisma motivelor de recurs, precum a dispozițiilor art.304, art.304¹ C.proc.civ., instanța constată următoarele:

Curtea observă că judecătorul sindic și-a argumentat soluția de admitere a cererii de antrenare a răspunderii pârâtului J.M. în temeiul art.138 alin.1 lit.a din Legea 85/2006 pe faptul că, în luna decembrie 2007 și pe parcursul anului 2008, pârâtul a utilizat, în alte scopuri, creditele bancare contractate pentru efectuarea unor anumite operațiuni.

Recurentul a susținut că a achitat avansuri cu sumele provenite din linia de credit, însă autoturismele nu au mai putut fi livrate întrucât respectivele societăți au intrat în insolvență, fapt care nu îi este imputabil. În acord cu judecătorul sindic, curtea observă că, în speță, pârâtul nu a făcut dovada că a încercat intrarea în posesia autoturismelor sau recuperarea avansurilor, comportamentul pasiv fiindu-i imputabil și ducând la concluzia că, în fapt, sumele respective au constituit veritabile împrumuturi pentru societățile care au intrat în insolvență.

Referitor la faptele prevăzute de lit.d din lege, curtea reține, pe de o parte, faptul că majoritatea apărărilor recurentului cu privire la creanța DGFP Cluj reprezintă, în fapt, apărări de natura celor care pot fi invocate numai pe calea contestației fiscale, astfel că nu pot fi analizate în prezentul cadru procesual (creanța este înscrisă în tabelul definitiv și provine din titluri executorii necontestate în termen), iar, pe de altă parte, revine pârâtului culpa pentru neținerea unei contabilități în conformitate cu legea în perioada în care a fost administratorul debitoarei.

Astfel, deși acesta a invocat faptul că impozitul pe profit suplimentar este aferent anului 2006, precum și faptul că nu i s-au predat documentele justificative, curtea nu va reține aceste apărări. În primul rând, la momentul preluării administrării debitoarei, pârâtul avea obligația de a acționa ca un bun profesionist, neputând invoca în apărarea sa propriul comportament culpabil reprezentat de acceptarea preluării unei situații contabile neînsoțite de documente justificative, și, de asemenea, avea posibilitatea de a verifica ulterior cesiunii situația reală contabilă a societății, inclusiv situația datoriilor bugetare și de a încerca să o redreseze, ieșind din starea de pasivitate pe care a manifestat-o până la data intrării în insolvență. Faptul că pârâtul a susținut constant că, până în momentul controlului fiscal, nu a avut datorii către stat nu face decât să confirme concluziile instanței în sensul că pârâtul nu a efectuat minime verificări contabile care ar fi relevat existența acestor debite constatate cu ocazia controlului atât pentru perioada anterioară, cât și pentru perioada în care pârâtul a administrat societatea.

Nu poate fi reținută apărarea reiterată în recurs conform căreia nepredarea bilanțurilor nu îi este imputabilă pârâtului, întrucât, potrivit art.10 din Legea 82/1991 și art.73 alin.1 lit.c din Legea 31/1990, indiferent că administratorul statutar ține el însuși contabilitatea sau apelează la persoane specializate, este ținut personal responsabil pentru organizarea și conducerea contabilității.

Cu privire la critica conform căreia starea de insolvență a fost rezultatul direct și exclusiv al situației economice ai partenerilor de afaceri, curtea reține că este suficient ca faptele reținute în sarcina pârâtului să fi determinat, chiar și indirect și coroborat cu elementele obiective, apariția stării de insolvență pentru ca răspunderea pârâtului să fie antrenată pe temeiul art.138 alin.1 din Legea 85/2006.

Având în vedere considerentele expuse, curtea constată că judecătorul sindic a făcut o corectă apreciere a stării de fapt și de drept, astfel că, în temeiul art.8 din Legea 85/2006 și art.312 C.proc.civ., va respinge recursul ca neîntemeiat, cu consecința menținerii sentinței atacate. (Judecător Cristina Pașol)

4. Procedura insolvenței. Plan de reorganizare. Respingerea cererii de confirmare. Neîndeplinirea condițiilor prevăzute de art.101 din Legea nr.85/2006. Interpretarea votului negativ al creditorului bugetar

***Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal,
decizia nr. 385 din 14 ianuarie 2013***

Prin sentința civilă nr. 2644 din 13.06.2012 a Tribunalului Specializat Cluj, a fost respinsă ca neîntemeiată cererea de repunere în termen formulată de creditoarea contestatoare D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ.

A fost admisă excepția tardivității formulării acțiunii în anularea Procesului verbal al Adunării generale a creditorilor debitoarei SC S. SRL din 3 mai 2012 formulată de creditoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ.

A fost respinsă ca tardiv formulată acțiunea în anularea Procesului verbal al Adunării generale a creditorilor debitoarei SC S. SRL din 3 mai 2012 formulată de creditoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ.

A fost respinsă ca neîntemeiată cererea formulată de administratorul judiciar S.P. „H.I. SPRL privind confirmarea planului de reorganizare a debitoarei SC S. SRL.

S-a dispus intrarea în faliment a debitoarei SC S. SRL, și a fost desemnat în calitate de lichidator judiciar S.P. „H.I. SPRL, care a îndeplinit atribuțiile prevăzute de art. 25 din Legea nr. 85/2006.

S-a dispus dizolvarea societății debitoare SC S. SRL.

A fost fixat termenul maxim de predare a gestiunii averii de la debitoare către lichidator, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii pentru data de 30 iunie 2012.

A fost stabilit termenul limită pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor asupra averii debitoarei în vederea întocmirii tabelului suplimentar al creanțelor la data de **25 iulie 2012**, termenul de verificare, întocmire, afișare și comunicare a tabelului suplimentar al creanțelor, la data de **16 august 2012**, termenul pentru depunerea contestațiilor cu privire la creanțele și drepturile de preferință trecute de lichidatorului judiciar în tabelul preliminar fiind de 5 zile de la publicarea tabelului

preliminar în Buletinul Procedurilor de Insolvență și termenul pentru soluționarea eventualelor contestații și pentru afișarea tabelului definitiv al creanțelor la **12 septembrie 2012**.

S-a dispus notificarea de către lichidatorul judiciar provizoriu a intrării în faliment în condițiile art. 108 alin. 1 din Legea nr. 85/2006 debitoarei și Oficiului Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Cluj pentru efectuarea mențiunii.

S-a dispus sigilarea bunurilor din averea debitoarei și îndeplinirea celorlalte operațiuni de lichidare.

S-a dispus în sarcina lichidatorului judiciar provizoriu obligația de a depune rapoarte lunare privind modul de îndeplinire a atribuțiilor sale, cu justificarea cheltuielilor, la fiecare termen de continuare a procedurii.

A fost fixat termen pentru examinarea stadiului procedurii la data de 12 septembrie 2012, ora 11, sala 249.

Pentru a pronunța această sentință tribunalul a reținut următoarele:

La data de 27 februarie 2012 administratorul judiciar S.P. „H.I. SPRL a afișat la ușa instanței tabelul definitiv de creanțe împotriva averii debitoarei SC S. SRL, iar la 29 martie 2012, debitoarea prin administratorul special, înăuntrul termenului de 30 de zile prevăzut de art. 94 alin.1 lit. b din Legea nr.85/2006, a depus un plan de reorganizare a activității, plan care îndeplinește condițiile impuse de art.94 alin.3, art.95 alin.1, 2, 3, 6 lit. a și b din Legea nr.85/2006, adunarea generală a creditorilor având ca obiect supunerea spre aprobare a acestui plan fiind convocată pentru data de 3 mai 2012.

Potrivit planului de reorganizare depus, au fost considerate creanțe defavorizate creanțele bugetare care participă la distribuiri în proporție de 10,66% din sumele înscrise în tabelul definitiv al creanțelor și creanțele chirografare care nu vor participa la distribuiri, valoarea de distribuire fiind zero. Creanțele salariale s-au propus a fi achitate în termen de 30 de zile în integralitate, aceeași soluție fiind adoptată și în ceea ce privește creanțele garantate.

Din procesul-verbal al adunării creditorilor din data de 3 mai 2012 a rezultat că și-au exprimat votul asupra planului de reorganizare următoarele categorii de creanțe: creanțe salariale, categorie care a votat în unanimitate planul de reorganizare propus, categoria creanțelor bugetare, în cadrul căreia a votat pentru plan Municipiul Cluj-Napoca, deținând 0.0075% din această categorie, votând împotriva D.G.F.P. CLUJ care deține creanțe reprezentând 99,20 din această categorie, astfel că aceasta categorie a votat împotriva planului. În categoria creanțelor chirografare au votat planul de reorganizare Asociația P.M. Cluj, SC G.R.N. SRL, I.C., SC S.C. SRL, SC T.E.I.E. SRL și SC D.P. SRL, respectiv 99,92% din creanțe au votat pentru, astfel că această categorie a votat planul.

În ceea ce privește categoria creanțelor garantate, singurul creditor înscris în această categorie, D.G.F.P. CLUJ s-a reținut că nu a transmis un vot asupra planului de reorganizare, aferent creanței sale, astfel că raportat la dispozițiile art. 101 alin. 1 lit. D, administratorul judiciar a considerat că aceasta a acceptat planul de reorganizare.

Problema în discuție este reprezentată de modul în care administratorul judiciar a valorificat votul creditorului D.G.F.P. CLUJ, creditor care este inclus atât în categoria creanțelor bugetare cât și unicul creditor în categoria creanțelor garantate. Astfel, deși în adresa de înaintare a poziției acestui creditor se menționează că se transmite votul creditorului bugetar, în poziția acestui creditor nu se limitează votul acestuia doar la

categoria creanțelor bugetare, acesta transmițând o singură poziție cu privire la planul de reorganizare prin care arată că nu este de acord cu admiterea acestuia, ori raportat la acest vot, în mod nelegal administratorul judiciar a considerat că în categoria creanțelor garantate nu s-a exprimat nici un vot, ci votul unicului creditor fiind unul negativ, trebuia să considere această categorie ca fiind împotriva planului de reorganizare.

De asemenea, nu se poate reține în cauză dispoziția art. 101 alin. 1 lit. D din Legea nr. 85/2006, căci această prezumție de acceptare a planului devine incidentă doar în situația în care creditorii nu își exprimă o opțiune de vot, pro sau contra, căci dacă am accepta că prin simplul fapt că aceste creanțe ar fi plătite în termen de 30 de zile integral duce automat la considerarea acceptării planului s-ar goli de conținut dreptul de vot al acestor creditori, fapt care nu poate fi acceptat.

În ceea ce privește susținerile administratorului judiciar și a administratorului special că în ceea ce privește categoria creanțelor garantate acestea sunt sub condiție suspensivă și nu au drept de vot, judecătorul sindic a reținut că într-adevăr această creanță este o creanță sub condiție, însă această condiție este o condiție rezolutorie. Astfel, creanța în cuantum de 12.000 lei se întemeiază pe raportul de inspecție fiscală nr. F-CJ 978/31.10.2011 care a stat la baza emiterii deciziei de impunere, raport de control contestat pe calea contenciosului administrativ fiscal de către debitoare. Potrivit art. 215 alin. 1 Cod procedură fiscală (O.G. nr. 92/2003, republicată, cu modificările ulterioare), introducerea contestației pe calea administrativă de atac nu suspendă executarea actului administrativ fiscal, astfel că până la o eventuală invalidare (totală sau parțială) actul administrativ fiscal își produce efectele, astfel că nu creanța fiscală a creditorului D.G.F.P. CLUJ este o creanță sub condiția rezolutorie a admiterii contestației administrativ fiscale, iar nu sub condiție suspensivă cum s-a reținut de administratorul judiciar și susținut de administratorul special.

Astfel, din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 64 alin. 4 și 5 din Legea nr. 85/2006, având în vedere și natura juridică a condiției rezolutorii, creanțele sub condiție rezolutorie au drept de vot și participă la distribuiri până la îndeplinirea acesteia, astfel că în categoria creanțelor garantate, creditoarea D.G.F.P. CLUJ avea drept de vot.

Având în vedere faptul că două categorii de creditori au adoptat planul și două categorii au votat împotriva adoptării planului, neexistând o majoritate de cel puțin jumătate plus una dintre categoriile de creanțe, nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 101 alin.1 lit. a din Legea nr.85/2006, judecătorul sindic a respins ca neîntemeiată cererea formulată de administratorul judiciar S.P. „H.I. SPRL privind confirmarea planului de reorganizare a debitoarei SC S. SRL.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs S.C. S. S.R.L., solicitând în principal modificarea în tot a sentinței recurate în sensul admiterii propunerii administratorului judiciar de confirmare a planului de reorganizare depus de către recurentă prin administratorul special, în subsidiar, casarea sentinței recurate și trimiterea cauzei spre rejudecare Tribunalului Specializat Cluj.

În motivarea recursului arată următoarele:

Planul de reorganizare a fost depus la data de 28.03.2012, fiind întocmit cu respectarea tuturor prevederilor art. 95 și următoarele din Legea 85/2006.

La termenul din data de 16.05.2012, judecătorul sindic a pus în discuție faptul că prin adunarea creditorilor din data de 03.05.2012, în cadrul careia s-a votat asupra

planului de reorganizare, în realitate nu ar fi fost întrunite exigentele prevăzute de art. 101 din Legea 85/2006, în sensul că planul de reorganizare nu ar fi fost ratificat de către majoritatea grupelor de creanțe existente în prezenta procedură.

În realitate, în cadrul prezentei proceduri, conform tabelului definitiv de creanțe, există 4 grupe de creditori: grupa creditorilor chirografari, grupa creditorilor salariați, grupa creditorilor garantati și grupa creditorilor bugetari. Dintre aceste grupe, grupa creditorilor chirografari și grupa creditorilor salariați au votat în mod expres pentru adoptarea planului de reorganizare, conform procesului verbal al adunării creditorilor din data de 03.05.2012.

Referitor la celelalte două grupe, grupa creditorilor garantati este reprezentată de un singur creditor, respectiv Administratia Finantelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj Napoca prin DGFP Cluj, iar grupa creditorilor bugetari este formată de același creditor (Administratia Finantelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj Napoca prin DGFP Cluj), în proporție de 99,20%, la care se adaugă creanțele ITM Cluj Napoca și ale Municipiului Cluj Napoca.

Prin adresa de vot comunicată de către creditorul Administratia Finantelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj Napoca prin DGFP Cluj, acesta arată că se opune adoptării planului de reorganizare, făcând referire în mod expres la suma de 5.281.858 lei și la prevederile art. 100 al. 3 lit. c. În acest context, arată că suma de 5.281.858 lei reprezintă în fapt doar creanțele chirografare, iar prevederile art. 100 al. 3 lit. c din Legea 85/2006, invocate în mod expres de către creditoarea AFP fac trimitere exclusiv la creanțele bugetare. Asadar, prin adresa de vot înaintată, creditoarea înțelege să voteze împotriva planului de reorganizare exclusiv cu privire la creanța bugetară pe care o deține împotriva recurenței în cadrul acestei proceduri. Per a contrario, creditoarea nu s-a opus în vreun fel adoptării planului de reorganizare în ceea ce privește creanța garantată pe care o deține împotriva recurenței.

În realitate, conform planului de reorganizare, creanța garantată deținută de către creditoare, în cuantum de 12.000 lei, va fi achitată în termen de 30 de zile de la data confirmării planului de reorganizare.

Legea insolvenței instituie o prezumție absolută de votare a planului de reorganizare de către o grupă de creditori în situația în care creanțele din respectiva grupă vor fi achitate în termen de 30 de zile de la confirmarea planului de reorganizare.

Această împrejurare a fost confirmată și de către administratorul judiciar desemnat în cauză, prin procesul verbal al adunării creditorilor, reținându-se faptul că Administratia Finantelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj Napoca prin DGFP Cluj, care deține 100% din creanțele înscrise în categoria creanțelor garantate, prin scriptul transmis nu exprimă un vot asupra planului de reorganizare, aferent creanței înscrise în categoria creanțelor garantate. În continuare, în același raport, se arată faptul că categoria creanțelor garantate este considerată ca a acceptat planul raportat la dispozițiile art. 101 al. 1 lit. D din Legea 85/2006.

În alta ordine de idei, prin contestația împotriva procesului verbal al adunării creditorilor recurenței, încheiat la data de 03.05.2012 (respinsă ca tardivă), Administratia Finantelor Publice arată în mod explicit că creanța garantată de 12.000 lei este "este sub condiție, prin urmare nu ne conferă drept de vot, situație în care categoria creditorilor garantati nu există la data votării". Asadar, însăși creditoarea apreciază, că fiind în prezenta unei creanțe sub condiție, grupa creditorilor garantati nu ar fi putut vota.

In acest caz, cu atat mai mult, planul trebuia sa fie confirmat, intrucat voturile pe grupe ar fi fost de 2 la 1 in sensul votarii planului.

Totodata, din chiar motivele invocate in cadrul contestatiei, AFP arata si confirma explicit, din nou, faptul ca votarea impotriva planului s-a realizat doar in ceea ce priveste creantele bugetare si nicidecum creantele garantate.

Solicita de asemenea admiterea cererii de suspendare, intrucat este evident faptul ca in realitate societatea are sanse reale de reorganizare, iar planul propus in acest sens indeplineste toate conditiile necesare. Din pacate, judecatorul sindic nu a inteles sa constate indeplinirea reala a tuturor conditiilor impuse de Legea 85/2006 in ceea ce priveste confirmarea planului de reorganizare, cu toate ca acestea erau indeplinite inclusiv raportat la votarea planului astfel propus. E evident ca efectele executarii sentintei de intrare in faliment ar fi practic ireversibile si bine inteles, extrem de prejudiciabile pentru recurentă.

Recurenta arată că are in prezent in derulare un numar de peste 400 de contracte avand ca si obiect dispecerizare si peste 20 de obiective cu paza umana. Prezinta de asemenea o deosebita importanta faptul ca recurenta are prezent un numar de 177 de angajati. In mod evident, in situatia in care sentinta de intrare in faliment ar fi pusa in executare, contractele de munca ale angajatilor ar inceta. Acest aspect afecteaza in egala masura posibilitatea sa de desfasurare a planului de reorganizare, deoarece sansele de a gasi ulterior alte persoane la fel de potrivite pentru desfasurarea activitatii sunt reduse. La acest fapt se adauga si consecinta pierderii locurilor de munca de catre angajatii acesteia.

Tot referitor la sansele recurentei de reorganizare, arată ca aceasta a reusit incheierea de noi contracte inclusiv ulterior deschiderii procedurii insolventei, in acest interval incheindu-se 5 contracte noi de monitorizare si interventie. Asadar, in prezent se afla intr-un moment in care se redreseaza in mod real, raportat la cauzele care au generat insolventa (principalele cauze fiind criza economica mondiala, modificarea comportamentului cumparatorilor, concurenta reala de pe piata), sansele de reorganizare fiind extrem de sporite. Cu toate acestea, reorganizarea va fi posibila doar in cazul in care societatea va mentine contractele aflate in prezent in derulare si va avea posibilitatea de a angaja noi contracte, in cel mai scurt timp posibil.

Împotriva aceleiași sentințe au declarat recurs și creditorii salariali ai debitoarei, reiterând, în esență, motivele invocate în recursul debitoarei prin administrator special.

Analizând recursurile declarate prin prisma motivelor invocate, precum și a dispozițiilor legale relevante, curtea reține următoarele:

Cu privire la cererea de suspendare a executării sentinței, raportat la dispozițiile art.300 alin.2 C.proc.civ., precum și la faptul că recursurile sunt soluționate la același termen cu cererea de suspendare, curtea o va respinge ca fiind rămasă fără obiect.

Cu privire la recursurile declarate, curtea reține că, în vederea votării planului de reorganizare a debitoarei SC S. SRL, s-au constituit, în conformitate cu prevederile art.100 din Legea 85/2006, patru categorii de creanțe: grupa creanțelor garantate, constituită din creanța în cuantum de 12.000 lei deținută de AFPCM Cluj, grupa creanțelor salariale, compusă din creanțele deținute de salariații debitoarei, grupa

creanțelor bugetare, alcătuită din creanțe totale în cuantum de 5.281.858 lei, deținute de creditorii bugetari Administrația Finanțelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj – Napoca, ITM Cluj și Municipiul Cluj – Napoca, precum și grupa creanțelor chirografare, constând în diverse creanțe deținute de alți creditori.

În cadrul adunării creditorilor din data de 03.05.2012, cu privire la planul de reorganizare propus de administratorul judiciar s-a votat astfel:

³⁵₁₇ AFPCM Cluj – Napoca, creditor ce deține, ca drept de vot, aproximativ 98% din creanțele bugetare și 100% din cele garantate – a transmis un punct de vedere prin care a arătat că propune ca planul să nu fie admis;

³⁵₁₇ Creanțele salariale au votat favorabil;

³⁵₁₇ Creanțele chirografare au acceptat planul.

Administratorul judiciar a apreciat că, întrucât în cadrul punctului său de vedere, AFPCM Cluj – Napoca a făcut referire expresă doar cu privire la creanțele bugetare, acest creditor este considerat ca acceptând planul de reorganizare, întrucât creanța sa garantată urma a fi plătită în următoarele 30 de zile.

În acord cu judecătorul sindic, curtea apreciază că un asemenea punct de vedere nu poate fi primit. Astfel, nu se poate scinda votul exprimat de un anume creditor doar pentru că acesta ar deține două sau mai multe categorii de creanțe cu drept distinct de vot. Din moment ce un creditor și-a exprimat votul negativ asupra planului, motivarea acestuia nu poate fi interpretată împotriva creditorului respectiv. Este evident că, strict în considerarea creanței garantate și care ar fi urmat să fie achitată în 30 de zile, AFPCM Cluj – Napoca nu avea motive să respingă planul, însă nu trebuie omis că același creditor mai deține și o altă creanță bugetară care, în opinia sa, nu va fi fost plătită satisfăcător ca urmare a reorganizării debitoarei, acest aspect conducând la exprimarea unui vot negativ.

Prin urmare, votul AFPCM Cluj – Napoca nu poate fi considerat decât negativ cu privire la *ambele* tipuri de creanțe deținute, indiferent că acest creditor considera că nu are drept de vot pentru creanța garantată pe care o deține (și cu privire la care judecătorul sindic a motivat temeinic caracterul de creanță sub condiție rezolutorie și nu suspensivă). În caz contrar, s-ar ajunge la concluzia absurdă că, deși un creditor a votat majoritar împotriva planului într-o anumită categorie de creanțe, totuși planul să fie adoptat împotriva voinței sale datorită considerării planului ca acceptat într-o altă categorie de creanțe în care același creditor deține 100%.

De altfel, judecătorul sindic a reținut corect faptul că textul art.101 alin.1 lit.D din lege nu se poate aplica decât situației în care un creditor nu își exprimă deloc votul, fiind vorba de o prezumție relativă, nu absolută, astfel cum susține debitoarea prin administrator special. Or, în speța de față, creditorul AFPCM Cluj – Napoca a fost neechivoc în sensul respingerii planului și doar în motivarea poziției sale face referire la categoria creanțelor bugetare. Nu s-ar putea admite ca situația acestui creditor să fie diferită în ipoteza în care ar fi transmis doar votul său negativ (*propunem ca planul de reorganizare să nu fie admis*), neînsoțit și de considerentele pe care le-a avut în vedere pentru a vota împotriva, față de ipoteza de față, în care creditorul a făcut chiar mai mult decât îi impuneau dispozițiile legale.

Având în vedere considerentele expuse, curtea constată că judecătorul sindic a făcut o corectă apreciere a stării de fapt și de drept, astfel că, în temeiul art.312 C.proc.civ., va respinge recursurile declarate ca neîntemeiate, cu consecința menținerii

sentinței atacate. Totodată, va lua act că nu s-au solicitat cheltuieli de judecată. (Judecător Cristina Pașol)

5. Declarație de creanță înregistrată tardiv, dar înscrisă în tabelul creanțelor. Formularea unei contestații întemeiate pe tardivitatea declarației, cu depășirea termenului de contestare a tabelului. Decădere din dreptul de a invoca tardivitatea declarației de creanță

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1184 din 4 februarie 2013

Prin sentința civilă nr. 4538 din 29.06.2012 a Tribunalului Maramureș a fost respinsă acțiunea formulată de reclamanta H.D.V. în calitate de administrator special al SC T.C. SA Baia Mare, în reorganizare, în contradictoriu cu intimații Municipiul Baia Mare prin Primar și Primăria Municipiului Baia Mare și P.G. IPURL Baia Mare, desemnat administrator judiciar al SC T.C. SA Baia Mare.

Pentru a pronunța această sentință, tribunalul a reținut următoarele:

Prin sentința civilă nr. 1786 din 12 iunie 2007 judecătorul – sindic a respins contestația formulată de debitorul SC T.C. SA Baia Mare și a admis cererea Direcției Generale a Finanțelor Publice Maramureș, dispunând deschiderea procedurii insolvenței, iar termen pentru înregistrarea creanțelor a fost stabilit la 6.08.2007.

Este real faptul că intimatul creditor Municipiul Baia Mare a înregistrat declarația de creanță la 7.08.2007

Potrivit dispozițiilor art. 76 al. 1, „cu excepția cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 7, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 62 al. 1 lit. b, va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură”.

Din economia textului de lege invocat anterior rezultă că sancțiunea decăderii se aplică celui care nu a depus cererea în termen și că acesta va fi decăzut de a fi înscris în tabelul creanțelor.

Conform art. 76 al. 2, text de lege invocat expres de contestatoare, decăderea va putea fi invocat oricând, de orice parte interesată, pe cale de acțiune sau excepție.

Având în vedere că decăderea privește situația expresă reglementată de art. 76 al. 1, judecătorul – sindic a considerat că în cauză nu sunt incidente aceste norme, raportat la faptul că creanța declarată de Municipiul Baia Mare prin Primar a fost înscrisă în tabelul creditorilor care n-a fost contestat în termen.

Mai mult, această creanță a fost cuprinsă în planul de plăți al planului de reorganizare votat și confirmat de judecătorul – sindic, fiind executat prin efectuarea de plăți la nivelul sumei de 25.960 lei.

Împotriva sentinței a declarat recurs debitoarea SC T.C. SA PRIN ADMINISTRATOR SPECIAL H.D.V., solicitând admiterea recursului, modificarea în tot a sentinței civile recurate, admiterea acțiunii și radierea din tabelul creditorilor și din programul de plăți întocmit în cadrul Planului de reorganizare modificat, a creanței declarate tardiv de către Municipiul Baia Mare prin Primar - Primăria Municipiului Baia Mare împotriva averii debitorului S.C. T.C. S.A., considerarea plăților în sumă de

25,960,00 lei, efectuate până la data formulării acțiunii civile prezente, către Municipiul Baia Mare prin Primar ca fiind aferente obligațiilor datorate către bugetul Primăriei Municipiului Baia Mare cu titlu de creanțe născute în cursul procedurii.

În motivarea recursului se arată că Tribunalul Maramureș reține în considerentele sentinței civile recurate că potrivit dispozițiilor art. 76, al.1, cu excepția cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 7, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 62, alin. 1, litera b, va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură.

De asemenea, sunt menționate dispozițiile art. 76, aliniatul 2 din Legea nr. 85/2006 potrivit căreia decăderea va putea fi invocată oricând, de orice parte interesată, pe cale de acțiune sau excepție.

Cu ignorarea prevederilor acestei dispoziții legale, cu toate că reține că declarația de creanță a creditorului intimat a fost înregistrată la data de 7.08.2007, instanța de fond înțelege să nu facă aplicarea normei juridice incidente, deși, așa după cum rezultă în mod indubitabil din textul legii, decăderea reglementă conform art. 76 din Legea nr. 85/2006, poate fi invocată oricând, în tot cursul procedurii, până la închiderea acesteia, indiferent dacă debitorul se află în perioada de observație, de reorganizare judiciară sau de faliment.

De vreme ce legiuitorul a dorit să reglementeze posibilitatea aplicării oricând a sancțiunii decăderii pentru motiv de tardivitate a depunerii cererii de admitere a creanței, fără a distinge în vreun fel cu privire la orice alte aspecte, consideră că instanța de fond trebuia să facă și ea aplicarea dispozițiilor art. 76 din Legea nr. 85/2006 și implicit a principului *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Așa cum rezultă din analiza documentelor existente la dosarul nr. .../100/2007, creditorul Municipiul Baia Mare prin Primar - Primăria Baia Mare a depus tardiv declarația de creanță înregistrată sub nr. 7522/07.08.2007 (o zi întârziere după data limită 06.08.2007) pentru suma de 31.095,55 lei. Ulterior, declarația de creanță a fost precizată de la nivelul sumei de 31.095,55 lei la nivelul sumei de 55.943,95 lei, în acest sens fiind depus la Tribunalul Maramureș înscrisul înregistrat sub nr. 12613/20.12.2007. Această precizare a fost făcută pentru creanțe născute anterior deschiderii procedurii (taxe și impozite aferente perioadei anterioare datei de deschidere a procedurii insolvenței, 12.06.2007).

Creditorul face referire la decizia de impunere nr.9683/29.10.2007 prin care au fost stabilite obligații fiscale în cuantum total de 71.682,61 lei. Din întâmpinare rezultă că, suma de 71.682,61 lei este compusă din 55.943,95 lei, reprezentând obligații fiscale aferente perioadei anterioare deschiderii procedurii și suma de 15.733,50 lei, reprezentând obligații fiscale născute după data deschiderii procedurii.

Pentru sumele reprezentând obligații fiscale pentru perioada anterioară deschiderii procedurii (declarația de creanță înregistrată sub nr. 7522/07.08.2007 pentru suma de 31.095,55 lei și precizarea nr. 12613/20.12.2007 la declarația de creanță inițială de la nivelul sumei de 31.095,55 lei la nivelul sumei de 55.943,95 lei) creditorul a depus tardiv declarația de creanță, respectiv după data de 06.08.2007, prin urmare solicită decăderea creditorului în temeiul prevederilor art.76 din Legea nr.85/2006, cu consecința pierderii de către acesta a dreptului de a-și realiza această creanță împotriva debitorului S.C. T.C. S.A., așa cum legea prevede.

În acest context, este, de asemenea, evident, că aplicarea prevederilor art. 76 primează față de aplicarea celor ale art. 102 din Legea nr. 85/2006.

De altfel, creditorul Municipiul Baia Mare prin Primar recunoaște implicit faptul că a depus tardiv cererea de admitere a creanței împotriva averii debitorului S.C. T.C. S.A., construindu-și apărarea prin prezentarea unor aspecte ce nu schimbă fondul cauzei și nu influențează starea de fapt și incidența dispozițiilor art. 76 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței cu privire la creanța cu care a fost înscrisă în tabelul creditorilor.

Prin întâmpinare, intimata S.C. T.C. S.A. arată că recursul este nefondat.

Prin întâmpinarea depusă, Municipiul Baia Mare, prin primar, a solicitat respingerea recursului formulat de către H.D.V., în calitate de administrator special al SC T.C. SA și menținerea hotărârii atacate ca fiind legală și temeinică.

Analizând recursul declarat prin prisma motivelor invocate, precum și a dispozițiilor art.304 C. proc.civ., curtea reține următoarele:

În speță, creditoarea a depus cerere de înscriere la masa credală a debitoarei SC T.C. SA, fiind înscrisă în tabelul preliminar și apoi în cel definitiv al creanțelor împotriva acestei debitoare. Potrivit propriilor susțineri ale debitoarei, aceasta nu a contestat niciunul din aceste două tabele. După confirmarea planului de reorganizare și ulterior efectuării de plăți conform acestuia, debitoarea a formulat o contestație întemeiată pe dispozițiile **art.76 alin.2 din Legea 85/2006**, prin care a solicitat, în esență, radierea din tabelul definitiv a creanței acestei creditoare, motivat de faptul că a fost depusă tardiv.

Curtea apreciază că sensul noțiunii *oricând* regăsite în textul art.76 alin.2 nu poate fi altul decât cel rezultat din interpretarea sistematică, prin coroborare cu celelalte dispoziții legale care reglementează modul de desfășurare a procedurii insolvenței și cu respectarea termenelor de contestare a înscrierilor din tabelul de creanțe considerate ca fiind nereale sau tardive. Decăderea fiind sancțiunea aplicabilă unui act efectuat cu nerespectarea termenului legal în care putea fi îndeplinit, întrucât debitoarea nu a contestat, sub acest aspect, nici tabelul preliminar, și nici pe cel definitiv al creanțelor, este, la rândul său, decăzută din dreptul de a mai invoca tardivitatea declarației de creanță formulate de o creditoare înscrisă în tabel, cuprinsă în planul de reorganizare și care a participat la distribuire. O interpretare contrară ar permite contestatorului să-și invoce cu succes propria culpă în nerespectarea modului de desfășurare a procedurii insolvenței, conducând la eludarea dispozițiilor legale în materie.

Având în vedere considerentele expuse, constatând că judecătorul sindic a făcut o corectă apreciere atât a stării de fapt, cât și a celei de drept, în temeiul art.312 alin.1 C.proc.civ., curtea va respinge recursul debitoarei, menținând sentința recurată. (Judecător Cristina Pașol)

6. Modificarea tabelului definitiv de creanțe ca urmare a efectuării unor plăți în temeiul planului de reorganizare. Nelegalitate. Imposibilitatea aplicării prin analogie a art.122 alin.1² lit.a din Legea 85/2006

***Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal,
decizia nr. 2173 din 18 februarie 2013***

Prin sentința civilă nr. 4035 din 02.11.2012 a Tribunalului Specializat Cluj, a fost respinsă ca neîntemeiată, contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A

JUDEȚULUI CLUJ, împotriva tabelului definitiv modificat al creanțelor împotriva averii debitoarei S.C. I.B.C. S.R.L., întocmit de administratorul judiciar CII T.M. și publicat în BPI nr. 6937/16.05.2012.

În considerente se reține că prin raportul de activitate nr. 747/16.05.2012 întocmit de administratorul judiciar CII T.M. al debitoarei S.C. I.B.C. S.R.L., depus la 17.05.2012, la dosarul nr. ..., având ca obiect procedura insolvenței împotriva debitoarei S.C. I.B.C. S.R.L., se arată că la sfârșitul primului trimestru al planului de reorganizare, respectiv la sfârșitul lunii aprilie 2012, debitoarea a făcut plăți către creditori, dintre care 100% către creditorii bugetari, 95% dintre creditorii salariați și 15% către creditorii chirografari, iar în urma acestor plăți, administratorul judiciar a refăcut tabelul definitiv de creanțe, menținând doar categoria de creanțe chirografare cu sumele diminuate în urma plăților, procedând la afișarea tabelului definitiv la ușa instanței la 15.05.2012 și trimițând spre publicare acest tabel. Tabelul definitiv modificat al creanțelor împotriva averii debitoarei S.C. I.B.C. S.R.L. întocmit de administratorul judiciar CII T.M. a fost publicat în BPI nr. 6937/16.05.2012.

La termenul de judecată din 28.09.2012, judecătorul sindic a dispus citarea contestatoarei cu mențiunea de a indica temeiul de drept al contestației. Ca urmare, contestatoarea a depus precizare la dosar la 30.10.2012, prin care a precizat în mod expres că susține contestația formulată ca fiind îndreptată împotriva tabelului definitiv al creanțelor, iar nu împotriva raportului de activitate al administratorului judiciar al debitoarei, împrejurare pe care judecătorul sindic o va avea în vedere în baza principiului disponibilității.

Față de acestea, instanța a reținut că în cauză sunt incidente prevederile art.75 alin.1 din Legea nr. 85/2006, conform căroră „dupa expirarea termenului de depunere a contestatiilor, prevazut la art. 73 alin. (2), si pana la inchiderea procedurii, orice parte interesata poate face contestatie impotriva trecerii unei creante sau a unui drept de preferinta in tabel definitiv de creante, in cazul descoperirii existentei unui fals, dol sau unei erori esentiale care au determinat admiterea creantei sau a dreptului de preferinta, precum si in cazul descoperirii unor titluri hotaratoare si pana atunci necunoscute”.

Or, raportat la înlăturarea creanței contestatoarei din forma modificată a tabelului definitiv al creanțelor întocmită de administratorul judiciar CII T.M. și publicată în BPI nr. 6937/16.05.2012, nu se poate reține existența unui fals, dol sau unei erori esentiale care să fi determinat înscrierea unei creanțe, și nici măcar a unui fals, dol sau unei erori esentiale care să fi determinat înlăturarea creanței contestatoarei din tabelul definitiv. Dimpotrivă, motivul înlăturării creanței contestatoarei din forma modificată a tabelului definitiv al creanțelor întocmit de administratorul judiciar, a constatat în faptul că creanța contestatoarei a fost în întregime achitată în cadrul procedurii de reorganizare a debitoarei, după cum a rezultat din primul plan trimestrial, împotriva căruia nu au fost înregistrate contestații. În consecință, judecătorul sindic a constatat că creanța contestatoarei a fost stinsă prin plată, astfel că în prezent aceasta nu mai deține o creanță care să poată fi înscrisă în tabelul definitiv al creanțelor împotriva averii debitoarei.

Eventualele creanțe curente ale contestatoarei, ce s-ar naște după data deschiderii procedurii insolvenței împotriva debitoarei, sunt supuse dispozițiilor art. 64 alin. 6 din Legea nr. 85/2006, conform căroră „creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală”.

Potrivit dispozițiilor art. 74 alin. 2 din Legea nr. 85/2006, „dupa înregistrarea tabelului definitiv, numai titularii creanțelor înregistrate în tabelul definitiv pot sa participe la votul asupra planului de reorganizare sau la orice repartitii de sume în caz de faliment în procedura simplificata”. Or, planul de reorganizare fiind votat și confirmat, judecătorul sindic reține că contestatoarea nu mai are interes să participe în procedură, întrucât nu ar putea participa la eventuale repartiții de sume în cazul trecerii debitoarei în procedura falimentului, de vreme ce creanța acesteia înscrisă în tabelul definitiv al creanțelor împotriva averii debitoarei, a fost stinsă prin plată.

Chiar dispozițiile art. 122 alin. 1 ind. 2 lit. a din Legea nr. 85/2006, invocate de către contestatoare, fac referire la ajustările aduse tabelului definitiv de creanțe, dispoziție din care se desprinde concluzia că stingerea unor creanțe din tabelul definitiv al creanțelor atrage ajustarea acestuia, această soluție impunându-se pentru identitate de rațiune și atunci când stingerea creanțelor are loc în cadrul procedurii reorganizării judiciare, iar nu doar atunci când se face în urma întocmirii unui plan de distribuie și raport asupra fondurilor obținute din lichidare.

Pentru considerentele arătate, constatând că nu sunt întrunite condițiile art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, instanța a respins, ca neîntemeiată, contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva tabelului definitiv modificat al creanțelor împotriva averii debitoarei S.C. I.B.C. S.R.L., întocmit de administratorul judiciar CII T.M. și publicat în BPI nr. 6937/16.05.2012.

Împotriva sentinței a declarat recurs Administrația Finanțelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj-Napoca, solicitând admiterea recursului, modificarea sentinței în sensul admiterii contestației și menținerea recurenței în tabelul creditorilor.

În motivarea recursului recurenta arată că sentința este netemeinică și nelegală. Prin contestația formulată și înregistrată la 22.05.2012 a contestat tabelul de creanțe modificat după prima distribuie, iar la data de 30.10.2012 la solicitarea instanței a depus o precizare la dosar prin care a arătat că a contestat tabelul de creanțe modificat după prima distribuie și nu Raportul privind activitatea desfășurată de lichidatorul judiciar privind pe debitoarea SC I.B.C. SRL, întrucât prin acest raport lichidatorul judiciar nu a adus modificări la tabelul de creanțe. Consideră că după definitivarea tabelului și confirmarea planului de reorganizare nu mai pot fi aduse modificări la tabelul de creanțe. Lichidatorul judiciar a modificat tabelul de creanțe fără a avea temei legal.

Pe de altă parte, arată că în ipoteza excluderii sale din tabelul creditorilor, pierzându-și calitatea de creditor. Va fi pusă în imposibilitate de a urmări achitarea debitelor curente și de a propune deschiderea procedurii falimentului debitoarei în cazul în care aceasta se va impune.

Analizând recursul declarat prin prisma motivelor invocate, precum și a dispozițiilor art.304 C. proc.civ., curtea reține următoarele:

Ca urmare a confirmării planului de reorganizare al debitoarei SC I.B.C. SRL, după primul trimestru de punere în aplicare, administratorul judiciar a întocmit raportul de activitate nr.747/16.05.2012, prin care a arătat că s-au efectuat plăți de 100% către creditorii bugetari (inclusiv către recurenta Administrația Finanțelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj – Napoca), precum și alte plăți ce nu fac obiectul prezentului litigiu, motiv pentru care a apreciat necesară refacerea tabelului definitiv de creanțe,

menținând numai categoria de creanțe chirografare cu sumele diminuate în urma plăților, procedând la afișarea tabelului la ușa instanței la data de 15.05.2012 și trimițându-l la publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvență, acesta fiind publicat în data de 16.05.2012.

La solicitarea judecătorului sindic, creditoarea AFPCM Cluj – Napoca a indicat că a formulat contestație la tabelul definitiv al creanțelor astfel cum a fost modificat și nu la raportul administratorului judiciar.

Față de situația de fapt astfel cum a fost reținută, curtea apreciază că modificarea tabelului definitiv de creanțe ca urmare a efectuării unor plăți în temeiul planului de reorganizare nu era posibilă, art.122 alin.1² lit.a din Legea 85/2006 nefiind aplicabil prin analogie, astfel cum a motivat judecătorul sindic. Dacă legiuitorul ar fi apreciat că se impune o astfel de ajustare și în cazul plăților efectuate ca urmare a executării planului de reorganizare, ar fi prevăzut expres această obligație în sarcina administratorului judiciar sau măcar ar fi făcut o mențiune similară celei înscrise în textul legal invocat.

Curtea reține că legea insolvenței impune întocmirea unui tabel denumit suplimentar doar în cazul intrării în faliment (art.108), iar până la acel moment singurul tabel avut în vedere în desfășurarea procedurii este cel conținut în planul de reorganizare confirmat și pentru care legea nu prevede nicio posibilitate de ajustare, modificare sau actualizare ca urmare a plăților efectuate, astfel cum a procedat administratorul judiciar.

În aceste condiții, singura cale de atac pe care o avea la îndemână creditoarea era contestarea tabelului definitiv în forma în care a fost modificat ca urmare a plăților, putându-se considera că administratorul judiciar a comis o eroare esențială în sensul art.75 din lege atunci când a înlăturat-o pe contestatoare, fără temei legal, din tabelul definitiv al creanțelor debitoarei SC I.B.C. SRL.

Având în vedere considerentele expuse, în temeiul art.312 alin.2 C.proc.civ., curtea va admite recursul și va modifica sentința recurată în sensul că va admite contestația promovată de recurenta Administrația Finanțelor Publice pentru Contribuabili Mijlocii Cluj – Napoca. (Judecător Cristina Pașol)

**7. Contestație împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor.
Respingere ca tardivă. Contestație împotriva planului de distribuire, cu
referire la un aspect stabilit prin hotărârea adunării generale a creditorilor
care a fost contestată tardiv**

***Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal,
decizia nr. 2188 din 18 februarie 2013***

Prin sentința civilă nr. 3928 din 26.10.2012 a Tribunalului Specializat Cluj a fost admisă excepția tardivității contestației formulate de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei S.C. S.C. S.R.L. din 10.09.2012, invocată de lichidatorul judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L.

A fost respinsă, ca tardivă, contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei S.C. S.C. S.R.L. din 10.09.2012.

A fost confirmat onorariul lichidatorului judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L., de 9% din sumele recuperate în cadrul procedurii.

A fost respinsă, ca neîntemeiată, contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și a planului de distribuire din 01.10.2012 întocmit de lichidatorul judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L.

S-a stabilit termenul pentru examinarea stadiului procedurii la 01.02.2013, sala 249, ora 8.

În considerente, s-a reținut că potrivit **art. 14 alin. 8 din Legea nr. 85/2006**, cererea în anulare împotriva hotărârii adunării creditorilor poate fi formulată în termen de 5 zile de la data la care a avut loc adunarea. Judecătorul sindic constată că contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, ce face obiectul dosarului de față a fost formulată la 04.10.2012, cu depășirea termenului de 5 zile de la data la care a avut loc adunarea creditorilor a cărei hotărâre este contestată, respectiv 10.09.2012.

Pentru aceste considerente, în baza art. 14 alin. 8 din Legea nr. 85/2006, judecătorul sindic a admis excepția tardivității contestației formulate de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei S.C. S.C. S.R.L. din 10.09.2012, invocată de lichidatorul judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L., și în consecință, a respins, ca tardivă, contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei S.C. S.C. S.R.L. din 10.09.2012.

Potrivit art. 11 lit. d din Legea nr. 85/2006, atribuția judecătorului sindic este și „confirmarea, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, precum și a onorariului negociat. Dacă nu există contestații împotriva hotărârii adunării creditorilor sau a deciziei creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, confirmarea se face în camera de consiliu, fără citarea părților, în termen de 3 zile de la publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență a hotărârii adunării creditorilor sau, după caz, a deciziei creditorului majoritar”.

Raportat la aceste prevederi legale, judecătorul sindic a reținut că pentru confirmarea lichidatorului judiciar este necesar ca acesta să fi fost desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, iar pentru confirmarea onorariului lichidatorului judiciar este necesar acordul în acest sens a adunării creditorilor sau a creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor. Aceste condiții sunt îndeplinite în cauză raportat la hotărârea adunării generale a creditorilor debitoarei din 10.09.2012, împotriva căreia nu au fost formulate contestații în termenul prevăzut de art. 14 alin. 8 din Legea nr. 85/2006, contestația formulată împotriva acestei hotărâri de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, fiind respinsă ca tardivă.

Astfel, din procesul verbal al hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei S.C. S.C. S.R.L. din 10.09.2012, rezultă că adunarea creditorilor a hotărât cu 86% din valoarea creanțelor înscrise în tabelul definitiv consolidat, aprobarea remunerației lichidatorului judiciar de 9% din sumele recuperate în cadrul procedurii.

În ce privește apărarea contestatoarei D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ în sensul că a înțeles să nu voteze cu privire la remunerația lichidatorului judiciar, exprimându-și votul scris doar cu privire la celelalte aspecte de pe ordinea de zi, judecătorul sindic a reținut că această apărare putea fi valorificată doar în cadrul contestației împotriva hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei din 10.09.2012, iar contestația a fost

formulată tardiv de către această contestatoare, astfel că apărarea sa în acest sens nu poate fi analizată pe fond.

Pentru aceste considerente, reținând raportat la conținutul procesului verbal al hotărârii adunării generale a creditorilor debitoarei S.C. S.C. S.R.L. din 10.09.2012, că sunt întrunite condițiile art. 11 lit. d din Legea nr. 85/2006, a confirmat onorariul lichidatorului judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L., de 9% din sumele recuperate în cadrul procedurii.

În ce privește contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și a planului de distribuire din 01.10.2012 întocmit de lichidatorul judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L., judecătorul sindic a constatat că prin aceasta a fost contestat modul de distribuire a fondurilor atrase în patrimoniul debitoarei față de împrejurarea că o parte din aceste fonduri au fost direcționate spre acoperirea onorariului lichidatorului judiciar. Or, în condițiile în care contestația împotriva hotărârii adunării creditorilor debitoarei prin care s-a aprobat onorariul lichidatorului judiciar a fost respinsă, iar onorariul astfel aprobat a fost confirmat potrivit art. 11 lit. d din Legea nr. 85/2006, judecătorul sindic constată că raportul asupra fondurilor și planul de distribuire atacat este legal. Astfel, potrivit art. 4 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, „toate cheltuielile aferente procedurii instituite prin prezenta lege, inclusiv cele privind notificarea, convocarea și comunicarea actelor de procedură efectuate de administratorul judiciar și/sau de lichidator, vor fi suportate din averea debitorului”.

Pentru aceste considerente, în baza art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2006, judecătorul sindic a respins, ca neîntemeiată, contestația formulată de contestatoarea D.G.F.P. A JUDEȚULUI CLUJ, împotriva raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și a planului de distribuire din 01.10.2012 întocmit de lichidatorul judiciar C.M.U. IPURL al debitoarei S.C. S.C. S.R.L.

Împotriva sentinței a declarat recurs creditoarea D.G.F.P. a județului Cluj, solicitând admiterea recursului, casarea sentinței și trimiterea cauzei spre rejudecare la Tribunalul Specializat Cluj.

În motivarea recursului se arată că Hotărârea Adunării Creditorilor din data de 10.09.2012 consemnată în procesul verbal nr. 784/10.09.2012 înregistrat la Tribunalul Specializat Cluj la data de 18.09.2012 este lovită de nulitate absolută parțială pentru neîntrunirea majorității prevăzute expres de lege în acest sens.

Prin urmare, și actele subsecvente, respectiv raportul și planul de distribuire sunt afectate parțial de această nulitate.

În ceea ce privește adunarea creditorilor din 10.09.2012 recurenta arată că a comunicat poziția sa asupra ordinii de zi propusă, a luat act de raportul de evaluare a bunurilor din patrimoniul debitoarei și a aprobat regulamentul de valorificare a bunurilor debitoarei.

În ceea ce privește remunerația lichidatorului, nu și-a exprimat poziția față de acest punct al ordinii de zi, având în vedere faptul că lichidatorul nu a justificat remunerația solicitată și modul de calcul a acesteia. Omisiunea exprimării poziției recurantei asupra acestui punct de pe ordinea de zi a fost interpretată de lichidatorul judiciar ca fiind vot favorabil.

Dar raportat la aprobarea remunerației lichidatorului judiciar, în lipsa votului recurente în legătură cu acest punct al ordinii de zi, nu este întrunită majoritatea prevăzută de lege pentru ca asupra acestei probleme să se ia o decizie.

A fi de acord cu ordinea de zi nu înseamnă altceva decât de a fi de acord cu problemele ce vor fi supuse discuției în acea adunare, urmând ca în subsidiar să se treacă la votarea fiecărui punct p de pe ordinea de zi. Acesta este motivul pentru care legiuitorul a prevăzut în art. 11 alin. 1 din Legea nr. 85/2006 că, convocarea creditorilor trebuie să cuprindă în mod obligatoriu ordinea de zi, pentru ca cei convocați să aibă cunoștință de problematica ce se va discuta și să-și poată pregăti poziția în deplină cunoștință de cauză.

Tăcerea recurente asupra unui punct pe ordinea de zi nu poate fi apreciată vot favorabil, nevalorând consimțământ.

Având în vedere că dispozițiile Legii nr. 85/2006 se completează cu cele ale Codului civil, în măsura compatibilității lor, arată că, potrivit dreptului civil, principiul potrivit căruia tăcerea valorează consimțământ își găsește aplicare doar în situații excepționale, expres prevăzute de lege sau când rezultă din voința expresă a părților, ori în speță nu există o astfel de prevedere sau acord.

Analizând recursul declarat prin prisma motivelor invocate, precum și a dispozițiilor legale relevante, curtea reține următoarele:

Prin Hotărârea Adunării generale a creditorilor debitoarei SC S. SRL din data de 10.09.2012, printre altele, s-a aprobat remunerația cuvenită lichidatorului acestei debitoare.

Astfel cum corect a reținut și judecătorul sindic, recurenta nu a contestat această hotărâre, posibilitate pe care Legea insolvenței i-o acorda într-un termen de 5 zile de la data când a avut loc această adunare – **art.14 alin.8 din Legea 85/2006**.

Prin urmare, onorariul astfel cum a fost aprobat și necontestat a fost avut în vedere la distribuirea fondurilor obținute din lichidare, astfel cum rezultă din raportul nr.840/27.09.2012, raport care a fost contestat de creditoarea DGFP Cluj chiar sub aspectul distribuirii sumei cuvenite lichidatorului judiciar.

Recurenta a criticat hotărârea judecătorului sindic sub aspectul greșitei calificări juridice a contestației sale, susținând că nu sunt aplicabile dispozițiile art.14 alin.8 din lege, hotărârea adunării creditorilor fiind lovită de nulitate.

Curtea reține că, indiferent de criticile aduse unei hotărâri a adunării creditorilor, precum și de sancțiunea care ar putea afecta o astfel de hotărâre pretins adoptată cu nerespectarea condiției de majoritate prevăzute de lege, eventualele neregularități nu pot fi contestate și, prin urmare, constatate ca atare decât pe calea acțiunii prevăzute de art.14 alin.8 din Legea 85/2006, astfel cum corect a calificat judecătorul sindic temeiul juridic în care se încadrează contestația recurente. Instanța are obligația ca, raportat la faptele și argumentele expuse de părți, să dea o corectă calificare juridică a situației de fapt pe care o reține, iar judecătorul sindic a făcut o corectă aplicare a dispozițiilor art.14 alin.8 din lege cu privire la contestația creditoarei în ceea ce privește criticile aduse remunerației lichidatorului astfel cum a fost stabilită prin acea hotărâre a adunării creditorilor. Subsecvent, a confirmat onorariul astfel cum a fost aprobat în acea adunare generală a creditorilor, în cuantum de 9% din sumele recuperate din cadrul procedurii.

Întrucât, astfel cum s-a reținut anterior, creditoarea nu mai putea, la momentul distribuirilor de sume, să mai conteste onorariul cuvenit lichidatorului, judecătorul sindic a procedat, în mod legal și temeinic, la respingerea contestației împotriva raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și a planului de distribuire din data de 01.10.2012, care avea ca scop înlăturarea de la distribuire chiar a onorariului în litigiu.

Având în vedere considerentele expuse, constatând că judecătorul sindic a pronunțat o hotărâre legală și temeinică, în temeiul art.312 alin.1 C.proc.civ., curtea va respinge recursul, menținând sentința recurată. (Judecător Cristina Pașol)

8. Deschiderea procedurii insolvenței. Efecte. Suspendarea executărilor silit. Plată făcută de bancă către un terț, ulterior deschiderii procedurii. Imposibilitatea recuperării sumei de bani din averea debitoarei

***Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal,
decizia nr. 2178 din 18 februarie 2013***

Prin sentința civilă nr. 5232 din 18.10.2012 a Tribunalului Sălaj a fost respinsă ca nefondată contestația formulată de Banca B. Baia Mare – Sucursala Sălaj, împotriva raportului și planului de distribuire întocmite la debitorul SC F.C.S. SA.

În considerente s-a reținut că prin sentința civilă nr. 378/21.06.2011 s-a deschis procedura insolvenței față de debitorul S.C. F.C.S. S.A.

Potrivit disp. art. 36 din Legea insolvenței nr. 85/2006 de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare s-au măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale. Față de aceste dispoziții legale, plata efectuată de petentă la data de 13.04.2012 nu este legală, motiv pentru care suma de 7.550 lei a fost virată, în contul debitoarei pentru a complini masa credală cu echivalentul plății în favoarea creditorului S. Satu Mare.

Fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului se distribuie în favoarea creditorilor conform tabelului definitiv consolidat, ținând cont de criteriile stabilite conform art. 3 pct. 8 rap. la art. 121 și urm. din Legea insolvenței.

Conform disp. art. 3 pct. 8 creditorul îndreptățit să participe la procedura insolvenței este acel creditor care a formulat și căruia i-a fost admisă total s-au în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe tabelele de creanțe.

Or, petenta Banca B. nu a formulat o cerere de admitere a creanței, astfel că nu este în drept să i se distribuie sume din masa credală, situație în care cererea a fost respinsă ca nefondată.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs Banca B., GRUP BAI A MARE - SUCURSALA ZALĂU, solicitând admiterea recursului și modificarea sentinței recurate, și în consecință, admiterea cererii formulate în sensul obligării lichidatorului judiciar numit în cadrul procedurii insolvenței debitoarei SC F.C.S. SA la plata sumei de 7.550 lei reprezentând plată creanță născută în cadrul procedurii.

În motivarea recursului recurenta arată că executarea silită s-a pornit în baza Ordonanței de plată nr. 3259/18.05.2011 a Judecătoriei Satu Mare și reprezintă o creanță certă, lichidă și exigibilă pe care debitoarea SC F.C.S. SA cu rea credință nu a comunicat-o lichidatorului și nici nu a adus la cunoștința acestuia că față de el s-a început executarea silită de către executorul judecătoresc.

În această situație s-au derulat două proceduri, una colectiv a insolvenței și una individuală de executare silită, fără ca reprezentantul debitoarei să notifice deschiderea procedurii insolvenței și drept consecință suspendarea oricărui act de executare silită asupra patrimoniului debitoarei.

La data de 28.08.2012, după 4 luni de la efectuarea plății lichidatorul numit în cauză a solicitat ca banca să restituie în contul debitoarei SC F.C.S. SA suma de 7.550,14 lei achitată executorului judecătoresc, deoarece suma a fost achitată din contul de lichidare al debitoarei.

La solicitarea scrisă a lichidatorului judiciar, la data de 12.09.2012, banca din sumele proprii a procedat la restituirea sumei de 7.550,14 lei cu ordinul de plată n. 11151 în contul debitoarei insolventă SC F.C.S. SA deschis la Sucursala Zalău, lichidatorul considerând că plata s-a făcut fără acordul său.

Astfel, banca în timpul procedurii a făcut plata sumei de 7.550,00 Ron în numele și pentru debitoare, în favoarea creditorului S. SRL Satu Mare, ca urmare a executării cererii de înființare poprire din 23.03.2012 formulată de executorul judecătoresc în baza titlului executor, ordonanța nr. 3259/18.05.2011 Satu Mare.

Deoarece suma de 7.550,00 Ron a fost plătită de către banca unui creditor al debitoarei în insolvență SC S. SRL, solicită în conformitate cu prev. art. 64(6) din Legea nr. 85/2006 modificată, să achite băncii suma în valoare de 7.550,00 Ron, aceasta fiind o plată făcută în timpul procedurii. Restituirea sumei de 7550,00 Ron a fost făcută în faza finală a procedurii insolvenței și după ce în cadrul acestei proceduri au fost plătiți toți creditorii.

A solicitat plata acestei sume deoarece în contul de lichidare al societății debitoare există sume rămase după plata creanțelor înscrise în tabel, sume ce nu pot fi repartizate asociaților până la plata integrală a creanțelor societății.

Administratorul societății debitoare cu rea credință nu a prezentat situația reală a debitelor de achitat și nu a comunicat lichidatorului lista creanțelor și situația dosarelor de executare silită aflate pe rol. Sumele rămase în contul de lichidare pot fi distribuite acționarilor doar după achitarea tuturor datoriilor societății debitoare.

Împotriva sentinței a formulat întâmpinare lichidatorul, solicitând respingerea recursului ca nefondat.

În motivarea întâmpinării, arată că banca a fost notificată de către lichidator despre deschiderea procedurii de faliment. Cu toate acestea, în data de 13.04.2012 Banca B. Sucursala Zalău virează din contul de lichidare al debitoarei, fără viza lichidatorului judiciar, către executorul judecătoresc O.T. pentru o poprire înființată la cererea S. Satu Mare suma de 7500,00 lei. Lichidatorul a solicitat băncii restituirea sumei, virată fără acordul său, din contul de lichidare al debitoarei.

Banca B., sucursala Zalău nu avea dreptul să pună în aplicare nici un titlu executoriu, având cunoștință despre deschiderea procedurii de faliment asupra debitoarei, mai mult fiind un cont de lichidare deschis la această bancă de către lichidator, asupra acesteia nu putea să opereze fără dispoziția lichidatorului.

În concluzie, apreciază cererea Băncii B., sucursala Zalău, ca nefondată, netemeinică și nelegală, aceasta neavând nicio calitate în prezenta procedură, fiind doar banca la care lichidatorul a deschis contul de lichidare al debitoarei și care avea obligația să opereze pe contul de lichidare al debitoarei doar la dispoziția judecătorului sindic al

lichidatorului, solicită totodată respingerea recursului și menținerea sentinței pronunțată de judecătorul sindic.

Analizând recursul declarat prin prisma motivelor invocate, precum și a dispozițiilor art.304 C. proc.civ., curtea reține următoarele:

Împotriva debitoarei SC F.C.S. SA s-a deschis procedura de faliment în forma simplificată ca urmare a dizolvării, prin încheierea civilă nr.378/21.06.2011 pronunțată de Tribunalul Sălaj.

La data de 05.07.2011, lichidatorul numit în procedură a notificat-o pe contestatoarea Banca B. Sucursala Zalău despre deschiderea procedurii, solicitându-i, totodată, să nu efectueze nici un fel de operațiuni pe conturile debitoarei, potrivit art.37 din Legea 85/2006.

Cu toate acestea, ca urmare a unei cereri formulate de SC S. SRL prin executor judecătoresc, asupra conturilor debitoarei a fost înființată o poprire, la data de 23.03.2012, pentru suma de 7065,14 lei. La data de 13.04.2012, banca a eliberat, din contul debitoarei, suma de 7550 lei către SC S. SRL, prin executorul judecătoresc, sumă de bani pe care, la solicitarea lichidatorului judiciar, a restituit-o în contul debitoarei aflată în insolvență, solicitând, apoi, să i se distribuie această sumă din contul de lichidare, potrivit art.64 alin.6 din Legea 85/2006.

În conformitate cu acest text legal, creanțele născute după data deschiderii procedurii vor fi plătite potrivit documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală, dispoziții care se aplică în mod corespunzător pentru creanțele născute în procedura de faliment.

Or, în speță, plata făcută de contestatoare din contul debitoarei după data deschiderii procedurii de faliment în formă simplificată, deși, astfel cum rezultă din înscrisurile depuse, fusese notificată asupra deschiderii procedurii, nu dă dreptul acesteia la recuperarea, din averea debitoarei, a sumei de bani plătite unui terț din propria sa culpă, în perioada în care orice măsură de executare silită împotriva debitoarei era suspendată de drept, în temeiul prevederilor **art.36 din lege**.

Având în vedere considerentele expuse, constatând că judecătorul sindic a pronunțat o hotărâre legală și temeinică, în temeiul art.312 alin.1 C.proc.civ., curtea va respinge recursul, menținând sentința recurată. (Judecător Cristina Pașol)

9. Procedura insolvenței. Acțiune pentru antrenarea răspunderii membrilor organelor de conducere. Calitate procesuală activă

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 901 din 28 ianuarie 2013

Prin sentința civilă nr.3566 din 01.10.2012 a Tribunalului Specializat Cluj, a fost respinsă cererea formulată de către creditoarea DIRECȚIA GENERALĂ A FINANTELOR PUBLICE A JUDEȚULUI CLUJ, formulată împotriva pârâtului N.N., ca neîntemeiată.

Pentru a pronunța această sentință, tribunalul a reținut următoarele:

Asupra excepției lipsei calității procesuale active a reclamantei, instanța s-a pronunțat la termenul din data de 24 septembrie 2012, respingând-o.

Analizând cererea formulată, instanța a respins-o ca neîntemeiată.

În ceea ce privește, incidența în cauză a prevederilor art. 138, al. 1, lit. d din Legea nr. 85/2006, aceasta nu există, nu pârâțul trebuind să predea actele societății, el nefiind administrator sau acționar al acesteia. După ce acesta a cesionat părțile sociale pe care le avea și s-a retras din societate, nu mai avea cum să dețină actele societății, întreaga activitate fiind preluată de noii asociați și administratori, în data de 28 mai 2009. Nu s-a dovedit existența vreunei rele-credințe în operațiunea de cesiune de părți sociale sau a unei încercări de sustragere de la răspundere pentru a se putea aprecia că și acum pârâțul este cel care conduce în fapt societatea, trebuind să răspundă pentru predarea documentelor contabile. Cât pârâțul a fost administrator statutar, contabilitatea a fost ținută corespunzător, lichidatorul judiciar putând să-și dea seama de modul cum destinele ei au fost guvernate.

Cu privire la incidența în cauză a prevederilor art. 138, al. 1, lit. e din Legea nr. 85/2006, nici acestea nu sunt aplicabile în speță. Toate susținerile creditoarei sunt întemeiate pe acte constituite chiar de către ea sau de către angajați aflați în subordinea ei. Raportul de inspecție fiscală ce stă la baza motivării acțiunii, a fost întocmit în urma unei note de constatare întocmită de către Garda Financiară. Or, o acțiune nu poate fi admisă doar pe baza susținerilor unei părți, în condițiile în care pârâțul contestă temeinicia acestora. În speță, pârâțul a arătat că referitor la acele facturi ce s-a arătat de către creditoare că ar fi generatoare de obligații fiscale, acestea au fost stornate în anul următor (2005) celui analizat în raportul de inspecție fiscală, contractele încheiate cu clienții societății fiind reziliate. Prin urmare, nici nu se mai datorează ceva statului.

În fine, chiar faptul că acele facturi au fost apreciate de către creditoare ca neconforme cu realitatea, nu înseamnă că s-ar fi încercat deturnarea sau ascunderea unei părți a activului debitoarei sau mărirea, în mod fictiv, a pasivului acesteia. Existând acele facturi, prezentate și la controlul efectuat, pe baza analizei lor, se putea deduce dacă ele sunt conforme cu realitatea și dacă deducerea de TVA ar fi fost sau nu corect executată. Necompletarea lor corespunzătoare sau eventualele greșeli făcute de către cei care le-au emis pot fi corectate și chiar sancționate, ceea ce de altfel s-a și întâmplat în urma aceluși control. Chiar dacă acele facturi nu ar fi fost emise, creanța pretinsă ar fi existat, în condițiile în care nemaitrebuind să fie dedus acel TVA, el ar fi trebuit să fie plătit.

Împotriva sentinței a declarat recurs Directia Generală a Finantelor Publice a Județului Cluj, solicitând modificarea sentinței în sensul admiterii cererii de atragere a răspunderii administratorului statutar al debitoarei.

În motivarea recursului se arată următoarele:

Cat priveste incidenta in cauza a prevederilor art. 138 alin.1 lit. e din legea 85/2006 nu pot fi retinute in optiunea instantei, intrucat actiunea nu poate fi admisa doar in baza sustinerilor uneia dintre parti, in conditiile in care paratul contesta temeinicia acestora, aratand ca facturile ce s-au aratat de creditoare ca ar fi generatoare de obligatii fiscale au fost stornate in anul urmator celui analizat in raportul de inspectie fiscala, si prin urmare nu se mai datoreaza nimic statului.

Raportat la analiza facuta de instanta de judecata pentru luarea hotararii solutia este eronata dupa cum vom atrata in cele ce urmeaza:

Sustinerile paratului potrivit carora nu se mai datoreaza nimic statului nu sunt reale sunt simple alegatii, fara fundament real.

Cu privire la cuantumul creanței fiscale datorate, în valoare de 1.476.572 lei exista autoritate de lucru judecat.

În ceea ce privește reaua credință a paratului privind operațiunea de cesiune, aceasta este evidentă. Paratul era obligat ca în maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență, să solicite el însuși deschiderea procedurii, așa cum prevede în mod imperativ dispozițiile art. 27 alin.(1) din legea 85/2006. Cu toate acestea, după ce a acumulat o datorie mult peste valoarea prag prevăzută de pct. 12 al art. 3, a cesionat părțile sociale, sustragându-se astfel controlului pe care îl presupune această procedură.

În ceea ce privește aprecierea conform căreia în perioada în care administrator statutar era paratul, contabilitatea a fost ținută în conformitate cu legea, atâta vreme cât potrivit rapoartelor de inspecție fiscală au stabilit obligații suplimentare care nu erau evidențiate în contabilitatea debitoare, aceasta apreciere nu se sustine. În sarcina paratului poate fi reținută fapta de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea, în condițiile în care în urma controlului efectuat s-au stabilit obligații suplimentare ale debitoare din perioada în care paratul era administrator statutar, obligații care nu erau evidențiate în contabilitatea debitoare. Paratului îi revenea obligația, în calitate de administrator statutar, de a duce la îndeplinire contractul de mandat încredințat în conformitate cu dispozițiile legale în materie, administratorii fiind direct răspunzători de modul în care este ținută evidența contabilă, obligațiile lor reiesind cu celeritate din dispozițiile art.73 alin.1 și alin.2 ale Legii nr.31/1990 precum și din dispozițiile art.11 alin.4 din Legea nr.31/1990.

În cazul de față, indiferent de faptul că paratul, în calitate de administrator, a încălcat din culpa (neglijență) sau cu intenție normele de drept care îi impuneau ținerea corectă a contabilității și gestionarea cu atenție a patrimoniului și activității, acesta se face vinovat de încălcarea legii (contabilității, în cazul de față) situație care a determinat prejudicierea creditorilor.

Obligația administratorului de a ține evidența contabilă conform legii și de a o prezenta lichidatorului reiese cu claritate din dispozițiile art.73 alin.1 lit.c și alin.2, ale art.134 alin.1 și 2 și ale art.181 din Legea nr.31/1990 republicată - legea societăților comerciale, ale art.11 alin.4 din Legea nr.82/1991 rep. - legea contabilității.

Având în vedere cele ce preced solicită admiterea recursului așa cum a fost formulat.

Prin întâmpinare, intimatul N.N. a solicitat respingerea recursului ca netemeinic și nefondat și menținerea sentinței, cu obligarea recurentei la plata cheltuielilor de judecată.

Analizând recursul declarat prin prisma dispozițiilor legale relevante, curtea reține următoarele:

Potrivit art.138 alin.3 teza finală din Legea 85/2006, creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală poate introduce acțiunea prin care persoanele care au cauzat starea de insolvență să fie obligate să suporte o parte a pasivului debitorului.

În speță, lipsa calității procesuale active a reclamantei a fost invocată de către pârât prin întâmpinarea depusă la fondul cauzei, excepția fiind respinsă de judecătorul

sindic în ședința publică din data de 24.09.2012, cu motivarea că orice creditor din procedură are calitate procesuală pentru introducerea cererii.

Deși această excepție nu a fost reiterată în recurs, curtea a acordat părții prezente cuvântul inclusiv asupra acestei chestiuni de ordine publică, apreciind că se impune a fi rediscutată.

Prin urmare, curtea va analiza situația de fapt prin prisma acestei excepții, recursul urmând a fi respins, iar prezentele considerente le vor înlocui pe cele reținute în motivarea judecătorului sindic.

Astfel, raportat la textul legal menționat, curtea apreciază, contrar celor reținute de judecătorul sindic, că numai creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală poate introduce acțiunea prevăzută de art.138 din lege. Or, în concret, creditoarea DGFP Cluj deține doar 42,79% din valoarea creanțelor înscrise în tabelul definitiv consolidat ajustat. Mai mult, deși s-a reținut în cadrul procesului – verbal al adunării generale a creditorilor debitoarei SC European Leasing Group IFN SA din data de 11.04.2012 faptul că doi creditori care însumează 56,93% din totalul creanțelor votante au votat în sensul mandatării DGFP Cluj pentru introducerea acțiunii, curtea observă că acest procent este irelevant, textul legal condiționând legitimarea procesuală activă de deținerea a mai mult de 50% din valoarea *tuturor* creanțelor înscrise la masa credală. Acest procent nu este atins în speță, cei doi creditori care au votat pentru introducerea acțiunii de către DGFP Cluj nu totalizează un procent superior pragului legal.

Prin urmare, recurenta nu are calitate procesuală activă în promovarea acțiunii întemeiate pe dispozițiile art.138 din Legea insolvenței, astfel că soluția judecătorului sindic de respingere a cererii de chemare în judecată este legală și temeinică, însă pentru considerentele expuse anterior care înlocuiesc motivarea primei instanțe.

În consecință, în temeiul art.312 C.proc.civ., curtea va respinge recursul declarat ca neîntemeiat, cu consecința menținerii sentinței atacate. (Judecător Cristina Pașol)

10. Procuror. Ordin al prim-procurorului de repartizare a sectoarelor de activitate în parchet. Cerere pentru anulare și obligare la emiterea unui nou ordin de repartizare prin care reclamantul să fie pus în situația anterioară emiterii ordinului atacat. Respingere

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2270 din 18 februarie 2013

Prin sentința civilă nr. 8332/A/01.10.2012, pronunțată de Tribunalul Cluj s-a admis acțiunea formulată de reclamantul A.B. în contradictoriu cu paratul PRIM-PROCURORUL PARCHETULUI DE PE LANGA JUDECATORIA C. prin parchetul Curții de Apel C. și s-a dispus anularea Ordinului nr. 1246/II/05.04.2012 emis de parat.

Pentru a hotărî astfel, prima instanță a reținut că prin acțiunea înregistrată sub nr. de mai sus, pe rolul Tribunalului Cluj, reclamantul A.B. a chemat în judecată pârâtul Prim Procuror Parchetului de pe lângă Judecătoria C. solicitând ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună anularea Ordinului prim-procurorului Parchetului de pe lângă Judecătoria C. nr 1246/II/7/5.04.2012 prin care au fost repartizate sectoarele de activitate în parchet și obligarea paratului la emiterea unui ordin de repartizare a sectoarelor de activitate prin care să fie pus în situația anterioară emiterii ordinului atacat

În motivarea acțiunii reclamantului a arătat, în esență, că ordinul a cărui suspendare se solicită a fost emis cu nerespectarea prevederilor art 92 alin 5 lit c din Ordinul nr 529/C/21.02.2007 privind aprobarea Regulamentului de Ordine Interioară al parchetelor, mai precis schimbarea reclamantului din cadrul sectorului de supraveghere a cercetarilor penale s-a făcut împotriva voinței acestuia și fără a fi avute în vedere criteriile vizând pregătirea, specializarea și aptitudinile procurorului. A învederat reclamantul, că încă de la venirea sa în cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria C. și-a desfășurat activitatea în sectorul de supraveghere, exercitând supravegherea cercetarilor penale efectuate de organele de poliție din Biroul de Investigatii Criminale, Serviciul de Investigare a Fraudelor-Criminalitate Financiară-Banci. De asemenea, de aproximativ doi ani exercită supravegherea activității Serviciului de Arme, Explozivi și Substanțe Periculoase iar de opt luni activitatea Secției 4 de Poliție C..

În condițiile unui fluctuatie continue de personal, caracteristica Parchetului de pe lângă Judecătoria C. o continuitate de 2-3 ani în supravegherea cercetarilor penale efectuate de structuri importante din cadrul Poliției se încadrează între măsurile de remediere propuse, prin raportul de bilanț pe anul 2011, de conducerea acestui parchet pentru înlăturarea vulnerabilităților identificate.

Arată că această activitate continuă a condus la o specializare a sa, la aprofundarea legislației în domeniu, la structurarea unor linii de acțiune eficiente pentru prevenirea infracțiunilor și pentru soluționarea cu celeritate a dosarelor penale.

În acest context reclamantul susține că nu există nicio justificare obiectivă pentru emiterea ordinului contestat, efectele acestuia nefiind în măsură să servească bunei funcționări a parchetului sau poliției și nu țin seama de criteriile stabilite prin ordinul comun pentru repartizarea sectoarelor de activitate sau de preocupările conducerii parchetului astfel cum acestea au fost evidențiate în raportul de bilanț pentru anul 2011.

În drept s-au indicat prevederile art 92 alin. 5 lit. a și c din Ordinul nr 529/C/21.02.2007 privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor.

Paratul, prin Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C. a formulat întâmpinare în cauză prin care a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive a primului-procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. precum și excepția inadmisibilității acțiunii.

În motivarea excepției lipsei calității procesuale pasive paratul arată că institutia prim-procurorului nu poate fi asimilată cu „o autoritate publică” în sensul art 1 și art 2 lit b din Legea nr 554/2004. Atribuțiile primului procuror sunt cele ce revin parchetului de pe lângă judecătoria, potrivit legii și ordinelor procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

În conformitate cu prevederile art 95 din Legea nr 304/2004 privind organizarea judiciară primul-procuror al parchetului de pe lângă judecătoria repartizează dosarele procurorilor din subordine, stabilind atribuțiile ce revin acestora în sectorul de urmărire penală și supraveghere sau, după caz, în sectorul judiciar. Subordonarea procurorilor este reglementată expres de art 65 din Legea nr 304/2004. Totodată, dispozițiile prim-procurorilor din subordine sunt, potrivit art 64 alin 1 din legea nr 304/2004 obligatorii pentru aceștia. De altfel, însăși Constituția, în articolul 132, consacră principiul controlului ierarhic în ceea ce privește activitatea procurorului.

Concluzionând, paratul arată că prim-procurorul Parchetului de pe lângă Judecătoria C. a emis Ordinul nr 1246/II/7/25.04.2012 în exercitarea atribuțiilor de serviciu și pentru buna desfășurare a activității parchetului.

În privința inadmisibilității acțiunii paratului arată că instanța trebuie să stabilească cu precădere dacă ne aflăm în fața unui act administrativ și astfel dacă cauză a cărui suspendare se solicită se circumscrie sferei de aplicare a Legii nr. 554/2004.

Astfel, măsurile dispuse prin ordinele procurorilor ierarhic superiori nu sunt supuse controlului instanțelor de contencios administrativ, putând fi cenzurate doar de Consiliul Superior al Magistraturii, astfel că ordinul în cauză nefiind un act administrativ nu poate fi cenzurat în condițiile Legii nr. 554/2004.

Tribunalul a respins excepțiile prin încheierea pronunțată în ședința publică din 15 iunie 2012.

Pe fond, tribunalul a reținut că ordinul atacat (care trecea reclamantul din sectorul „Supravegherea cercetărilor penale” în sectorul „Judiciar”) a fost emis în temeiul art. 64 alin. 1 din Legea nr. 304/2004 coroborat cu art. 92 alin. 5 lit. a din Regulamentul de ordine interioară al parchetelor precum și având în vedere conținutul lucrărilor cu nr. 1240/II/6/2012, nr. 1242/III/4/2012, nr. 1244/III/4/2012.

A mai reținut că în conformitate cu dispozițiile înscrise în articolul 132 din Constituția României și în articolul 62 alin. 2 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, procurorii își desfășoară activitatea potrivit principiilor legalității, imparțialității și controlului ierarhic.

Principiul controlului ierarhic diferențiază statutul procurorilor de cel al judecătorilor care, așa cum consacră dispozițiile articolului 124 alin. 3 din Constituția României, sunt independenți și se supun numai legii. Potrivit acestui principiu, Ministerul Public este conceput ca un sistem piramidal în cadrul căruia procurorii din fiecare parchet sunt subordonați conducătorului acelui parchet, iar conducătorul unui parchet este subordonat conducătorului parchetului ierarhic superior.

Faptul că activitatea procurorului este guvernată și de principiul controlului ierarhic face ca independența acestuia să capete alte valențe decât cea a judecătorului. Astfel, dispozițiile articolului 64 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, pe de o parte, dau eficiență principiului controlului ierarhic atunci când prevăd că „dispozițiile procurorului ierarhic superior date în scris și în conformitate cu legea, sunt obligatorii pentru procurorii din subordine” iar pe de altă parte, consacră principiul independenței procurorului în soluțiile dispuse. De asemenea, o altă dimensiune a independenței procurorului este dată și de dispoziția înscrisă în articolul 67 alin. (2) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară care prevede că „procurorul este liber să prezinte în instanță concluziile pe care le consideră întemeiate, potrivit legii, ținând seama de probele administrate în cauză”.

A considerat tribunalul că o limitare a conceptului de independență a procurorului a fost adusă de Curtea Constituțională care, prin Decizia nr. 345/18 aprilie 2006, a admis excepția de neconstituționalitate a dispoziției înscrise în articolul 64 alin. (3) din Legea nr. 304/2004 ce instituia controlul judecătoresc asupra măsurii de înfirmare a soluției, la cererea procurorului care a adoptat-o.

Curtea a reținut că instituirea controlului judecătoresc prevăzut de textul de lege citat contravine în mod evident dispozițiilor art. 132 din Constituția României pentru că desființează în fapt controlul ierarhic prin transferarea acestei atribuții în sarcina instanțelor, în afara competenței firești a acestora prevăzută de legislația internă și de art. 6 alin. 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Garantia prevazuta de legiuitor pentru respectarea independentei procurorului consta in posibilitatea acordata acestuia de a contesta la Consiliul Superior al Magistraturii, in cadrul procedurii de verificare a conduitei procurorilor, interventia procurorului ierarhic superior in orice forma in efectuarea urmaririi penale, adoptarea solutiei si prezentarea concluziilor in instanta.

Pe de alta parte, esența activității decizionale in cadrul parchetelor constă în actul de autoritate care, dat în scris și în conformitate cu legea, devine obligatoriu pentru procurorii din subordine. Instanța a retinut ca activitatea decizională în cadrul parchetelor se desfășoară pe două paliere, respectiv: jurisdicțional și administrativ.

Structura piramidală a Ministerului Public, consacrată de dispozițiile art. 65 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară, se transpune în aria decizională de tip administrativ în obligativitatea îndeplinirii ordinelor emise de conducătorii ierarhici după cum urmează:- ordinele cu caracter intern emise de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, în exercitarea atribuțiilor de conducere, coordonare și control ce-i revin în calitate de conducător al Ministerului Public, sunt obligatorii pentru toate parchetele indiferent de treapta ierarhică pe care se situează;- ordinele emise de procurorii generali și de prim-procurorii parchetelor de pe lângă tribunale în exercitarea atribuțiilor de conducere, coordonare și control sunt obligatorii pentru parchetele din raza de competență a acestora;- dispozițiile scrise, date de conducătorul parchetului în conformitate cu legea sunt obligatorii pentru procurorii din subordinea sa;- dispozițiile date în scris și în conformitate cu legea de conducătorul parchetului ierarhic superior sunt obligatorii pentru conducătorul parchetului ierarhic inferior care i se subordonează.

Tinand seama, asadar ca ne aflam in fata unui ordin emis in vederea organizarii administrative a activitatii parchetului prima instanță a analizat in ce masura ordinul contestat a fost emis in limitele atributiilor conferite de lege organului emitent precum si daca acest ordin a fost emis „in conformitate cu legea”, subliniind ca oportunitatea actului administrativ excede controlului jurisdicției de contencios administrativ, prin urmare nu s-au analizat si nu s-au reținut argumentele privind pretinsa stare conflictuala existenta intre reclamant si primul-procuror, respectiv a celor vizand exercitarea dreptului de apreciere al paratului asupra unui management corespunzator al activitatii Parchetului de pe langa Judecatoria C.. S-a considerat că toate aceste argumente si contraargumente, pe larg expuse atat de reclamant cat si de parat pot face doar obiectul unei sesizari adresate Consiliului Superior al Magistraturii, intrand in sfera conceptului de independenta a procurorului si vizand aspecte care tin de cariera magistratului, aspecte care se circumscriu exclusiv ariei de competenta a Consiliului.

In ce priveste respectarea de catre emitent a atributiilor conferite de lege instanța a reținut ca raportat la art. 92 alin 5 lit c din Ordinul Procurorului general al Parchetului de pe langa Înalta Curte de Casație și Justiție nr. 529/C/2007, ordinul contestat a fost emis in limitele atributiilor sale de catre primul-procuror al Parchetului de pe langa Judecatoria C..

Pe de alta parte, s-a considerat că pentru a răspunde exigentelor de legalitate masura repartizarii procurorilor pe activitati in cadrul parchetului este necesar a fi dispusa tinand seama de pregătirea, specializarea și aptitudinile procurorilor și de necesitatea bunei funcționări a parchetului, tribunalul remarcând faptul ca niciunul dintre criteriile enumerate de textul legal nu au facut obiectul analizei paratului anterior emiterii

ordinului contestat (pentru că nu ar rezulta nici din cuprinsul actului administrativ însuși și nici din lucrările care au pregătit măsura repartizării activității), prin urmare niciunul dintre aceste criterii nu ar fi stat la baza măsurii de repartizare a activității în cadrul parchetului.

Tribunalul a apreciat că nu este abilitat a efectua o analiză de oportunitate a actului administrativ astfel ca nu va proceda la analiza criteriilor reținute de parat în luarea măsurii sub aspectul legalității acestora, al gradului de obiectivitate raportat la modalitatea de stabilire (în sensul ca situația achitărilor a fost evidențiată exclusiv prin raportare la numărul de achitări/procuror iar nu procentual, în funcție de numărul de rechizitorii întocmite de fiecare procuror) sau al gradului de relevanță al criteriului în raport strict de măsură ce urma să fie luată (numărul de infirmări dispuse de conducerea unității de parchet în perioada 2009-2011, pentru fiecare procuror).

S-a concluzionat că Ordinul nr 1246/II/7/2012 a fost emis cu nerespectarea dispozițiilor art 92 alin 5 lit c din ordinul privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor, în acesta neregăsindu-se criteriile indicate expres de legiuitor pentru un anumit tip de măsură.

În ce privește capatul de cerere având ca obiect obligarea paratului la emiterea unui nou ordin de repartizare a sectoarelor de activitate prin care reclamantul să fie adus în situația anterioară emiterii ordinului contestat prima instanță a reținut ca anularea unui act administrativ determină tocmai în lipsirea de efecte a actului anulat, cu efecte *ex tunc*, iar instanța de contencios administrativ nu este abilitată, însă, să pronunțe o hotărâre prin care să se substituie organului administrativ fără a încălca principiul separației puterilor în stat.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs atât pârâtul Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C. în numele și pentru susținerea intereselor primului procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., cât și reclamantul A.B..

Prin recursul declarat, pârâtul Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C., în numele și pentru susținerea intereselor primului - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. a solicitat admiterea recursului astfel cum a fost formulat, casarea sentinței recurate, admiterea excepției lipsei calității procesuale pasive a Primului - Procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., iar în subsidiar respingerea acțiunii ca inadmisibilă.

Motivând recursul, pârâtul critică sentința atacată pentru nelegalitate și netemeinicie și netemeinică, arătând că:

1) Pentru a respinge excepția lipsei calității procesuale pasive a Primului - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., instanța a interpretat eronat prevederile Legea nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ coroborate cu dispozițiile Legii 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare.

3) În mod greșit, instanța a apreciat că Ordinul nr. 1246/II/P/05.04.2012, emis de primul procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., are natura unui act administrativ în sensul prevederilor Legii nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ și, prin urmare, a analizat temeinicia și legalitatea ordinului depășind limitele puterii judecătorești, acțiunea fiind, în esență sa, inadmisibilă.

3) Pentru a admite acțiunea, instanța a dat o interpretare greșită actului juridic dedus judecării, respectiv Ordinul nr. 1246/II/7/2012, prin prisma prevederilor art. 92

alin. 5 lit. c din Ordinul privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor și a materialelor ce au stat la baza emiterii acestuia.

4) Există o evidentă contradicție între considerente și dispozitiv. Tribunalul a hotărât admiterea acțiunii și a dispus anularea Ordinului nr. 1246/11/2012, omițând ca, prin dispozitiv, să se pronunțe cu privire la petitul 2 al acțiunii, cu toate că în considerente a motivat că acest petit este inadmisibil întrucât instanța nu se poate substitui "organului administrativ fără a încălca principiul separației puterilor în stat".

5) Admițând acțiunea, tribunalul a acordat ceea ce nu s-a cerut întrucât ordinul emis de către pârâtul recurent viza activitatea tuturor procurorilor din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria C., nu doar activitatea reclamantului - intimat B.A..

Motivele de recurs au fost încadrate în prevederile art. 304 pct. 4 coroborate cu pct. 6, 8 și 9 din Codul de procedură civilă.

În motivarea recursului, s-a arătat că la baza emiterii ordinului atacat au stat: - analiza activității parchetului la acea dată, respectiv lucrările 1240/11/6/2012: referat întocmit de primul - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. cu privire la incidentele înregistrate în timpul ședinței de analiză desfășurată în data de 30.03.2012; 1242/III/4/2012 situația achitărilor definitive pe anul 2011 întocmită de primul - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C.; 1244/III/4/2012 situația infirmărilor pe anii 2009 - 2011 primul - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C..

- situația personalului la acea dată. Astfel, au fost avute în vedere rezultatele examenului de promovare în funcții de execuție, aprobarea transferului unui procuror la Parchetul de pe lângă judecătoria C. și revenirea din concediu de maternitate a unui procuror.

Prin Ordinul nr. 1246/11/7/05.04.2012 s-a dispus repartizarea tuturor procurorilor pe sectoare de activitate. Ordinul a fost atacat doar de reclamantul - intimat B.A..

Cu privire la primul motiv de recurs, se arată că pentru a respinge excepția lipsei calității procesuale pasive a Primului - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., instanța a interpretat eronat prevederile Legea nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ coroborate cu dispozițiile Legii 04/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare, în sensul că potrivit art. 1 din Legea nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, se poate adresa instanței de contencios administrativ competente. pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim și repararea pagubei ce i-a fost cauzată. Interesul legitim poate fi atât privat, cât și public. ”

Recurentul a învederat tribunalului că poate avea calitatea de pârât în litigiul de contencios administrativ autoritatea publică centrală sau locală care a emis sau a adoptat ori a încheiat actul administrativ vătămător. Pentru ca funcționarul autorității publice, care a elaborat actul administrativ vătămător, să aibă calitatea de pârât este necesar ca reclamantul să solicite despăgubiri pentru paguba cauzată ori pentru întârziere, condiție imperativă ce se desprinde și din studiul *per a contrario* al dispozițiilor art. 16 din Legea nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ.

Interpretarea sistemică a dispozițiilor Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, cu o analiză atentă a prevederilor art. 16 din lege, conduce în opinia recurentului la concluzia că nu primul - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria

C. poate avea calitate procesuală pasivă ci, eventual, Parchetul de pe lângă Judecătoria C., reprezentat prin prim - procuror și aceasta, întrucât, practica a statuat că, în contencios administrativ, calitatea procesuală pasivă a autorității publice nu este condiționată de personalitatea juridică a acesteia, fiind suficient să aibă organe proprii de conducere, și, esențial, să fie emitenta actului. Prim - procurorul Parchetului de pe lângă Judecătoria C., care are doar atribuții de coordonare a activității unității de parchet și nu poate fi asimilat cu o "autoritate publică" în sensul art. 2 lit. b din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ.

În conformitate cu prevederile art. 95 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată, cu modificările și completările ulterioare, primul - procuror al parchetului de pe lângă judecătoria repartizează dosarele procurorilor din subordine, stabilind atribuțiile ce revin acestora în sectorul de urmărire penală și supraveghere sau, după caz, în sectorul judiciar. Subordonarea procurorilor este reglementată expres de art. 65 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, dispozițiile primului - procuror, date procurorilor din subordine, sunt, potrivit art. 64 alin. I din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare, obligatorii pentru aceștia. De altfel, însăși Constituția, în articolul 132, consacră principiul controlului ierarhic în ceea ce privește activitatea procurorului.

Concluzionând, primul procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. a emis Ordinul nr. 1246/11/7/25.04.2012 în exercitarea atribuțiilor de serviciu și pentru buna desfășurare a activității Parchetului de pe lângă Judecătoria C.

Cu privire la al doilea motiv de recurs, se arată că în mod greșit, instanța a apreciat că Ordinul nr. 1246/II/P/05.04.2012, emis de primul procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., are natura unui act administrativ în sensul prevederilor Legii nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ și, prin urmare, a analizat temeinicia și legalitatea ordinului depășind limitele puterii judecătorești, acțiunea fiind, în esența sa, inadmisibilă.

Instanța a respins excepția inadmisibilității acțiunii, excepție invocată pornind de la faptul că ordinul atacat nu are natura unui act administrativ, fiind emis de către Primul - Procuror în scopul organizării activității procurorilor din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria C.

Actul administrativ este definit prin art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004 ca fiind actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice.

Chiar și acceptând teoria potrivit căreia "activitatea decizională în cadrul parchetelor se desfășoară pe două paliere, respectiv: jurisdicțional și administrativ", consideră recurentul că nu se conturează argumente suficiente pentru a putea concluziona că ordinul în baza căruia procurorii sunt repartizați pe sectoare de activitate are caracterul unui administrativ, astfel cum acesta este definit de Legea contenciosului administrativ. A ataca ordinele de această natură pe calea contenciosului administrativ este o procedură novatorie și periculoasă, întrucât poate conduce la declanșarea unor probleme procedurale cu efecte asupra întregii activități a parchetelor și/ sau instanțelor.

În speță, Ordinul 1246/11/7/05.04.2012, a cărui anulare se solicită, este emis de către primul - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. în temeiul art. 64 alin. 1 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 92 alin. 5 lit. a) din Ordinul nr. 529/C din 21 februarie 2007 privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor M. OF. nr. 154 din 5 martie 2007, cu modificările și completările ulterioare, fiind obligatoriu pentru procurorii din subordine. Nerespectarea dispozițiilor procurorului ierarhic superior constituie abatere disciplinară, potrivit art. 99 din Legea nr. 303/2004 privind statul judecătorilor și procurorilor. Curtea Constituțională a antamat problematica obligativității respectării ordinului ierarhic superior în motivarea Deciziei nr. 1618/2009.

Măsurile dispuse prin ordinele procurorilor ierarhic superiori nu sunt supuse controlului instanței de contencios administrativ, pot fi cenzurate doar de Consiliul Superior al Magistraturii, recurentul citând în acest sens prevederile art. 30 alin. 2 din Legea nr. 317 din 2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii.

Consideră recurentul că atacarea "ordinului primului - procuror" pe calea unei acțiuni în contencios administrativ reprezintă o abordare inadecvată și novatorie a accesului la justiție, ducând la o extindere neavenită a definiției actului administrativ și la încălcarea principiului *nullum iudicium sine lege*.

Cu privire la motivul nr. 3 de recurs, recurentul arată că pentru a admite acțiunea, instanța a dat o interpretare greșită actului juridic dedus judecății, respectiv Ordinul nr. 1246/11/7/2012, prin prisma prevederilor art. 92 alin. 5 lit. c) din Ordinul privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor și a materialele ce au stat la baza emiterii acestuia, reținând greșit că Primul - procuror nu a analizat criteriile enumerate de art. 92 alin. 5 lit. c) din Ordinul Procurorului General, respectiv pregătirea, specializarea și aptitudinile procurorilor și că nu a ținut seama de necesitatea bunei pregătiri a funcționării parchetului (considerentele sintetizate se regăsesc în ultimul alineat al pag. 4 și primele paragrafele de pe pag. 5 ale sentinței); cu toate acestea, în paragraful 6 de pe pag. 5 a sentinței instanța apreciază că "nu este abilitată a efectua o analiză de oportunitate a actului administrativ".

Recurentul consideră că a administrat toate probele necesare pentru ca instanța să-și formeze convingerea că Ordinul atacat a fost emis după o temeinică analiză a tuturor criteriilor ce trebuie avute în vedere de către primul procuror pentru a repartiza procurorii pe sectoare de activitate.

Arată recurentul că prima instanță reține că "niciunul dintre criteriile enumerate de textul de lege nu au făcut obiectul analizei pârâtului anterior emiterii ordinului contestat", cu toate că s-a făcut dovada faptului că au fost analizate toate aceste criterii, astfel:

Din studiul lucrărilor nr. 1244/11/4/2012 și nr. 1242/11/4/2012, reiese că a fost analizată activitatea procurorilor, întrucât situația înfirmărilor, precum și situația achitărilor, reflectă tocmai calitatea activității desfășurată de fiecare procuror în parte. Remarcăm că din situația achitărilor definitive pe anul 2011, reiese cu claritate că cele mai multe achitări s-au înregistrat în cauze soluționate de către reclamantul B.A. în perioada în care a desfășurat activitatea de supraveghere.

Pe de altă parte, din lucrarea nr. 1240/11/6/2012: referat întocmit de primul - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. cu privire la incidentele înregistrate în timpul ședinței de analiză desfășurată în data de 30.03.2012, se desprinde tocmai

necesitatea luării unor măsuri pentru a repartiza corespunzător sarcinile de serviciu ale procurorilor din subordine, pentru a înlătura orice suspiciune de ingerință în activitatea de supraveghere desfășurată de dl. procuror B.A., reclamantul - intimat din prezenta cauză, și pentru a asigura condițiile necesare eficientizării activității.

În ceea ce privește specializarea, se remarcă faptul că nu există o specializare a procurorilor pe sectoare de activitate. Specializarea magistraților este o chestiune relativă, întrucât toți procurorii depun eforturi pentru ca activitatea să fie una eficientă și calitativă. Repartizarea pe sectoare de activitate a procurorilor, în baza ordinului atacat, nu a provocat nicio perturbare a activității parchetului.

Pentru a organiza activitatea Parchetului de pe lângă Judecătoria C., primul procuror trebuie să țină seama de specificul activității, sectoarele de activitate, mișcările de personal ce se prefigurează, situațiile intempestive ce pot să apară (ca de exemplu concedii medicale, concedii pentru rezolvarea unor probleme de familie), concediile de odihnă ale magistraților și alte asemenea situații.

Recurentul contestă vătămarea vreunui drept sau interes al reclamantului și dezvoltă pe larg această susținere în raport cu jurisprudența în materie.

Cu privire la cererea de apărare a reputației profesionale, pe care a reclamantul a adresat-o Consiliului Superior al Magistraturii, se arată că prin comunicatul de presă din 21 noiembrie 2012, Consiliul Superior al Magistraturii - Biroul de Informare Publică și Relații cu Mass Media și-a expus punctul de vedere și cu privire la repartizarea reclamantului - intimat la compartimentul judiciar arătând că "măsura repartizării domnului procuror A.B. la compartimentul judiciar este de ordin organizatoric, conformă cu Regulamentul de ordine interioară al parchetelor, iar această măsură nu a fost de natură să influențeze procurorul în rezolvarea unui caz, astfel că independența profesională nu este afectată. în ceea ce privește că aceasta face obiectul dosarului nr. (..)/117/2012, aflat pe rolul Tribunalului Cluj. Prin urmare, sub acest aspect, Plenul a apreciat că cererea formulată de domnul procuror A.B. nu este întemeiată. "

Recurentul pârât consideră că reținerile Consiliului Superior al Magistraturii sunt de natură a ajuta la formarea convingerii instanței de control cu privire la temeinicia hotărârii recurate.

În motivarea sentinței recurate, instanța inserează aprecieri cu privire la independența procurorilor prin prisma prevederilor art. 64 și 67 alin. 2 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare, ori prin repartizarea pe sectoare de activitate a procurorilor nu poate să aducă atingere independenței acestora. Pe de altă parte, orice atingere adusă independenței procurorilor poate fi analizată și soluționată doar de către Consiliul Superior al Magistraturii, astfel că referirile la natura activității de procuror nu sunt menite să argumenteze soluția de admitere a acțiunii în contencios administrativ.

Un alt aspect dedus judecății de către recurent vizează efectele produse de ordinul atacat, precum și efectele produse de ordinele ulterioare.

Ordinul atacat și-a produs pe deplin efectele anterior soluționării dosarului de către prima instanță, nefiind posibilă o repunere în situația anterioară.

Datorită dinamicii problemelor de personal, în cursul anului 2012, primul - procuror a emis mai multe ordine în scopul repartizării pe sectoare de activitate.

Astfel, în perioada aprilie 2012 - decembrie 2012 s-au emis următoarele ordine:

Ordinul nr. 214/11/7/2012 din 19.01.2012 privind repartizarea sectoarelor de activitate pe procurori,

Ordinul nr. 1246/11/7/2012 din 05.04.2012 privind repartizarea sectoarelor de activitate pe procurori,

Ordinul nr. 1832/11/7/2012 din 18.05.2012 privind repartizarea sectoarelor de activitate pe procurori,

Ordinul nr. 2500/11/7/2012 din 28.06.2012 privind repartizarea sectoarelor de activitate pe procurori,

Ordinul nr. 2550/11/7/2012 din 02.07.2012 privind repartizarea sectoarelor de activitate pe procurori,

Ordinul nr. 4398/11/7/2012 din 26.11.2012 privind repartizarea sectoarelor de activitate pe procurori.

În anul 2011, procurorii din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria C. au fost repartizați pe sectoare de activitate în temeiul Ordinului 436/117/2011.

Se apreciază că dacă toate actele procedurale ar fi lovite de nulitate în temeiul prevederilor art. 197 din Codul de procedură penală, consecințele ar fi greu de gestionat mai cu seamă că de la data la care Ordinul nr. 1246/11/7/05.04.2012 și-a produs efectele și până la data soluționării irevocabile a cererii de chemare în judecată ce formează obiectul prezentului dosar s-a scurs o perioadă însemnată de timp, unele dosare penale fiind, posibil, soluționate chiar definitiv.

Cu privire la motivul 4 de recurs, recurentul arată că există o evidentă contradicție între considerente și dispozitiv. Tribunalul a hotărât admiterea acțiunii și a dispus anularea Ordinului nr. 1246/II/2012, omițând ca, prin dispozitiv, să se pronunțe cu privire la petitul 2 al acțiunii, cu toate că în considerente a motivat că acest petit este inadmisibil întrucât instanța nu se poate substitui "organului administrativ fără a încălca principiul separației puterilor în stat".

Cu privire la motivul 5 de recurs, recurentul consideră că tribunalul a acordat ceea ce nu s-a cerut întrucât ordinul emis de către pârâțul recurent viza activitatea tuturor procurorilor din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria C., nu doar activitatea reclamantului - intimat B.A..

Astfel, deși Ordinul nr. 1246/11/7/05.04.2012 emis de Primul - Procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C. viza activitatea tuturor procurorilor din cadrul acestei unități de parchet, acțiunea în contencios administrativă fost formulată de către un singur procuror, astfel că nu instanța nu era investită să se pronunțe cu privire la repartizarea pe sectoare de activitate a tuturor procurorilor.

Parchetul de pe lângă Judecătoria C. are în structură 25 de posturi de procuror, din care 2 posturi pentru funcții de conducere. La data promovării acțiunii, erau vacante 6 posturi de procuror cu atribuții de execuție. În consecință pentru a se stabili atribuțiile fiecărui procuror în parte, s-a avut în vedere schema de personal, volumul de activitate și analiza activității unității de parchet, prin raportare la modul de soluționare a dosarelor de către procurori.

Prin propriul recurs, reclamantul B.A. a solicitat admiterea recursului și modificarea în parte a sentinței atacate în sensul admiterii capătului de cerere referitor la obligarea pârâtului la emiterea unui nou ordin de repartizare a sectoarelor de activitate, prin care să fie pus în situația anterioară emiterii ordinului atacat (urmând a avea în

supraveghere următoarele sectoare: IPJ- SAESP, Poliția mun. C. - Biroul de Investigații Criminale - violență (inclusiv minori, moravuri), furturi din buzunare, Secția 4 Poliție).

În susținerea recursului, se arată că prin sentința civilă nr. 8332/01.10.2012, Tribunalul Cluj a admis în parte acțiunea reclamantului, pe care a considerat-o admisibilă și întemeiată, dispunând anularea actului administrativ atacat și concluzionând în sensul că ordinul atacat a fost emis cu nerespectarea dispozițiilor art. 92 al. (5) lit. c) din Ordinul nr. 529/C/21.02.2001 privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor, motiv pentru care a anulat actul administrativ.

În schimb, instanța de fond a apreciat că nu este în măsură să oblige autoritatea la emiterea unui ordin pronunțe o hotărâre prin care reclamantul să fie repus în situația anterioară emiterii ordinului atacat, întrucât, astfel, s-ar substitui organului administrativ, încălcând principiul separației puterilor în stat, aspect pe care reclamantul recurent îl critică arătând că în primul rând, reglementând contenciosul administrativ, însăși legea este cea care permite „intruziunea” instanțelor judecătorești în activitatea administrativă, prin controlul legalității actelor emise de organele autorității publice. Mai mult, în art. 18 din Legea nr. 554/2004, se arată expres faptul că instanța este abilitată să oblige autoritatea publică să emită un act administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze o anumită operațiune administrativă. În al doilea rând, simpla anulare a actului administrativ nelegal emis, deși, teoretic, produce efecte ex tunc, practic, se limitează la a constata o nelegalitate, fără nicio consecință practică. Aceasta deoarece, la fiecare 3-4 săptămâni, prim-procurorul Parchetului de pe lângă Judecătoria C. emite noi ordine de repartizare a sectoarelor de activitate în parchet, care, chiar dacă nu modifică niciun aspect referitoare la activitatea unui procuror, se referă și la acesta. Astfel, deși, formal, actul administrativ se intitulează "ordin", prin intermediul lui, conducătorul parchetului arată cum se distribuie sarcinile în tot parchetul, chiar dacă schimbările privesc doar pe unul sau unii dintre procurori.

Cu privire la ceilalți procurori, însă, prim-procurorul Parchetului de pe lângă Judecătoria C. nu dispune nimic. Formal însă, este un "nou" ordin de repartizare a sectoarelor de activitate în parchet, astfel că acesta se prevalează de acest artificiu.

Consideră că pentru o recunoaștere concretă și efectivă a încălcării legii de către un șef de parchet este nevoie ca instanța să-l oblige pe acesta să reintre în legalitate. Altminteri, accesul la justiție rămâne unul teoretic și iluzoriu dacă instanța se limitează la a constata o nelegalitate, fără nicio măsură de a o înlătura, cu consecința că prim-procurorul unui parchet poate oricând emite acte nelegale, care nu cauzează procurorului vreo pagubă iminentă pentru a se dispune suspendarea executării ordinului (după cum a considerat instanța care a respins cererea reclamantului de suspendare a executării ordinului atacat, în prezenta cauză), iar, în final, chiar dacă se va recunoaște caracterul nelegal al actului emis cu "efecte ex tunc", consecința practică nu este niciuna.

Un atare punct de vedere, dincolo de împrejurarea că nu ține seama de dispozițiile legale, nu satisface așteptările rezonabile ale oricărui justițiabil de la instanțe: ordonarea unor măsuri adecvate, efective, eficiente, în cazul constatării încălcării dispozițiilor legale de către partea adversă (aflată, în plus, pe poziție de superioritate, de putere, în cazul contenciosului administrativ).

În concluzie, reclamantul a solicitat admiterea recursului și modificarea în parte a sentinței atacate în sensul admiterii capătului de cerere referitor la obligarea pârâtului la emiterea unui nou ordin de repartizare a sectoarelor de activitate, prin care să fie pus în

situația anterioară emiterii ordinului atacat (urmând a avea în supraveghere următoarele sectoare: IP1- SAESP, Poliția mun. C. - Biroul de Investigații Criminale - violență (inclusiv minori, moravuri), furturi din buzunare, Secția 4 Poliție).

În data de 07.02.2013, pârâtul Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C., în numele și pentru susținerea intereselor primului - procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea recursului declarat de A.B., arătând că motivele de recurs nu sunt indicate prin corelare cu prevederile art. 304 din Codul de procedură civilă și că Parchetul de pe lângă Judecătoria C. a solicitat consilierului juridic al Parchetului de pe lângă Curtea de Apel C. să efectueze toate diligențele pentru apărarea intereselor Parchetului de pe lângă Judecătoria C., fapt pentru care, având în vedere dispozițiile art. 65 din Legea 304/2004 privind organizarea judiciară - republicată cu modificările și completările ulterioare: "Conducătorul unui parchet este subordonat conducătorului parchetului ierarhic superior din aceeași circumscripție ", formulăm prezenta întâmpinare.

Se solicită respingerea recursului declarat de către reclamant împotriva sentinței civile nr. 8332/01.02.2012, fiind învederate următoarele:

Instanța a apreciat că Ordinul nr. 1246/II/P/05.04.2012, emis de primul procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., are natura unui act administrativ în sensul prevederilor Legii nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ. Prin motivele recursului declarat de Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C., în numele și pentru susținerea intereselor Primului - Procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., a fost reluată problema naturii juridice a Ordinului nr. 1246/II/P/05.04.2012, fapt pentru care nu vom dezvolta și în cuprinsul întâmpinării poziția noastră procesuală cu privire la natura ordinului.

Instanța a analizat legalitatea și temeinicia actului administrativ contestat, prin prisma prevederilor art. 92 alin. 5 lit. c din Ordinul Procurorului General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție nr. 529/C/2007, considerând că pentru a răspunde exigențelor de legalitate, măsura repartizării procurorilor pe sectoare de activitate în cadrul parchetului este necesar a fi dispusă ținând seama de pregătirea, specializarea și aptitudinile procurorilor și de necesitatea bunei funcționări a parchetului.

Pe de altă parte, referindu-se la petitul doi al cererii de chemare în judecată, instanța a considerat că nu este abilitată "să pronunțe o hotărâre prin care să se substituie organului administrativ fără a încălca principiul separației puterilor în stat", iar motivarea este la adăpost de orice critică. Atât literatura de specialitate cât și practica subliniază necesitatea respectării principiului separației puterilor în stat. Prin urmare, instanța de contencios administrativ nu poate pronunța o hotărâre care să țină loc de act administrativ.

Legea contenciosului administrativ reglementează un contencios de plină jurisdicție. Prin urmare, în anumite situații, instanța are posibilitatea să oblige autoritatea pârâtă la emiterea actului solicitat de reclamant, cu un anumit conținut, în condițiile în care prin hotărârea pe care o pronunță nu aduce atingere principiului separației puterilor în stat. Astfel, instanța are posibilitatea ca prin hotărârea judecătorească să dispună măsuri cu privire la drepturi subiective, reintegrări, despăgubiri și chiar reformarea unei decizii administrative.

Analizând condiția vătămării unui drept subiectiv este evident că trebuie să ne raportăm la definiția acestuia ca drept fundamental prevăzut de Constituție sau lege,

căruia i se aduce atingere printr-un act administrativ. Înalta Curte de Casație și Justiție a dat o accepțiune foarte largă conceptului de "drept", înțelegându-l ca vătămare a unor interese directe și personale. Ori, în speță nu a fost vătămat niciun drept fundamental al reclamantului - recurent, dimpotrivă, a fost reafirmat dreptul său la muncă, la desfășurarea activității de magistrat - procuror și dându-i posibilitatea procurorului - reclamant - intimat să-și valorifice cunoștințele dobândite prin activitatea de supraveghere a cercetărilor penale în susținerea cauzelor penale în fața instanțelor de judecată, ca reprezentant al Ministerului Public.

Întrucât actele administrative pot aduce vătămare atât dreptului subiectiv, cât și interesului legitim, trebuie să ne aplecăm atenția și asupra acestuia. Atât doctrina, cât și practica au fost unanime în a concluziona că interesul legitim nu poate fi confundat cu un simplu interes sau o simplă vocație. În teorie s-a concluzionat că atunci când interesul nu e sancționat de lege, rămâne un simplu interes și nu intră în sfera dreptului administrativ. Reclamantul - recurent afirmă în susținerea acțiunii sale un simplu interes de a desfășura activitatea de procuror pe sectorul de supraveghere, prin urmare, interesul exprimat nu are caracterul unui interes legitim privat astfel cum e definit de Legea nr. 554 din 2004 a contenciosului administrativ lit. p) interes legitim privat - posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurat; "

Pentru a-și motiva soluția de admitere a acțiunii, instanța de fond reține că "activitatea decizională în cadrul parchetelor se desfășoară pe două paliere, respectiv: jurisdicțional și administrativ", aceasta fiind ideea centrală a considerentelor. Motivarea a fost pe larg combătută în dezvoltarea recursului declarat de Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C. în numele și pentru interesele Primului Procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C.. Pentru susținerea apărărilor, în recursul declarat de reclamant împotriva aceleiași sentințe, insistăm doar asupra consecințelor unei astfel de viziuni.

Este evident că a ataca ordinele de repartizare pe sectoare de activitate, emise de către Primul - Procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria C., pe calea contenciosului administrativ este o procedură novatorie și periculoasă, întrucât poate conduce la declanșarea unor probleme procedurale cu efecte asupra întregii activități a parchetelor și/sau instanțelor. Primul - procuror al parchetului de pe lângă judecătoria repartizează procurorii pe sectoare de activitate în virtutea dispozițiilor art. 92 alin. (5) lit. c din Regulamentul de ordine interioară al parchetelor, având în vedere necesitățile concrete ale unității de parchet într-o anumită perioadă de timp.

Respectând principiul separației puterilor în stat, instanța nu se poate substitui primului procuror care are atribuții organizatorice, pe de o parte și, pe de altă parte, sunt imposibil de anticipat necesitățile organizatori ce ale parchetului pe viitor, datorită mobilității magistraților - procurori.

Mai arată intimatul că ordinele prin care procurorii au fost repartizați pe sectoare de activitate în 2012 au reflectat fluctuația de personal de la nivelul Parchetului de pe lângă Judecătoria C. în cursul anului 2012, exprimată și la pag. 12 a Raportului de bilanț aferent anului 2012, în care se regăsesc aprecieri cu privire la independența magistraților - procurori și măsurile luate pentru respectarea acesteia.

Nu lipsită de relevanță apare în contextul recursului declarat de către reclamantul B.A. Sinteza privind achitățile înregistrate în anul 2012 la Parchetul de pe lângă Judecătoria C. Cele mai multe achitări sunt în dosare instrumentate de către reclamantul -

recurent B.A., astfel dintr-un total de 24 de achitări, 13 sunt în dosare instrumentate de către A.B., în trei situații reținându-se culpa acestuia în instrumentarea dosarelor.

În data de 18.02.2013, Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, în temeiul prevederilor art. 49 alin.1 și alin.3 C.p.c raportat la art. 28 alin.1 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, republicată, art. 62, art. 63, art. 64, art. 65, art. 70, art. 71, art. 93, art. 131 alin. 3 și art. 132 alin. 3 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, a formulat, prin reprezentantul său legal - prim-adjunctul Procurorului General D.M.M., cerere de intervenție în interesul recurentului-pârât prim-procurorul Parchetului de pe lângă Judecătoria C.

Cererea de intervenție accesorie a fost respinsă la termenul din 18.02.2013, reținându-se că în cererea de intervenție accesorie există o motivare sub aspectul admisibilității în principiu în care, în privința condiției interesului, se menționează că „intervenientul Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție justifică același interes procesual ca și recurentul-pârât”. Într-adevăr, potrivit art. 49 alin. 1 C. pr. civ., oricine are interes poate interveni într-o pricină ce se urmează între alte persoane, intervenția fiind o formă a acțiunii civile, toate condițiile de exercitare ale acesteia trebuind să fie întrunite și de către intervenție, inclusiv condiția procesuală a interesului. Este evident că în general intervenția accesorie este grefată pe un interes parțial concordant sau suprapus celui al părții în favoarea căreia se intervine, însă nu este mai puțin adevărat că între condițiile de exercitare ale acțiunii civile, în forma cererii de intervenție accesorie, trebuie să existe interesul propriu al intervenientului. Un astfel de interes, deși posibil să fi existat, nu a fost ales, explicitat, prezentat, intervenientul făcând trimitere numai la interesul recurentului, ceea ce nu a fost considerat suficient din perspectiva admisibilității cererii de intervenție.

Analizând recursurile declarate, Curtea reține următoarele:

Recursul pârâtului este fondat și urmează a fi admis. Acest recurs, al prim-procurorului Parchetului de pe lângă Judecătoria C. a fost declarat în baza rezoluției din data de 07.12.2012 trecută pe hotărârea comunicată de către Parchetul de pe lângă Curtea de Apel C. Ca regulă generală, în conformitate cu art. 68 alin. 1 C. pr. civ., mandatul judiciar se prezintă sub forma unui înscris sub semnătură legalizată, însă acesta este *a fortiori* valabil și ca act autentic. Art. 230 lit. a) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil a abrogat Codicele civil (1864), cu excepția dispozițiilor art. 1169-1174 și 1176-1206, care au subzistat până la data intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă. Art. 1171 din Codul civil anterior, în vigoare încă la momentul rezoluției prim-procurorului recurent, prevede că actul autentic este acela care s-a făcut cu solemnitățile cerute de lege, de un funcționar public, care are drept de a funcționa în locul unde actul s-a făcut.

Acțiunea se referă la întregul ordin al prim-procurorului Parchetului de pe lângă Judecătoria C. nr. 1246/II/7/5.04.2012 prin care au fost repartizate sectoarele de activitate în parchet însă interesul reclamantului nu poate viza decât propria situație, nu și pe cea a altora, astfel încât analiza Curții se limitează numai la reclamant, pentru toți ceilalți procurori motivul respingerii acțiunii fiind circumscris conceptului de interes *in casu* al persoanei care a sesizat instanța, nefiind posibil ca drepturile sau interesele acestor persoane, terțe față de obiectul cauzei, să fie cumva vătămate sau măcar influențate prin demersul unei persoane diferite, în speță reclamantul, care, dacă într-adevăr dorea modificarea situației lor astfel cum aceasta se reflectă în ordinul atacat, ar fi trebuit să-i

cheme nominal în proces pe fiecare, astfel încât toți aceștia să-și poată prezenta și apăra poziția.

Acest ordin nr. 1246/II/7/5.04.2012 (în care reclamantul apare repartizat în sectorul „Judiciar”, după ce anterior funcționase în sectorul „Supravegherea cercetărilor penale”) este contestat în raport, în principal, cu dispozițiile normative cuprinse în Ordinul Ministrului Justiției nr. 529/C din 21 februarie 2007 privind aprobarea Regulamentului de ordine interioară al parchetelor, respectiv prin prisma art. 92 alin. 5 lit. c) din Regulament, potrivit căruia prim procurorul parchetului repartizează, acolo unde este cazul, procurorii pe activități în cadrul parchetului, în funcție de pregătirea, specializarea și aptitudinile acestora și de necesitatea bunei funcționări a parchetului.

Aspect care a fost contestat în proces, ordinul prim-procurorului Parchetului de pe lângă Judecătoria C. prin care au fost repartizate sectoarele de activitate în parchet este act administrativ în accepțiunea art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care definește acest act ca fiind actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice. Pentru a statua asupra acestui caracter al ordinului, Curtea are în vedere întrunirea, în chiar ordinul atacat, a tuturor condițiilor prevăzute de acest text de lege, inclusiv aceea de a emana de la o autoritate publică. Această noțiune are înțelesul autonom prevăzut de art. 2 lit. b) din Legea nr. 554/2004, care nu se referă doar la organele unităților administrativ teritoriale, ci și la orice organ de stat, al puterii publice, așa cum sunt și organele cu atribuții administrative din instanțe, parchete, justiție, cum sunt, *exempli gratia*, șefii de parchete și președinții instanțelor.

Regulamentul de ordine interioară al parchetelor prevede repartizarea procurorilor pe activități în cadrul parchetului, în funcție de 1. pregătirea, specializarea și aptitudinile acestora și 2. de necesitatea bunei funcționări a parchetului. Criteriile, cumulative, nu sunt ierarhizate ca prioritate, nici ponderate, cuantificate, în importanță, textul legal lăsând astfel la aprecierea decidentului modul de combinare a lor în procesul decizional administrativ. Pe lângă acest aspect de neierarhizare a celor două criterii (unul în considerarea procurorului, persoanei, al doilea în considerarea parchetului, instituției, structurii) o altă trăsătură caracteristică care se desprinde din modul de expunere a lor în textul normativ este că ele sunt concepute în termeni largi, indicativi ai unei puteri discreționare atribuite șefului parchetului, noțiune de drept administrativ care nu înseamnă, bineînțeles, discreția din vorbirea curentă sau arbitrariul, ci se referă la faptul că autorității îi este conferită o anumită latitudine de apreciere asupra deciziei de luat, îi permite să aleagă între mai multe soluții fundamentate juridic aceea care i se pare cea mai oportună; practic, procurorii unui parchet de pe lângă judecătoria, cu competență materială foarte largă, nu pot, prin ipoteză, avea mari diferențe între gradul de îndeplinire a criteriilor legale în considerarea persoanei, și, în nici un caz, unele peste care să nu se poată trece din rațiuni instituționale, de bună funcționare a parchetului. Prin urmare, din punct de vedere al criteriilor personale, procurorii parchetului primului nivel ierarhic sunt, fără îndoială, interschimbabili din punct de vedere al celor două mari faze ale activității instituției, urmărirea penală și participarea la faza de judecată, cu atât mai mult cu cât gama de infracțiuni în competența parchetului este aceeași pentru fiecare din cele două faze.

Cenzura judiciară a unor astfel de decizii de oportunitate este restrânsă la situația în care ele ar fi abuzive, chestiune de fapt lăsată la aprecierea instanței care trebuie invocată și probată de cel care o invocă. Sub acest aspect, mai trebuie menționat că în dreptul nostru contenciosul administrativ este unul de legalitate, pentru oportunitate activitatea instanței de judecată fiind mult mai restrânsă, circumscrisă doar eventual cazurilor de abuz vădit.

Tot de principiu, motivarea actului administrativ – în sensul de explicitare a motivelor avute în vedere - poate fi făcută atât prin el însuși, în cuprinsul actului și cu ocazia emiterii sale, cât și subsecvent, fie într-o fază de contestare administrativă, fie chiar în instanța de judecată.

În contextul celor expuse și în aplicarea lor în speță, Curtea reține că tribunalul a făcut o analiză în mare corectă, care poate fi preluată *servatis servandis*, a caracteristicilor structurii și funcționării parchetelor, sesizând și elementele de diferențiere în statutul procurorilor față de cel al judecătorilor, reținându-se câmpul de aplicare al art. 132 din Constituție, art. 62 și 64 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară.

Tribunalul a mai reținut judicios emiterea actului în limitele puterii conferite și inadmisibilitatea antamării, în fond și în esență, chestiunilor de oportunitate în contenciosul administrativ, însă nu a remarcat explicit că buna funcționare a parchetului este elementul de oportunitate lăsat de legiuitor la latitudinea pârâtului, astfel încât acesta era dispensat de explicitarea distinctă a unor motive sub acest aspect în actul administrativ, și nu a remarcat nici referirile din operațiunile administrative prealabile actului atacat la bunul mers al unității, adică exact criteriul legal. Rămâne, așadar, de văzut în ce măsură este adevărată aserțiunea primei instanțe conform căreia elementele ce țin de persoana procurorilor (pregătirea, specializarea și aptitudinile acestora) nu ar fi făcut obiectul analizei pârâtului anterior emiterii ordinului contestat și concluzia-consecință că aceste criterii nu s-ar fi aflat la baza măsurii de repartizare a activității în cadrul parchetului. După cum s-a arătat deja, cu titlu general, la un parchet de pe lângă judecătorie, eventualele diferențe individuale dintre procurori nu pot conduce la concluzia unei specializări stricte și înguste și a imposibilității substituirii acestora în cadrul celor două mari activități. Din această perspectivă, ordinul atacat răspunde cerințelor impuse de Regulament și lege, și nu este abuziv. În sensul că acest ordin nu este unul abuziv, Curtea reține că există o analiză a factorilor relevanți efectuată de pârât anterior emiterii actului, factori concretizați în lucrările nr. 1240/II/6/2012, nr. 1242/III/4/2012, 1244/II/4/2012, expres menționate în ordinul atacat, potrivit cărora exista la momentul ordinului atacat o problemă de achitări, înregistrându-se un număr destul de mare de achitări înregistrat de unitatea de parchet la nivelul anului 2011 și noi achitări înregistrate pe primul trimestru al anului 2012, identificându-se necesitatea luării unor măsuri pentru prevenirea creșterii acestora. S-a constatat că procurorul A.B. (care nu avea cele mai multe soluții infirmate ierarhic) înregistrează cele mai multe achitări (reclamantul 9 față de 3 următorul procuror potrivit acestui criteriu al achitărilor definitive), diferența dintre el și ceilalți procurori a fost considerată semnificativă, iar pentru normalizare s-a apreciat că se impune trecerea, pentru bunul mers al unității, procurorului reclamant în sectorul judiciar, unde actele procesuale și procedurale întocmite nu necesită o verificare a legalității și temeiniciei - reclamantului i s-a permis soluționarea dosarelor existente. Sigur, cifrele nu sunt prezentate ponderat în funcție de

volumul activității, dar și cifrele, mărimile absolute, sunt importante prin ele însele, fiind preluate ca atare inclusiv în orice analiză referitoare la unitatea de parchet. Ca atare, chiar și *prima facie*, respectiv la nivelul superficial de analiză îngăduit instanței de contencios administrativ în chestiuni de oportunitate, respectiv strict pentru identificarea unor eventuale abuzuri, se poate reține că ordinul atacat nu este abuziv, ci el corespunde scopului pentru care puterea administrativă a fost conferită emitentului și analizează obiectiv elementele pertinente.

În ceea ce privește recursul reclamantului, Curtea reține că, prin pct. 25 din Legea nr. 202 din 25 octombrie 2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor, după articolul 281² C. pr. civ. a fost introdus un nou articol, respectiv articolul 281^{2a} potrivit căruia îndreptarea, lămurirea, înlăturarea dispozițiilor potrivnice sau completarea hotărârii nu poate fi cerută pe calea apelului sau recursului, ci numai în condițiile art. 281-281².

Din această perspectivă, soluția tribunalului a fost pronunțată numai sub un singur aspect, respectiv numai în privința primului petit, acela de anulare a ordinului atacat, dispozitivul fiind cât se poate de explicit în acest sens, pe lângă dispoziția de anulare a ordinului prim-procurorului existând și mențiunea de admitere a acțiunii, fără rezerva unei părți din acțiune. Este adevărat că în considerente tribunalul s-a referit la inadmisibilitatea petitului de emiteră a unui ordin cu repunerea reclamantului în situația anterioară, însă omisiunea de pronunțare asupra unui petit se analizează exclusiv în raport cu dispozitivul sentinței care cuprinde ceea ce s-a pronunțat.

Cu privire la omisiunea instanței de fond, din dispozitiv, reclamantul avea la îndemână calea procedurală a completării hotărârii, în temeiul art. 281² C. pr. civ., care prevede că dacă prin hotărârea dată instanța a omis să se pronunțe asupra unui capăt de cerere principal sau accesoriu ori asupra unei cereri conexe sau incidentale, se poate cere completarea hotărârii în același termen în care se poate declara recurs împotriva acelei hotărâri. Din moment ce reclamantul nu a uzat de această cale, ci a formulat recurs pentru nepronunțare, recursul său este inadmisibil conform art. 281^{2a} C. pr. civ. și urmează a fi respins.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 312 C. pr. civ., Curtea urmează să respingă recursul reclamantului, să admită recursul pârâtului și să modifice sentința civilă atacată în sensul respingerii acțiunii. (Judecător Sergiu-Leon Rus)

Președintele Secției a II-a civile,
Judecător LIVIU UNGUR