**SECȚIA a II-a CIVILĂ**

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Pag.** |
|  **1. Fraudă la lege. Contract de împrumut fără dobândă încheiat între două societăți comerciale.**................................................................................................................................. | **2** |
|  **2. Procedura insolvenței. Ordinea de distribuire în cazul distribuirilor sumelor obţinute în urma lichidării.** ..................................................................................................... | **7** |
|  **3. Procedura insolvenței. Cerere de atragere a răspunderii materiale a fostului administrator.** ........................................................................................................................... | **10** |
|  **4. Procedura insolvenței. Îndestularea creditorilor înscriși în categoria creanțelor beneficiare a unor clauze de preferință.** ................................................................................ | **18** |
|  **5. Procedura insolvenței. Caracterul creanței fiscale contestată în procedura administrativă.** ......................................................................................................................... | **22** |
|  **6. Insolvență. Anularea hotărârii comitetului creditorilor. Excepția lipsei calității procesuale active. Excepția lipsei capacității procesuale. Excepția lipsei de interes** ......... | **27** |
|  **7. Insolvență. Contestare raport și plan de distribuire. Cheltuieli de procedură pretinse de fostul lichidator judiciar. Efectul pozitiv al lucrului judecat** ........................... | **34** |
|  **8. Insolvență. Reorganizare judiciară. Contestație împotriva măsurilor administratorului judiciar (organizare de licitații). Excepția lipsei de interes. Excepția autorității de lucru judecat** ..................................................................................................... | **37** |
|  **9. Insolvență. Anulare Hotărârea Adunării Generale a Acționarilor. Sancțiunea încălcării competenței exclusive a Consiliului de Administrație. Opozabilitatea actelor încheiate de directorii societății.** ............................................................................................. | **48** |
|  **10. Insolvență. Caracterul consensual al contractului de asociere în participațiune – izvor al obligației debitoarei** ................................................................................................... | **55** |

**SECȚIA a II-a CIVILĂ**

**1. Fraudă la lege. Contract de împrumut fără dobândă încheiat între două societăți comerciale**

***Rezumat***:

*Atât în doctrină cât şi în practica judiciară (spre ex. decizia ÎCCJ nr. 1386/4.04.2014) s-a arătat că „frauda la lege” reprezintă acea operaţiune prin care, la întocmirea unui act juridic, în scopul eludării unor norme legale imperative, sunt uzitate alte norme legale, prin deturnarea acestora din urmă de la scopul în care au fost edictate de legiuitor. Prin urmare, încheierea unui contract de împrumut între două societăți comerciale fără obligația de plată a unei dobânzi nu constituie, în lipsa altor elemente, o „fraudă la lege”.*

(Decizia nr. 19 din 18.01.2018, dosar nr. 12/39/2012)

**Hotărârea:**

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Botoşani – Secţia comercială, de contencios administrativ şi fiscal, sub nr. (...)/40/2010/a1 din 8 februarie 2011, reclamanta S.C. A. S.R.L. prin reprezentant legal, în contradictoriu cu pârâţii S.C. B. SRL şi S.C. C. S.R.L. a solicitat constatarea nulităţii absolute a contractului de împrumut încheiat între acestea la 26.10.2001, modificat prin actul adiţional din 11.11.2005 pentru lipsa cauzei şi fraudă la lege.

În motivarea acţiunii, reclamanta a arătat că suma de 230.000 euro nu a fost împrumutată debitoarei S.C. C. S.R.L., aşa încât lipseşte cauza proximă a contractului de împrumut încheiat între cele două pârâte la 26 octombrie 2001, fiind îndeplinite condiţiile prevăzute de art. 968 Cod civil; că nu există nici un înscris care să ateste realitatea operaţiunii de împrumut care ar fi fost realizat în baza contractului din 26 octombrie 2001 în afară de contractul în sine care este semnat de D. doar pentru societatea împrumutată, respectiv, debitoarea, în cauză fiind aplicată doar ştampila, fără nicio semnătură.

A solicitat, ca în cazul în care nu se va reţine lipsa cauzei contractului de împrumut, să se constate nulitatea absolută a acestui contract deoarece operaţiunea de împrumut a fost efectuată cu fraudarea legii, societatea neputând acorda împrumuturi fără dobândă, în condiţiile în care societăţile comerciale nu au aptitudinea legală de a face gratuităţi.

Prin întâmpinare, pârâta S.C. B. SRL a solicitat respingerea acţiunii, în principal, pe excepţia netimbrării şi excepţia lipsei calităţii procesual active a reclamantei, subliniind faptul că aceasta nu are calitate procesuală activă, întrucât nu justifică nici un interes legitim în promovarea acestei acţiuni neavând calitate de creditor în dosarul de soluţionare a falimentului societăţii pârâte S.C. C. S.R.L.

Pe fond, a solicitat respingerea acţiunii ca neîntemeiate, întrucât existenţa acordului de împrumut cât şi realitatea transferului bancar pentru suma în cauză a fost deja supuse controlului de legalitate în faţa judecătorului sindic care a reţinut caracterul cert, lichid şi exigibil al creanţei date de acest înscris contestat de reclamantă.

Pârâta S.C. C. S.R.L., prin lichidator judiciar Cabinet Individual de Insolvenţă E. a invocat, de asemenea, excepţia netimbrării acţiunii precum şi excepţia lipsei calităţii procesuale active a reclamantei, faţă de împrejurarea că aceasta nu are calitate procesuală activă, nu justifică un interes legitim în cauză şi nu are calitatea de creditor al societăţii pârâte aflate în procedura insolvenţei.

Pe fond pârâta a arătat că acţiunea este neîntemeiată întrucât legalitatea existenţei contractului de împrumut cât şi realitatea transferului bancar aferent sumei menţionate în contract a fost verificată de către judecătorul sindic în cadrul procedurii insolvenţei, înscrisul fiind acceptat ca act doveditor al creanţei înscrisă pe tabloul creditorilor.

Prin sentinţa nr. 2577 din 25 octombrie 2011, Tribunalul Botoşani – Secţia comercială, de contencios administrativ şi fiscal, a admis excepţia invocată de pârâţi şi în consecinţă, a respins acţiunea având ca obiect constatarea nulităţii absolute formulată de reclamanta S.C. A. S.R.L., în contradictoriu cu pârâtele S.C. B. SRL şi S.C. C. S.R.L., prin administrator judiciar Cabinet Individual de Insolvenţă E., pentru lipsă calitate procesuală activă a reclamantei,

Împotriva acestei sentinţe a formulat apel reclamanta SC A. SRL, dosarul fiind înregistrat pe rolul Curţii de Apel Suceava – Secţia a II-a civilă sub nr. (...)/39/2014.

Prin încheierea de şedinţă din 26 februarie 2016, pronunţată de Curtea de Apel Suceava – Secţia a II-a civilă, în temeiul disp. art. 244 pct. 1 Cod procedură civilă, s-a dispus suspendarea cauzei faţă de împrejurarea că dosarul nr. (...)/40/2010/a4\*\* aflat pe rolul Tribunalului Botoşani, ce avea ca obiect procedura insolvenţei debitoarei S.C. C. S.R.L., prin care S.C. A. S.R.L. contestă neînscrierea în Tabelul definitiv consolidat actualizat a creanţei în cuantum de 876.531 nu a fost soluţionat definitiv şi irevocabil, iar prin Decizia nr. 1116 din 9 iunie 2016, pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie – Secţia a II-a civilă, s-a admis recursul, s-a casat încheierea recurată şi s-a trimis cauza aceleaşi instanţe pentru continuarea judecăţii, reţinând că dosarul pendinte (..../40/2010/a7) nu intră sub incidenţa legii speciale a insolvenţei, neavând relevanţă calitatea de creditor a reclamantei care formează obiectul judecăţii în procesul de faliment, aceasta dovedindu-şi interesul în promovarea prezentei acţiuni în dreptul comun.

Prin decizia nr. 354 din 12 octombrie 2017, pronunţată de Curtea de Apel Suceava,s-a admisapelul declarat de reclamanta SC A. S.R.L., împotriva sentinţei nr. 2577 din 25. 10.2011, pronunţată de Tribunalul Botoşani – Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal în dosarul nr. (...)/40/2010, intimate fiind pârâtele SC B. S.R.L. şi SC C. S.R.L. prin lichidator judiciar Cabinet Individual de Insolvenţă E.; a desfiinţat sentinţa civilă nr. 2577/25.10.2011 pronunţată de Tribunalul Botoşani, reţinând cauza pentru judecarea în fond, faţă de împrejurarea că prin Decizia nr. 1116/9.06.2016, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a statuat în mod irevocabil că reclamanta îşi justifică interesul promovării prezentei acţiuni în anulare prin urmărirea punerii în executare a sentinţei nr. 13932/8.12.2009 pronunţată de Tribunalul Bucureşti în dosarul nr. (...)/3/2008, executare ce nu poate fi efectuată din cauza deschiderii procedurii insolvenţei împotriva S.C. B. S.R.L., în temeiul contractului de împrumut criticat.

Prin completările la concluziile scrise, reclamanta a solicitat să se aibă în vedere considerentele Deciziei nr. 1116/09.06.2016 pronunţată de ICCJ - Secţia a II-a civilă în dosar nr.(...)/39/2012/al, astfel că urmare a celor reţinute de instanţa de control judiciar consideră că în soluţionarea prezentei cauze trebuie analizate doar expertiza si răspunsul la obiecţiuni ale experţilor desemnaţi, sentinţele din aceste dosare neputând fi reţinute in prezenta cauza, întrucât nu sunt îndeplinite cerinţele legale pentru a interveni autoritatea de lucru judecat, în condiţiile în care prezenta acţiune nu intră sub incidenţa legii speciale a insolvenţei.

Referitor la dosarul penal nr. 55/P/2012, face precizarea că organele de urmărire penala au interpretat eronat, reţinând că ar exista o similitudine între contractul în euro (care face obiectul prezentului dosar) şi contractul în lei în valoare de 6.914.172.940 lei a cărui semnătura a fost legalizată la B.N. F., acest birou legalizând un contract în lei motivat de faptul că în octombrie 2001 în România nu era introdusă moneda euro, neexistând cadru legal pentru un contract in euro.

De asemenea, a solicitat să se aibă în vedere şi dispoziţiile art. 28 din Codul de procedură penală in ce priveşte limitele autorităţii hotărârii penale in procesul civil.

Având în vedere toate înscrisurile de la dosar precum şi susţinerile apelantei formulate prin concluziile scrise depuse la dosarul cauzei şi completările aduse acestora, a solicitat admiterea acţiunii aşa cum a fost formulată în sensul de a se constata nulitatea absolută a contractului de împrumut din 26.10.2001 şi a Actului adiţional, acestea fiind nule de drept, pentru lipsa semnătura împrumutat, existenţa a două xerocopii ale aceluiaşi pretins contract care diferă şi ca scriere dar şi ca acord părţi; lipsa calităţii domnului D. de a încheia în nume propriu acest pretins contract, el nu avea calitate de asociat unic al firmei SC B.; diferenţa dintre semnăturile existente pe actele a căror nulitate o solicită este vizibilă şi majoră faţă de specimenul de semnătură al domnului D. dat la Notariatul Botoşani în 11.10.2004; pe viramentul bancar din 26.10.2001 nu exista trecută motivaţia transferului, deci nu există precizat că suma transferată reprezintă "Împrumut în baza contractului..."; în evidenţele contabile ale lui B. cât şi în cele de după fuziune ale SC C. (timp de 8 ani) viramentul efectuat in 26.01.2001 este înregistrat „ca şi aport asociat" şi nu a avut loc niciodată o reactualizare a sumei ca urmare a diferenţelor de curs valutar şi nici o dobândă anuală pentru sumele restante aşa cum legea societăţilor comerciale şi legea contabilităţii o impune; prin adresele BNR-ului, acesta precizează că „transferul în euro din 26.10.2001 s-a efectuat fără respectarea normelor BNR" şi toate înscrisurile eliberate de BNR „nu pot fi considerate probe în faţa instanţei".

Solicită cheltuieli de judecată reprezentând taxele judiciare de timbru.

Prin concluzii scrise, SC B. SRL, faţă de cererea de chemare în judecată promovată SC A. SRL, a solicitat respingerea acţiunii, ca fiind nefondată.

Solicită să se reţină că reclamanta a cerut constatarea nulităţii absolute a contractului de împrumut din 26.10.2001, modificat prin actul adiţional din 01,11.2005, încheiat între S.C. B. SRL şi filiala din România de la acea vreme, ulterior absorbita de SC C. SRL, co-pârâtă în cauză, pentru lipsa cauză şi frauda la lege.

Referitor la prima critică de nulitate - lipsa cauză - este de netăgăduit finalitatea urmărită prin finanţarea activităţii filialei S.C. B. SRL, fapt împlinit prin achiziţie imobile cu destinaţie industriala. Realitatea transferului sumelor împrumutate, din Italia în România, este evidentă şi dovedită şi prin înscrierile efectuate în Registrul datoriei private externe de la Banca Naţionala a României pentru filiala SC B SRL (in prezent, co-pârâta C.),

Din lucrările dosarului penal ataşat reiese că operaţiunile bancare au fost verificate şi de către organele de cercetare penala, urmare unei plângeri formulată de reclamanta. Prin ordonanţa de respingere s-au detaliat actele regăsite la instituţiile bancare competente, care certifică încă o dată transferul sumelor ele bani, care au fost ulterior folosiţi pentru achiziţia acelor bunuri imobile.

Rezumativ, existenţa acordului de împrumut cât şi realitatea transferului bancar au făcut deja obiectul controlului de legalitate şi în faţa judecătorului-sindic, care a reţinut caracterul cert, lichid şi exigibil al creanţei dat de acest înscris contestat prin cererea dedusă judecaţii.

Înţelege să reitereze aspectele ce confirmă situaţia prezentată: suma în cauză a fost virată la data de 23 octombrie 2001 de către banca italiana către România, respectiv la Banca ... - sucursala locală. In dosarul paralel, cu nr. (...)/40/2010/a4\*\*\*, prin expertiza contabilă dispusă s-a constatat şi reţinut existenţa acestor operaţiuni bancare.

Suma în cauza a fost acordată în vederea achiziţiei unui bun imobil - Pavilion social industrial şi teren aferent, de la fosta SC G. SA; în acest sens s-a întocmit contract de vânzare - cumpărare, în forma autentică, iar plata preţului s-a făcut prin virament bancar cu ordin de plată. Mai mult decât atât, părţile confirmă şi în faţa notarului împrumutul şi încheie şi în formă autentică contractul de împrumut (Încheierea notarului public cu nr. (...) din 29.10.2001). In plus, ulterior, părţile fac o serie de înţelegeri prin care stabilesc noi scadenţe pentru plata creditului cât şi pentru alte astfel de credite, recunoscând şi consfinţind obligaţiile dintre părţi; fiind vorba despre actul adiţional din noiembrie 2005, contractul de împrumut din 16.01.2008 (care rezuma toate înţelegerile anterioare).

Referitor la cea de-a doua cauză de nulitate invocată - frauda la lege – precizează că este de neînţeles de ce se critică demersul iniţiat de o persoana juridică străină - S.C. B. SRL - care avea posibilitatea legală de a finanţa/credita activitatea filialei sale, în temeiul art. 100 din Titlul VI din Legea nr. 99/1999.

De asemenea, arată că prevederile legale invocate de reclamantă în sprijinul cererii sale nu sunt relevante în speţă, deoarece Decretul nr. 31/1954 (dreptul comun în materie) are aplicabilitate doar în situaţia persoanelor juridice romane care practică în mod frecvent astfel de împrumuturi către terţi (ca obiect de activitate); or, în acest caz este evidentă intenţia de finanţare a activităţii din România pentru filiala sa de la acea vreme.

În concluzie, solicită respingerea acţiunii ca nefondată.

S.C. C. SRL în faliment prin reprezentant legal lichidator judiciar Cabinet Individual de Insolvenţă E. a solicitat respingerea acţiunii formulată de reclamanta S.C. A SRL ca nefondată.

Raportat la primul capăt, arată că societatea în anul 2001 şi-a finanţat filiala în conformitate atât cu prevederile legale ale statului italian, cât şi cele ale statului român. Şi în 2001 şi în prezent sunt clar prevăzute ca fiind corecte, legale sub toate aspectele, finanţările societăţilor mamă. Mai mult aceste finanţări, recunoscute şi de SC A. SRL au fost transferuri bancare care au fost înregistrate şi la BNR, au fost verificate şi de organele de cercetare penală la solicitarea societăţii reclamante - s-au concretizat în achiziţia de imobile.

S-a constatat de judecătorul sindic existenţa împrumutului financiar în baza contractului ce face obiectul acestui dosar la data când s-a aprobat deschiderea insolvenţei (hotărâre rămasă definitivă, iar organele de cercetare penală au constatat existenţa acestui contract şi a împrumutului financiar prin verificări la Banca ..., BNR şi verificări la notar unde s-a perfectat acest contract în monedă lei. Pe de altă parte, în dosarul cu nr. (..)/40/2010/a4\*\*\* unde s-a dispus şi expertiza contabila s-a constatat şi reţinut existenta acestor operaţiuni bancare (hotărâre definitiva), precizând faptul că SC C. SRL - intimata în cauză - a preluat activul şi pasivul Filialei B. prin fuziune cu absorbţie.

Referitor la invocarea fraudei la lege, arată că cel care a împrumutat suma este firma din Italia care avea dreptul legal să finanţeze filiala şi oricare altă societate din România şi nu Filiala a împrumutat banii din Italia şi nu Filiala B. a acordat împrumut firmei din Italia. În ce priveşte Decretul nr. 31/1954, arată că dispoziţiile acestuia ar fi avut aplicabilitate doar în situaţia în care persoana juridica română ar fi practicat acordarea de împrumuturi financiare şi astfel obiectul său de activitate s-ar fi transformat într-o activitate neautorizată. În speţă, este dată situaţia în care o persoană juridică nerezidentă acordă un împrumut unei persoane juridice romane, şi mai mult decât atât, o societate mamă acorda unei societăţi fiică un împrumut accidental pentru achiziţia unui imobil în vederea desfăşurării activităţii pentru care s-a constituit Filiala în România. Raportat la OUG nr. 99/2006, precizează că dispoziţiile acesteia nu pot fi luate in considerare pentru un contract din 2001, întrucât această ordonanţă nu activează retroactiv dar şi în această situaţie, această prevedere arata clar că sunt permise împrumuturi financiare între societăţi în anumite condiţii fără a fi autorizate pentru desfăşurarea unei astfel de activităţi.

Raportat la prevederile legale aplicabile în octombrie 2001, la faptul ca împrumutul financiar a făcut obiectul verificării de BNR şi la faptul ca tranzacţiile efectuate în baza acestui contract (care se regăseşte la BNR şi în forma autentificată în lei) sunt reale, corecte (au făcut obiectul verificării organelor de cercetare penala şi în dosarul (...)/40/2010/a19\*\*), a solicitat respingerea acţiunii ca nefondată.

Examinând actele şi lucrările dosarului, Curtea constată următoarele:

Cu titlu preliminar, Curtea reţine că, prin decizia nr. 354/12.10.2017 pronunţată în prezenta cauză, a fost admis apelul declarat împotriva sentinţei civile nr. 2577/25.10.2011 a Tribunalului Botoşani, care a fost desfiinţată, iar cauza a fost reţinută pentru judecata în fond.

Pe cale de consecinţă, Curtea urmează a pronunţa în fond asupra cererii de chemare în judecată aflată la filele 3-6 din dosarul de fond nr. (...)/40/2010/a1 al Tribunalului Botoşani.

Prin această cerere de chemare în judecată s-a solicitat constatarea nulităţii absolute a contractului de împrumut din 26.10.2001, modificat prin actul adiţional din 01.11.2005, încheiat între S.C. B SRL Italia, în calitate de împrumutător, şi S.C. B. SRL Italia – Filiala .., absorbită prin fuziune de către debitoarea S.C. C. S.R.L., în calitate de împrumutat, societate aflată în procedura insolvenţei judiciare.

Reclamanta a invocat două motive de nulitate absolută:

1. suma de 230.000 de euro nu a fost în realitate împrumutată debitoarei, fiind vorba de un contract fictiv, ceea ce echivalează cu lipsa cauzei;

2. frauda la lege, rezultând din acordarea iniţială a pretinsului împrumut fără dobândă

ceea ce contravine scopului lucrativ şi principiului specialităţii capacităţii de folosinţă a persoanei juridice.

Curtea se va pronunţa asupra cererii de chemare în judecată strict în baza celor două motive de nulitate invocate în faţa primei instanţe, fără a analiza motivele invocate direct în faţa instanţei de apel, întrucât acestea reprezintă o modificare a cauzei cererii de chemare în judecată, lucru nepermis de dispoziţiile art. 294 alin. 2 din fostul Cod de procedură civilă.

Cu privire la primul motiv de nulitate, respectiv caracterul fictiv al contractului de împrumut, prin sentinţa nr. 354/24 iunie 2015 a Tribunalului Botoşani s-a reţinut, cu autoritate de lucru judecat, că debitoarea SC B. SRL Filiala a încasat de la B. suma de 229.804,82 euro, documentul care confirmă această operaţiune fiind extrasul de cont ataşat raportului de expertiză întocmit în cauză. Recursul declarat împotriva acestei sentinţe a fost respins prin decizia nr. 271/19.11.2015 pronunţată de Curtea de Apel Suceava în dosarul nr. (...)/40/2010/a4\*\*\*, irevocabilă, în motivarea căreia se reţine că, potrivit raportului de expertiză contabilă administrat în cauză, se atestă intrarea în contul debitoarei a sumei ce face obiectul contractului de împrumut.

Aceste două hotărâri judecătoreşti au efect pozitiv în prezenta cauză, în sensul că instanţa nu mai poate pune în discuţie cele reţinute, respectiv realitatea contractului de împrumut.

Pe cale de consecinţă, primul motiv de nulitate, legat de lipsa cauzei, nu este dat.

Cu privire la cel de-al doilea motiv de nulitate invocat, Curtea apreciază că încheierea iniţială a contractului de împrumut fără stabilirea unei dobânzi nu se încadrează la noţiunea de „fraudă la lege”. Atât în doctrină cât şi în practica judiciară (spre ex. decizia ÎCCJ nr. 1386/4.04.2014) s-a arătat că „frauda la lege” reprezintă acea operaţiune prin care, la întocmirea unui act juridic, în scopul eludării unor norme legale imperative, sunt uzitate alte norme legale, prin deturnarea acestora din urmă de la scopul în care au fost edictate de legiuitor. Prin fraudarea legii nu este încălcată litera legii de ordine publică, dar este nesocotit spiritul acesteia.

Din această perspectivă, încălcarea dispoziţiilor art. 34 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954, aplicabile în cauză, nu poate constitui o „fraudă la lege”, din moment ce textul prevede expres sancţiunea nulităţii pentru actele juridice ce nu sunt încheiate în vederea realizării scopului persoanei juridice stabilit prin lege, act de înfiinţare sau statut.

De altfel, încheierea unui contract de împrumut fără dobândă între două persoane juridice nu încalcă, prin el însuşi, nici dispoziţiile art. 34 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954, şi nici principiul scopului lucrativ al societăţilor comerciale (obţinerea de profit). Relaţiile comerciale între două societăţi, mai ales cum este cazul în speţă, în care aveau acelaşi administrator iar una dintre societăţi e asociat celeilalte, trebuie interpretate în ansamblul lor, şi nu punctual, cu privire la fiecare contract în parte. Acest lucru înseamnă că, deşi împrumutătorul nu obţine un profit imediat din contractul de împrumut, care nu prevedea iniţial o dobândă, poate avea interes şi profit din simpla sprijinire a împrumutatului să-şi continue sau să-şi dezvolte activitatea, prin prisma ansamblului relaţiilor comerciale dintre ei.

Concluzionând, în lipsa dovedirii clare a unor elemente intenţionale din care să rezulte urmărirea altui scop decât cel stabilit prin lege, act de înfiinţare sau statut, simpla încheiere a unui contract de împrumut între societăţile în cauză fără a prevede iniţial o dobândă, nu constituie o încălcare a dispoziţiilor art. 34 alin. 2 din Decretul nr. 31/1954, care să atragă sancţiunea nulităţii prevăzute de art. 34 alin. 2 din acelaşi text.

Pentru toate aceste motive, Curtea urmează a respinge cererea de chemare în judecată, ca nefondată.

**2. Procedura insolvenței. Ordinea de distribuire în cazul distribuirilor sumelor obţinute în urma lichidării.**

***Rezumat***:

*Dispozițiile art. 121 din Legea nr. 85/2006 (art. 159 din Legea nr. 85/2014) stabilesc ordinea de distribuire în cazul distribuirilor obţinute în urma lichidării doar pentru creditorii ce deţin garanţii asupra bunurilor lichidate, iar nu pentru toţi creditorii înscrişi în tabelul definitiv consolidat de creanţe la categoria creditorilor garantaţi.*

(Decizia nr. 88 din 23 martie 2018, dosar nr. 4520/86/2014\*/a14)

**Hotărârea**:

Asupra apelului de faţă, curtea constată că, prin sentinţa civilă 661 din 12 decembrie 2017 Tribunalul Suceava - Secţia a II-a civilăa respins, ca nefondată, contestaţia împotriva raportului nr. 1107/30.10.2017 privind fondurile obţinute şi a planului de distribuire nr. 1108/30.10.2017 (publicate în Buletinul procedurilor de insolvenţă nr. 20422/31.10.2017) formulată de petenta Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice – Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A., în calitate de creditoare al debitorului SC B. SRL, reţinând, în esenţă, faptul că în raportul privind fondurile obţinute lichidatorul judiciar a susţinut că în perioada august 2014 - octombrie 2017 s-au obţinut fonduri din vânzarea activelor debitorului, soldul contului de lichidare fiind în sumă de 1.063.300 de lei, fără TVA, incluzând şi suma de 6.000 de lei, fără TVA, achitată din casieria debitorului cu titlu de onorariu administrator judiciar pentru perioada august-octombrie 2014, sumă din care s-a scăzut onorariul variabil al lichidatorului judiciar – 31.341 de lei, fără TVA; cheltuieli de procedură – 12.854 lei, fără TVA, constând în publicitate – 473 lei, taxe poştale – 25 lei, evaluare bunuri – 12.000 lei, comisioane bancare – 356 lei, la care se adaugă suma de 21.146 lei reprezentând 2% din sumele încasate, care se achită la fondul de lichidare.

De asemenea, s-a reţinut că suma de 18.600 lei, fără TVA, reprezentând venituri din chirii şi sume din casieria societăţii acoperă parţial cheltuielile de procedură, iar pentru acoperirea cheltuielilor viitoare s-a constituit un fond de rezervă în sumă de 4.959 lei, rămânând suma de 915.000 de lei, propusă pentru distribuirea între creditori astfel: C. – 847.483 lei, D. SA – 424 lei, SC E. SA – 67.093 lei.

Prima instanţă a reţinut că deşi creditoarea Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. a susţinut că are calitatea de creditor garantat şi că potrivit art. 124 din Legea nr. 85/2006 trebuie să participe la distribuiri, potrivit tabelului definitiv de creanţe creditorii C., D. şi SC E. SA apar la poziţiile 1 şi 2 - creditori garantaţi cu ipotecă imobiliară F., G. şi H., pe când Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. apare la poziţia 5 - creditor garantat cu garanţie reală mobiliară şi nu cu ipotecă.

Faţă de împrejurarea că sumele distribuite privesc imobile situate în F., G. şi H., pentru care există ipoteca creditorilor C., D. şi SC E. SA, aceştia sunt îndreptăţiţi să participe conform art. 124 la distribuiri, iar după stingerea integrală a acestor ipoteci restul sumelor se împarte celorlalţi creditori în ordinea de preferinţă din tabelul definitiv, şi cum nu au fost acoperite integral creanţele creditorilor ipotecari, contestatorul nu poate participa alături de aceştia la distribuiri, singurul caz în care sunt aplicabile aceste sume reprezentându-l existenţa unor disponibilităţi băneşti în conturile debitorului, pentru care există garanţiile creditorilor Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. şi Banca J.

În consecinţă, instanţa de fond, constatând susţinerile contestatoarei nefondate, în baza dispoziţiilor art. 122 din Legea nr. 85/2006 a respins contestaţia creditorului Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. ca nefondată.

Împotriva acestei sentinţe, a declarat apel creditoarea Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice prin Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A., criticând-o pentru nelegalitate.

În dezvoltarea motivelor de apel, creditoarea arată că prin cererea formulată în dosarul asociat nr. 4.../86/2014/a14, a contestat Raportul asupra fondurilor obţinute din lichidare si din încasarea creanţelor întocmit pentru debitorul SC B.SRL nr. 1107/30.10,2017 şi Planul de distribuire între creditori nr. 1108/30.10.2017.

Învederează faptul că, în speţă, creditorii C, S.C E SA şi Direcţia Generala Regională a Finanţelor Publice – Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. au acelaşi rang de prioritate, respectiv cel dat de creanţele garantate - art. 121 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, astfel încât distribuirea sumei trebuia să se facă proporţional, după cum dispun prevederile art. 124 si art. 125 alin. (2) din acelaşi act normativ.

Învederează faptul că procedura specială a insolvenţei instituită prin Legea nr. 85/2006 reprezintă o executare silită a obligaţiilor, dar, spre deosebire de executarea silită din dreptul comun (care este o procedură individuală), este o procedură colectivă (concursuală) pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvenţă.

În concluzie, întrucât sumele obţinute din valorificarea bunurilor aparţinând averii debitoarei erau insuficiente pentru acoperirea integrală a creanţelor creditorilor garantaţi, în considerarea dispoziţiilor legale menţionate se impunea ca acestora să li se distribuie o cotă falimentară, reprezentând suma proporţională cu procentul pe care creanţele respectivilor creditori îl deţine în categoria creanţelor garantate.

În consecinţă, a solicitat admiterea apelului, schimbarea sentinţei apelate, în sensul admiterii contestaţiei.

În cauză, a formulat întâmpinare creditoarea C. S.R.L., prin care a solicitat respingerea apelului formulat de Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A..

Precizează faptul că, între Banca K. şi Societatea C., societate cu răspundere limitată constituită în conformitate cu legile din (....) şi D. S.A., a intervenit la data de 21.12.2015 Contractul Cadru pentru cesiune de creanţe ce are ca obiect o sumă de bani şi anumite alte drepturi, iar Banca K. transmite către C.. şi D. SA, creanţa deţinută asupra debitoarei, cesionând toate drepturile şi garanţiile accesorii ale acesteia. Ca urmare a finalizării acestei cesiuni, la data de 08.06,2016, dreptul de proprietate al Băncii K. asupra creanţei împreună cu toate drepturile şi obligaţiile ce decurg din calitatea de creditor al debitoarei, s-a transmis către C. şi D. la data plăţii integrale a preţului, aceştia devenind creditorul debitoarei. Prin cesiunea de creanţă Banca K. a cesionat către C. şi D. toate drepturile, garanţiile şi creanţele rezultând sau în legătură cu debitoarea SC B. S.R.L. În urma operaţiunilor de cesiune de creanţă în baza art. 1568 şi următoarele din Codul Civil, C. şi D.. s-a subrogat în toate drepturile şi obligaţiile creditorului cedent Banca K. rezultate din toate contractele de credit principale, precum şi în toate drepturile şi obligaţiile decurgând din toate contractele de garanţie personală, reală mobiliară şi imobiliară, accesorii contractelor de credit principale, perfectate între aceasta şi debitoarea SC B. S.R.L Actele de la dosarul cauzei atestă, în mod neechivoc, calitatea procesuală a sa, care a preluat procedura din stadiul în care aceasta se afla la momentul intervenirii cesiunii de creanţă, încheiată între C. şi D., în calitate de Cesionari şi Banca K., în calitate de Cedent.

Sub aspectul temeiniciei apelului şi a contestaţiei formulate, arată că, prin Planul de distribuire între creditori nr. 1108/30.10.2017, lichidatorul judiciar propune spre distribuire suma de 847.483 lei către C.., în calitatea sa de creditor garantat cu garanţie asupra bunurilor valorificate, suma de 424 lei către creditorul D. S.A. şi suma de 67.093 lei către creditorul E. S.A.. Prin Raportul asupra fondurilor obţinute din lichidare şi din încasarea creanţelor întocmit pentru debitorul S.C. B. S.R.L. nr. 1107/30.10.2017 s-a arătat în mod concret încasările totale, în cuantum de 1.063.300 lei, exclusiv TVA, incluzând şi suma de 6.000 lei, exclusiv TVA, achitată din casieria debitorului cu titlu de onorariu administrator judiciar pentru perioada august - octombrie 2014. După prezentarea acestor sume s-a menţionat faptul că se va distribui efectiv suma de 915.000 lei în temeiul ari. 121 şi art. 124 din Legea nr. 85/2006, urmând ca suma de 4.959 lei să fie provizionată.

Prin planul de distribuire a fondurilor, lichidatorul judiciar a propus, în temeiul art. 121, respectiv art. 124 din Legea nr. 85/2006, distribuirea către C., în calitate de creditor garantat, cu garanţie asupra bunurilor valorificate reprezentate de activul format din teren curţi-construcţii în suprafaţă de 4.167 mp şi construcţii, situat în loc. L., corn. F., jud. A., a sumei de 847.483 lei.

Solicită să se observe faptul că apelanta nu formulează prin motivele de apel critici reale împotriva sentinţei pronunţate de instanţa de fond, ci reia în totalitate motivele care au fost invocate în cuprinsul contestaţiei iniţiale.

Consideră că planul de distribuire al creanţelor întocmit de către lichidatorul judiciar cu privire la sumele încasate în urma valorificării unor bunuri imobile deţinute de către debitoarea S.C. B. S.R.L. este legal în ceea ce priveşte nedistribuirea vreunei sume către contestatoarea din prezenta cauză, fiind în acest sens întocmit cu respectarea dispoziţiilor prevăzute de art. 121 din Legea nr. 85/2006 cu privire la ordinea de distribuire a sumelor în raport de rangul şi dreptul de preferinţă deţinut de către creditorii îndreptăţiţi la încasarea sumelor obţinute în cadrul procedurii.

Învederează că nu pot fi reţinute susţinerile formulate de către apelanta contestatoare în sensul că în mod greşit lichidatorul judiciar a distribuit întreaga sumă obţinută din valorificarea activelor debitoarei către creditori garantaţi cu drept de ipotecă cu privire la aceste bunuri, considerând că această distribuire trebuia efectuată proporţional cu procentul deţinut de fiecare creditor garantat înscris în această categorie, deci şi către contestatoare.

Apelanta contestatoare are, cel mai probabil, o creanţă înscrisa în A.E.G.R.M., împrejurare distinctă din punct de vedere juridic faţă de situaţia existenţei unui drept de ipotecă asupra imobilelor valorificate, creditoarea urmând a se îndestula din suma obţinută din vânzarea imobilelor ipotecate doar după achitarea integrală a creanţei garantate ipotecar, iar pe de altă parte, nu prezintă importanţă pentru soluţionarea prezentei cauze nici împrejurarea că creanţa apelantei contestatoare este una fiscală, dreptul de preferinţă menţionat de art. 2328 Cod Civil fiind subordonat dispoziţiilor art. 2343 Cod Civil.

Pe de altă parte, solicită să se observe cronologia acestor înscrieri şi să se constate că dreptul de preferinţă al său este unul constituit şi înscris spre opozabilitate mult anterior momentului naşterii dreptului, iar creditoarea Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice deşi are o creanţă garantată, nu are o creanţă de acelaşi rang cu a sa, ci de un rang inferior, sens în care invocă dispoziţiile art. 1778 şi art. 1779 Cod civil, coroborate cu cele ale art. 25 din Legea 7/1996.

Consideră că, în cauză, sunt aplicabile dispoziţiile art. 121, raportat la art. 125 alin. l din Legea 85/2006, că în mod corect lichidatorul judiciar a dispus ca toate sumele obţinute din vânzarea bunurilor să revină în mod exclusiv creditorilor care deţin un drept de preferinţă cu privire la acestea, şi prin urmare să nu dispună distribuirea către contestatoarea Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. a unei sume rezultate din această înstrăinare.

În consecinţă, a solicitat respingerea apelului ca nefondat.

Examinând legalitatea şi temeinicia încheierii atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a motivelor de apel invocate, Curtea constată următoarele:

Distribuirea sumelor obţinute din lichidarea bunurilor debitoarei a fost efectuată în temeiul dispoziţiilor art. 121 din Legea nr. 85/2006, bunurile lichidate fiind ipotecate în favoarea creditoarelor C. şi D. SA.

În art. 121 alin. 1 se arată că: *„Fondurile obţinute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanţii reale mobiliare ori drepturi de retenţie de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine:*

*1. taxe, timbre şi orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea acestor bunuri, precum şi plata remuneraţiilor persoanelor angajate în condiţiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 şi 24;*

*11. creanţele creditorilor garantaţi născute în timpul procedurii de insolvenţă după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan. Aceste creanţe cuprind capitalul, dobânzile, majorările şi penalităţile de orice fel;*

 *2. creanţele creditorilor garantaţi, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările şi penalităţile de orice fel, precum şi cheltuielile, pentru creanţele născute înainte de deschiderea procedurii”,* stabilindu-se ordinea de distribuire pentru sumele obţinute din lichidarea bunurilor grevate în favoarea creditorilor.

Rezultă până la evidenţă din formularea art. 121 alin. 1 din Legea nr. 85/2006 că textul se referă la creditorii ce au instituite garanţii asupra bunului lichidat, iar nu la toţi creditorii înscrişi în tabelul definitiv de creanţe, la categoria creanţelor garantate.

Orice altă interpretare ar goli de conţinut dispoziţiilor art. 1746 Cod civil de la 1865 (aplicabil speţei datorită datei de constituire a ipotecilor) care prevăd că „*ipoteca este un drept real asupra imobilelor afectate la plata unei obligaţii”.* În cauza de faţă creditoarea contestatoare nu justifică nicio garanţie asupra bunurilor ce au fost lichidate. A admite teza conform căreia orice creditor ce deţine o creanţă garantată poate participa la distribuire pentru sume obţinute din vânzarea bunurilor asupra cărora nu ar avea constituite garanţii, dispoziţiile Codului civil privitoare la privilegii şi ipoteci nu ar mai produce efecte.

Cum o asemenea modalitate de interpretare a legii nu poate fi primită, Curteaapreciază drept legală şi temeinică soluţia pronunţată de judecătorul sindic, motiv pentru care, în temeiul art. 480 Cod procedură civilă, Curtea va respinge apelul ca nefondat.

**3. Procedura insolvenței. Cerere de atragere a răspunderii materiale a fostului administrator.**

***Rezumat*:**

*Termenul de prescripție de 3 ani reglementat de art. 170 din Legea nr. 85/2014 nu poate curge de la data deschiderii procedurii, întrucât administratorul judiciar nu are cunoștința la acel moment despre deschiderea procedurii, acest fapt intervenind, la comunicarea încheierii sau sentinței în cauză. Termenul de prescripție în cauză poate curge cel mai devreme de la data stabilită pentru depunerea raportului asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență.*

 (Decizia nr. 157 din 10.05.2018, Dosar nr. 5062/86/2014\*/a9)

**Hotărârea:**

Asupra apelului de faţă, constată că,prin sentinţa nr. 16 din 11.01.2018, Tribunalul Suceava – Secţia a II-a civilă, a respins ca nefondată excepţia prescripţiei dreptului material la acţiune; a admis cererea formulată în temeiul art. 169 din Legea 85/2014 de reclamanţii A. SPRL şi B. IPURL, privind atragerea răspunderii materiale împotriva pârâţilor C. şi D: foşti administratori ai debitoarei SC E. SRL şi a obligat pârâţii, în solidar, la plata sumei de 34.513.797,84 lei.

Pentru a hotărî astfel, prima instanţă a reţinut că excepția prescripției dreptului material la acțiune nu este întemeiată.

Astfel, potrivit art. 170 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 prescripţia (termenul de trei ani) începe să curgă de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă, dar nu mai târziu de 2 ani de la data pronunţării deschiderii procedurii.

În fapt,prin Încheierea nr. 956 din data de 22.07.2014, pronunțată de Tribunalul Suceava – Secția Civilă, judecătorul sindic a dispus, în temeiul Legii nr. 85/2014, deschiderea procedurii generale a insolvenței față de debitoare. Cererea de antrenare a fost formulată la data de 21.07.2017, astfel încât, făcând aplicarea dispozițiilor art. 170 din L.85/2014, Tribunalul a apreciat că, în speță, dreptul material la acțiune nu s-a prescris.

Pe fondul cauzei, Tribunalul a reţinut că, pentru a fi atrasă răspunderea patrimonială a membrilor organelor de conducere ale unei societăți supuse procedurii colective, trebuie să se dovedească atât săvârșirea de către pârât a faptelor reclamate, cât și legătura de cauzalitate dintre acestea și intrarea societății în insolvență.

Art. 169 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 85/2014 permite antrenarea răspunderii organelor de conducere ale societăţii debitoare care au dispus, în interes personal, continuarea unei activităţi care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăţi.

Din raportul lichidatorului judiciar privind cauzele care au condus la apariţia stării de insolvenţă a debitorului rezultă că aceasta se datorează managementului defectuos al foștilor administratori care, deşi cunoşteau că societatea acumula datorii, au dispus continuarea activităţii şi nu au uzat de dispoziţiile Legii nr. 31/1990 sau de cele ale Legii nr. 85/2014.

În condiţiile în care pârâții, în calitate de foști administratori ai societăţii, nu şi-au îndeplinit obligaţia de a formula, conform legii, o cerere de deschidere a procedurii de insolvenţă a societăţii şi au dispus continuarea unei activităţi ce ducea la încetarea de plăţi, s-a întârziat deschiderea procedurii, acumulându-se datorii atât faţă de bugetul de stat cât și față de ceilalți creditori.

Cât despre interesul personal al pârâților în continuarea activităţii societăţii, acesta a constat în utilizarea activelor societății. În același sens, interesul personal al pârâților reiese și din lipsa activelor aflate la data de 30.06.2014 în patrimoniul debitoarei, astfel cum erau înregistrate în evidenţele sale contabile: active imobilizate în valoare totală de 15.431.474 lei și active circulante în valoare totală de 26.640.595 lei, formate din: stocuri în valoare de 17.763.277 lei, creanţe de recuperat în sumă de 8.851.499 lei, disponibilităţi băneşti în sumă de 25.819 lei.

Totodată, disponibilităţile băneşti existente la data de 31.07.2014 (balanţa de verificare aferentă lunii iulie 2014 indică o sumă de 1.113.922,55 lei) nu au fost predate administratorului judiciar, iar interesul în continuarea activității l-a constituit și nerecuperarea creanțelor debitoarei în sumă totală de 8.233.031 lei de către foștii administratori statutari ai acesteia, prin pasivitatea acestora.

Potrivit art. 169 lit. e) din Legea nr. 85/2014 o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvenţă, va fi suportată de membrii organelor de conducere şi/sau supraveghere din cadrul societăţii, precum şi de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvenţă a debitorului dacă au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia.

Avându-se în vedere că foștii administratori ai debitoarei nu au procedat la punerea la dispoziția lichidatorului judiciar a documentelor de proprietate corespunzătoare bunurilor imobile din patrimoniul acesteia și nici nu au oferit explicații cu privire la semnificația imobilizărilor corporale în curs, în mod corect a apreciat reclamanta faptul că atât imobilul din comuna F. cât și numerarul aflat în casierie au fost fie valorificate, fie însușite în numele personal al foștilor administratori statutari, averea debitoarei fiind astfel prejudiciată în mod grav.

De asemenea, articolul 169 alin. 1 lit. d din Legea nr. 85/2014 permite antrenarea răspunderii organelor de conducere ale societăţii debitoare, care au ţinut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ţinut contabilitatea în conformitate cu legea. În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât şi legătura de cauzalitate între faptă şi prejudiciu se prezumă. Prezumţia este relativă.

Deşi notificată în acest sens, pârâta nu şi-a îndeplinit obligaţia de a pune la dispoziţia lichidatorului judiciar toate documentele prevăzute la art. 67 din Legea nr. 85/2014, ceea ce conduce la concluzia că evidenţa contabilă nu a fost ţinută în conformitate cu dispoziţiile legale în materie, sens în care judecătorul sindic, în baza art. 329 Cod proc.civ. rap. la art. 169 alin. 1 lit. d din Legea nr. 85/2014 prezumă că neţinerea contabilităţii în conformitate cu dispoziţiile Legii nr. 82/1991 a contribuit la cauzarea stării de insolvenţă a debitorului.

Prezumţia judecătorului se bazează şi pe faptul că nepredarea, în mod voit, a tuturor documentelor contabile ale societăţii debitoare, de către persoanele abilitate, creează posibilitatea de a se sustrage de la incidenţa dispoziţiilor art. 169 din Legea nr. 85/2014, întrucât administratorul/ lichidatorul judiciar nu ar putea identifica împrejurările concrete ce au determinat insolvenţa debitorului.

Judecătorul sindic a apreciat că societatea nu poate funcţiona viabil în condiţiile în care administratorii săi manifestă un dezinteres total în ceea ce priveşte îndeplinirea condiţiilor minime pentru funcţionarea societăţii, în sensul că nu au ţinut o contabilitate conform prevederilor legale.

În speţă, instanţa a apreciat că în sarcina pârâților poate fi reţinută fapta de a nu tine contabilitatea în conformitate cu legea, în condiţiile în care aceștia pe de o parte, nu au predat lichidatorului judiciar toate documentele contabile prevăzute în art. 67 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, iar pe de altă parte au ţinut o contabilitate fără respectarea prevederilor legislative în vigoare.

Neţinerea contabilităţii în mod corect nu face posibilă sesizarea dificultăţilor cu care se confruntă societatea şi face insesizabilă starea de insolvenţă care poate să apară la un moment dat, aspecte care ar fi înlăturate în condiţiile unei contabilităţi ţinute corect ce ar permite administratorilor să ia masurile necesare pentru preîntâmpinarea unor astfel de situaţii. În condiţiile neţinerii contabilităţii în conformitate cu legea se prezumă existenta unui raport de cauzalitate între fapta ilicită si prejudiciul produs, care constă în pasivul înregistrat în tabelul creditorilor. Raportul de cauzalitate dintre faptă şi prejudiciu se prezumă atâta timp cât există încetarea de plăţi şi una din faptele enumerate de art. 169 din Legea nr. 85/2014.

Din această perspectivă, cu referire la întinderea răspunderii pârâților apare imposibilă determinarea vrunei cauze străine care să fi condus la insolvenţa debitoarei.

Debitul pentru care s-a solicitat antrenarea răspunderii a fost stabilit cu ocazia întocmirii tabelului definitiv de creanţe, depus în cadrul procedurii de insolvenţă.

Aşa fiind, judecătorul sindic a apreciat că în sarcina pârâților poate fi reținută și săvârşirea faptei reglementate de art. 169 lit. d din Legea 85/2014, respectiv neţinerea contabilităţii în conformitate cu dispoziţiile legale în materie, ce a condus la producerea stării de insolvenţă a debitoarei.

Împotriva acestei sentinţe a declarat apel pârâţii C. şi D., criticând sentinţa pentru nelegalitate şi netemeinicie.

Astfel, au arătat că, în mod greşit prima instanţă a respins excepţia prescripţiei dreptului material la acţiune, aceasta fiind dată cu interpretarea greşită a prev. art. 170 din Legea nr. 85/2014.

Art. 170 din Legea nr. 85/2014 privind procedura insolvenţei leagă momentul începerii curgerii prescripţiei de „data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariţia stării de insolvenţă".

Dispoziţiile art. 170 reglementează un moment de natură subiectivă - dată la care a fost cunoscută persoana care a cauzat starea de insolvenţă, precum şi un moment de natură obiectivă - data la care trebuia cunoscută acea persoană, stabilindu-se, astfel, un moment de certitudine cu privire la începerea curgerii termenului de prescripţie, de natură a da valoare principiului previzibilităţii normei juridice sancţionatoare, în vederea garantării dreptului la apărare, ca valenţă esenţială a unui acces efectiv la justiţie.

Chiar dacă persoana sau persoanele care au cauzat starea de insolvenţă nu au fost cunoscute de către persoanele cu vocaţie la promovarea acţiunii în răspundere, termenul începe să curgă din momentul în care aceştia trebuiau să cunoască persoanele responsabile. Se instituie, aşadar, implicit o obligaţie activă în sarcina acestor persoane - administratorului/ lichidatorului judiciar şi creditorilor - în a identifica persoanele responsabile de ajungerea debitorului în stare de insolvenţă.

Astfel, pentru practicianul în insolvenţă desemnat să administreze procedura, momentul de natură obiectivă curge de la data la care acesta a fost desemnat în calitate de administrator judiciar, respectiv de la data deschiderii procedurii generale de insolvenţă, fiind binecunoscută obligaţia practicianului de a întocmi un raport privind cauzele şi împrejurările care au condus la insolvenţă societăţii debitoare, cu menţionarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă.

În consecinţă, consideră că momentul în care au fost cunoscute persoanele care au cauzat starea de insolvenţă îl reprezintă momentul pronunţării încheierii nr. 956/22.07.2014 prin care Tribunalul Suceava a dispus deschiderea procedurii generale de insolvenţă şi a desemnat în calitate de administrator judiciar consorţiul format din practicienii în insolvenţă A. SPRL şi B. IPURL.

Aşadar, faţă de data deschiderii procedurii de insolvenţă (22.07.2014) şi data introducerii cererii (26.07.2017) au trecut mai mult de 3 ani, fiind dată excepţia prescripţiei dreptului la acţiune având ca obiect antrenarea răspunderii materiale a pârâţilor.

Pe fondul cauzei, a arătată că, prima instanţă a constatat greşit că acţiunea este întemeiată.

Aşa cum s-a arătat în literatura de specialitate şi în practica judiciară, răspunderea reglementată de art. 169 din L. 85/2014 este o răspundere agravată cu caracter excepţional, care presupune existenţa unor situaţii-premisă şi întrunirea unor condiţii speciale, grefate pe condiţiile obişnuite ale răspunderii civile delictuale (faptă ilicită, prejudiciu, legătură de cauzalitate faptă ilicită-prejudiciu, vinovăţie).

Prima instanţă a interpretat greşit concluziile din raportul lichidatorului judiciar, reţinând eronat că în speţă cauzele care au condus la apariţia stării de insolvenţă derivă din managementul defectuos al foştilor administratori.

Contrar celor reţinute de prima instanţă, rezultă din Raportul asupra cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia insolvenţei debitorului SC E. SRL, raport care nu a fost contestat de către nici unul din creditorii debitorului, că starea de încetare de plăţi nu are legătură cu vreo faptă ilicită a pârâţilor, ci este consecinţa situaţiei economico-financiare globală, deficitară şi instabilă, coroborată cu diminuarea drastică a consumului de materiale de construcţii. În acest context economic, s-a accentuat scăderea cererii pentru produsele comercializate de S.C. E. S.R.L., ceea ce a generat o insuficienţă a fondurilor financiare necesare plăţii obligaţiilor scadente, firma confruntându-se cu o scădere a cifrei de afaceri şi cu încetinirea ritmului de încasare/recuperare a creanţelor, ceea ce a dus la lipsa de numerar necesar plăţii datoriilor scadent (furnizori şi bănci).

Mai mult, pe perioada de derulare a activităţii comerciale, debitoarea a achiziţionat mai multe imobile pe raza judeţelor G. şi H., în vederea măririi volumului producţiei şi a obţinerii de venituri suplimentare. Pentru aceasta a fost nevoie de accesarea unor credite bancare.

Totodată, au fost închiriate sau construite o serie de spaţii comerciale, care au avut nevoie de îmbunătăţiri substanţiale, impuse de continuarea activităţii de distribuţie a materialelor de construcţii.

Nu poate fi ignorată nici creşterea TVA (la 24%), măsură care a impus creşterea preţurilor produselor proprii, comparativ cu cele provenite din import.

Analiza principalilor indicatori economico-financiari din perioada 2011 - 2014 relevă că nu li se poate imputa, în nici un fel, intrarea societăţii în insolvenţă.

Nu în ultimul rând, reducerea creditului imobiliar şi de investiţii adresat populaţiei, coroborat cu lipsa de predictibilitate a mediului politic şi economic, au contribuit la erodarea autonomiei şi a stabilităţii financiare a societăţii debitoare.

Un alt factor care nu a putut fi previzionat a constat în variaţiile cursului de schimb al monedei naţionale în raport cu euro, cu impact substanţial asupra obligaţiilor asumate faţă de creditorii comerciali şi instituţiile bancare cu care debitoarea a derulat raporturi juridice.

La data la care au solicitat deschiderea procedurii prevăzută de Lg. 85/2014, societatea era solvabilă, doar că se confrunta cu o situaţie de instabilitate financiară datorită lipsei de lichidităţi imediate care să asigure plata datoriilor exigibile. Aşa cum s-a reţinut în raportul întocmit, starea de insolvenţă, generată în principal de factori externi, putea fi depăşită la acel moment prin adoptarea unor măsuri de restructurare. De altfel, acesta este şi motivul pentru care administratorii judiciari au concluzionat la acel moment că debitoarea putea fi supusă unui plan de reorganizare cu şanse de reuşită.

Concluzia evidentă, care rezultă şi din raport, este că nu au nici o culpă în producerea insolvenţei, cu atât mai mult cu cât pierderile majore au apărut în semestrul I al anului 2014, moment la care s-a şi luat decizia formulării cererii de deschiderea a procedurii insolvenţei.

Cum cererea întemeiată pe disp. art. 169 alin. 1 lit. c), d) şi e) din L. 85/2014 a rămas nedovedită, se impune, în rejudecare, respingerea acesteia.

Doctrina şi jurisprudenţa în domeniu sunt unanime în a aprecia că dispoziţiile legale cuprinse în art. 138 din L. 85/2006 (preluat în integrum de către art. 169 din L. 85/2014) nu instituie o prezumţie legală de vinovăţie în sarcina fostului administrator al societăţii falite, îndeplinirea condiţiilor antrenării răspunderii materiale a acestuia impunându-se a fi dovedită de titularul cererii, în aplicarea principiului *actori incumbit probatio* (cel care face o propunere înaintea judecăţii trebuie să o dovedească).

Analizând probele administrate în faţa instanţei de fond, rezultă că cererea de atragere a răspunderii materiale a fost motivată cu argumente cu caracter pur formal - dar, cu toate acestea, a fost admisă, simpla invocare a prevederilor art. 169 lit. c), d), e) din L. 85/2014 neputând conduce, în mod automat, la atragerea răspunderii subsemnaţilor, aşa cum s-a întâmplat în speţă.

Natura juridică a răspunderii administratorului, potrivit conţinutului art. 169 din Lg. 85/2014, este a unei răspunderii speciale, care împrumută caracteristicile răspunderii delictuale. Aceasta înseamnă că, pentru a fi angajată răspunderea patrimonială, trebuie îndeplinite condiţiile generale ale răspunderii civile delictuale: faptă ilicită, prejudiciu, legătură de cauzalitate şi vinovăţie, ultimele două condiţii căpătând, în situaţiile reglementate de art. 169 Lg. 85/2014, caracteristici speciale.

Numai că răspunderea reglementată de art. 169 din Lg. 85/2014 nu este o extindere a procedurii insolvenţei asupra membrilor organelor de conducere, ci una personală, care intervine numai atunci când, prin săvârşirea vreunei fapte din cele enumerate de textul de lege, aceştia au cauzat ajungerea societăţii debitoare în stare de insolvenţa.

Art. 169 alin. 1, lit. c) L. 85/2014 sancţionează fapta de a dispune, în interes personal, continuarea unei activităţi care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăţi.

Contrar celor reţinute de prima instanţă, nu este dată această faptă.

Prima instanţă, reţine că, din raportul lichidatorului judiciar privind cauzele care au condus la apariţia stării de insolvenţa a debitorului, rezultă că aceasta se datorează managementului defectuos al foştilor administratori care, deşi cunoşteau că societatea acumula datorii, au dispus continuarea activităţii şi nu au uzat de disp. Legii nr. 31/1990 sau de cele ale Legii nr. 85/2014. O astfel de concluzie trebuia interpretată coroborat, prin raportare la totalitatea argumentelor care se regăsesc în raport şi care îi exonerează de răspundere.

 În ce priveşte interesul personal al pârâţilor în continuarea activităţii societăţii, raţionamentul instanţei de fond nu se întemeiază pe probe, ci pe simplele afirmaţii ale reclamanţilor, pe care prima instanţă le-a preluat fără a verifica dacă sunt confirmate de probatoriul administrat în cauză.

Încadrarea unei fapte în ipoteza juridică invocată de reclamanţi şi reţinută de prima instanţă presupune stabilirea existenţei unei situaţii în care debitorul, cu toate că avea dificultăţi financiare, a continuat activitatea, care până la urmă a determinat (fiind vădit un asemenea deznodământ) încetarea plăţilor şi starea de insolvenţă.

Nu trebuie însă confundată această faptă cu dispoziţia de continuare a activităţii în situaţia în care insolvenţă este prezumată, deoarece, potrivit art. 66 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, numai debitorul aflat în stare de insolvenţă este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispoziţiilor acestei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariţia stării de insolvenţă. Or, dacă insolvenţă este iminentă, debitorul nu are o asemenea obligaţie.

Consideră că, în toate situaţiile în care nu se face proba că pârâtul a dispus, în interes personal, continuarea unei activităţi care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăţi, cum este cazul în speţă, se impune respingerea acţiunii în răspundere ca neîntemeiată.

Nu se poate dispune atragerea răspunderii administratorilor cu motivarea că aceştia nu au formulat cerere de deschidere a procedurii, deoarece aceasta este o faptă ulterioară apariţiei insolvenţei, iar disp. art. 169 din legea nr. 85/2014 reglementează o răspundere care se poate angaja pentru fapte anterioare apariţiei insolvenţei şi care au cauzat această stare.

Contrar celor reţinute de prima instanţă potrivit cu care apariţia stării de insolvenţă s-ar datora managementului defectuos al pârâţilor, în sensul că, deşi ar fi cunoscut că societatea acumula datorii, ar fi dispus continuarea activităţii şi nu a uzat de prev. Legii nr. 85/2014, în momentul în care au realizat că activitatea societăţii nu mai poate continua, în lipsa disponibilităţilor băneşti, au solicitat deschiderea procedurii insolvenţei.

Cât despre interesul personal al pârâţilor în continuarea activităţii, cele reţinute de prima instanţă sunt simple susţineri, lipsite de suport probator, având în vedere că nu a fost dovedită de către titularul cererii în nici un fel condiţia interesului personal în continuarea activităţii debitoarei.

În ceea ce priveşte ipoteza prevăzută în art. 169 alin. 1lit. d din Legea nr. 85/2014, prima instanţă a reţinut că deşi notificaţi nu ar fi îndeplinit obligaţia de a pune la dispoziţia lichidatorului toate documentele prev. de art. 67 din Legea nr. 85/2014. Solicită a se observa că motivarea primei instanţe este lacunară, neprecizând în concret ce documente nu au fost puse la dispoziţia lichidatorului judiciar. Cum singura lor „vină” este aceea că din întreaga arhivă a debitoarei a dispărut dispoziţia de plată nr. 0016502, nu se poate reţine că se fac vinovaţi de faptele prevăzute de art. 169 alin. 1 lit. d.

Cererea de atragere a răspunderii a fost întemeiată şi pe disp. art. 169 alin. 1 lit. e) din Legea nr. 85/2014, iar din motivarea acesteia nu a rezultat în nici un fel modalitatea în care ar fi săvârşit această faptă şi nici instanţa de fond nu lămureşte acest aspect.

Simpla afirmaţie că în lipsa documentelor contabile se fac vinovaţi de deturnarea, ascunderea unei părţi din activul societăţii ori mărirea în mod fictiv a pasivului acesteia nu poate fi primită în lipsa administrării dovezii privind întrunirea condiţiilor de existenţă a faptelor prevăzute de art. 169 Lg. 85/2014.

Din rapoartele de activitate întocmite de către practicianul în insolvenţă rezultă că bunurile debitoarei au fost valorificate urmare a licitaţiilor organizate în acest scop, iar indicarea art. 169 alin. 1 lit. e) ca temei al atragerii răspunderii patrimoniale este pur speculativă, şi sub acest aspect soluţia primei instanţe fiind greşită.

Cum nu s-au probat asemenea fapte în sarcina lor, nu se poate reţine că se fac vinovaţi de faptul că au dispus în interes personal continuarea unei activităţi care ducea, în mod vădit, debitoarea la încetarea de plăţi, nici că au deturnat sau ascuns o parte din activul debitoarei sau au mărit în mod fictiv pasivul acesteia şi nici că au făcut să dispară unele documente contabile.

Reclamanţi intimaţi nu au depus la dosar întâmpinare.

Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a criticilor invocate, Curtea constată următoarele :

Primul motiv de apel se referă la respingerea excepţiei prescripţiei dreptului material la acţiune, invocată în faţa judecătorului sindic.

Curtea constată că apelanta dă o interpretare eronată dispoziţiilor art. 170 din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora: „*Acţiunea prevăzută la art. 169 se prescrie în termen de 3 ani. Prescripţia începe să curgă de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a contribuit la apariţia stării de insolvenţă, dar nu mai târziu de 2 ani de la data pronunţării hotărârii judecătoreşti de deschidere a procedurii de insolvenţă*”.

Nu se poate susţine că administratorul judiciar a putut cunoaşte cauzele care au contribuit la apariţia stării de insolvenţă de la data pronunţării încheierii prin care s-a deschis procedura, respectiv 22.07.2014, pentru simplul fapt că acesta nu a cunoscut despre existenţa încheierii la acea dată, ci ulterior, când i-a fost comunicată.

De altfel, nici momentul comunicării încheierii de deschidere a procedurii nu este unul relevant, întrucât practicianul în insolvenţă nu a putut cunoaşte instantaneu la acel moment cauzele insolvenţei.

Curtea apreciază că termenul de prescripţie în cauză a putut începe să curgă cel mai devreme la data stabilită pentru depunerea raportului asupra cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia stării de insolvenţă, respectiv 01.09.2014.

Dacă avem în vedere data depunerii prezentei cereri, respectiv 26.07.2017, este evident că termenul de prescripţie de 3 ani nu s-a împlinit.

Celelalte motive de apel, legate de fondul cauzei, vor fi analizate de instanţă împreună.

Prin sentinţa atacată s-a atras răspunderea materială a foştilor administratori pentru cazurile de atragere reglementate de dispoziţiile art. 169 alin. 1 lit. c, e şi d din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora*:”(1) La cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvenţă, fără să depăşească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă, să fie suportată de membrii organelor de conducere şi/sau supraveghere din cadrul societăţii, precum şi de orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvenţă a debitorului, prin una dintre următoarele fapte:*

*c) au dispus, în interes personal, continuarea unei activităţi care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăţi;*

*d) au ţinut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ţinut contabilitatea în conformitate cu legea. În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât şi legătura de cauzalitate între faptă şi prejudiciu se prezumă. Prezumţia este relativă;*

*e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia”.*

În ceea ce priveşte primul caz, reglementat de art. 169 alin. 1 lit. c din lege, Curtea nu poate fi de acord cu raţionamentul judecătorului sindic, potrivit căruia interesul personal al pârâţilor în continuarea activităţii care ducea în mod vădit la încetarea de plăţi constă în utilizarea activelor societăţii, lipsind activele existente la 30.06.2014, respectiv active imobilizate de 15.431.474 lei şi active circulante de 17.763.277 lei. Folosirea bunurilor sau creditelor societăţii în interes propriu constituie un caz distinct de atragere a răspunderii, reglementat de art. 169 alin. 1 lit. a din lege, care însă nu a fost invocat prin cererea de chemare în judecată, şi nu se poate suprapune cu cazul reglementat de art. 169 alin. 1 lit. c.

Cum în cauză nu a fost dovedit un alt interes personal al pârâţilor în continuarea activităţii, deşi aceasta ducea în mod evident persoana juridică la încetare de plăţi, Curtea apreciază că nu poate fi reţinut cazul de atragere a răspunderii reglementat de art. 169 alin. 1 lit. c din lege.

Al doilea caz reţinut de judecătorul sindic este cel prevăzut de art. 169 alin. 1 lit. e din lege, respectiv că atât imobilul din comuna F. cât şi numerarul aflat în casierie au fost fie valorificate, fie însuşite de către pârâţi.

Din raportul asupra cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia insolvenţei rezultă că, la data de 31.07.2014, aşa cum reiese din datele cuprinse în balanţa de verificări aferente lunii iulie 2014, societatea debitoare avea disponibil de numerar în casierie în suma de 1.113.922,55 lei.

Cum pârâţii, în calitate de foşti administratori statutari, nu au oferit nici o explicaţie rezonabilă şi nici nu au prezentat dovezi cu privire la aceste sume de bani, Curtea prezumă că au fost deturnaţi sau ascunşi, în condiţiile art. 169 alin. 1 lit. e din lege.

De asemenea, din acelaşi raport asupra cauzelor şi împrejurările care au dus la apariţia insolvenţei, rezultă că au fost acordate avansuri pentru imobilizări corporale la finele trimestrului I 2014 în valoare de 1.490.755,86 lei.

Astfel, în lunile noiembrie şi decembrie 2013 s-au acordat avansuri pentru achiziţia unui teren în suprafaţă de 30.000 mp situat în loc. F., în sumă de 144.105,44 lei numerar din casierie pe 30.11.2013, iar diferenţa de 1.346.650 lei a fost compensată cu suma datorată asociaţilor, sume ce au fost ridicate din casierie în cursul lunii decembrie 2013.

Deşi pârâţii au prezentat în copie un antecontract de vânzare-cumpărare pentru suprafaţa de 30.000 mp teren în cauză, nu au prezentat originalul acestui înscris, nici la solicitarea practicianului în insolvenţă şi nici în faţa instanţei.

Curtea constată că obiectul acestui antecontract diferă de cel al contractului de vânzare-cumpărare autentificat de BNP J. sub nr. ..../09.04.2008, fiind vorba de alte suprafeţe de teren şi de alte parcele funciare. De asemenea, din declaraţia dată în faţa practicianului în insolvenţă de pretinsul promitent-vânzător K. rezultă că semnătura de pe antecontract nu îi aparţine.

Potrivit dispoziţiilor art. 292 al. 2 Cod pr. civilă „Dacă înscrisul este depus în copie, partea care l-a depus este obligată să aibă asupra sa originalul şi, la cerere, să îl prezinte instanţei, sub sancţiunea de a nu se ţine seama de înscris”.Cum pârâţii apelanţi nu au prezentat originalul antecontractului de vânzare-cumpărare, Curtea va aplica sancţiunea prevăzută de dispoziţiile art. 292 alin. 2 Cod procedură civilă, respectiv nu va ţine seama de acesta.

În aceste condiţii, cum apelanţii-pârâţi nu justifică suma de 1.490.755,86 lei, Curtea prezumă că a fost deturnată sau ascunsă, în condiţiile art. 169 alin. 1 lit. e din lege.

Aceste două prezumţii judiciare se bazează pe dispoziţiile art. 329 Cod procedură civilă, potrivit cărora „*În cazul prezumţiilor lăsate la luminile şi înţelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele numai dacă au greutate şi puterea de a naşte probabilitatea faptului pretins; ele, însă, pot fi primite numai în cazurile în care legea admite dovada cu martori”.*

În consecinţă, în mod legal şi temeinic a dispus judecătorul sindic atragerea răspunderii materiale a pârâţilor pentru cazul prevăzut la art. 169 alin. 1 lit. e din lege.

Suma pentru care poate fi atrasă răspunderea materială este însă cea efectiv deturnată sau ascunsă, respectiv 2.604.678,41 lei.

Curtea subliniază însă că judecătorul sindic a dispus atragerea răspunderii în baza art. 169 alin. 1 lit. e doar în ceea ce priveşte imobilul din comuna F. şi numerarul aflat în casierie, nu şi în cea ce priveşte valoarea activelor imobilizate şi circulante, care nu au fost regăsite în patrimoniul societăţii, în valoare totală de 42.072.069 lei.

În consecinţă, cum doar pârâţii au formulat apel împotriva sentinţei nr. 16/11.01.2018, în baza dispoziţiilor art. 481 Cod procedură civilă, potrivit cărora „*Apelantului nu i se poate crea în propria cale de atac o situaţie mai rea decât aceea din hotărârea atacată, în afară de cazul în care el consimte expres la aceasta sau în cazurile anume prevăzute de lege*”, Curtea nu poate analiza dacă şi cu privire la această din urmă sumă sunt întrunite condiţiile atragerii răspunderii materiale prevăzute de art. 169 alin. 1 lit. e din lege.

Al treilea motiv reţinut de judecătorul sindic este cel reglementat de art. 169 alin. 1 lit. d din lege, reţinând că pârâţii nu şi-au îndeplinit obligaţia de a pune la dispoziţia lichidatorului judiciar toate documentele prevăzute de art. 67 din Legea nr. 85/2014, ceea ce duce la concluzia că nu au ţinut contabilitatea în conformitate cu dispoziţiile legale în materie.

Atât din cuprinsul cererii de chemare în judecată, cât şi din cele susţinute de lichidatorul judiciar în faţa instanţei de apel la termenul din 27 aprilie 2018, rezultă că motivarea cererii de atragere a răspunderii pe dispoziţiile art. 169 alin. 1 lit. d se referă doar la nedepunerea în original a antecontractului de vânzare-cumpărare pentru suprafaţa de teren situată în comuna F., şi a dispoziţiei de plată aferente acestui antecontract, ceea ce a dus la o soluţie nefavorabilă în dosarul nr. ..../40/2016 al Tribunalului Botoşani.

Curtea apreciază că nu este dat acest caz de atragere a răspunderii materiale a foştilor administratori întrucât, aşa cum s-a arătat în motivare, nu a ţinut seama de acest înscris, ceea ce echivalează cu inexistenţa operaţiunii. Chiar dacă s-ar admite că pârâţii au încălcat dispoziţiile legale referitoare la evidenţele contabile cu privire la aceste înscrisuri, nu se poate reţine că nedepunerea în original a unui antecontract şi a unei dispoziţii de plată, în sumă destul de redusă raportată la datoriile acumulate de societatea debitoare, ar fi cauzat starea de insolvenţă. Cât priveşte soluţia dată în dosarul Tribunalului Botoşani cu nr. ..../40/2016, aceasta nu are nici o legătură cu apariţia stării de insolvenţă a societăţii debitoare.

Pentru toate aceste motive, Curtea, în baza art. 480 alin 2 Cod procedură civilă, va admite apelul declarat de pârâţi, va schimba sentinţa atacată, în sensul că va admite în parte cererea şi va obliga pârâţii, în solidar, să suporte din averea proprie pasivul SC E. SRL, până la concurenţa sumai de 2.604.678,41 lei, fiind menţine celelalte dispoziţii ale sentinţei atacate care nu contravin prezentei.

**4. Procedura insolvenței. Îndestularea creditorilor înscriși în categoria creanțelor beneficiare a unor clauze de preferință.**

***Rezumat:***

*Prevederile art. 121 din Legea nr. 85/2006 (art. 159 din Legea nr. 85/2014) prevăd îndestularea cu prioritate a creditorilor ce au instituite garanții asupra bunurilor ce au fost lichidate din care au fost obținute sumele ce fac obiectul distribuirii, iar nu tuturor creditorilor înscriși în categoria creanțelor beneficiare a unor clauze de preferință.*

(Decizia nr. 88 din 23.03.2018, dosar nr. 4520/86/2014\*/a14)

**Hotărârea:**

Asupra apelului de faţă, constată că, prin sentinţa civilă 661 din 12 decembrie 2017 a Tribunalul Suceava - Secţia a II-a civilă, a respins, ca nefondată, contestaţia împotriva raportului nr. .../30.10.2017 privind fondurile obţinute şi a planului de distribuire nr. .../30.10.2017 (publicate în Buletinul procedurilor de insolvenţă nr. ../31.10.2017) formulată de petenta Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice – Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A., în calitate de creditoare al debitorului SC B. SRL, reţinând, în esenţă, faptul că, în raportul privind fondurile obţinute, lichidatorul judiciar a susţinut că, în perioada august 2014 - octombrie 2017 s-au obţinut fonduri din vânzarea activelor debitorului, soldul contului de lichidare fiind în sumă de 1.063.300 de lei, fără TVA, incluzând şi suma de 6.000 de lei, fără TVA, achitată din casieria debitorului cu titlu de onorariu administrator judiciar pentru perioada august-octombrie 2014, sumă din care s-a scăzut onorariul variabil al lichidatorului judiciar – 31.341 de lei, fără TVA; cheltuieli de procedură – 12.854 lei, fără TVA, constând în publicitate – 473 lei, taxe poştale – 25 lei, evaluare bunuri – 12.000 lei, comisioane bancare – 356 lei, la care se adaugă suma de 21.146 lei reprezentând 2% din sumele încasate, care se achită la fondul de lichidare.

De asemenea, s-a reţinut că suma de 18.600 lei, fără TVA, reprezentând venituri din chirii şi sume din casieria societăţii acoperă parţial cheltuielile de procedură, iar pentru acoperirea cheltuielilor viitoare s-a constituit un fond de rezervă în sumă de 4.959 lei, rămânând suma de 915.000 de lei, propusă pentru distribuirea între creditori astfel: C. – 847.483 lei, D. SA – 424 lei, SC E. SA – 67.093 lei.

Prima instanţă a reţinut că deşi creditoarea Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. a susţinut că are calitatea de creditor garantat şi că potrivit art. 124 din Legea nr. 85/2006 trebuie să participe la distribuiri, potrivit tabelului definitiv de creanţe creditorii C., D. şi SC E. SA apar la poziţiile 1 şi 2 creditori garantaţi cu ipotecă imobiliară F., pe când Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. apare la poziţia 5 creditor garantat cu garanţie reală mobiliară şi nu cu ipotecă.

Faţă de împrejurarea că sumele distribuite privesc imobile situate în F., pentru care există ipoteca creditorilor C., D. şi SC E. SA, aceştia sunt îndreptăţiţi să participe conform art. 124 la distribuiri iar după stingerea integrală a acestor ipoteci restul sumelor se împarte celorlalţi creditori în ordinea de preferinţă din tabelul definitiv şi cum nu au fost acoperite integral creanţele creditorilor ipotecari, contestatorul nu poate participa alături de aceştia la distribuiri, singurul caz în care sunt aplicabile aceste sume reprezentându-l existenţa unor disponibilităţi băneşti în conturile debitorului, pentru care există garanţiile creditorilor Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. şi Banca G.

În consecinţă, instanţa de fond, constatând susţinerile contestatoarei nefondat, în baza disp. art. 122 din Legea nr. 85/2006 a respins contestaţia creditorului Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. ca nefondată.

Împotriva acestei sentinţe, a declarat apel creditoarea Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice prin Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A., criticând-o pentru nelegalitate.

În dezvoltarea motivelor de apel, creditoarea arată că prin cererea formulată în dosarul asociat nr. .../86/2014/a14, a contestat Raportul asupra fondurilor obţinute din lichidare si din încasarea creanţelor întocmit pentru debitorul SC B. SRL nr. .../30.10,2017 şi Planul de distribuire între creditori nr. ../30.10.2017.

Învederează faptul că, în speţă, creditorii C., E. şi Direcţia Generala Regională a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. au acelaşi rang de prioritate, respectiv cel dat de creanţele garantate - art. 121 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, astfel încât distribuirea sumei trebuia să se facă proporţional, după cum dispun prevederile art. 124 si art. 125 alin. (2) din acelaşi act normativ.

Învederează faptul că procedura specială a insolvenţei instituită prin Legea nr. 85/2006 reprezintă o executare silită a obligaţiilor, dar, spre deosebire de executarea silită din dreptul comun (care este o procedură individuală), este o procedură colectivă (concursuală) pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență.

În concluzie, întrucât sumele obţinute din valorificarea bunurilor aparţinând averii debitoarei erau insuficiente pentru acoperirea integrală a creanţelor creditorilor garantaţi, în considerarea dispoziţiilor legale menţionate se impunea ca acestora să li se distribuie o cotă falimentară, reprezentând suma proporţională cu procentul pe care creanţele respectivilor creditori îl deţine în categoria creanţelor garantate.

În consecinţă, a solicitat admiterea apelului, schimbarea sentinţei apelate, în sensul admiterii contestaţiei.

În cauză, a formulat întâmpinare creditoarea C., prin care a solicitat respingerea apelului formulat de Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A.

Precizează faptul că între Banca G. şi C., societate cu răspundere limitată constituită în conformitate cu legile din Marele Ducat al Luxemburgului şi D. S.A., a intervenit la data de 21.12.2015 Contractul Cadru pentru cesiune de creanţe ce are ca obiect o sumă de bani şi anumite alte drepturi, iar Banca G. transmite către C. şi D. SA, creanţa deţinută asupra debitoarei, cesionând toate drepturile şi garanţiile accesorii ale acesteia. Ca urmare a finalizării acestei cesiuni, la data de 08.06,2016, dreptul de proprietate al Băncii G. asupra creanţei împreună cu toate drepturile şi obligaţiile ce decurg din calitatea de creditor al debitoarei, s-a transmis către C. şi D. SA. la data plăţii integrale a preţului, aceştia devenind creditorul debitoarei. Prin cesiunea de creanţă Banca G. a cesionat către C și D. toate drepturile, garanţiile şi creanţele rezultând sau în legătură cu debitoarea B. S.R.L. În urma operaţiunilor de cesiune de creanţă în baza art. 1568 şi următoarele din Codul Civil, C. și D. s-au subrogat în toate drepturile şi obligaţiile creditorului cedent Banca G. rezultate din toate contractele de credit principale, precum şi în toate drepturile şi obligaţiile decurgând din toate contractele de garanţie personală, reală mobiliară şi imobiliară, accesorii contractelor de credit principale, perfectate între aceasta şi debitoarea B. S.R.L. Actele de la dosarul cauzei atestă, în mod neechivoc, calitatea sa procesuală, care a preluat procedura din stadiul în care aceasta se afla la momentul intervenirii cesiunii de creanţă, încheiată între C. şi D. în calitate de cesionari şi Banca G. în calitate de cedent.

Sub aspectul temeiniciei apelului şi a contestaţiei formulate, arată că prin Planul de distribuire între creditori nr. .../30.10.2017, lichidatorul judiciar propune spre distribuire suma de 847.483 lei către C., în calitatea sa de creditor garantat cu garanţie asupra bunurilor valorificate, suma de 424 lei către creditorul D. S.A. şi suma de 67.093 lei către creditorul E. Prin Raportul asupra fondurilor obţinute din lichidare şi din încasarea creanţelor întocmit pentru debitorul S.C. B. S.R.L. nr..../30.10.2017 s-au arătat în mod concret încasările totale, în cuantum de 1.063.300 lei, exclusiv TVA, incluzând şi suma de 6.000 lei, exclusiv TVA, achitată din casieria debitorului cu titlu de onorariu administrator judiciar pentru perioada august - octombrie 2014. După prezentarea acestor sume s-a menţionat faptul că se va distribui efectiv suma de 915.000 lei în temeiul art. 121 şi art. 124 din Legea nr. 85/2006, urmând ca suma de 4.959 lei să fie provizionată.

Prin planul de distribuire a fondurilor, lichidatorul judiciar a propus, în temeiul art. 121, respectiv art. 124 din Legea nr. 85/2006, distribuirea către C., în calitate de creditor garantat cu garanţie asupra bunurilor valorificate reprezentate de activul format din teren curţi construcţii în suprafaţă de 4.167 mp şi construcţii, situat în loc. F., a sumei de 847.483 lei.

Solicită să se observe că apelanta nu formulează prin motivele de apel critici reale împotriva sentinţei pronunţate de instanţa de fond, ci reia în totalitate motivele care au fost invocate în cuprinsul contestaţiei iniţiale.

Consideră că planul de distribuire al creanţelor întocmit de către lichidatorul judiciar cu privire la sumele încasate în urma valorificării unor bunuri imobile deţinute de către debitoarea SC B. SRL este legal în ceea ce priveşte nedistribuirea vreunei sume către contestatoarea din prezenta cauză, fiind în acest sens întocmit cu respectarea dispoziţiilor prevăzute de art. 121 din Legea nr. 85/2006 cu privire la ordinea de distribuire a sumelor în raport de rangul şi dreptul de preferinţă deţinut de către creditorii îndreptăţiţi la încasarea sumelor obţinute în cadrul procedurii.

Învederează că nu por fi reţinute susţinerile formulate de către apelanta contestatoare în sensul că în mod greşit lichidatorul judiciar a distribuit întreaga sumă obţinută din valorificarea activelor debitoarei către creditori garantat cu drept de ipotecă cu privire la aceste bunuri, considerând că această distribuire trebuia efectuată proporţional cu procentul deţinut de fiecare creditor garantat înscris în această categorie, deci şi către contestatoare.

Apelanta contestatoare are, cel mai probabil, o creanţă înscrisă în A.E.G.R.M., împrejurare distinctă din punct de vedere juridic faţă de situaţia existenței unui drept de ipotecă asupra imobilelor valorificate, creditoarea urmând a se îndestula din suma obţinută din vânzarea imobilelor ipotecate doar după achitarea integrală a creanţei garantate ipotecar, iar pe de altă parte, nu prezintă importanţă pentru soluţionarea prezentei cauze nici împrejurarea că creanţa apelantei contestatoare este una fiscală, dreptul de preferinţă menţionat de art. 2328 Cod Civil fiind subordonat dispoziţiilor art. 2343 Cod Civil.

Pe de altă parte, solicită se observe cronologia acestor înscrieri şi să se constate că dreptul său de preferinţă este unul constituit şi înscris spre opozabilitate mult anterior momentului naşterii dreptului, iar creditoarea Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice, deşi are o creanţă garantată, nu are o creanţă de acelaşi rang cu a sa, ci de un rang inferior, sens în care invocă dispozițiile art. 1778 şi art. 1779 Cod civil, coroborate cu cele ale art. 25 din Legea 7/1996.

Consideră că, în cauză, sunt aplicabile dispoziţiile art. 121, raportat la art.125 alin. l din Legea 85/2006, că în mod corect lichidatorul judiciar a dispus ca toate sumele obţinute din vânzarea bunurilor să revină în mod exclusiv creditorilor care deţin un drept de preferinţă cu privire la acestea, şi prin urmare să nu dispună distribuirea către contestatoarea Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice A. a unei sume rezultate din această înstrăinare.

În consecinţă, a solicitat respingerea apelului ca nefondat.

Examinând legalitatea şi temeinicia încheierii atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a motivelor de apel invocate, Curtea constată următoarele :

Distribuirea sumelor obţinute din lichidarea bunurilor debitoarei a fost efectuată în temeiul dispoziţiilor art. 121 din Legea nr. 85/2006, bunurile lichidate fiind ipotecate în favoarea creditoarelor C. și D.

În art. 121 alin. 1 se arată că *„Fondurile obţinute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanţii reale mobiliare ori drepturi de retenţie de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine:*

*1. taxe, timbre şi orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea acestor bunuri, precum şi plata remuneraţiilor persoanelor angajate în condiţiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 şi 24;*

*11. creanţele creditorilor garantaţi născute în timpul procedurii de insolvenţă după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan. Aceste creanţe cuprind capitalul, dobânzile, majorările şi penalităţile de orice fel;*

*2. creanţele creditorilor garantaţi, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările şi penalităţile de orice fel, precum şi cheltuielile, pentru creanţele născute înainte de deschiderea procedurii”,* stabilindu-se ordinea de distribuire pentru sumele obţinute din lichidarea bunurilor grevate în favoarea creditorilor.

Rezultă până la evidenţă din formularea art. 121 alin. 1 din Legea nr. 85/2006 că textul se referă la creditorii ce au instituite garanţii asupra bunului lichidat, iar nu la toţi creditorii înscrişi în tabelul definitiv de creanţe, la categoria creanţelor garantate.

Orice altă interpretare ar goli de conţinut dispozițiile art. 1746 Cod civil de la 1865 (aplicabil speţei datorită datei de constituire a ipotecilor) care prevăd că „*ipoteca este un drept real asupra imobilelor afectate la plata unei obligaţii”.* În cauza de faţă creditoarea contestatoare nu justifică nicio garanţie asupra bunurilor ce au fost lichidate. A admite teza conform căreia orice creditor ce deţine o creanţă garantată poate participa la distribuire pentru sume obţinute din vânzarea bunurilor asupra cărora nu ar avea constituite garanţii, dispoziţiile Codului civil privitoare la privilegii şi ipoteci nu ar mai produce efecte.

Cum o asemenea modalitate de interpretare a legii nu poate fi primită, Curteaapreciază drept legală şi temeinică soluţia pronunţată de judecătorul sindic, motiv pentru care, în temeiul art. 480 Cod procedură civilă, Curtea va respinge apelul ca nefondat.

**5. Procedura insolvenței. Caracterul creanței fiscale contestată în procedura administrativă.**

***Rezumat:***

*În raport de prevederile art. 278 alin. 1 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură Fiscală, contestarea creanței fiscale în procedura administrativă nu suspendă eficacitatea acesteia, astfel că, în conformitate cu dispozițiile art. 1401 alin. (2) Cod civil, creanța va fi înscrisă ca o creanță neafectată de modalități (condiție).*

(Decizia nr. 190 din 7.06.2018, Dosar nr. 6780/86/2017/a1)

**Hotărârea:**

Asupra apelurilor de faţă, constată că prin sentinţa 90 din 2 februarie 2018, Tribunalul Suceava – Secţia a II-a civilă a admis contestaţia formulată de creditoarea DGRFP - AJFP B., a dispus modificarea tabelului preliminar de creanţe nr. .../07.12.2017 (publicat în BPI nr. 23206 din 08.12.2017) al debitoarei A. SRL, prin înscrierea creanţei creditoarei DGRFP– AJFP B. în cuantum de 4.120.700 lei sub condiţie rezolutorie, alături de creanţa admisă şi înscrisă pur şi simplu.

La pronunţarea soluţiei, prima instanţă a reţinut, în esenţă, că prin încheierea nr. 534 din 13.10.2017 pronunţată în dosarul nr. .../86/2017 al Tribunalului Suceava, s-a admis cererea formulată de debitoarea A. SRL şi, în temeiul art. 71 alin. 1 raportat la art. 38 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, s-a dispus deschiderea procedurii generale de insolvenţă împotriva debitoarei, fiind desemnat administrator judiciar provizoriu al debitoarei practicianul în insolvenţă CII C.

La data de 11.12.2017 a fost depus la dosarul cauzei de către administratorul judiciar al debitoarei tabelul preliminar al creanţelor, publicat în BPI nr. ... din data de 08.12.2016 raportul de activitate depus de administratorul judiciar la data de 22.01.2018..

Printre creanţele înscrise în tabelul preliminar este menţionată creanţa creditoarei DGRFP - AJFP B: creanţă solicitată - 5.232.271 lei; creanţă admisă - 1.020.693 lei; 4.120.700 lei - creanţă sub condiţie suspensivă; 90.878 lei - creanţă respinsă (poziţia 1 în tabel).

Prin contestaţia formulată,creditoarea DGRFP - AJFP B. a criticat înscrierea creanţei sale în cuantum de 4.120.700 lei sub condiţie suspensivă.

Judecătorul sindic a reţinut caracterul întemeiat al contestaţiei formulate. În acest sens, în considerarea dispoziţiilor art. 111 alin. 6 şi art. 105 din Legea nr. 85/2014, a reţinut că administratorul/lichidatorul judiciar nu poate, pe fond, să analizeze creanţa nici în situaţia în care aceasta a fost contestată, întrucât legiuitorul a prevăzut o cale specială de contestare, respectiv Legea contenciosului administrativ, iar o interpretare contrară ar contraveni principiului constituţional privind unicitatea căilor de atac, aspect reţinut în considerentele Deciziei nr. 11/2016 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Pe cale de consecinţă, judecătorul-sindic a reţinut că înscrierea creanţei creditoare sub condiţie suspensivă echivalează cu o verificare de fond nepermisă de dispoziţiile legale, că formularea contestaţiei fiscale nu afectează eficacitatea obligaţiilor din titlurile de creanţă; întrucât există posibilitatea admiterii contestaţiei formulate împotriva titlurilor de care se prevalează creditoarea-contestatoare.

În consecinţă, judecătorul sindic a admis contestaţia formulată, în sensul că a dispus modificarea tabelului preliminar de creanţe nr. 450/07.12.2017 (publicat în BPI nr. ... din 08.12.2017) al debitoarei A. SRL, prin înscrierea creanţei creditoarei DGRFP– AJFP B. în cuantum de 4.120.700 lei sub condiţie rezolutorie, alături de creanţa admisă şi înscrisă pur şi simplu.

Judecătorul sindic nu a admis solicitarea creditoarei-contestatoare din precizările depuse la data de 03.01.2018 în sensul înscrierii în tabelul preliminar a unei creanţe în cuantum total de 5.181.329 lei, întrucât contestatoarea face referire la faptul că această sumă a fost determinată prin raportare la înscrisuri ulterioare întocmirii tabelului preliminar ce face obiectul analizei în prezenta cauză, or, modificarea creanţei înscrise în tabel ca urmare a unor cereri suplimentare de creanţă se realizează de către administratorul judiciar ca urmare a comunicării acestor cereri suplimentare şi nu prin dispoziţia directă a judecătorului sindic.

Împotriva acestei sentinţe, au declarat apel debitoarea SC A. S.R.L., prin administrator special D. şi Cabinet Individual de Insolvenţă C., în calitate de administrator judiciar al debitoarei S.C. A. S.R.L., criticând-o pentru nelegalitate.

Apelanta-debitoare SC A. S.R.L., prin administrator special D., a solicitat admiterea apelului, desfiinţarea hotărârii şi în rejudecare respingerea acţiunii introductive.

Arată că, prin acţiunea introductivă, DGRFP a formulat contestaţie împotriva tabelului preliminar de creanţe, întrucât administratorul judiciar a admis sub condiţie creanţa sa în cuantum de 4.120.700 lei şi a solicitat instanţei de judecată admiterea contestaţiei formulate împotriva tabelului preliminar de creanţe şi obligarea administratorului judiciar la admiterea necondiţionată a creanţei totale de 5.272,170 lei în tabelul definitiv de creanţe. Sumele pe care intimatul le doreşte a fi înscrise necondiţionate în tabel, au fost stabilite prin Decizia de impunere nr. F-IS ../31.07.2017 (sume ce au fost stabilite pentru perioada 01.10.2011-31.12.2016) şi prin Decizia nr. .../07.11.2017 referitoare la obligaţii fiscale accesorii. Aceste acte administrative au fost atacate conform procedurii impuse de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, fiind încheiată minuta din data de 16.11.2017 odată cu susţinerea orală a contestaţiei, organele fiscale considerând că soluţionarea procedurii administrative depinde în tot de soluţia dată de organele de cercetare penală.

Astfel, odată cu efectuarea controlului, inspectorii fiscali au sesizat organele de cercetare penală sub aspectul săvârşirii infracţiunii de evaziune fiscală, fiind înregistrate şi 2 dosare penale: ..D/P/2012 al DIICOT.. care vizează infracţiunea de evaziune fiscală pentru perioada 2010-2014;...D/P/2014 al DIICOT .. care vizează perioada 2012-2015 în care sunt efectuate cercetări şi administrare probe: expertize contabile, înscrisuri, martori, pentru a se stabili cu exactitate dacă aspectele sesizate de organele fiscale sunt conforme cu realitatea, respectiv dacă tranzacţiile au avut un caracter fictiv în scopul majorării cheltuielilor, subliniind faptul că au fost încălcate Carta drepturilor fundamentale în materie de TVA, CEDO şi Constituţia în celelalte materii fiscale.

Invocă Decizia nr. 4461/20.11.2007 a ÎCCJ - Secţia de contencios administrativ şi fiscal Decizia nr. 449/26.10.2004 a Curţii Constituţionale. În plus, prin Decizia nr. 11/18.04.2016 administratorul/lichidatorul judiciar este obligat, conform atribuţiilor sale legale, să verifice sub aspect formal creanţa bugetară ce se solicită a se înscrie în tabelul de creanţe.

În consecinţă, a solicitat admiterea apelului, desfiinţarea sentinţei instanţei de fond şi respingerea contestaţiei.

Apelantul Cabinet Individual de Insolvenţă C., în calitate de administrator judiciar al debitoarei SC A. SRL, a solicitat admiterea apelului, desfiinţarea hotărârii şi în rejudecare respingerea contestaţiei.

Arată că, DGRFP a formulat contestaţie împotriva tabelului preliminar de creanţe întrucât, din totalul solicitat prin cererea de creanţă, respectiv suma de 5.232.271 lei, administratorul judiciar a înscris sub condiţie suspensivă creanţa în cuantum de 4.120.700 lei şi a solicitat instanţei de judecată obligarea administratorului judiciar la admiterea necondiţionată a creanţei de 5.272.170 lei în tabelul definitiv de creanţe. Astfel, anterior deschiderii procedurii de insolvenţă, debitoarea, prin administrator statutar, a contestat pe cale administrativă titlul de creanţă constituit prin deciziile de impunere nr. F-.../31.07.2017 și nr. .../04.08.2017, înregistrată la DGRFP sub nr..../15.09.2017, nefiind soluţionată pe fond până la data întocmirii tabelului preliminar și a tabelului preliminar rectificat de creanţe. Organele fiscale au considerat că soluţionarea procedurii administrative depinde de soluţia dată de organele de cercetare penală în cele două dosare aflate în faza de cercetare penală, sens în care au suspendat de la executare actul administrativ prin adresa nr. 55068/06.12.2017, astfel că, în condiţiile în care există o dispoziţie de suspendare a executării titlului executoriu, este afectat caracterul cert, lichid şi exigibil al creanţei bugetare.

Faţă de suspendarea titlului executoriu, rezultă că respectiva creanţă bugetară nu ar mai are caracterul exigibil cerut de lege, caz în care administratorul judiciar, neputând să procedeze la verificarea caracterului cert și lichid al creanţei, poate opta pentru înscrierea creanţei în tabelul preliminar sub condiţia suspensivă a respingerii contestaţiei introduse pe cale administrativă, cu toate consecinţele ce decurg din aceasta împrejurare, aşa cum sunt statuate de prevederile legii cadru în materie, respectiv Legea nr. 85/2014.

Apreciază că, în condiţiile în care creanţa fiscală a fost contestată pe calea procedurii prevăzută de Codul de procedură fiscală, aceasta nu se mai bucură de prezumţia certitudinii, lichidităţii şi exigibilităţii acesteia dedusă din interpretarea art. 105 alin. 2 din Legea insolvenţei, astfel că, în mod corect, administratorul judiciar a procedat la înscrierea acestei creanţe, provizoriu. Arată că, în acest caz, administratorul judiciar nu și-a depăşit atribuţiile legale şi nu a făcut o verificare a creanţei prin suprapunere cu procedura de contestare prevăzută de Codul de procedură fiscală și Legea nr. 554/2004, ci a constatat existenţa acesteia, faţă de decizia DGRFP de suspendare a efectelor actului administrativ şi să înscrie creanţa sub condiţie suspensiva atât în tabelul preliminar, cât şi în tabelul preliminar rectificat de creanţe.

Cu privire la proporţia creanţei în cadrul tabelului de creditori, solicită să se reţină punctul de vedere al DGRFP exprimat în adunarea creditorilor din data de 15.12.2017, prin care a achiesat la opinia creditorului majoritar, astfel că admite că dreptul său de vot este proporţional cu un cuantum al creanţei inferior creanţei solicitate, dreptul său de vot fiind limitat la suma de 1.020.693, aşa cum a fost înregistrată în tabelul preliminar de creanţe.

Pe cale de consecinţă, a solicitat admiterea apelului, desfiinţarea hotărârii 90/ 02.02.2018 a Tribunalului Suceava şi respingerea contestaţiei formulată de către DGRFP.

În drept, a invocat dispoziţiile art. 470 Cod procedură civilă, art. 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111 din Legea nr. 85/2014.

Prin întâmpinare, Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice a solicitat respingerea apelurilor ca nefondate, menţinerea sentinţei instanţei de fond ca legală şi temeinică, precizând că administratorul judiciar omite cu totul dispoziţiile obligatorii ale deciziei nr. 11 din 18.04.2016 pronunţate de ÎCCJ în dezlegarea unor chestiuni de drept.

 Mai arată că verificarea legalităţii unei creanţe fiscale cuprinse într-un titlu executoriu nu poate fi efectuată decât în condiţiile reglementate de legislaţia specială, respectiv Codul de procedură fiscală, iar nu în cadrul procedurii insolvenţei, supuse unei alte reglementări legale speciale şi, prin urmare, controlul de legalitate/de temeinicie a titlurilor executorii din care izvorăsc creanţe bugetare, pentru care se solicită înscrierea în tabelul de creanţă, în ipoteza în care aceste titluri au fost contestate în faţa instanţei judecătoreşti în termenele speciale prevăzute de legea specială, revine exclusiv instanţei specializate de control administrativ şi fiscală, neputând fi făcută de practicianul în insolvenţă, or, administratorul sau lichidatorul judiciar este obligat, conform atribuţiilor sale legale, să verifice sub aspect formal creanţa bugetară, să analizeze aspecte ce ţin de stingerea parţială sau totală a creanţei ori intervenirea prescripţiei extinctive, precum şi caracterul contestat al creanţei şi să menţioneze acest aspect în ce priveşte creanţa respectivă, conform art. 111 alin. (6) din Legea nr. 85/2014.

Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a criticilor invocate, Curtea constată următoarele:

Primul motiv de apel invocat de debitoarea apelantă face trimitere la faptul că instanţa de fond a dat altceva decât s-a cerut, în sensul că a dispus înscrierea creanţei D.G.R.F.P. sub condiţie rezolutorie în condiţiile în care creditoarea nu solicitase aşa ceva.

Dispoziţiile legale relevante în materia contestaţiei la tabelul preliminar de creanţe sunt reprezentate art. 111 din Legea nr. 85/2014, care la alin. 1 arată că *„Debitorul, creditorii şi orice altă parte interesată vor putea să formuleze contestaţii faţă de tabelul de creanţe, cu privire la creanţele şi drepturile trecute sau, după caz, netrecute de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar în tabel”.* Rezultă până la evidenţă din cuprinsul acestui text faptul că judecătorul sindic este chemat, în cadrul contestaţiei formulate împotriva tabelului preliminar de creanţe, să se pronunţe asupra înscrierii/neînscrierii unei creanţe, dar şi a celorlalte drepturi aferente creanţelor înscrise/neînscrise (drepturi de preferinţă, dacă sunt afectate de condiţii ş.a.).

În cauza dedusă judecăţii contestatoarea D.G.R.F.P. a contestat condiţia suspensivă sub care a fost înscrisă creanţa sa de către administratorul judiciar, judecătorul sindic apreciind că se impune înscrierea creanţei sub condiţie rezolutorie, şi nu suspensivă. Aşa cum am prezentat în cele ce preced, judecătorul sindic are competenţa de a stabili drepturile pe care le nasc creanţele pretinse în tabel, fiind obligat a le stabili în calea instituită de legiuitor în art. 111 din Legea nr. 85/2014.

În cazul contestaţiei la tabelul preliminar de creanţe nu poate încălca principiul neînrăutăţirii situaţiei creditorului contestator în propria cale de atac (*non reformatio in pejus),* întrucât contestaţia reglementată de prev. art. 111 din Legea nr. 85/2014 reprezintă o cale de atac specială prin care partea interesată supune judecătorului sindic spre analiză cuantumul/caracterul creanţei înscrise/ neînscrise în tabel.

Mai departe, se poate observa că în art. 102 alin. 5 din Legea nr. 85/2014 se prevede că „*Dreptul de vot şi dreptul de distribuţie ale titularilor creanţelor sub condiţie suspensivă la data deschiderii procedurii, (…), se nasc numai după îndeplinirea condiţiei respective.”* Se poate observa aşadar că unui creditor beneficiar al unei creanţe sub condiţie suspensivă îi sunt suspendate toate drepturile conferite în procedură creditorilor până la îndeplinirea condiţiei respective. Or, o asemenea prevedere nu dispune legiuitorul pentru condiţia rezolutorie, iar în art. 1401 alin. 2 Cod civil se arată că „*Până la proba contrară, condiţia se prezumă a fi rezolutorie ori de câte ori scadenţa obligaţiilor principale* *precedă momentul la care condiţia s–ar putea îndeplini”.*

Mai mult, debitoarea nu a relevat vreo cauză legală (cu excepţia deschiderii procedurii insolvenţei) care să afecteze caracterul de titlu executoriu al creanţei fiscale, în afara posibilităţii ca acesta să fie desfiinţatîn urma derulării procedurii de soluţionare a contestaţiei fiscale.

De altfel, judecătorul sindic, făcând aplicarea dispoziţiilor art. 111 din Legea nr. 85/2014 şi fără a agrava situaţia contestatorului în propria contestaţie (condiţia rezolutorie dă dreptul de vot şi pe cel de a participa la distribuiri până la îndeplinirea condiţiei, pe când condiţia suspensivă nu dă aceste drepturi), a soluţionat contestaţia stabilind caracterul creanţei.

În considerarea celor ce preced, instanţa de apel apreciază că nu este dat acest motiv de apel, judecătorul sindic soluţionând contestaţia în limitele permise de dispoziţiile art. 111 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, neputându-se susţine că acesta a dat o altă soluţie decât cea solicitată de contestatoare, care a contestat înscrierea creanţei sub condiţie suspensivă, contestaţie pe care judecătorul sindic a găsit-o fondată şi, admiţând contestaţia, a constatat că aceasta (creanţa) este afectată de o condiţie rezolutorie.

În continuare, apărările aduse de debitoarea apelantă referitoare la contestarea pe cale administrativă a actului administrativ fiscal nu au relevanţă faţă de prevederile art. 278 alin. 1 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, în care se arată : „*Introducerea contestaţiei pe calea administrativă de atac nu suspendă executarea actului administrativ fiscal”.* Mai mult, în art. 278 alin. 2 din Legea nr. 207/2015 se prevede că dispoziţiile alin. 1 nu aduc atingere dreptului contestatorului de a cere suspendarea executării actului administrativ fiscal, în temeiul Legii nr. 554/2004. Rezultă aşadar că debitorul avea posibilitatea de a obţine suspendarea actului administrativ fiscal în condiţiile prev. la art. 14 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, însă nu a relevat o atare situaţie.

De asemenea, susţinerea debitoarei apelante referitoare la existenţa a două dosare penale ce vizează infracţiunea de evaziune fiscală nu face să afecteze caracterul creanţei fiscale emise în conformitate cu prevederile Legii nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, răspunderea penală fiind diferită de cea fiscală, procedurile fiind diferite, creditorul având alegerea în ce priveşte calea aleasă pentru îndestularea creanţei sale.

Faţă de cele ce preced,Curtea apreciază drept nefondat apelul declarat de debitoarea SC A. SRL, urmând a-l respinge ca nefondat în considerarea dispoziţiilor art. 480 alin. 1 Cod procedură civilă.

Privitor la apelul declarat de administratorul judiciar Cabinet Individual de Insolvenţă C., Curtea observă că acesta se află într-o confuzie în ce priveşte dispoziţiile legale ce reglementează suspendarea actului administrativ fiscal.

Astfel, aşa cum s-a prezentat în cele ce preced, art. 278 alin. 1 din Legea nr. 207/2015 prevede expres că introducerea contestaţiei pe cale administrativă de atac nu suspendă executarea actului administrativ fiscal. Aşadar, formularea contestaţiei administrative nu afectează eficacitatea obligaţiei fiscale, astfel că aceasta nu reprezintă o condiţie suspensivă aşa cum este descrisă aceasta de prevederile art. 1400 Cod civil.

Faptul că organul fiscal a suspendat soluţionarea contestaţiei administrative până la finalizarea procedurii penale, de asemenea, nu afectează eficacitatea obligaţiei fiscale, o astfel de măsură fiind dispusă în raport de prevederile art. 277 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 207/2015, suspendarea procedurii de soluţionare a contestaţiei administrative nefiind echivalentă cu suspendarea actului administrativ fiscal.

Mai mult, administratorul judiciar îşi justifică măsura de înscriere a creanţei fiscale în tabelul preliminar de creanţe sub condiţie suspensivă întrucât nu a avut posibilitatea de a verifica caracterul cert, lichid şi exigibil faţă de suspendarea soluţionării contestaţiei administrative.

Or, o asemenea măsură nu este în competenţa administratorului/lichidatorului judiciar faţă de dispoziţiile categorice ale Deciziei nr. 11/18.04.2016 pronunţată de ICCJ în dezlegarea unor chestiuni de drept prin care se arată că acesta nu are atribuţii de a verifica creanţele bugetare constatate prin titluri executorii, ce au fost contestate în termenul legal.

Un alt motiv de apel prezentat de administratorul judiciar priveşte împrejurarea că actul administrativ fiscal a fost suspendat chiar de către emitent, depunând în copie o adresă de suspendare temporară asupra măsurilor de executare silită ale S.C. A. SRL.

În primul rând se poate observa că organul fiscal a emis o adresă de suspendare a măsurilor de executare silită şi nu a actului administrativ, iar această suspendare a măsurilor de executare silită este întemeiată tocmai pe prevederile imperative ale art. 75 din Legea nr. 85/2014. Or, acest text prevede în mod imperativ suspendarea de drept a tuturor măsurilor de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra averii debitorului. Justificarea acestui text este dată de caracterul unitar şi concursual de realizare a creanţelor tuturor creditorilor în conformitate cu dispoziţiile legii speciale – Legea nr. 85/2014 şi nu în conformitate cu alte dispoziţii – Codul de procedură civilă sau Legea nr. 207/2015.

De asemenea, susţinerea administratorului judiciar privitoare la unele afirmaţii ale reprezentanţilor DGRFP în cadrul şedinţelor adunării creditorilor excede prezentei analize ce urmăreşte să soluţioneze în mod definitiv contestaţia depusă la tabelul preliminar de creanţe.

În concluzie, cum Curtea găseşte nefondat apelul administratorului judiciar, în temeiul art. 480 alin. 1 Cod procedură civilă îl va respinge ca nefondat.

**6. Insolvență. Anularea hotărârii comitetului creditorilor. Excepția lipsei calității procesuale active. Excepția lipsei capacității procesuale. Excepția lipsei de interes.**

***Rezumat:***

*Abilitarea de a ataca hotărârea aparținând oricăreia dintre părţile raportului juridic dedus judecăţii şi cum, potrivit dispoziţiilor sentinţei atacate, calitate procesual-pasivă au avut-o şi membrii Comitetului Creditor, excepţia lipsei calităţii procesuale active nu este dată, cu atât mai mult cu cât în faţa judecătorului sindic nu a fost contestată legitimitatea procesuală a creditoarei în raport de apărările acesteia.*

*Excepţia lipsei capacităţii procesuale a creditorului-contestator societate civilă profesională de avocați este nefondată întrucât, având calitate de fiduciar, în baza contractului de fiducie încheiat, cu puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare şi acţionând ca un veritabil şi unic titular al drepturilor în cauză, aşa cum prevede expres art. 784 alin 1 Cod civil, fiind înscris la masa credală, are toate drepturile recunoscute creditorilor prin Legea 85/2014, inclusiv acela de a formula contestaţie întemeiată pe art. 51 alin. 6 din lege, împotriva deciziilor luate de comitetul creditorilor. În ipoteza în care, ad absurdum, se decide preexistența unei culpe din partea avocatului, această problemă trebuie rezolvată pe cale separată, distinctă, în cadrul unei eventuale sesizări disciplinare, nicidecum printr-o contestaţie la o hotărâre luată de către Comitetul creditorilor.*

*Și excepţia lipsei de interes este nefondată. Astfel, în conformitate cu reglementarea din art. 33 Cod pr.civilă, interesul procesual „trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual”. Interesul contestatoarei creditoare în anularea deciziei comitetului creditorilor constă în paralizarea acţiunii în anulare, care a fost promovată deja şi este înregistrată pe rolul judecătorului-sindic.*

(Decizia nr. 275 din 20 septembrie 2018, dosar nr. 394/39/2018)

**Hotărârea:**

Prin sentinţa nr. 99 din 09 martie 2017, Tribunalul Botoşani – Secţia a II-a civilă de contencios administrativ şi fiscal a respins ca nefondate excepţiile invocate de intimata-creditoare Banca A. SA; a admis contestaţia formulată de contestatoarea-creditoare Societatea Civilă Profesională de Avocaţi „B.”, în contradictoriu cu debitoareaC. SRL**,** prin administrator judiciar provizoriu D. SPRL, şi comitetul creditorilor SC E. SA– preşedinte, ANAF-DGRFP - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice– membru, G. SA–membru, SC F. SA,– membru, Banca A. SA - membru şi a dispus anularea Hotărârii Comitetului Creditorilor debitoarei C. SRL din 09.12.2016, ora 12,00.

Pentru a hotărî astfel, prima instanţă a reţinut, în ce priveşte excepţia lipsei capacităţii procesuale a creditorului-contestator SCA “B.”, că această excepţie este nefondată întrucât, având calitate de fiduciar, în baza contractului de fiducie încheiat cu H., cu puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare şi acţionând ca un veritabil şi unic titular al drepturilor în cauză, aşa cum prevede expres art. 784 alin 1 Cod civil, fiind înscris la masa credală, are toate drepturile recunoscute creditorilor prin Legea 85/2014, inclusiv acela de a formula contestaţie întemeiată pe art. 51 alin. 6 din lege, împotriva deciziilor luate de comitetul creditorilor.

În ce priveşte excepţia lipsei de interes, judecătorul-sindic a constatat că şi această excepţie este nefondată, interesul contestatoarei creditoare în anularea deciziei comitetului creditorilor constă în paralizarea acţiunii în anulare, care a fost promovată deja şi este înregistrată pe rolul judecătorului-sindic sub nr. 2595/40/2015/a26.

Pe fondul contestaţiei, judecătorul-sindic a constatat că aceasta este întemeiată întrucât majoritatea simplă, prevăzută de art. 51 alin. 4 a fost obţinută cu votul creditoarei S.C. F. S.A., care nu a fost legal reprezentată la şedinţa Comitetului Creditorilor.

Astfel, votul prin corespondenţă al creditoarei S.C. F. S.A. a fost redactat şi semnat în numele creditoarei de o persoană care nu are calitatea de avocat în cadrul Societăţii Civile de Avocaţi “K.”, nici măcar de colaborator al acestei societăţi civile de avocaţi, astfel încât această persoană, respectiv dna avocat J. nu avea dreptul să reprezinte creditoarea, contractul de asistenţă juridică nr. 254/BT/018916 din 11.02.2016 fiind încheiat de creditoare cu SCA “K.”, votul prin corespondenţă exprimat de o persoană care nu avea calitatea de reprezentant al creditoarei S.C. F. S.A. fiind lovit de nulitate.

Împotriva acestei sentinţe, a declarat apel Banca A. SA,arătând că soluţia judecătorului-sindic de respingere a excepţiei lipsei de interes reprezintă consecinţa neanalizării argumentelor prin care a demonstrat că, demersul efectuat de contestatoarea SCPA B. este lipsit de vreun folos practic, neputând duce la paralizarea acţiunilor în anulare promovate.

Intimata contestatoare nu justifică un interes procesual în ceea ce priveşte formularea contestaţiei împotriva Deciziei Comitetului Creditorilor debitoarei C. din data de 09.12.2016, întrucât chiar şi în situaţia anulării acestei decizii, Comitetul Creditorilor poate fi reconvocat în vederea adoptării unei Decizii de ratificare a Acţiunilor în anulare, în vederea complinirii pretinsului viciu de legalitate.

În acest sens, atrage atenţia că, la data de 17.03.2017, Comitetul Creditorilor a decis „însuşirea/ratificarea Acţiunilor ce fac obiectul dosarelor nr. .../40/2015/a25 şi ../40/2015/a26 aflate pe rolul Tribunalului Botoşani pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitoare în perioada suspectă, acţiuni formulate de Banca A. SA, în numele şi în calitate de reprezentant al Comitetului Creditorilor în baza deciziei iniţiale a Comitetului Creditorilor din data de 09.12.2016.

Împotriva Deciziei Comitetului Creditorilor din data de 17.03.2017, SCPA B. a formulat contestaţie ce a fost înregistrată sub ds. 2595/40/2015/a28. În BPI nr. 11518/07.06.2018 a fost publicată sentinţa nr. 257/29.06.2017 prin care Tribunalului Botoşani a respins ca nefondată contestaţia formulată în ceea ce priveşte capătul de cerere privitor la anularea Hotărârii privind ratificarea/însuşirea Acţiunilor în anularea actelor frauduloase.

Din această perspectivă, în mod eronat judecătorul-sindic a considerat că prin contestarea Deciziei Comitetului din data de 09.12.2016, SCPA B. putea obţine paralizarea Acţiunilor în anulare promovate de Comitetul Creditorilor.

Pe fondul cauzei, apelanta a arătat că în mod eronat judecătorul sindic a reţinut că dna. avocat J. nu avea nicio calitate în cadrul SCA „K." şi că nu poate să reprezinte creditoarea F.

Astfel cum a arătat, la momentul exprimării votului doamna J. era avocat stagiar colaborator în cadrul Cabinetului individual de avocat L., iar domnul avocat L. avea calitatea de colaborator al SCA „K.”.

În consecinţă, între SCA” K.” şi Cabinet individual de avocat L. existau raporturi de conlucrare profesională în sensul disp. art. 184 din Statutul profesiei de avocat.

De asemenea, conform art. 180 alin. (2) din Statutul profesiei de avocat „In cadrul formelor de exercitare prevăzute la alin. (1) îşi pot exercita profesia şi avocaţi colaboratori, în baza unui contract de colaborare, sau avocaţi salarizaţi, în baza unui contract de salarizare în interiorul profesiei, potrivit prevederilor Legii şi ale prezentului statut".

Or, este de ordinul evidenţei că avocaţii colaboratori ai Cabinetului individual de avocat L. se afla la rândul lor în raporturi de conlucrare profesională cu SCA K.

Raportat la argumentul judecătorul-sindic în ceea ce priveşte faptul că dna. avocat J. nu avea dreptul să reprezinte creditoarea F., întrucât Contractul de asistenţă juridică a fost încheiat cu Societatea Civilă Profesională de avocaţi ”K.”, arată că la dosarul cauzei a fost depusă Împuternicirea avocaţială seria şi nr. BT/2981/2016, în cuprinsul căreia se menţionează că „Societatea Civilă de Avocaţi «K.» prin dna avocat J. se împuterniceşte de către clientul F. SA în baza Contractului de asistenţă juridică nr. 254/BT/018916/11.02.2016 să exercite următoarele activităţi: vot prin corespondenţă - Adunarea Creditorilor debitoarei C. SRL".

În cauză, nu s-a uzat de procedura înscrierii în fals împotriva Împuternicirii avocaţiale, astfel că judecătorul sindic a reţinut în mod nelegal faptul că dna. avocat J. nu are calitatea de reprezentant al creditoarei F.

Pe de altă parte, judecătorul sindic a reţinut că între SCA ”K.” şi F. există un raport juridic, fiind încheiat Contractul de asistenţă juridică nr. 254/BT/018916 din data de 11.02.2016.

În aceste condiţii, în mod cert SCA „K." avea mandat să reprezinte F. în cadrul şedinţelor Comitetului Creditorilor şi să exprime votul în numele şi pentru creditoare, fiind irelevant care dintre avocaţii colaboratori sau salarizaţi din interiorul formei de exercitare a profesiei sau cei aflaţi în raporturi de conlucrare profesională cu forma de exercitare a profesiei au fost desemnaţi să îndeplinească această atribuţie.

 F. nu a contestat Decizia Comitetului Creditorilor din data de 09.12.2016 în ceea ce priveşte modalitatea în care s-a asigurat reprezentarea acesteia în şedinţa Comitetului. Or, o eventuală nerespectare a mandatului acordat societăţii de avocatură SCA „K." putea fi invocată doar de către aceasta.

Chiar dacă votul F. ar fi fost afectat de vreun viciu privitor la reprezentarea sa în cadrul şedinţei Comitetului creditorilor din data de 09.12.2016, acesta a fost acoperit ca urmare a poziţiei procesuale exprimate de acest creditor în litigiu, prin care a arătat că votul a fost în concordanţă cu voinţa sa şi că recunoaşte actele întocmite de avocatul care a semnat votul.

În speţă, judecătorul sindic s-a considerat învestit cu o acţiune disciplinară de competenţa instanţelor disciplinare ale Baroului, întrucât a sancţionat o nerespectare a Contractului de asistenţă juridică încheiat între F. şi SCA” K.”.

Or, judecătorul sindic a fost învestit să analizeze dacă F. a fost reprezentă convenţional la şedinţa Comitetului creditorilor în conformitate cu dispoziţiile legale incidente, nu să sancţioneze încălcarea Contractului de asistenţă juridică.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, D. a solicitat admiterea în tot a apelului şi schimbarea sentinţei apelate în sensul admiterii în principal a excepţiei lipsei de interes a contestatoarei iar, în subsidiar, respingerii contestaţiei ca nefondată.

Consideră că în mod eronat prima instanţă a respins excepţia lipsei de interes a contestatoarei, faţă de disp. art. 32 alin. (1) lit. d) din Codul de procedură civilă.

SCPA B. nu justifică un interes în promovarea şi susţinerea prezentului demersului procesual, aşa cum a fost acesta prefigurat de legiuitor şi recunoscut în doctrina de specialitate. Mai exact, nu este suficient ca interesul să fie pur ipotetic ci acesta trebuie să fie real, reprezentant de folosul concret pe care l-ar putea obţine partea în ipoteza admiterii cererii. Or, aşa cum a arătat, singura consecinţă evidentă a contestaţiei este reprezentată de suplimentarea activităţii judecătorului.

 În ceea ce priveşte fondul cauzei, instanţa a constatat că cererea creditorului SCPA B. este întemeiată întrucât majoritatea simplă, prevăzută de art. 51 alin. 4 a fost obţinută cu votul creditoarei S.C. F. SA care nu a fost legal reprezentată la şedinţa Comitetului Creditorilor.

Solicită a se observa faptul că în mod eronat judecătorul-sindic a apreciat ca fiind întemeiată critica adusă de creditoarea-contestatoare privind lipsa calităţii de reprezentant a doamnei avocat J., câte vreme, aşa cum s-a dovedit de altfel şi cu ocazia judecăţii fondului, doamna avocat avea la momentul exprimării votului calitatea de avocat stagiar colaborator în cadrul Cabinetului individual de avocat L., iar dl. avocat avea la rândul său calitatea de colaborator al SCA " K.".

Consideră edificatoare poziţia exprimată de creditorul F. în cursul procesului, acesta solicitând instanţei respingerea contestaţiei.

Consideră că toate aspectele invocate converg spre soluţia logică, respectiv faptul că doamna avocat J. a fost în mod legal investită să reprezinte societatea creditoare, iar votul exprimat de aceasta prin corespondenţă este valabil.

Solicită a se observa că, deşi se invocă critici privind o pretinsă nelegalitate a votului creditorului S.C. F. S.A., în susţinerea acestui motiv se face trimitere la calitatea pe care doamna avocat J. o deţine sau nu în cadrul Societăţii Civile de Avocaţi "K.". Ori, acest aspect nu poate conduce la implicaţii pe terenul valabilităţii unui vot exprimat în cadrul Comitetului creditorilor, în special prin prisma principiului error communis facit jus, ca excepţia de la regula quod nullum est nullum producit efectum. O împuternicire emisă cu respectarea tuturor condiţiilor de formă de către o Societate Civilă de Avocaţi este în măsură să creeze această aparenţă. În ipoteza în care ad absurdum se decide preexistența unei culpe din partea doamnei avocat, această problemă trebuie rezolvată pe cale separată, distinctă, în cadrul unei eventuale sesizări disciplinare, nicidecum printr-o contestaţie la o hotărâre luată de către Comitetul creditorilor. Conchizând, criticile ce vizează votul exprimat de către creditorul S.C. F. S.A. nu ating aspecte de legalitate şi nu pot face analiza instanţei de judecată.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, SCPA B.1 (fosta B.) a solicitat respingerea apelului ca nefondat.

Arată că, în prima instanţă, calitatea procesuală pasivă a revenit comitetului creditorilor. Apelul de faţă este declarat, motivat şi susţinut de Banca A. SA şi nu de comitetul creditorilor. Or, împrejurarea că Banca A. SA a avut calitatea de membru în Comitetul creditorilor nu o poate legitima procesual activ în prezentul apel.

Solicită admiterea excepţiei lipsei calităţii procesuale active a Băncii A. şi respingerea apelului ca fiind declarat şi nu susţinut de o persoană care nu are calitate procesuală activă.

A mai arătat că, soluţia primei instanţe în ceea ce priveşte respingerea excepţiei lipsei de interes este legală şi temeinică.

Nu poate fi primită critica apelantei conform căreia la data de 17.03.2017 Comitetul creditorilor a decis însuşirea/ratificarea acţiunilor ce fac obiectul ds. nr. .../40/2015/a25 şi .../40/2015/a26, ceea ce ar lipsi de interes anularea hotărârii comitetului din 09.12.2016. Ratificarea/Însuşirea unei cereri de chemare în judecată presupune că Banca A. SA a acţionat ca mandatar al comitetului creditorilor atunci când a introdus acţiunile în anulare. Ratificarea înseamnă mandat.

În speţă, membrii comitetului nu au hotărât la data de 09.12.2016 doar mandatarea Băncii A. SA, ci însăşi introducerea acţiunilor în anulare. Introducerea acţiunilor în anulare constituie punerea în executare a hotărârii comitetului creditorilor şi este o chestiune diferită de cea a mandatului. Anularea hotărârii din 09.12.2016 conduce oricum la anularea acţiunii în anulare, fără a interesa o eventuală ratificare/însuşire a acesteia. În esenţă, ratificarea poate acoperi lipsa mandatului, dar nu poate confirma un act nul.

Arătă că şi hotărârea ulterioară de ratificare din 17.03.2017 a Comitetului creditorilor a fost contestată iar în cauză nu s-a pronunţat o hotărâre definitivă. Dacă hotărârea din 17.03.2017 ar fi anulată de instanţă, ar continua să producă efecte cea din 09.12.2016. Or, au tot interesul să paralizeze acţiunea în dosarul asociat a 26 obţinând anularea ambelor hotărâri ale comitetului.

În ceea ce priveşte fondul cauzei, solicită a se constata că judecătorul de primă instanţă a pronunţat o hotărâre legală şi temeinică. În primul rând, arată că nu a existat un mandat acordat de F. SA Societăţii Civile de Avocaţi " K." de a vota în şedinţele adunării/comitetului creditorilor niciunui debitor faţă de care s-a deschis procedura insolvenţei.

La dosarul cauzei se regăseşte Contractul de prestări servicii juridice de asistenţă, consultanţă şi reprezentare juridică dintre F. SA şi Societatea Civilă de Avocaţi "K.". Reprezentarea juridică a societăţii F. SA face obiectul art. 4.1.c. din contract. Nicăieri în cuprinsul contractului nu se face referire la puterea de a reprezenta în şedinţele comitetului/adunării creditorilor.

Că este aşa rezultă şi din conduita ulterioară a acestui creditor. Votul prin corespondenţă pentru şedinţa următoare a comitetului, cea din data de 17.03.2017 a fost exprimat în mod corect de P., Director general şi R., Director economic.

Atrage atenţia instanţei de control judiciar în ceea ce priveşte încercarea Băncii A. SA de inducere în eroare cu privire la existenţa unei conlucrări profesionale între Societatea Civilă de Avocaţi " K." şi Cabinetul Individual L.. Nici în faţa primei instanţe, nici în faţa instanţei de apel nu s-a produs nicio probă care să ateste această împrejurare. Contractele de conlucrare profesională se înregistrează la barourile din care fac parte avocaţii care conlucrează.

Potrivit dispoziţiilor art. 55 alin. (2) din Legea nr. 51/1995 privind organizarea şi exercitarea profesiei de avocat, rezultă că aceste convenţii de conlucrare profesională sunt reglementate de legislaţia specifică şi că barourile verifică şi ţin evidenţa contractelor de conlucrare profesională. Cu siguranţă că s-ar fi fost opusă o asemenea convenţie de conlucrare profesională dacă ar fi existat şi ar fi fost luată în evidenţă. În mod cert o asemenea convenţie nu există, iar dezvoltarea unei ample argumentaţii pornind de la un fapt vădit nereal şi nedovedit este greu de explicat.

În ceea ce priveşte critica potrivit căreia ar fi trebuit să se înscrie în fals împotriva împuternicirii avocaţiale, arătă că nu era necesar un astfel de demers cât timp Societatea Civilă de Avocaţi "K." a pus la dispoziţie contractul de asistenţă juridică şi a confirmat că doamna avocat J. a fost prezentată în oferta adresată clientului ca un potenţial colaborator. Înscrierea în fals nu reprezintă o opţiune atunci când din probele aflate la dosarul cauzei rezultă cu certitudine o anumită situaţie de fapt.

Or, este de domeniul evidenţei că nu a existat niciun raport juridic între creditorul din procedură şi persoana care a exprimat votul, sancţiunea neputând fi alta decât cea a nulităţii.

Se încearcă a se induce în eroare instanţa când se susţine că ar fi avut loc o ratificare din partea creditorului F. SA a votului exprimat. O asemenea ratificare nu a avut loc niciodată. Formularea unor apărări prin reprezentant convenţional avocat în cadrul unui litigiu nu valorează ratificare. Oricum, ratificarea ar fi trebuit să provină de la mandant şi nu de la un mandatar al creditorului.

Examinând prioritar conform art. 248 Cod pr. civilă, excepţia lipsei calităţii procesual- active a apelantei Banca A. SA,invocată de către intimata SCPA B1, Curtea constată că este nefondată.

Nu poate fi primită motivaţia intimatei conform căreia în primă instanţă calitatea procesual - pasivă a revenit Comitetului Creditorilor aşa încât apelul declarat de un membru al acestui organ decizional (respectiv Banca A. SA) nu îl poate legitima procesual activ în promovarea apelului de faţă.

Astfel, art. 36 din NCPC defineşte calitatea procesuală ca reprezentând identitatea dintre părţi şi subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecăţii.

Totodată, art. 51 alin. 6 din lege, prevede expres: ”Împotriva acţiunilor, măsurilor şi deciziilor luate de comitetul creditorilor, orice creditor poate formula contestaţie la judecătorul sindic, în termen de 5 zile de la publicarea procesului-verbal al comitetului creditorilor în BPI”.

Coroborând dispoziţiile art. 36 din NCPC cu dispoziţiile art. 51 alin. (6) din lege, se poate concluziona că în contestaţia formulată împotriva acţiunilor, măsurilor şi deciziilor Comitetului Creditorilor, au calitatea de parte creditorul contestator, membrii Comitetului Creditorilor, respectiv debitoarea, prin administrator judiciar.

Chiar din dispozitivul sentinţei apelate rezultă calitatea procesual pasivă a Comitetului Creditorilor care reprezintă incontestabil, organul executiv al Adunării creditorilor, organ operativ de lucru, însă fără personalitate juridică, a cărei calitate procesual-activă în diverse acţiuni este prevăzută expres de către legiuitor, precum şi a membrilor acestuia, respectiv: SC E. SA– preşedinte, ANAF-DGRFP - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice– membru, G. SA–membru, SC F. SA,– membru, Banca A. SA - membru .

Aşadar, cum abilitatea de a ataca hotărârea revine oricăreia dintre părţile raportului juridic dedus judecăţii şi cum potrivit dispoziţiilor sentinţei atacate calitate procesual-pasivă au avut-o şi membrii Comitetului Creditorilor, se impune respingerea excepţiei menţionate ca nefondată, cu atât mai mult cu cât în faţa judecătorului sindic SCPA B nu a contestat legitimitatea procesuală a creditoarei Banca A. SA în raport de apărările acesteia.

În ceea ce priveşte apelul declarat în cauză, Curtea constată, de asemenea, că este nefondat.

Primul motiv de apel, referitor la eronata respingere de către judecătorul sindic a excepţiei lipsei de interes a contestatoarei, Curtea constată că este nefondat.

Astfel, art. 31 al. 1 Cod pr. civilă prevede expres:

”Condiţii de exercitare a acţiunii civile

 (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

 a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

 b) are calitate procesuală;

 c) formulează o pretenţie;

 d) justifică un interes”.

Totodată, în conformitate cu reglementarea din art. 33 Cod pr.civilă, interesul procesual ”trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual ”.

Ori, la data promovării contestaţiei, interesul creditoarei contestatoare SCPA B. întrunea cerinţele legale menţionate, fiind pe deplin justificat, constând în *„paralizarea*” acţiunii în anulare în ds. asociat .../40/2015/a26, aşa cum corect a reţinut şi judecătorul sindic.

În ceea ce priveşte fondul cauzei, Curtea constată că celelalte critici ale apelantei sunt, de asemenea, nefondate.

Situaţia de fapt care a condus la adoptarea hotărârii contestate, ce face obiectul litigiului supus controlului judecătoresc de faţă, este următoarea:

Convocatorul şedinţei Comitetului creditorilor debitoarei a fost publicat în BPI nr. 22008 din 5.12.2016, precizându-se data, ora şi locul acesteia, cu referirea expresă la posibilitatea de reprezentare a creditorilor prin împuterniciţi cu procură specială autentică sau, în cazul creditorilor bugetari şi al celorlalte persoane juridice, cu delegaţie semnată de conducătorul unităţii, precum şi la posibilitatea votului prin corespondenţă.

La data, ora şi locul fixat, administratorul judiciar a prezidat şedinţa, apreciind că este legal întrunită, deoarece au votat prin corespondenţă 4 din cei 5 membri ai Comitetului, respectiv SC F. SA, DGRFP - AJFP, Banca A. SA şi SC E.J SA.

Ca urmare, faţă de voturile exprimate s-au adoptat următoarele hotărâri:

1. Comitetul creditorilor, cu o majoritate simplă a membrilor (3 creditori au votat pentru, 1 creditor a votat împotriva) consideră oportună introducerea de către Comitetul creditorilor a acţiunilor prevăzute la art. 117 şi urm. din Legea nr. 85/2014 cu privire la actele considerate a fi frauduloase de către creditorul Banca A., prin SCPA ”S.” conform adresei cu nr. 1003/24.11.2016, acte detaliate în preambulul convocatorului;

2. Comitetul creditorilor, cu o majoritate simplă a membrilor (3 creditori au votat pentru, 1 creditor a votat împotrivă) desemnează în calitate de reprezentant al Comitetului creditorilor pentru introducerea acţiunii menţionate la pct. 1 din ordinea de zi pe Banca A., prin SCPA ”S.”.

Din actele depuse la dosarul cauzei rezultă fără echivoc faptul că majoritatea simplă prev. de art. 51 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 a fost obţinută cu votul creditoarei S.C. F. SA care însă nu a fost legal reprezentată în şedinţa Comitetului Creditorilor din 9.12.2016, judecătorul sindic reţinând corect lipsa calităţii de reprezentant al acestei creditoare a persoanei care a redactat şi semnat votul prin corespondenţă.

 Este neechivocă lipsa unui mandat expres acordat de creditoarea S.C. F. SA Societăţii Civile de Avocaţi „ K.” de a vota în şedinţa Comitetului Creditorilor din data sus-menţionată.

Sunt pertinente apărările contestatoarei intimate potrivit cărora apar neîntemeiate referirile apelantei la existenţa unei „conlucrări profesionale” între Societatea civilă de avocaţi „K. şi Cabinetul Individual L. (în cadrul căruia d-na J. era avocat stagiar colaborator), nefiind depusă la dosar nicio probă care să ateste această împrejurare, respectiv existenţa unui contract de conlucrare profesională care trebuia înregistrat la baroul din care fac parte avocaţii care conlucrează.

Astfel potrivit art.55 al. 2 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea şi exercitarea profesiei de avocat, Consiliul baroului are următoarele atribuţii: h) verifică şi constată dacă actele privind constituirea, modificarea şi schimbarea formelor de exercitare a profesiei, precum şi convenţiile de grupare sau de conlucrare profesională îndeplinesc condiţiile prevăzute de lege şi de statutul profesiei de avocat; autorizează funcţionarea acestor forme; organizează şi ţine evidenţa lor.

Rezultă neechivoc faptul că aceste convenţii de conlucrare profesională sunt reglementate de legislaţia specifică şi că barourile verifică şi ţin evidenţa contractelor de conlucrare profesională.

Concluzia care se impune, este cea privind inexistenţa vreunui raport juridic între creditoarea S.C. F. SA şi persoana care a exprimat votul respectiv d-na J., sancţiunea neputând fi alta decât cea a nulităţii, cum corect a reţinut şi judecătorul sindic.

Nici referirea apelantei conform căreia contestatoarea ar fi trebuit să se înscrie în fals împotriva împuternicirii avocaţiale nu poate fi primită, aceasta constituind doar o opţiune, nicidecum o obligaţie şi nici referirea aceleiaşi apelante la ratificarea din partea creditoarei, întrucât aceasta nu poate proveni de la mandatar, ci doar de la mandant, ceea ce nu este cazul în speţă.

În raport de argumentele de drept şi de fapt expuse, criticile apelantei s-au dovedit ca nefiind întemeiate, motiv pentru care, în conformitate cu disp. art. 480 alin. 1 C. pr. civ., apelul de faţă urmează a fi respins, ca nefondat.

**7. Insolvență. Contestare raport și plan de distribuire. Cheltuieli de procedură pretinse de fostul lichidator judiciar. Efectul pozitiv al lucrului judecat.**

***Rezumat*:**

*O hotărâre judecătorească definitivă se bucură de puterea de lucru judecat, în conformitate cu disp. art.377 alin. 2 pct. 1 Cod procedură civilă de la 1865, cu referire la art.1200 pct. 4 şi 1202 alin. 2 Cod civil, aşa încât dezlegarea dată prin aceasta problemei de drept referitoare la modalitatea de distribuire a cheltuielilor de procedură între practicienii desemnaţi succesiv se impune părților, fără posibilitatea de a mai fi contrazisă.*

*Efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care nu prezintă tripla identitate cu primul, dar care are legătură cu aspectul litigios dezlegat anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis. Această reglementare a puterii de lucru judecat în forma prezumţiei vine să asigure, din nevoia de ordine şi stabilitate juridică, evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor judecătoreşti. Prezumţia nu opreşte judecata celui de-al doilea proces, ci doar uşurează sarcina probaţiunii, aducând în faţa instanţei constatări ale unor raporturi juridice făcute cu ocazia judecăţii anterioare şi care nu pot fi ignorate.*

*Cum în relaţia dintre părţi prezumţia lucrului judecat are caracter absolut, ceea ce s-a dezlegat jurisdicţional într-un prim litigiu va fi opus părţilor din acel litigiu şi succesorilor lor în drepturi, fără posibilitatea dovezii contrarii din partea acestora, într-un proces ulterior, care are legătură cu chestiunea de drept sau cu raportul juridic deja soluţionat.*

 (Decizia nr. 229 din 16.11.2019, dosar nr. 8684/40/2010/a3)

**Hotărârea:**

Prin decizia nr. 235 din 14 septembrie 2018 Tribunalul Botoşani – secţia a II a civilă, de contencios administrativ şi fiscal a admis contestaţia formulată de A. SPRL, împotriva Raportului asupra fondurilor nr. 4486/11.06.2018 „refăcut”, în contradictoriu B. SPRL - în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC C. SA şi a anulat Raportul asupra fondurilor nr.4486/11.06.2018 şi a obligat practicianul în insolvenţă desemnat în cauză la refacerea acestuia, în sensul că disponibilul existent în sumă de 13.098,59 lei să fie distribuit contestatoarei A. SPRL .

Pentru a hotărî astfel judecătorul sindic a reţinut că prin decizia nr. 239 din 24.11.2016 pronunţată de Curtea de Apel Suceava în dosar nr. .../40/2010/a1 s-a admis recursul declarat de contestatoarea A. SPRL împotriva sentinţei nr. 493 din 17.09.2015 pronunţată de Tribunalul Botoşani – Secţia a II-a civilă de contencios administrativ şi fiscal – judecător sindic. S-a modificat sentinţa atacată şi în consecinţă s-a admis contestaţia formulată de A. SPR împotriva Raportului asupra fondurilor obţinute din lichidare întocmit la data de 7.04.2015, lichidatorul judiciar B.SPRL fiind obligat la refacerea acestuia conform Încheierii nr. 755 din 7.11.2013 a Tribunalului Botoşani.

În considerentele deciziei menţionate mai sus s-a reţinut că, potrivit art. 123 alin.1 din Legea nr. 85/2006, cheltuielile de procedură au prioritate la distribuirile efectuate în urma lichidării. Cum sumele reclamante de fostul lichidator A. SPRL se includ în această categorie, fiind scadentă la data pronunţării Încheierii nr.755/07.11.2013, acestea se impun a fi achitate cu prioritate, neputându-se admite plata onorariilor lichidatorului în altă ordine, decât cea dată de cronologia scadenţării lor.

În urma pronunţării Deciziei nr. 239/24.11.2016, practicianul în insolvenţă B. SPRL a procedat la refacerea raportului asupra fondurilor încasate în perioada 7.11.2013 – 31.03.2015, Raportul „refăcut” a fost contestat în cadrul dosarului nr. .../40/2010/a2, contestaţia A. SPRL fiind admisă în mod definitiv şi irevocabil prin Decizia nr.97 din 14.09.2017 a Curţii de Apel Suceava.

În urma pronunţării celei de a doua decizii de către Curtea de Apel Suceava, practicianul în insolvenţă B. SPRL a procedat la întocmirea Raportului asupra fondurilor nr. 4486/11.06.2018, raport ce face obiectul prezentei contestaţii.

Analizând acest raport, judecătorul – sindic a reţinut că deşi vizează aceleaşi fonduri ca şi în trecut, respectiv sumele încasate din perioada 7.11.2013 – 31.03.2015, practicianul în insolvenţă nu s-a conformat dispoziţiilor date de instanţă în cadrul dosarelor nr...../40/2010/a1 şi nr. ..../40/2010/a2 şi nu a înţeles să procedeze la stingerea creanţelor în ordinea dată de cronologia scadenţei acestora, propunerile de distribuire a sumelor încasate, fiind în contradicţie cu cele stabilite cu autoritate de lucru judecat prin cele două decizii ale Curţii de Apel Suceava.

Împotriva acestei decizii a declarat recurs B. SPRL - lichidator judiciar al SC C. SA, criticând-o pentru nelegalitate şi netemeinicie.

În motivarea recursului arată că, interpretarea dată de judecătorul sindic dispoziţiilor art.123 alin. 1 din Legea nr.85/2006, aşa cum s-a făcut trimitere prin decizia nr.239 din 24.11.2016, este una greşită deoarece, atât cheltuielile de procedură ale fostului lichidator judiciar A., cât şi cheltuielile de procedură ale actualului lichidator judiciar B., fac parte din aceeaşi categorie, respectiv din categoria creanţelor prevăzute la art.123 alin. 1.

Art.123 alin. 1 nu stabileşte o prioritate a creanţelor din această categorie, unele faţă de altele, ci le aşază pe nivel de egalitate. Problema succesiunii a doi sau mai mulţi practicieni în insolvenţă pentru acelaşi debitor, într-un dosar de procedură, nu este reglementată distinct de Legea nr.85/2006, situaţie în care achitarea cu prioritate a unor sume de bani A. în defavoarea creanţei avute de B. este una nelegală.

Judecătorul fondului a încălcat principiul de drept potrivit căruia unde legea nu distinge nici interpretul nu trebuie să distingă.

Renumeraţia practicianului în insolvenţă trebuia efectuată din averea debitorului, nu mai întâi A. şi dacă mai rămâne ceva în contul de lichidare să fie achitat către B.. Faptul că A. şi B. fac parte din aceeaşi categorie singura soluţie legală este cea de achitare a onorariului în mod proporţional, aşa cm s-a propus şi prin Raportul asupra fondurilor refăcut.

Nu poate fi menţinută soluţia instanţei fondului de plată integrală a sumelor solicitate de A., iar sumele ce intră în aceeaşi categorie să nu fie achitate, în condiţiile în care B. întocmeşte acte de procedură. Mai mult, trebuie avut în vedere să în situaţia în care se va menţine soluţia de plată integrală a sumelor solicitate de A., onorariul şi cheltuielile de procedură cuvenite B. nu pot fi acoperite din fondul prev. la art.4 din Legea nr.85/2006 având în vedere că în patrimoniul debitoarei au existat bunuri.

Prin concluziile scrise depuse la dosar A. SPRL, fost lichidator al SC C. SA, a solicitat respingerea recursului ca nefondat şi menţinerea sentinţei judecătorului sindic ca legală şi temeinică, arătând că hotărârea pronunţată de judecătorul sindic reprezintă o transpunere a hotărârilor judecătoreşti anterioare pronunţate de instanţa de control judiciar, hotărâri care au autoritate de lucru judecat.

Mai arată că, chestiunea dedusă judecăţii este reprezentată de modalitatea de distribuire a fondurilor aferente perioadei 7.11.2013 – 31.03.2015, aceeaşi situaţie litigioasă a mai fost suspusă judecăţii în cadrul dosarelor .../40/2010/a1 şi .../40/2010/a2 – dosare asociate procedurii de faliment privind debitorul C. SA, în care s-a hotărât, în mod definitiv şi irevocabil, că ordinea stingerii onorariilor celor doi practicieni în insolvenţă este dată de cronologia acestor creanţe, astfel încât creanţa intimatei are prioritate, fiind mai veche.

**Analizând recursul prin prisma motivelor invocate, Curtea constată că recursul este nefondat, pentru următoarele considerente :**

Potrivit dispoziţiilor art.121 alin.1 pct.1 din Legea privind procedura insolvenţei nr. 85/2006 „*Fondurile obţinute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanţii reale mobiliare ori drepturi de retenţie de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine: 1. taxe, timbre şi orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea acestor bunuri, precum şi plata remuneraţiilor persoanelor angajate în condiţiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 şi 24”,* iar potrivit dispoziţiilor art. 123 pct.1, în cazul falimentului vor fi plătite în primul rând creanţele reprezentând „*taxele, timbrele sau orice alte cheltuieli aferente procedurii instituite prin prezenta lege, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea bunurilor din averea debitorului, precum şi plata remuneraţiilor persoanelor angajate în condiţiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23, 24 şi ale art. 98 alin. (3), sub rezerva celor prevăzute la art. 102 alin. (4)”.*

În speţă, prin Încheierea de şedinţă nr. 755 din 7.11.2013, judecătorul sindic a luat act de Acordul de transfer de portofoliu din 3.10.2013 din patrimoniul A. SPRL desemnat iniţial administrator judiciar al debitoarei SC C. SA, în patrimoniul B. SPRL care deţine în prezent calitatea de lichidator judiciar.

Relevant în cauză este faptul că prin decizia nr.239/24.11.2016 pronunţată de Curtea de Apel Suceava în dosarul nr...../40/2010/a1 a fost admis recursul declarat de intimata A. SPRL şi s-a dispus, în mod definitiv şi irevocabil, refacerea Raportului asupra fondurilor aferente perioadei 7.11.2013 – 31.03.2015, cu menţiunea că achitarea onorariilor lichidatorilor este „cea dată de cronologia scadenţei acestora”.

În urma pronunţării deciziei nr. 239 din 24.11.2016, B. SPRL a procedat la refacerea raportului asupra fondurilor, însă fără a respecta dezlegarea pe care instanţa de recurs a dat-o chestiunilor deduse judecăţii. Ca atare, intimata a fost nevoită să introducă o nouă contestaţie împotriva raportului asupra fondurilor, astfel cum fusese acesta refăcut de către lichidatorul judiciar, contestaţie care a făcut obiectul dosarului nr. .../40/2010/a2 şi care a fost admisă în mod definitiv şi irevocabil, prin decizia nr. 97 din 14.09.2017.

În urma pronunţării şi a celei de-a doua decizii de către Curtea de Apel Suceava, recurentul – lichidatorul judiciar actual a procedat la refacerea raportului asupra fondurilor, fiind întocmit astfel Raportul asupra fondurilor nr. 4486/11.06.2018 – respectiv raportul care face obiectul litigiului de faţă.

După cum se poate lesne observa, deşi vizează aceleaşi fonduri ca şi în trecut (respectiv sumele încasate în perioada 7.11.2013 – 31.03.2015), nici de această dată lichidatorul judiciar B. SPRL nu a dorit să se conformeze dispoziţiilor date de Curtea de Apel Suceava în cadrul dosarelor a1 şi a2 şi nu a înţeles să procedeze la stingerea creanţelor în ordinea dată de cronologia scadenţei acestora, aşa cum s-a stabilit deja cu putere de lucru judecat.

Ca urmare, criticile recurentei nu pot fi primite, întrucât aceasta ignoră cu bună ştiinţă puterea de lucru judecat de care se bucură decizia nr.239 din 24.11.2016 a Curţii de Apel Suceava, în conformitate cu disp. art.377 alin. 2 pct. 1 Cod procedură civilă de la 1865, cu referire la art.1200 pct. 4 şi 1202 alin. 2 Cod civil, aşa încât dezlegarea dată prin această decizie problemei de drept referitoare la modalitatea de distribuire a cheltuielilor de procedură între practicienii desemnaţi succesiv se impune recurentei din prezenta cauză, fără posibilitatea de a mai fi contrazisă.

Este vorba despre efectul pozitiv al puterii de lucru judecat, care se manifestă ca prezumție, mijloc de probă de natură să demonstreze ceva în legătură cu raporturile juridice dintre părţi, venind să demonstreze modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părţi, fără posibilitatea de a se statua diferit. Altfel spus, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care nu prezintă tripla identitate cu primul, dar care are legătură cu aspectul litigios dezlegat anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis. Această reglementare a puterii de lucru judecat în forma prezumţiei vine să asigure, din nevoia de ordine şi stabilitate juridică, evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor judecătoreşti. Prezumţia nu opreşte judecata celui de-al doilea proces, ci doar uşurează sarcina probaţiunii, aducând în faţa instanţei constatări ale unor raporturi juridice făcute cu ocazia judecăţii anterioare şi care nu pot fi ignorate.

Cum în relaţia dintre părţi prezumţia lucrului judecat are caracter absolut, înseamnă că ceea ce s-a dezlegat jurisdicţional într-un prim litigiu va fi opus părţilor din acel litigiu şi succesorilor lor în drepturi, fără posibilitatea dovezii contrarii din partea acestora, într-un proces ulterior, care are legătură cu chestiunea de drept sau cu raportul juridic deja soluţionat.

Constatând că aspectelor invocate în prezenta cauză li s-a dat deja o dezlegare într-un litigiu anterior, curtea constată incidenţa puterii de lucru judecat, aspectele tratate neputând primi o altă interpretare.

Constatând astfel că motivele invocate de către recurentă, inclusiv cel privind plata, proporţională a cheltuielilor de procedură celor doi practicieni, nu pot fi primite, având în vedere efectul pozitiv al puterii de lucru judecat, în temeiul art. 312 Cod procedură civilă, recursul de faţă urmează a fi respins ca nefondat.

**8. Insolvență. Reorganizare judiciară. Contestație împotriva măsurilor administratorului judiciar (organizare de licitații). Excepția lipsei de interes. Excepția autorității de lucru judecat.**

***Rezumat:***

*În ce priveşte excepţia lipsei de interes, creanţa apelantei a fost înscrisă în tabelul de creanţe sub condiţie rezolutorie, până la soluţionarea irevocabilă a unui dosar civil, şi, în urma soluţionării, s-a dispus desfiinţarea contractelor de cesiune încheiate cu privire la creanţele deţinute faţă de debitoare, aspect confirmat şi de faptul că din cuprinsul tabelului definitiv de creanţe al debitoarei creanţa deţinută de fosta creditoare a fost eliminată. În consecinţă, cum potrivit hotărârii judecătoreşti, apelanta nu mai deţine calitatea de creditoare participantă la procedura insolvenţei debitoarei, titlul de creanţă al acesteia faţă de debitoare fiind anulat cu efect retroactiv, apelanta nu mai justifică un interes procesual personal şi actual în cauză.*

*La data promovării apelurilor, Hotărârea Adunării creditorilor prin care s-a aprobat Strategia de valorificare, metoda de valorificare şi Regulamentul de valorificare a bunurilor debitoarei nu a fost anulată, aşa încât suspiciunea privind executarea acestei hotărâri subzistă, atâta timp cât nu există nici o hotărâre judecătorească sau vreo Hotărâre a Adunării creditorilor prin care să fi fost prohibită orice operaţiune de valorificare a activelor aflate în patrimoniul debitoarei. În acest context, interesul apelantelor este justificat, îndeplinind cumulativ, condiţiile stipulate de art. 33 Cod pr. civilă, în sensul că la data promovării apelurilor interesul acestora era determinat, legitim, personal, născut şi actual.*

*Referitor la excepţia lipsei de interes în a solicita anularea măsurilor administratorului judiciar, se reţine că, în speţă, contestatorii au învederat incompatibilitatea măsurilor având drept scop valorificarea bunurilor debitoarei cu planul de reorganizare confirmat de judecătorul sindic. Rezultă aşadar, neechivoc, interesul legitim al contestatorilor în promovarea contestaţiilor în temeiul art. 59 al. 5 din Legea nr. 85/2014, folosul practic urmărit fiind acela de a paraliza orice operaţiune de valorificare a activelor debitoarei care ar putea afecta Planul de reorganizare şi, implicit, Programul de plăţi.*

*In ce priveşte excepţia autorităţii de lucru judecat, se reţine faptul că o soluţie luată cu privire la o măsură provizorie nu poate avea autoritate de lucru judecat în raport cu o soluţie ce vizează fondul raportului juridic dedus judecăţii.*

(Decizia nr. 319 din 5.10.2018, dosar nr. 384/39/2018)

**Hotărârea:**

Prin sentinţa nr. 66 din 7 decembrie 2017, pronunţată de Tribunalul Botoşani - secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, s-a admis excepţia inadmisibilităţii contestaţiilor şi s-au respins ca inadmisibile contestaţiile formulate de administratorul special al debitoarei A. SRL- S. şi de creditorii SCPA B., D. SA, E. SA, C. SRL Iaşi în contradictoriu cu creditorii SC F. SRL, prin administrator judiciar G SPRL, H., J. ș.a. şi debitoarea A. SRL, prin administrator judiciar I. SPRL.

Pentru a hotărî astfel, prima instanţă a reţinut că prin cele două contestaţii conexate, contestatorii: administratorul special al debitoarei şi creditorii SCPA B., C., D. și E. au contestat măsurile luate de administratorul judiciar privind organizarea de licitaţii publice în scopul valorificării activelor proprietatea debitoarei, contractarea serviciilor de publicitate media în vederea organizării acestor licitaţii, demersurilor de expunere pe piaţă în vederea vânzării activului A. SRL, emiterea de publicaţii de vânzare şi organizarea de licitaţii publice în scopul valorificării activului, acceptarea la plată a facturilor emise de furnizorii de servicii de publicitate media şi solicitarea de plată a creditorilor indispensabili, aferentă trimestrului 4 al anului I de reorganizare.

În motivarea contestaţiilor contestatorii au arătat în mod explicit că măsurile contestate sunt “subsecvente adoptării hotărârii Adunării creditorilor debitoarei A. SRL din data de 30.06.2017, prin care s-a aprobat strategia de valorificare, metoda de valorificare şi regulamentul de valorificare”.

Având în vedere că, în speţă, contestatorii au indicat ca unic motiv de nelegalitate al măsurilor contestate incompatibilitatea măsurilor întreprinse de administratorul judiciar în vederea valorificării A. cu planul de reorganizare confirmat de judecătorul-sindic, debitoarea nemaiaflându-se în perioada de reorganizare, „ci într-o veritabilă executare silită imobiliară ocultă în care administratorul judiciar devine executor judecătoresc” (contestaţie fila 5, verso, dosar .../50/2015/a32) şi “prin luarea acestor măsuri sunt încălcate prevederile conţinute în Planul de reorganizare, măsurile fiind în realitate proprii operaţiunilor de lichidare reglementate de art. 154 şi următ. din Legea 85/2014” (fila 5, vol.I, dosar .../40/2015/a30), judecătorul-sindic a constatat că excepţia inadmisibilităţii contestaţiilor, întemeiate pe dispoziţiile art. 59 alin. 5 din Legea 85/2014, împotriva unor măsuri luate de administratorul judiciar în executarea şi cu respectarea unei hotărâri a adunării creditorilor, este fondată, întrucât creditorii-contestatori nu pot obţine lipsirea de efecte a hotărârii adunării creditorilor, din data de 30.06.2017, pe o altă cale decât aceea prevăzută de art. 48 alin. 7, respectiv contestaţia împotriva hotărârii adunării creditorilor, iar administratorul special nu poate obţine acelaşi lucru atâta vreme cât legea nu-i conferă legitimare procesuală pentru a contesta hotărârile adunării creditorilor.

Împotriva acestei sentinţe au declarat apel debitoarea A. SRL, prin administrator S. şi creditorii SCPA B. şi C. SRL, criticând sentinţa pentru nelegalitate şi netemeinicie.

Prin apelul declarat, debitoarea A. SRL, prin administrator S., a arătat că instanţa de fond a interpretat în mod eronat situaţia de fapt şi chestiunile de drept deduse judecăţii.

Deşi măsurile contestate sunt subsecvente hotărârii adunării creditorilor din 30 iunie 2017, nici ea şi nici creditorii contestări nu au criticat măsurile contestate prin prisma nelegalităţii hotărârii adunării creditorilor, ci prin raportare la incompatibilitatea măsurilor cu strategia din Planul de Reorganizare în derulare. Creditorii au atacat pe cale separată hotărârea adunării creditorilor (dosar nr. .../40/2015/a31), iar criticile de nelegalitate sunt distincte. Prin urmare, este greşită concluzia care a stat la baza admiterii excepţiei inadmisibilităţii.

În prezenta cauză s-a subliniat că măsurile dispuse sunt în vădită contradicţie cu strategia de executare a Planului de Reorganizare, prin care debitoarea şi-a propus dezvoltarea afacerii, eliminarea pierderilor şi, totodată, transferul afacerii, la finalul perioadei prognozate la o valoare considerabil superioară celei care s-ar obţine prin valorificarea bunurilor în faliment, în scopul acoperirii unui procent din masa credală de 66%.

Or, prin măsurile contestate, administratorul judiciar a urmărit lichidarea averii debitoarei încă din primul an de reorganizare, deşi în rapoartele de activitate anterioare nu a prezentat nici un raţionament care să-l fi determinat să aplice măsuri specifice lichidării de active. Chiar şi într-o atare ipoteză, administratorul judiciar ar fi trebuit sa se abţină de la implementarea de măsuri străine reorganizării, câtă vreme planul este obligatoriu/executoriu pentru toţi participanţii la procedură şi pentru toate organele care aplică procedura, astfel cum este prevăzut de art. 141 din Legea nr. 85/2014.

Aşa fiind, orice măsuri de lichidare a averii şi chiar de devansare a transferului de afacere trebuiau să fie în deplină concordanţă cu instituţia reorganizării judiciare, astfel cum este definită prin art. 5 pct. 54 din Legea 85/2014.

Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, confirmarea, implementarea şi respectarea unui plan, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, nelimitativ, împreună sau separat: a) restructurarea operaţională şi/sau financiară a debitorului; b) restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; c) restrângerea activităţii prin lichidarea parţială sau totală a activului din averea debitorului.

Or, în cauză, Planul de Reorganizare nu prevedea lichidarea activului generator de venituri în primul an de reorganizare, fiind evident că o astfel de strategie ar fi subminat şansele de recuperare a creanţelor.

Tot astfel, pornind de la raţionamentul care a stat la baza respingerii ca inadmisibilă a contestaţiilor, rezultă că judecătorul-sindic s-a antepronunţat cu privire la obiectul cauzei din dosarul nr. ../40/2014/a31. Respingând contestaţiile din cauza pendinte, pe care le-a considerat ca fiind efecte ale hotărârii, rezultă că a validat legalitatea acestei hotărâri mai înainte de a o supune controlului de legalitate reglementat prin art. 45 şi art. 48 alin. 7 din Legea nr. 85/2014.

Prin apelul formulat, creditorii SCPA B. şi C. SRL au arătat că soluţia pronunţată de judecătorul sindic este vădit nelegală. Potrivit dispoziţiilor art. 59 alin. (5) din Legea nr. 85/2014, debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori, precum şi orice altă persoană interesată pot face contestaţie împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar.

Excepţia de inadmisibilitate este un mijloc de apărare prin care pârâtul, fără a contesta direct dreptul invocat de adversarul său, se opune acţiunii acestuia, declarând-o inacceptabilă, în sensul că instanţa nu poate examina o astfel de cerere. O cerere este inadmisibilă când legiuitorul nu a deschis persoanei interesate calea respectivei cereri. Or, în prezenta cauză, contestatorii, cărora legiuitorul le recunoaşte în mod expres posibilitatea de a contesta măsurile întreprinse de administratorul judiciar, s-au adresat judecătorului sindic căruia i-au cerut să infirme acele măsuri.

Dacă o anumită măsură a administratorului judiciar este sau nu în conformitate cu o hotărâre a adunării creditorilor care a precedat-o este o chestiune care ţine de fondul cauzei şi va putea fi dezlegată doar dacă se procedează la cercetarea fondului litigiului. Oricum, contestatorii nu au cerut instanţei să verifice conformitatea măsurilor întreprinse în raport de hotărârea adunării creditorilor din 30.06.2017, ci în raport de planul de reorganizare aprobat de creditori prin hotărâre şi confirmat de judecătorul sindic prin sentinţă executorie.

Ceea ce a contestat este vânzarea activului generator de venituri în anul 2017, primul an de reorganizare, motivat de faptul că prin plan s-a stabilit ca proprietatea generatoare de afaceri va fi înstrăinată la sfârşitul perioadei de previziune, în luna mai 2019 pentru un preţ net superior. Nici nu interesează hotărârea adunării creditorilor din 30.06.2017 iar orice raportare la această hotărâre este greşită, deoarece doar prin modificarea planului de reorganizare în condiţiile legii se puteau întreprinde măsurile administratorului judiciar.

Chiar dacă ar admite că raţionamentul instanţei ar fi în parte corect, tot nu se poate identifica niciun motiv pentru care contestaţia formulată împotriva măsurilor administratorului judiciar ar fi inadmisibilă dacă respectiva măsură este precedată de o hotărâre a adunării creditorilor. Dacă administratorul judiciar duce la îndeplinire în mod corect sau greşit o hotărâre a adunării creditorilor ţine de fondul dreptului dedus judecăţii şi nu de admisibilitate.

Concluzionând, solicită admiterea apelului si, pe cale de consecinţă, anularea sentinţei apelate pentru necercetarea fondului conform art. 480 alin. (3) Cod procedură civilă şi trimiterea cauzei spre rejudecare Tribunalului Suceava şi nu Tribunalului Botoşani.

Cât priveşte prorogarea de competenţă, arătă că în literatura de specialitate s-a arătat că se poate trimite cauza spre rejudecare unei alte instanţe egale în grad din aceeaşi circumscripţie dacă s-au invocat motive legate de lipsa de imparţialitate a judecătorilor care ar putea duce la admiterea unei eventuale cereri de strămutare.

Arătă că motive privind lipsa de obiectivitate şi imparţialitate a judecătorilor Tribunalului Botoşani au existat şi au condus la formularea în cursul anului 2018 a două cereri de strămutare, înregistrate pe rolul Curţii de Apel Suceava sub nr. .../39/2018 şi nr. ../39/2018. Ambele cereri de strămutare au fost admise, cu consecinţa strămutării atât a dosarului principal, cât şi a tuturor dosarelor asociate care mai figurau pe rolul Tribunalului Botoşani.

Pe de altă parte, soluţia de trimitere a cauzei spre rejudecare Tribunalului Suceava ar degreva Curtea de Apel Suceava de soluţionarea unor alte cereri de strămutare, răspunzând intereselor unei bune administrări a justiţiei.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, I. SPRL a invocat excepţia lipsei de interes a apelantei C. SRL.

Astfel, Societatea C. SRL a fost înscrisă la masa credală a debitoarei A. SRL cu suma de 17.073.153,60 lei, creanţă transmisă prin intermediul mai multor contracte de cesiune încheiate între F. SR.L (cedent), C. SRL (cesionar) şi A. SRL.

Urmare a faptului că cesiunile de creanţă formau obiectul unei acţiuni în anulare promovate de lichidatorul judiciar al cedentei F. S.R.L., creanţa declarată de C. S.R.L. a fost înscrisă ca fiind afectată de condiţia rezolutorie a admiterii acţiunii ce făcea obiectul dosarului nr. .../99/2014/315 aflat, la acel moment, pe rolul Tribunalului Iaşi.

Ulterior întocmirii tabelului preliminar al creanţelor A. S.R.L., dosarul nr. .../99/2014/315 a fost strămutat de pe rolul Tribunalului Iaşi pe cel al Tribunalului Vaslui, cauza fiind astfel renumerotată sub numărul de dosar .../89/2016.

Prin sentinţa civilă nr. 139/F/2017 pronunţată de Tribunalul Vaslui în data de 13.06.2017 în dosarul anterior rubricat, judecătorul-sindic a admis acţiunea formulată de reclamantul G. S.P.R.L., în calitate de administrator judiciar al S.C. F. S.R.L. şi a dispus anularea contractelor de cesiune de creanţă prin care C. S.R.L. preluase creanţa, cu repunerea părţilor în situaţia avută anterior acestor operaţiuni.

Prin Decizia nr. 246/2018 pronunţată de Curtea de Apel Iaşi în data de 13.04.2018, instanţa de control judiciar a respins ca nefondate apelurile promovate în cauză, sentinţa civilă nr. 139/F/2017 rămânând astfel definitivă.

Ca atare, condiţia rezolutorie care afecta creanţa înscrisă în favoarea societăţii C. SRL s-a împlinit, astfel încât, la momentul prezentei, societatea C. SRL nu mai deţine calitatea de creditor al debitoarei A. SRL şi, prin urmare, nici interes legitim în prezenta cauză.

De altfel, în considerarea celor de mai sus, administratorul judiciar a procedat la actualizarea tabelului de creanţe, în sensul înlăturării de la masa credală a creanţei înscrisă în favoarea C. SRL şi a consolidării dreptului de creanţă înscris în favoarea F. SRL, situaţia fiind reflectată în tabelul definitiv actualizat publicat în B.P.I. nr. ..../03.05.2018.

În conformitate cu prevederile art. 5 pct. 19, care definesc noţiunea de creditor îndreptăţit să participe la procedură, calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură, precum şi prin închiderea procedurii.

Or, faţă de aspectele sus-expuse, solicită a se constata faptul că societatea C. nu mai deţine calitatea de creditor, nu mai poate formula şi nici susţine cereri, ridica excepţii în procedură, nemaifiind la acest moment creditor îndreptăţit să participe la procedură şi, pe cale de consecinţă, nu mai deţine nici interesul cerut de lege în vederea susţinerii demersurilor judiciare deja iniţiate.

Pe cale de consecinţă, solicită admiterea excepţiei lipsei de interes a C. SRL şi, pe cale de consecinţă, respingerea apelului C. SRL ca fiind formulat de o persoană lipsită de interes.

 Totodată, a invocat şi excepţia lipsei de interes a apelurilor promovate în cauză, arată că în ceea ce priveşte interesul de a acţiona, potrivit art. 33 C. proc. civ., acesta trebuie să îndeplinească următoarele condiţii: să fie determinat; să fie legitim; să fie personal; să fie născut; să fie actual.

Posibilitatea de valorificare a activelor din proprietatea debitoarei a reprezentat una dintre măsurile propuse prin Planul de reorganizare. Prin decizia nr. 423/23.11.2017 pronunţată în dosarul nr..../40/2015/329, Curtea de Apel Suceava a admis apelul formulat de J. S.A. împotriva sentinţei nr. 31/26.01.2017 şi a încheierii de şedinţă din 19.01.2017 pronunţate de Tribunalul Botoşani, dispunând anularea acestora şi trimiterea cauzei spre rejudecare judecătorului-sindic pentru a se pronunţa asupra cererii de confirmare a Planurilor de reorganizare.

Aşadar, odată cu pronunţarea acelei deciziei, procedura deschisă împotriva debitoarei A. S.R.L. a revenit la etapa de observaţie astfel încât la momentul prezentei nu ne mai regăsim în prezenţa unui plan de reorganizare confirmat.

Odată cu anularea sentinţei de confirmare a Planului, toate măsurile premergătoare valorificării bunurilor au fost sistate. Ca atare, orice valorificare de bunuri fiind sistată, apreciază că nu mai subzistă interesul în introducerea şi susţinerea prezentelor apeluri.

Cu privire la fondul apelului promovat de SCPA B. arată că apelul este nefondat, susţinerile apelanţilor din calea de atac fiind contrazise de însăşi conţinutul contestaţiei introductive .

Din modalitatea în care a fost concepută contestaţia, rezultă clar că măsurile avute în vedere de contestatori şi identificate la pct. IV nu reprezintă altceva decât punerea în executare a hotărârii Adunării creditorilor.

Or, dat fiind că nu ne regăsim în prezenţa unor măsuri luate de administratorul judiciar din proprie iniţiativă, ci în prezenţa unei puneri în executare a unor hotărâri ale adunării creditorilor, este evident că aşa-zisa contestare a măsurilor reprezintă de fapt o cale ocolită a contestării efectelor hotărârii adunării creditorilor - demers procesual inadmisibil.

Nici cel de-al doilea argument invocat de apelanţi nu este întemeiat. Motivele propriu-zise de nelegalitate a aşa-ziselor măsuri au fost dezvoltate pe larg la pct. V al contestaţiei.

Nu este necesar a se face o analiză pe fond pentru a se observa că pretinsa nelegalitate a măsurilor administratorului judiciar nu reprezintă altceva decât nemulţumiri faţă de efectele hotărârii adunării creditorilor.

După cum se poate limpede observa chiar din argumentarea de la pct. V al contestaţiei, criticile nu vizau nicicum modalitatea de organizare a licitaţiilor, ci vizau însăşi organizarea de licitaţii.

Evident, alta ar fi fost situaţia dacă s-ar fi invocat că modalitatea de punere în executare a hotărârilor adunării creditorilor ar fi fost nelegală, însă nu este cazul de faţă, întrucât contestatorii nu au invocat asemenea aspecte, respectiv nerespectarea hotărârii adunării creditorilor, ci toate criticile au convers spre aceeaşi finalitate: încercarea de a dovedi o aşa-zisă nelegalitate a efectelor hotărârii adunării creditorilor, demers pentru care nu există deschisă vreo altă cale procesuală decât cea a contestării hotărârii Adunării creditorilor.

În concluzie, solicită respingerea apelului promovat de SCPA B. - C. SRL ca nefondat.

Cu privire la apelul promovat de debitoare prin administrator special S., solicită respingerea apelului pentru lipsa de interes, având în vedere aceleaşi considerente expuse anterior.

Pe fondul apelului, solicită respingerea acestuia, având în vedere următoarele:

Sub un prim aspect, arată că apelanta-debitoare solicită reţinerea cauzei spre a fi judecată pe fond direct în calea de atac. Ori, având în vedere că instanţa de fond nu a păşit la cercetarea fondului cauzei, ci a respins contestaţiile pe excepţie; necesitatea respectării principiului dublului grad al jurisdicţiei; prevederile art. 480 alin. 3 teza a doua C. proc. civ., solicită ca, în ipoteza în care apelul societăţii debitoare ar fi admis, să se dispună trimiterea cauzei spre rejudecare în vederea cercetării în două grade procesuale şi a celorlalte excepţii care au fost invocate în faţa instanţei de fond, dar şi a fondului cauzei.

Sub un al doilea aspect, solicită a se constata că apelul promovat de societatea debitoare este nefondat, soluţia instanţei de fond de a respinge contestaţia formulată de A. S.R.L. ca inadmisibilă fiind o soluţie temeinică şi legală.

Deşi contestaţia debitoarei s-a pretins a fi formulată împotriva măsurilor adoptate de administratorul judiciar, în realitate s-au adus critici hotărârii adunării creditorilor din data de 30.06.2017. În cuprinsul contestaţiei, debitoarea nu a dezvoltat în vreun fel critici cu privire la măsurile administratorului judiciar ci s-a limitat a expune motive de pretinsă nelegalitate a hotărârilor adoptate de adunarea creditorilor în data de 30.06.2017. Cu alte cuvinte, contestaţia a fost formulată în mod artificial, petitele fiind invocate doar în mod declarativ, scopul fiind ca, prin fraudă la lege, societatea debitoare să formuleze critici cu privire la o hotărâre a adunării creditorilor, demers judiciar pe care niciun debitor supus procedurii nu l-ar putea iniţia în mod uzual.

Tot prin acest artificiu - contestarea efectelor unei hotărâri a creditorilor pe calea mascată a contestării măsurilor administratorului judiciar de punere în executare a respectivelor măsuri - s-a mai încercat şi obţinerea unui alt efect contrar legii: suspendarea efectelor unei hotărâri a adunării creditorilor, în condiţiile în care Legea nr. 85/2014 nu permite suspendarea efectelor hotărârii Adunării creditorilor. Cererea de suspendare a făcut obiectul dosarului asociat .../40/2015/a30.1 şi a fost respinsă.

Deşi iniţial societatea debitoare a formulat cale de atac împotriva acestei soluţii, apelul nu a mai fost motivat. Este evident că, în ipoteza în care demersurile societăţii debitoare şi-ar fi atins finalitatea urmărită, ar fi fost de domeniul evidenţei că suspendarea aşa-ziselor măsuri ar fi echivalat de fapt cu suspendarea hotărârilor adunării creditorilor.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, J.,pe cale de excepţie a solicitatrespingerea apelului ca fiind formulat de persoane care nu justifică un interes procesual; respingerea apelului ca urmare a admiterii excepţiei autorităţii de lucru judecat a încheierii de şedinţă din 13.07.2017 pronunţate în cadrul prezentului dosar asociat; respingerea apelului ca neîntemeiat şi obligarea apelantelor la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Cu privire la excepţia lipsei de interes a apelantei C. arată că prin Sentinţa Civilă nr. 139/F/13.06.2017, publicată în BPI nr. .../19.07.2017, Tribunalul Vaslui a admis acţiunea în anulare şi a dispus desfiinţarea Contractelor de cesiune încheiate între F. SRL pe de o parte, H. şi C. pe de altă parte, cu privire la creanţele deţinute faţă de A. (Anexa 2).

La data de 13.04.2018, prin decizia nr. 246/2018, Curtea de Apel Iaşi a respins ca nefondate apelurile promovate (inclusiv cel promovat de C.) împotriva sentinţei nr. 139/F/19.06.2017 pronunţate de Tribunalul Vaslui în ds. nr. ../89/2016, prin care a fost admisă Acţiunea în anularea Contractelor de cesiune încheiate între F. SRL şi C. (Anexa 3).

Decizia pronunţată de Curtea de Apel Iaşi este definitivă, nefiind supusă căii de atac a recursului, ceea ce înseamnă că C. nu mai deţine calitatea de creditor în procedura insolvenţei debitoarei A. Acest aspect este confirmat şi de faptul că din cuprinsul Tabelului Definitiv de Creanţe al debitoarei A. a fost eliminată creanţa deţinută de fosta creditoare C..

Or, din moment ce, urmare a Deciziei Curţii de Apel Iaşi, C. nu mai deţine calitatea de creditoare participantă la procedura insolvenţei debitoarei A, titlul de creanţă al acesteia faţă de debitoare fiind anulat cu efect retroactiv, iar creditoarea înlăturată din Tabelul Definitiv de Creanţe, apelanta C. nu justifică un interes procesual personal şi actual în promovarea prezentului apel.

Nemaiavând calitatea de creditor participant la procedură, C. nu mai poate beneficia de vreo finalitate a apelului declarat în cauză. Or, orice demers în justiţie trebuie să fie apt să confere celui care acţionează o finalitate legitimă şi legală.

Cu privire la lipsa de interes a apelantelor din perspectiva folosului practic urmărit, arată că, la momentul introducerii Contestaţiei ce face obiectul prezentului dosar, interesul procesual al apelantelor era justificat, în opinia acestora, de preîntâmpinarea unei pierderi patrimoniale ce se putea produce în situaţia în care administratorul judiciar, prin măsurile sale, reuşea valorificarea activului imobiliar al debitoarei A.

Astfel cum a arătat, Hotărârea Adunarea Creditorilor din data de 30.06.2017, în ceea ce priveşte punctul 7 de pe ordinea de zi prin care s-a aprobat strategia de valorificare, metoda de valorificare şi Regulamentul de valorificare pentru activul A. a fost luată în conformitate cu prevederile Planului de Reorganizare, propus de debitoarea A., confirmat la acea dată.

 Prin decizia nr. 423/23.11.2017, pronunţata în dosar nr. .../40/2015/a29,Curtea de Apel Suceava a dispus admiterea apelului formulat de ea şi în consecinţă , anularea sentinţei 31/26.01.2017 şi a încheierii de şedinţă din 19.01.2017 pronunţate de Tribunalul Botoşani, prin care a fost confirmat Planul de reorganizare propus de debitoare.

Având în vedere că Hotărârea Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017, în ceea ce priveşte punctul 7 de pe ordinea de zi, a fost luată în acord cu prevederile Planului de reorganizare confirmat la acel moment, ulterior pronunţării deciziei nr. 423/23.11.2017, Hotărârea nu a mai produs efecte.

În consecinţă, având în vedere că la momentul formulării apelului, urmare a pronunţării deciziei nr. 423/23.11.2017, Hotărârea Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017 nu mai produce efecte în ceea ce priveşte aspectele hotărâte la punctul 7 de pe ordinea de zi, iar măsurile administratorului judiciar contestate nu sunt apte să lezeze drepturile şi interesele apelantelor, acestea nu mai justifică un interes procesual, neputându-se prefigura niciun folos practic ce l-ar obţine în ipoteza anulării măsurilor administratorului judiciar.

În ce priveşte excepţia de autoritatea de lucru judecat a încheierii de şedinţă din data de 13.07.2017, arată că prin petitul numărul 3 al contestaţiei formulate de apelante, în temeiul art. 59 alin. (7) din Lege, s-a solicitat judecătorului-sindic să dispună suspendarea executării măsurilor contestate.

Prin încheierea de şedinţă din data de 13.07.2017, publicată în BPI nr. ../04.10.2017, judecătorul sindic a respins ca nefondată cererea de suspendare a măsurilor administratorului judiciar.

Or, având în vedere că, prin cererea de suspendare a măsurilor administratorului judiciar, apelantele au urmărit, în realitate, suspendarea efectelor Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017, este evident că prin Acţiunea introductivă (contestaţia) şi prezentul apel formulat, acestea urmăresc anularea efectelor Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017.

Invocând art. 430 alin. (1) din NCPC, şi art. 431 alin. (1) din NCPC, arată că prin încheierea de şedinţă din data de 13.07.2017, Tribunalul Botoşani a statuat, de o manieră ce nu permite readucerea ei în dezbatere, faptul ca prin aşa-zisele măsuri, administratorul judiciar a procedat la punerea în executare a Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017, iar contestaţia formulată de SCPA B. şi C. tinde la anularea efectelor acesteia.

În doctrina se arată că, „Efectul autorităţii de lucru judecat însoţeşte hotărârea de la momentul pronunţării ei, fără să fie nevoie să se aştepte epuizarea exerciţiului căilor de atac, pentru a putea fi invocată cu această valoare, tocmai pentru că este expresia funcţiei jurisdicţionale a statului, care se manifestă indiferent de gradul instanţei care a pronunţat hotărârea şi indiferent dacă judecata a avut toc în primă instanţă sau în cadrul căilor de atac".

Totodată, se arată, „Efectul negativ sau extinctiv al lucrului judecat este de natură să împiedice o nouă judecată atunci când există identitate de calitate a părţilor, aceeaşi cauză juridică şi acelaşi obiect al cererii de chemare în judecată, fiind asigurată astfel lipsa de contradicţii între dispozitivele hotărârilor judecătoreşti".

Având în vedere că încheierea de şedinţă din data de 13.07.2017 a fost pronunţată în cadrul prezentului dosar asociat, în mod evident toate aceste condiţii sunt îndeplinite. Pe de altă parte, această încheiere este una interlocutorie, motiv pentru care nici judecătorul-sindic şi nici instanţa de control judiciar, în cadrul prezentului apel, nu va putea reveni asupra acestei soluţii. Mai mult, se impune a fi menţionat faptul că apelantele şi-au limitat obiectul apelului doar la Sentinţa pronunţată de judecătorul-sindic, fără a ataca şi încheierea de şedinţă din data de 13.07.2017 .

În consecinţă, având în vedere că prin încheierea de şedinţă din data de 13.07.2017, judecătorul-sindic a statuat că, în realitate, scopul urmărit prin petitul de suspendare vizează efectele Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017 şi nu măsurile administratorului judiciar, soluţia apelată apare ca fiind una judicioasă, întrucât calea de atac împotriva unei hotărâri luate de Adunarea Creditorilor este prevăzută de art. 48 alin. (7) din Lege, nicidecum de art. 59 alin. (5).

Prin urmare, se impune admiterea excepţiei autorităţii de lucru judecat a încheierii de şedinţă din data de 13.07.2017, cu consecinţa respingerii apelului.

În ceea ce priveşte fondul cauzei, arată că sentinţa apelată este legală şi temeinică. În cuprinsul contestaţiei se arată în mod expres, în repetate rânduri, că măsurile administratorului judiciar sunt subsecvente Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017. Suplimentar, chiar contestaţia formulată a fost îndreptată „împotriva măsurilor întreprinse de administratorul judiciar I. S.P.R.L. (...) ca urmare a adoptării hotărârii Adunării Creditorilor debitoarei A. S.R.L. din 30.06.2017". În aceste condiţii, în mod cert măsurile administratorului judiciar de punere în executare a Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017 nu pot fi considerate veritabile măsuri în accepţiunea textului art. 59 alin. (1) din Lege, având un caracter subsecvent acesteia.

Apelantele încearcă să îşi modifice obiectul Contestaţiilor în apel, precizând că „nu au cerut instanţei să verifice conformitatea măsurilor întreprinse în raport de hotărârea adunării creditorilor din 30.06.2017, ci în raport de planul de reorganizare aprobat de creditori prin hotărâre şi confirmat de judecătorul-sindic prin sentinţă executorie".

Or, un atare demers este interzis de art. 478 alin. 3 NCPC, potrivit căruia: „în apel nu se poate schimba calitatea părţilor, cauza sau obiectul cererii de chemare în judecată şi nici nu se pot formula pretenţii noi".

Oricum, această susţinere nu poate fi primită de instanţa de apel, întrucât din Contestaţii transpare în mod evident faptul că s-a contestat punerea în executare a Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017. Contestatoarele au susţinut că Hotărârea nu este în conformitate cu Planul de Reorganizare, aducând critici de nelegalitate a Hotărârii şi nu a măsurilor.

Judecătorul-sindic a constatat faptul că apelantele au formulat în prezentul dosar o Contestaţie împotriva Hotărârii Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017, invocând ca temei de drept dispoziţiile art. 59 din Lege. Or, din această perspectivă, în mod judicios judecătorul-sindic a respins ca inadmisibile Contestaţiile formulate, întrucât calea legală prin care se poate contesta o hotărâre a Adunării Creditorilor este art. 48 alin. (7) din Lege.

În mod tendenţios, apelantele încearcă să inducă ideea inacceptabilă că în cadrul prezentului dosar Hotărârea Adunării Creditorilor din data 30.06.2017 nu interesează. Contrar acestor susţineri, astfel cum în mod corect a arătat judecătorul-sindic, soluţia pronunţată în cadrul prezentului dosar asociat are consecinţe şi asupra efectelor Hotărârii Adunării Creditorilor din data 30.06.2017 .

Apelantele solicită ca, în caz de admitere a apelului, cauza să fie trimisă spre rejudecare Tribunalului Suceava, dat fiind că au fost strămutate mai multe dosare de pe rolul Tribunalului Botoşani, inclusiv dosarul principal de insolvenţă.

Această solicitare nu poate fi primită de instanţa de apel. Strămutarea unui dosar nu poate fi dispusă după judecarea acestuia. A invoca în acest cadru procesual motive legate de lipsa de imparţialitate a judecătorului sindic nu poate avea valenţele dorite de apelantă, întrucât calea procesuală incidentă ar fi fost recuzarea, neurmată de apelante.

Examinând cu prioritate, conform art. 248 Cod pr. civilă, excepţiile invocate în cauză, Curtea constată următoarele:

Faţă de excepţia insuficientei timbrări a apelului declarat de SCPA B. şi de societatea C. SRL, Curtea a luat act de renunţarea la judecata acestei excepţii de către partea care a invocat-o, respectiv lichidatorul judiciar I. SPRL, conform preambulului prezentei decizii.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei de interes a apelantei C. SRL invocată de către administratorul judiciar I. SPRL şi intimata J. SA prin întâmpinările depuse la filele 152 şi 198 dosar, Curtea constată că este întemeiată.

Astfel, art. 31 al. 1 Cod pr. civilă prevede expres:

”Condiţii de exercitare a acţiunii civile

 (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

 a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

 b) are calitate procesuală;

 c) formulează o pretenţie;

 d) justifică un interes”.

Totodată, în conformitate cu reglementarea din art. 33 Cod pr.civilă, interesul procesual ”trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual ”.

Ori, în speţă, iniţial, creanţa apelantei C. SRL a fost înscrisă în Tabelul de Creanţe sub condiţie rezolutorie, respectiv până la soluţionarea irevocabilă a dosarului nr. ../99/2014/115 a Tribunalului Iaşi, care a fost strămutat ulterior la Tribunalul Vaslui, înregistrat sub nr. ../89/2016.

Soluţionând cauza, Tribunalul Vaslui a pronunţat sentinţa nr. 139/F/13.06.2017, în sensul că a admis acţiunea în anulare şi a dispus desfiinţarea contractelor de cesiune încheiate între F. pe de o parte, H. şi C. pe de altă parte cu privire la creanţele deţinute faţă de A.

La data de 13.04.2018, prin decizia nr. 246/2018, Curtea de Apel Iaşi a respins ca nefondate apelurile promovate (inclusiv cel promovat de C.) împotriva sentinţei nr. 139F/ 19.06.2017 pronunţate de Tribunalul Vaslui în dosarul nr. .../89/2016, prin care a fost admisă acţiunea în anularea Contractelor de cesiune încheiate între F. SRL şi C. SRL, rezultând că C. SRL nu mai deţine calitatea de creditor în procedura insolvenţei debitoarei A. Acest aspect este confirmat şi de faptul că din cuprinsul Tabelului Definitiv de Creanţe al debitoarei A. creanţa deţinută de fosta creditoare C. SRL a fost eliminată.

În consecinţă, cum potrivit deciziei Curţii de Apel Iaşi, C. SRL nu mai deţinea calitatea de creditoare participantă la procedura insolvenţei debitoarei A., titlul de creanţă al acesteia faţă de debitoare fiind anulat cu efect retroactiv şi fiind înlăturată din Tabloul Definitiv de creanţe, apelanta C. SRL nu mai justifică un interes procesual personal şi actual în promovarea prezentului apel.

Faţă de argumentele de fapt şi de drept expuse, se impune admiterea excepţiei lipsei de interes a apelatei C. SRL, invocată de către intimata J. SA şi de către administratorul judiciar şi în consecinţă apelul declarat de societatea C. SRL (care nu mai are calitatea de creditor în procedură) urmează a fi lipsit de interes.

În ceea ce priveşte excepţia lipsei de interes a apelantelor SCPA B. şi A. în promovarea prezentei căi de atac, invocată de asemenea, de către administratorul judiciar I. SPRL şi de către J. SA prin întâmpinări, Curtea apreciază de asemenea, că este nefondată.

Astfel autoarele excepţiei lipsei de interes în promovarea apelurilor de faţă au avut în vedere faptul că prin Decizia nr. 423 din 23.11.2017, Curtea de Apel Suceava a anulat sentinţa nr. 31 din 26.01.2017 pronunţată de judecătorul sindic (inclusiv încheierea de şedinţă din 19.01.2017) prin care a fost confirmat Planul de reorganizare, cauza fiind trimisă spre rejudecare, judecătorului sindic.

Ori, atâta timp cât posibilitatea de valorificare a activelor aflate în patrimoniul debitoarei a reprezentat una din măsurile incluse în Planul de reorganizare a cărui confirmare în prezent este desfiinţată, interesul în promovarea apelurilor nu mai subzistă aşa cum arată cele două intimate.

Acest raţionament este însă vădit eronat, întrucât autoarele acestei excepţii au ignorat faptul că la data promovării apelurilor de faţă, Hotărârea Adunării creditorilor din data de 30.06.2017, în ce priveşte punctul 7 de pe Ordinea de zi prin care s-a aprobat Strategia de valorificare, metoda de valorificare şi Regulamentul de valorificare a complexului comercial A. nu a fost anulată, aşa încât suspiciunea privind executarea acestei Hotărâri a Adunării Creditorilor subzistă, independent de afirmaţia administratorului judiciar conform căreia ar fi sistat orice valorificare de bunuri, atâta timp cât nu există nici o hotărâre judecătorească sau vreo Hotărâre a Adunării creditorilor prin care să fi fost prohibită orice operaţiune de valorificare a activelor aflate în patrimoniul debitoarei.

În acest context, cum interesul apelantelor este justificat, îndeplinind cumulativ, condiţiile stipulate de legiuitor, prin art. 33 Cod pr. civilă, în sensul că la data promovării apelurilor interesul apelantelor era determinat, legitim, personal, născut şi actual, excepţia lipsei de interes în promovarea apelurilor de faţă urmează a fi respins ca nefondat.

Referitor la excepţia lipsei de interes a contestatoarelor în a solicita anularea măsurilor administratorului judiciar, excepţie invocată de către administratorul judiciar I. SPRL, Curtea constată, de asemenea, că este nefondată.

Art. 59 al. 5 din Legea nr. 85/2014 prevede expres: „Debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori, precum şi orice altă persoană interesată pot face contestaţie împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar”.

În speţă, contestatorii au învederat incompatibilitatea măsurilor întreprinse de către administratorul judiciar având drept scop valorificarea complexului comercial al debitoarei cu Planul de reorganizare confirmat de judecătorul sindic (acesta fiind şi unicul motiv de nelegalitate invocat de către contestatori).

Rezultă aşadar, neechivoc, interesul legitim al contestatorilor în promovarea celor două contestaţii formulate în temeiul art. 59 al. 5 din Legea nr. 85/2014, folosul practic urmărit al acestora fiind acela de a paraliza orice operaţiune de valorificare a activelor debitoarei întrucât ar putea afecta Planul de reorganizare şi implicit Programul de plăţi, fiind îndeplinite cerinţele art. 33 al. 1 şi art. 33 Cod pr. civilă.

Prin urmare şi această excepţie privind lipsa de interes a contestatoarelor în promovarea contestaţiilor, întemeiate pe disp. art. 59 al. 5 din Legea nr. 85/2014, apare ca nefiind întemeiată, urmând a fi respinsă ca atare.

Nici excepţia autorităţii lucrului judecat în raport de Încheierea de şedinţă din 13.07.2017 a judecătorului sindic, invocată de către intimata J. SA prin întâmpinarea aflată la fila 198 dosar, nu apare ca fiind întemeiată.

Astfel, art. 431 al 1 Cod pr. civilă prevede imperativ: ”(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect”.

Ori în speţă lesne se poate constata inexistenţa triplei identităţi, obiectul şi implicit cauza celor două litigii fiind diferite.

Astfel, obiectul cererii ce a fost respinsă de către judecătorul sindic prin Încheierea de şedinţă din 30.06.2017 (ce a format obiectul dosarului nr. 2595/40/2015/a30.1) l-a constituit ”Suspendarea” unor măsuri ale administratorului judiciar, în timp ce obiectul contestaţiilor supuse controlului judiciar de faţă îl constituie ”Anularea” măsurilor luate de administratorul judiciar privind organizarea de licitaţii publice în scopul valorificării activelor proprietatea debitoarei, contractarea serviciilor de publicitate media în vederea organizării acestor licitaţii, demersurilor de expunere pe piaţă în vederea vânzării activului Complex A.SRL, emiterea de publicaţii de vânzare şi organizarea de licitaţii publice în scopul valorificării activului, acceptarea la plată a facturilor emise de furnizorii de servicii de publicitate media şi solicitarea de plată a creditorilor indispensabili, aferentă trimestrului 4 al anului I de reorganizare.

Trebuie relevat totodată şi faptul că o soluţie luată cu privire la o măsură provizorie nu poate avea autoritate de lucru judecat în raport cu o soluţie ce vizează fondul raportului juridic dedus judecăţii.

Prin urmare şi această excepţie a autorităţii lucrului judecat s-a dovedit a fi nefondată, aşa încât, urmează a fi respinsă ca atare.

În ceea ce priveşte fondul apelurilor declarate în cauză de SCPA B. şi de către debitoarea A. SRL prin administrator special S., Curtea constată că sunt neîntemeiate.

Cum motivele invocate de către ambele apelante sunt comune, urmează a fi examinate unitar.

Ambele apelante critica sentinţa judecătorului sindic privind aşa-zisa ”nelegalitate” a admiterii excepţiei inadmisibilităţii contestaţiilor împotriva măsurilor administratorului judiciar, arătând în esenţă, că toate contestaţiile au fost promovate cu respectarea disp. art. 59 al. 5 din Legea nr. 85/2014 întrucât respectivele măsuri încalcă flagrant Planul de reorganizare confirmat de judecătorul sindic, fiind de natura să prejudicieze atât debitoarea cât şi pe toţi creditorii cu rang de prioritate inferior J. SA, administratorul judiciar urmărind de fapt lichidarea intempestivă a debitoarei, încă din primul an de reorganizare, aceasta fiind o veritabilă executare silită individuală dorită de creditoarea J. SA.

Totodată, arată apelantele, conformitatea unei măsuri cu Hotărârea Adunării Creditorilor ţine de fondul cauzei, ori ele (contestatoarele) nu au solicitat aceasta, ci verificarea conformităţii măsurilor în raport de Planul de reorganizare confirmat de către judecătorul sindic, astfel încât consideră total eronată soluţia judecătorului sindic constând în admiterea excepţiei invocată din oficiu,

Criticile apelantelor se dovedesc a fi neîntemeiate.

Astfel raportarea apelantelor la Planul de reorganizare (şi nu la Hotărârea Adunării creditorilor) nu poate fi primită, în considerarea următoarelor argumente:

Planul de reorganizare propus de societatea debitoare A. SRL (plan care la acel moment, era confirmat în cauză) prevedea printre altele, măsura valorificării bunurilor aflate în avere debitoarei.

În acest context, la data de 30.06. 2017 a avut loc o şedinţă a Adunării creditorilor, care la pct. 7 al ordinii de zi a hotărât aprobarea unei strategii, metode şi a unui regulament de valorificare a bunurilor aflate în averea debitoarei – acte procedurale propuse de către unul dintre creditori. De asemenea, la un alt punct de pe ordinea de zi, s-a propus achitarea conform ultimului trimestru din anul I a creanţelor deţinute de creditorii indispensabili.

În conformitate cu hotărârile adoptate de Adunarea creditorilor, administratorul judiciar a iniţiat punerea acestora în executare - împrejurare care a atras formularea contestaţiilor pendinte de către SCPA B., C. SRL şi societatea debitoare prin administrator special.

Relevant în cauză este însă faptul că prin decizia nr. 423/23.11.2017 pronunţată în dosarul nr. .../40/2015/a29, Curtea de Apel Suceava a dispus admiterea apelului formulat în cauză şi în consecinţă, anularea sentinţei nr. 31/26.01.2017 şi a încheierii de şedinţă din 19.01.2017 pronunţată de Tribunalului Botoşani, prin care a fost confirmat Planul de reorganizare propus de debitoarea A.

Având în vedere că Hotărârea Adunării Creditorilor din data de 30.06.2017, în ceea ce priveşte pct. 7 de pe ordinea de zi, a fost luată în acord cu prevederile Planului de reorganizare confirmat la acel moment, ulterior pronunţării deciziei nr. 423/23.11.2017, Hotărârea nu şi-a mai produs efectele.

În acest sens, în cuprinsul Raportului de activitate aferent lunii octombrie 2017, publicat în BPI nr. .../22.12.2017, administratorul judiciar a precizat în mod expres că: „Având în vedere Decizia nr. 423/23.11.2017 pronunţată de Curtea de Apel Suceava în dosarul nr. ../40/2015/a29, prin care s-a dispus de către instanţa de control judiciar anularea sentinţei nr. 31/26.01.2017 şi a încheierii din 19.01.2017 pronunţată de Tribunalul Botoşani în dosarul nr. ../40/2015/a29 (sentinţa prin care a fost confirmat planul de reorganizare propus de societatea debitoarea) administratorul judiciar nu a mai procedat la organizarea unor alte şedinţe de licitaţii publice cu strigare.

Aşadar faţă de soluţia de casare a sentinţei prin care judecătorul sindic a confirmat Planul de Reorganizare, nemaiputându-se reţine existenţa vreunui Plan confirmat nu poate fi primită critica conform căreia judecătorul sindic trebuia să se raporteze la Planul de reorganizare şi nicidecum la vreo Hotărâre a Adunării creditorilor.

După cum au fost formulate contestaţiile şi în raport de natura măsurilor practicianului în insolvenţă contestate este evident că acestea au fost iniţiate exact în respectarea Hotărârii

Adunării Creditorilor din 30.06.2017.

Ori atâta timp cât această hotărâre nu a fost anulată până în prezent, contestarea vreunei măsuri luate în spiritul şi cu respectarea voinţei masei credale concretizată prin Hotărârea Adunării creditorilor din 30.06.2017, apare corectă şi raţională concluzia judecătorului sindic conform căreia contestatorii au urmărit practic lipsirea de efecte a unei Hotărâri a Adunării creditorilor, (practic paralizarea executării acesteia), fapt inadmisibil.

*Per a contrario*, în situaţia în care o hotărâre a Adunării Creditorilor ar fi fost anulată, orice contestaţie împotriva eventualelor măsuri întreprinse în continuare de către practicianul în insolvenţă (după momentul anulării), ar fi fost admisibilă.

Tot admisibilă ar fi fost şi contestaţia împotriva unor măsuri luate de către practicianul în insolvenţă cu încălcarea ori cu nerespectarea unei Hotărâri a Adunării creditorilor.

 Cum însă nu se poate reţine existenţa uneia dintre situaţiile expuse, apare ca fiind legală soluţia de admitere a excepţiei inadmisibilităţii contestaţiilor privind măsurile întreprinse de către administratorul judiciar în respectarea unei Hotărâri a Adunării Creditorilor care nu a fost anulată până în prezent, neputându-se face raportări la un Plan de reorganizare a cărui confirmare a fost desfiinţată de către instanţa de control judiciar.

Faţă de cele ce preced, în considerarea argumentelor *de facto et de jure* expuse, cum criticele apelantelor SCPA B. şi SC A. SRL- prin administrator special apar ca nefiind pertinente, soluţia judecătorului sindic fiind legală şi temeinică, în conformitate cu dispoziţiile art. 480 Cod procedură civilă, apelurile de faţă urmează a fi respinse ca nefondate.

**9. Insolvență. Anulare Hotărârea Adunării Generale a Acționarilor. Sancțiunea încălcării competenței exclusive a Consiliului de Administrație. Opozabilitatea actelor încheiate de directorii societății**.

***Rezumat***:

*Adunarea Generală este organul în care se formează voinţa socială, Consiliul de Administraţie este organul în care această voinţă se circumstanţiază şi se pune în executare, atât prin acte interne de gestiune, cât şi prin acte externe de reprezentare. Drept urmare, administratorii au un mandat general în baza legii şi a actului constitutiv de la societatea a cărei voinţă s-a format cu ocazia încheierii actului constitutiv şi se formează mai departe cu ocazia Adunării Generale, organ care poate aprecia cel mai potrivit asupra interesului societăţii. Cu toate acestea, dacă atribuirea competenţelor în mod exclusiv organului de administrare are loc prin lege, acestea nu pot fi exercitate de Adunarea Generală, întrucât s-ar încălca principiul delimitării de atribuţii dintre organele persoanei juridice, ceea ce echivalează cu o depăşire a însăşi capacităţii de exerciţiu. Adunarea Generală nu se poate substitui integral şi perpetuu Consiliului de Administraţie, deoarece ar anula de facto capacitatea de exerciţiu a societăţii.*

*În acelaşi timp, textele legale în virtutea cărora reclamanţii şi-au întemeiat pretenţia dedusă judecăţii nu statuează asupra unor competenţe exclusive ale Consiliului de Administraţie sub sancţiunea expresă a nulităţii absolute, în cazul nerespectării lor, iar, pe de altă parte, din cuprinsul acestora nu rezultă în mod neîndoielnic că interesul ocrotit este unul general al societăţii ci, dimpotrivă, unul particular, al acţionarilor.*

*Din această perspectivă, hotărârea contestată este lovită de nulitate relativă, ce poate fi invocată doar în condiţiile prevăzute imperativ de prevederile art. 132 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, aceste condiţii nefiind îndeplinite, în speță, reclamanţii neavând calitatea de acţionari ai societăţii.*

*Pârâtei îi sunt opozabile contractele de mandat ale directorilor societăţii, astfel cum au fost modificate, în sensul acordării componentei variabile a remuneraţiei acestora, prin actele adiţionale ratificate ulterior de A.G.A. Dată fiind în speţă, existenţa premisei angajării acestei forme de răspundere, justificată prin stabilirea între părţi a unor relaţii contractuale, sunt îndeplinite în cauză şi celelalte condiţii necesare angajării răspunderii contractuale.*

(Decizia nr. 342 din 26.10.2018, dosar nr. 1416/40/2016)

**Hotărârea**:

Prin sentinţa nr. 319 din 9 martie 2017, Tribunalul Botoşani Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscala admis excepţia lipsei calităţii procesuale active a reclamanţilor privind cererea având ca obiect anularea parţială a Hotărârii Adunării Generale a Acţionarilor nr. 117 din 26.05.2016; a respins cererea având ca obiect anularea parţială a Hotărârii Adunării Generale a Acţionarilor nr. 117 din 26.05.2016, formulată de reclamanţii B, C, D, E, F. și G., în contradictoriu pârâta A. S.A., ca fiind formulată de persoane care nu au calitate procesuală activă; a admis acţiunea având ca obiect obligarea la respectare clauze contractuale şi pretenţii, formulată de reclamanţii B, C, D, E, F și G în contradictoriu pârâta A.

Prin aceeaşi sentinţă, a fost obligată pârâta A. SA să respecte clauza contractuală prevăzută la subpunctul 4 indice 1 din contractatele de mandat: nr. 10129/16.06.2015, aşa cum a fost modificat prin actul adiţional nr. 1 din 11.12.2015 (privind pe reclamanta C.), nr. 10130/16.06.2015, aşa cum a fost modificat prin actul adiţional nr. 1 din 11.12.2015 (privind pe reclamanta D.), nr. 1028/18.01.2016, aşa cum a fost modificat prin actul adiţional nr. 1 din 16.02.2016 (privind pe reclamantul E.) nr. 5342/23.05.2013, aşa cum a fost modificat prin actul adiţional nr. 3 din 11.12.2015 (privind pe reclamantul F.) şi nr. 10128/16.06.2015, modificat prin actul adiţional nr. 1 din 11.12.2015 (privind pe reclamantul G.); a obligat A. S.A. să plătească reclamanţilor, după cum urmează:

- reclamantului B. suma de 18.826 lei brut, reprezentând 0,15625 % din cifra de afaceri lunară a societăţii reclamante, pentru perioada 26.05.2016-19.02.2016;

- reclamantei C. o parte variabilă la remuneraţia lunară, reprezentând 0,125 din cifra de afaceri lunară, respectiv 4.000 lei brut/lună, ajustată potrivit subpunctului 4 indice 1 alin. 2, începând cu data de 26.05.2016 şi până la data încetării contractului de mandat;

- reclamantei D. o parte variabilă la remuneraţia lunară, reprezentând 0,125 din cifra de afaceri lunară, respectiv 4.000 lei brut/lună, ajustată potrivit subpunctului 4 alin. 2 a reclamantei, începând cu data de 26.05.2016 şi până la data încetării contractului de mandat;

- reclamantului E. o parte variabilă la remuneraţia lunară, reprezentând 0,122 din cifra de afaceri lunară, respectiv 3.900 lei brut/lună, ajustată potrivit subpunctului. 4 indice 1 alin. 2, începând cu data de 26.05.2016 şi până la data încetării contractului de mandat;

- reclamantului F. parte variabilă la remuneraţia lunară, reprezentând 0,122 din cifra de afaceri lunară, respectiv 3.900 lei brut/lună, ajustată potrivit subpunctului 4 indice 1 alin. 2, începând cu data de 26.05.2016 şi până la data încetării contractului de mandat;

- reclamantului G. o parte variabilă la remuneraţia lunară, reprezentând 0,122 din cifra de afaceri lunară, respectiv 3.900 lei brut/lună, ajustată potrivit subpunctului 4 indice 1 alin. 2, începând cu data de 26.05.2016 şi până la data încetării contractului de mandat.

De asemenea a obligat pârâta A. S.A. să plătească sumele cuvenite reclamanţilor pentru trecut, ajustate cu rata inflaţiei, precum şi dobânda legală calculată de la data scadenţei fiecărei sume până la plata efectivă.

Totodată, în temeiul art. 453 Cod de procedură civilă obligă pârâta A. S.A. să plătească reclamanţilor cheltuieli de judecată.

Pentru a se pronunţa astfel, prima instanţă, a reţinut, cu privire la cele două excepţii invocate de pârâta prin întâmpinare, faptul că, prin cererea de chemare în judecată înregistrată la Tribunalul Botoşani sub nr. ../40/2016, reclamanţii, directori numiţi de Consiliul de administraţie al pârâtei A. S.A., au solicitat anularea în parte a Hotărârii Adunării Generale a Acţionarilor pârâtei din data de 26.05.2016, în ce priveşte punctul 1.2 al art. 1 privind diminuarea cheltuielilor cu personalul (poziţia II.1 - Anexa 1) cu valoarea cheltuielilor aferente contractului de mandat (…) cu suma de 317,3 mii lei, în Anexa nr. 1 şi, implicit sumele prevăzute la rândul 107 (…) din Anexa 2.

 Referitor la excepţia lipsei calităţii procesuale active a reclamanţilorprivind cererea având ca obiect anularea parţială a Hotărârii AGA A. S.A. nr. 117 din 26.05.2016, instanţa de fond a reţinut că, reclamanţii au solicitat anularea parţială a hotărârii întrucât ar fi fost încălcate dispoziţiile art. 38 alin. 1 şi 2 din OUG nr. 109/2011 privind guvernanţa corporativă a întreprinderilor, art. 142 alin. 2 lit. c) din Legea nr. 31/1990 şi art. 1270 Cod civil.

Tribunalul a reţinut că, în cuprinsul OUG nr. 109/2011 nu se prevede expres că nerespectarea dispoziţiilor art. 38 alin. 1 şi 2 se sancţionează cu nulitatea absolută şi reprezintă norme care ocrotesc doar interesele acţionarilor, singurii care pot fi vătămaţi prin stabilirea unei remuneraţii pentru directori cu depăşirea nivelului remuneraţiei stabilit pentru membrii executivi ai consiliului de administraţie şi cuprinzând altă modalitate de formare decât aceea prevăzută la alin. 2, rezultă fără dubiu că nerespectarea acestor dispoziţii se sancţionează cu nulitatea relativă.

 Pe de altă parte, prima instanţă, a reţinut că nu este menţionat în cuprinsul Legii nr. 31/1990 că nerespectarea dispoziţiilor art. 142 alin. 2 lit. c) din lege se sancţionează cu nulitatea absolută, că aceste dispoziţii nu sunt menite să ocrotească un interes general, astfel încât să acorde oricărei persoane dreptul de a cere anularea actului încheiat cu nerespectarea acestei dispoziţii, de unde rezultă fără dubiu că nerespectarea acestei dispoziţii poate fi sancţionată cu nulitatea relativă, nulitate care poate fi invocată doar de acţionari, aşa cum prevede expres art. 132 alin. 2 din Legea 31/1990.

Având în vedere că forţa obligatorie a contractelor se impune doar între părţile care au încheiat contractul, instanţa de fond a constatat că textul art. 1270 Cod civil nu poate fi invocat în contra unei persoane străine de contract, cum este situaţia Adunării Acţionarilor, astfel încât nu poate constitui un motiv de nulitate absolută a Hotărârii, aşa cum afirmă reclamanţii.

Pe cale de consecinţă, prima instanţă a constatat că excepţia lipsei calităţii procesuale active este întemeiată întrucât motivele pentru care reclamanţii solicită anularea nu sunt motive de ordine publică, astfel încât reclamanţii, care nu sunt acţionari ai societăţii, nu au calitate procesuală activă, în raport de dispoziţiile art. 132 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, acţiunea reclamanţilor urmând a fi respinsă în consecinţă.

Faţă de împrejurarea că, s-a reţinut a fi întemeiată excepţia lipsei calităţii procesuale active, instanţa de fond a apreciat ca inutilă examinarea celeilalte excepţii invocate de pârâtă, respectiv lipsa de interes.

Pe fondul cauzei, Tribunalul Botoşani, a reţinut, în esenţă, referitor la acţiunea formulată de reclamanţi prin care au solicitat obligarea pârâtei SC A. S.A. la respectarea clauzelor contractuale din contractele de mandat încheiate între reclamanţi şi pârâtă şi obligarea la plata drepturilor băneşti neachitate la care au dreptul în baza acestor clauze şi care nu au fost plătite, începând cu data de 26.05.2016 şi pentru viitor, că pârâta nu a contestat faptul că începând cu data de 26.05.2016 a sistat plata către pârâţi a componentei variabile din remuneraţia lunară, aşa cum este prevăzută în contractele de mandat.

În considerarea dispoziţiilor art. 1270 Cod civil, prima instanţă a constatatîntemeiată acţiunea reclamanţilor.

Împotriva acestei sentinţe, în termen legal au declarat apel reclamanţii și pârâta SC A. SA, criticând-o pentru nelegalitate.

Prin apelul formulat, reclamanţiiau solicitatschimbarea în parte a sentinței apelate, în sensul admiterii capetelor de cerere având ca obiectanularea în parte a Hotărârii Adunării Generale a Acţionarilor S.C. A. S.A. nr. 117 din data de 26.05.2016, în ceea ce priveşte punctul 1.2 al art. 1 privind diminuarea cheltuielilor cu personalul (poziţia II.1. - Anexa 1) cu valoarea cheltuielilor aferente contractului de mandat (...) cu suma de 317,3 mii lei, în Anexa nr. 1 şi. implicit sumele prevăzute la rândul 107 (...) din Anexa nr. 2, respectivmenţionarea, în temeiul art. 132 alin. 10 din Legea nr. 31/1990, a hotărârii ce urmează a fi pronunţate în Registrul Comerţului şi publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, Partea a IV a, precum și radierea parţială a menţiunilor efectuate în Registrul Comerțului în baza Hotărârii Adunării Generale a Acționarilor S.C. A. S.A. nr. 117 din data de 26.05.2016.

 Consideră că Hotărârea Adunării Generale a Acţionarilor societăţii A. S.A. nr. 117/26.05.2016 prin care s-a dispus aprobarea bugetului de venituri şi cheltuieli al societăţii pentru anul 2016, în condiţiile suprimării sumelor prevăzute la rândul 107, reprezentând componenta variabilă din remuneraţia directorilor societăţii, este lovită de nulitate absolută, fiind adoptată cu încălcarea competenţelor consiliului de administraţie, remuneraţia directorilor fiind stabilită de consiliul de administraţie, iar potrivit dispoziţiilor imperative ale art. 142 alin. 2 lit. c din Legea nr. 31/1990, printre competenţele de bază ale consiliului de administraţie, care nu pot fi delegate directorilor, este prevăzută şi cea de numire, revocare a directorilor şi de stabilire a remuneraţiei lor.

Precizează că dispoziţiile legale ce guvernează organizarea şi funcţionarea societăţilor pe acţiuni cu capital al unităţilor administrativ-teritoriale acordă doar consiliului de administraţie competenţa stabilirii remuneraţiei directorilor, în limitele stabilite de lege.

Invocă dispoziţiile art. 1252 Cod civil, făcând referire la decizia nr. 55/23 martie 2011 a Curții de Apel Cluj, Secţia a II-a civilă de contencios administrativ şi fiscal (publicată în Buletinul Jurisprudenţei. Repertoriu anual, 2011, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2012, pp. 478 - 481), și la decizia nr. 1053/29.06.2015 a Curții de Apel Cluj, Secţia a II-a civilă de contencios administrativ şi fiscal.

 În considerarea faptului că statul prin oricare din formele sale de manifestare nu trebuie să se implice în managementul societăţii pe care o controlează şi trebuie să îi asigure autonomie operaţională, apreciază că se află în prezenţa unei nulităţi absolute virtuale, care rezultă din scopul reglementării principiului ierarhizării şi separaţiei organelor sociale, din punctul de vedere al competenţelor, şi anume asigurarea unui echilibru intern destinat prevenirii abuzurilor în materie societară, care garantează un anumit grad de eficacitate al funcţionarii societăţilor, interesul ocrotit fiind unul general, iar nu particular.

Prin apelul său, pârâta apelantă SC A. SA a solicitatadmiterea apelului, modificarea în parte a hotărârii apelate, în sensul respingerii acţiunii în obligaţie de a face/ pretenţii promovată de intimaţi ca fiind netemeinică.

În ceea ce privește solicitarea sa de modificare a hotărârii apelate, în sensul respingerii acţiunii intimaţilor cu privire la pretenţiile acestora pentru perioada 26.05.2016 - până la data încetării contractului de mandat, precizează că funcţionarea pârâtei, ca societate pe acţiuni, este guvernată de dispoziţiile Legii societăţilor nr. 31/1990 republicată, cu modificările şi completările ulterioare.

Făcând referire la disp. art. 111, alin. (2), lit. a) și e) din Legea societăţilor comerciale, art. 4, alin. (1), lit. c) şi d) din Ordonanţa nr. 26/2013 privind întărirea disciplinei financiare la nivelul unor operatori economici la care statul sau unităţile administrativ-teritoriale sunt acţionari unici ori majoritari sau deţin direct ori indirect o participaţie majoritară, și la Hotărârea A.G.A. nr. 117 din 26.05.2016, precizează că prin această hotărâre s-a diminuat bugetul de venituri şi cheltuieli cu sumele prevăzute la rândurile 107 şi 110 din Anexa nr. 2, dar această diminuare nu reprezintă o înlăturare a componentei variabile din remuneraţia directorilor; mai mult, conform prev. O.U.G. nr. 109/2011, remuneraţia directorilor este stabilită de consiliul de administraţie, astfel încât, în prezent, nu există cadru legal pentru ca o modificare a acestei remuneraţii să poată fi efectuată de Adunarea Generală a Asociaţilor unei societăţi comerciale.

Totodată, făcând referire la disp. art. 38, alin. (2) și (3) din O.U.G. nr. 109/2011 privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice, precizează că pentru anul 2015, cheltuielile aferente contractelor de mandat au fost incluse în bugetul de venituri şi cheltuieli pentru anul 2015, urmând a fi acordate după îndeplinirea condiţiilor prevăzute de O.U.G. nr. 109/2011. Astfel, prin Hotărârea Adunării Generale a Acţionarilor nr. 96/11.05.2015 învederează că s-a dispus aprobarea bugetului de venituri şi cheltuieli al S.C. A. S.A. pentru anul 2015, în forma propusă, inclusiv cu privire la sumele reprezentând componenta variabilă a remuneraţiei acordate membrilor consiliului de administraţie şi directorilor.

Ulterior, în ceea ce priveşte bugetul de venituri şi cheltuieli al S.C. A. S.A. pentru anul 2016, deşi la fundamentarea bugetului au fost avute în vedere şi cheltuielile aferente componentei variabile cuprinse în contractele de mandat ale directorilor societăţii şi ale membrilor consiliului de administraţie, prin Hotărârea A.G.A. nr. 117 din data de 26.06.2016 B.V.C./2016 învederează că a fost aprobat cu unanimitatea voturilor acţionarilor prezenţi, cu următoarea condiție: diminuarea cheltuielilor cu personalul cu valoarea cheltuielilor aferente contractului de mandat şi a altor organe de conducere, control, comisii şi comitete.

Având în vedere faptul că hotărârile adunării generale sunt obligatorii pentru celelalte organe ale societăţii, apreciază că a achita sumele pretinse de reclamanţi ulterior adoptării hotărârii, în condiţiile în care linia bugetară nu mai prevedea sumele aferente componentei variabile, conduce la încălcarea dispoziţiilor legale privind execuţia bugetară.

Făcând referire la definiția bugetului precizează că, în cazul SC A. SA, societate comercială supusă legilor bugetului de stat, bugetul se elaborează pentru fiecare an în parte, iar veniturile sau cheltuielile bugetare pentru anul următor se pot doar previziona având în vedere nivelul de execuţie a acestora într-o perioadă anterioară şi deşi reprezentanţii Consiliului Judeţean - în calitate de acţionar majoritar au solicitat în mod expres să li se pună la dispoziţie studiul comparat pentru anul 2016, întocmit conform art. 37, alin. (5) şi art. 38, alin. (3) din O.U.G. nr. 109/2011, împreună cu actele emise/adoptate pentru stabilirea componentei variabile a remuneraţiei membrilor consiliului de administraţie şi/sau directorilor, acestora li s-a comunicat documentaţia aferentă anului financiar 2015, nu pentru anul pentru care se supunea spre aprobare bugetul, respectiv 2016.

Pe cale de consecinţă, Consiliul Judeţean, în calitate de acţionar majoritar al SC A. SA. a acordat mandat special d-lui. J., reprezentantul Judeţului în Adunarea Generală a Acţionarilor S.C. A. S.A., pentru a exercita dreptul de vot în numele Judeţului, în calitatea sa de acţionar, în vederea aprobării bugetului de venituri şi cheltuieli pentru anul 2016 al S.C. A. S.A., în condiţiile diminuării cheltuielilor cu personalul (poziţia II. 1. C.) cu valoarea cheltuielilor aferente contractului de mandat şi a altor organe de conducere şi control, comisii şi comitete (poziţia II. 1. C4) cu suma de 317,3 mii lei, în anexa nr. 1 şi implicit sumele prevăzute la rândurile 107 şi 110 din anexa nr. 2, având în vedere lipsa studiului comparat asupra condiţiilor de remunerare aplicabile anului în curs.

Mai arată că, în conformitate cu prev. art. 17.1, lit. p) din Actul constitutiv al S.C. A. S.A. remuneraţia directorilor este stabilită de către Consiliul de Administraţie al societăţii şi este formată dintr-o indemnizaţie fixă lunară şi, dacă este cazul, dintr-o componentă variabilă, constând într-o cotă de participare la profitul net al societăţii, o schemă de pensii sau o altă formă de remunerare pe baza performanţelor.

Prin întâmpinare, reclamanţii apelanţi au solicitat respingerea apelului formulat de către societatea A. S.A., cu consecinţa menţinerii hotărârii ca legală şi temeinică, în ceea ce priveşte soluţionarea capătului de cerere având ca obiect obligaţie de a face/pretenţii.

Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului, Curtea constată că ambele apeluri sunt nefondate, pentru următoarele considerente:

Astfel, cu referire apelul reclamanţilor, Curtea reţine că dacă Adunarea Generală este organul în care se formează voinţa socială, Consiliul de Administraţie este organul în care această voinţă se circumstanţiază şi se pune în executare, atât prin acte interne de gestiune, cât şi prin acte externe de reprezentare. Drept urmare, administratorii au un mandat general în baza legii şi a actului constitutiv de la societatea a cărei voinţă s-a format cu ocazia încheierii actului constitutiv şi se formează mai departe cu ocazia Adunării Generale – organ care poate aprecia cel mai potrivit asupra interesului societăţii.

Cu toate acestea, dacă atribuirea competenţelor în mod exclusiv organului de administrare are loc prin lege, acestea nu pot fi exercitate de Adunarea Generală, întrucât s-ar încălca principiul delimitării de atribuţii dintre organele persoanei juridice, ceea ce echivalează cu o depăşire a însăşi capacităţii de exerciţiu. Cu alte cuvinte, Adunarea Generală nu se poate substitui integral şi perpetuu Consiliului de Administraţie, deoarece ar anula *de facto* capacitatea de exerciţiu a societăţii.

În acelaşi timp, este fără echivoc că, textele legale în virtutea cărora reclamanţii - apelanţi şi-au întemeiat pretenţia dedusă judecăţii nu statuează asupra unor competenţe exclusive a Consiliului de Administraţie sub sancţiunea expresă a nulităţii absolute, în cazul nerespectării lor, iar, pe de altă parte, din cuprinsul acestora nu rezultă în mod neîndoielnic că interesul ocrotit este unul general al societăţii ci, dimpotrivă, unul particular, al acţionarilor.

Din această perspectivă, în mod just a apreciat prima instanţă, neincidenţa prevederilor art. 1250 Cod civil, referitoare la sancţiunea nulităţii absolute în raport de actul contestat.

Totodată, cum potrivit art. 1251 Cod civil „*contractul este anulabil când au fost nesocotite dispoziţiile legale privitoare la capacitatea de exerciţiu […]”*, iar în conformitate cu prevederile art. 1252 Cod civil *„în cazurile în care natura nulităţii nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din lege, contractul este anulabil”,* Curtea apreciază că tribunalul a reţinut în mod corect că hotărârea contestată este lovită de nulitate relativă, ce poate fi invocată doar în condiţiile prevăzute imperativ de prevederile art. 132 alin. 2 din Legea nr. 31/1990.

Cum în speţă, aceste condiţii nu sunt îndeplinite, reclamanţii-apelanţi neavând calitatea de acţionari ai societăţii (aspect necontestat), incidenţa excepţiei lipsei calităţii procesuale active a acestora apare ca fiind legal reţinută de către prima instanţa, criticile aduse sentinţei de către aceştia pe calea apelului urmând a fi înlăturate ca nefondate.

În ceea ce priveşte apelul pârâtei, Curtea reţine că, potrivit art. 1350 Cod civil, în vigoare la data naşterii raporturilor juridice contractuale între părţi, „*orice persoană trebuie să îşi execute obligaţiile pe care le-a contractat. (2) Atunci când, fără justificare, nu îşi îndeplineşte această îndatorire, ea este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părţi şi este obligată să repare acest prejudiciu, în condiţiile legii. (3) Dacă prin lege nu se prevede altfel, niciuna dintre părţi nu poate înlătura aplicarea regulilor răspunderii contractuale pentru a opta în favoarea altor reguli care i-ar fi mai favorabile*”.

Aşadar, răspunderea civilă contractuală decurge din neexecutarea unor obligaţii contractuale şi constă în repararea de către debitor – în natură sau prin echivalent – a prejudiciului cauzat creditorului.

Pe de altă parte, în conformitate cu art. 1270 Cod civil, în vigoare la data stabilirii raporturilor contractuale între părţi, „*contractul valabil încheiat are putere de lege între părţile contractante. (2) Contractul se modifică sau încetează numai prin acordul părţilor ori din cauze autorizate de lege*”.

Textele legale citate consacră în termeni imperativi, de strictă interpretare şi aplicare, principiile obligativităţii şi relativităţii efectelor contractelor legal încheiate.

 În virtutea caracterului obligatoriu, partea contractantă, care are calitatea de titular de drepturi dobândite prin contract, este îndreptăţită a pretinde celeilalte părţi satisfacerea acelor drepturi.

 Pe de altă parte, contractul privit ca realitate socială, ca fapt social, prezintă o deosebită însemnătate nu numai pentru raporturile dintre părţi, ci şi pentru certitudinea şi eficienţa raporturilor juridice, în general.

 Obligativitatea contractului nu decurge numai din voinţele individuale ale părţilor contractante, ci constituie un adevărat imperativ social; societatea însăşi, legislaţia impun respectarea strictă a contractelor legal încheiate.

 În climatul de securitate şi ordine juridică ce trebuie să existe în societate, respectarea contractelor constituie un deziderat ce se impune în toate cazurile, deoarece prin aceste contracte se realizează drepturile subiective juridiceşte ocrotite ale persoanelor fizice sau juridice.

 De aceea, principiul *pacta sunt servanda* nu poate fi fundamentat numai pe cerinţele morale ale respectării cuvântului dat, ori pe cerinţele juridice ale respectării voinţelor individuale exprimate, fiind de esenţa ordinii publice.

Este cunoscut că dreptul subiectiv al creditorului de a pretinde despăgubiri de la debitorul său se naşte în momentul în care sunt întrunite condiţiile răspunderii civile contractuale.

Din ansamblul probator al cauzei, rezultă în afara oricăror ambivalenţe, faptul că pârâtei –apelante îi sunt opozabile contractele de mandat ale directorilor societăţii, astfel cum acestea au fost modificate, în sensul acordării componentei variabile a remuneraţiei acestora, prin actele adiţionale ratificate ulterior de A.G.A. societăţii.

Dată fiind în speţă, existenţa premisei angajării acestei forme de răspundere, justificată prin stabilirea între părţi a unor relaţii contractuale, Curtea constată că sunt îndeplinite în cauză şi celelalte condiţii necesare angajării răspunderii contractuale, respectiv fapta ilicită – pârâta necontestând că, începând cu 26.05.2016 a sistat plata către reclamanţi a componentei variabile din remuneraţia lunară a acestora, prejudiciul, raportul de cauzalitate între faptă şi prejudiciu şi vinovăţia pârâtei, în condiţiile în care, în materie contractuală, vinovăţia debitorului este prezumată, iar în cauză, pârâta – apelantă nu a răsturnat această prezumţie relativă de culpă reţinută în sarcina sa, prin dovedirea, în condiţiile legii, a unei „cauze străine”, care să-i fie imputabilă, exoneratoare.

Împrejurarea că sumele reprezentând contravaloarea componentei variabile nu au fost cuprinse în bugetul de venituri şi cheltuieli al societăţii nu poate fi imputată reclamanţilor, iar pe de altă parte, apărarea pârâtei în sensul inexistenţei unui studiu comparat aferent anului 2016 este lipsită de relevanţă în condiţiile în care, actul normativ cadru în materie nu prevede efectuarea unui studiu comparat pentru fiecare exerciţiu financiar, astfel încât cel realizat la nivelul anului 2015 apare pe deplin relevant şi satisfăcător.

Din această perspectivă, Curtea apreciază că în mod corect tribunalul a procedat la admiterea pretenţiilor reclamanţilor, constatând neîndeplinirea de către pârâtă, fără justificare, a obligaţiilor contractuale, în sensul art. 1350 alin. 2 Cod civil şi obligând-o pe aceasta la acoperirea integrală a prejudiciului cauzat.

Faţă de cele ce preced, constatând că nu sunt date motivele de apel invocate şi că, nici din oficiu nu există motive de nulitate a sentinţei, Curtea, în temeiul art. 480 alin. 1 Cod proc. civ., va respinge ambele apeluri, ca nefondate, menţinând hotărârea atacată ca fiind legală şi temeinică.

**10. Insolvență. Caracterul consensual al contractului de asociere în participațiune – izvor al obligației debitoarei.**

**Rezumat:**

*Din dispoziţiile art. 1949 şi 1950 Cod civil rezultă că pentru încheierea valabilă a contractului de asociere în participaţiune nu este necesară îndeplinirea vreunei condiții de formă, astfel că asocierea în participațiune are caracter consensual, acordul de voință al părților fiind necesar și suficient în acest sens iar forma scrisă a acestuia este impusă ca o condiție ad probationem și nu una ad validitatem. De asemenea, potrivit dispozițiile art. 1178 Cod civil potrivit cărora „contractul se încheie prin simplul acord de voință al părților, dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă” .*

*Faptul că părțile și-au exprimat acordul de voință în vederea încheierii contractului rezultă fără echivoc din faptul executării obligațiilor contractuale, respectiv depunerea aportului social de către apelantă, corelativ cu încasarea acestuia de către debitoare și desfășurarea activităților în considerarea cărora a fost încheiat contractul. Mai mult decât atât, nu trebuie omis nici faptul că administratorul societății a notificat contestatoarei rezilierea contractului, aspect ce confirmă existența contractului dintre părți*.

(Decizia nr. 352 din 8.11.2019, dosar nr. 382/40/2018/a1)

**Hotărârea**:

Prin cererea înregistrată la data de 02.05.2018, sub nr. .../40/2018/a1, contestatoarea SC A. SRL a formulat contestaţie la tabelul preliminar al creanţelor debitoarei SC B. SRL, publicat în Buletinul procedurilor de insolvenţă nr. .../24.04.2018, întocmit în dosar nr. .../40/2018 aflat pe rolul Tribunalului Botoșani - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, întrucât nu a fost înscrisă în tabel cu suma de 95.092,01 lei, reprezentând aport social şi daune interese compensatorii pentru prejudiciul încercat de societate, ca urmare a denunţării abuzive a contractului (constând în beneficiu nerealizat pe perioada 01.12.2018-08.08.2019) conform art. 7.2 din contractul încheiat între părţi, plus cheltuieli de judecată (taxe si cheltuieli arbitrale, onorariu avocat), solicitând înscrierea în tabelul preliminar cu sumele de 41,000 lei, reprezentând aport social şi 54,092,01 lei, reprezentând daune interese compensatorii, precum şi cheltuieli de judecată.

Prin sentinţa nr. 188 din 12 iunie 2018, Tribunalul Botoşani – Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal a respins, ca nefondată, contestaţia reţinând, în esenţă, că la încheierea actului juridic pe care îşi întemeiază contestatoarea cererea de înscriere la masa credală şi, implicit, contestaţia la tabel, respectiv, Contractul de asociaţiune în participaţiune încheiat între SC B SRL, debitoarea în cauză, şi SC A. SRL în data de 08.08.2017, a lipsit consimţământul debitoarei, deoarece persoana care a semnat în numele acesteia nu avea calitatea de reprezentant al societăţii.

Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a declarat apel contestatoarea-creditoare SC A. SRL, criticând-o pentru nelegalitate şi netemeinicie, reiterând susţinerile din contestaţie şi arătând, în esenţă, că administratorul judiciar nu face niciun fel de referire, pe de o parte, la suma de 41.000 lei virată de aceasta în contul societăţii (existând în acest sens evidenţe contabile), iar pe de altă parte, la sumele de bani virate de debitoare în conturile contestatoarei cu privire la beneficiile asocierii, astfel cum rezultă tot din evidenţele contabile.

Apreciază apelanta că şi-a îndeplinit toate obligaţiile legale, contractuale şi procesuale, astfel încât cererea este întemeiată şi dovedită şi se impune admiterea acesteia ca atare.

Prin întâmpinare, administrator judiciar CII C. a solicitat respingerea apelului, ca nefondat şi menţinerea sentinţei atacate ca fiind legală şi temeinică.

Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a prev. art. 476 alin. 2 Cod proc. civ., care consacră efectul devolutiv al prezentei căi de atac, Curtea constată că apelul este fondat, pentru următoarele considerente:

Față de motivele avute în vedere de judecătorul sindic și criticile formulate în apel, referitoare la faptul că acesta nu a avut în vedere faptul că contractul a fost executat, prin depunerea sumei ce constituie aport social și încasarea beneficiilor, Curtea apreciază că esența litigiului de față ține de natura juridică a contractului de asociere în participațiune.

Potrivit dispozițiilor art. 1949 Cod civil *„Contractul de asociere în participațiune este contractul prin care o persoană acordă uneia sau mai multor persoane o participație la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde”.* De asemenea, potrivit art. 1950 Cod civil *„contractul se probează numai prin înscris”.*

Din aceste dispoziții legale rezultă că pentru încheierea valabilă a acestui contract nu este necesară îndeplinirea vreunei condiții de formă, astfel că asocierea în participațiune are caracter consensual, acordul de voință al părților fiind necesar și suficient în acest sens iar forma scrisă a acestuia este impusă ca o condiție *ad probationem* și nu una *ad validitatem*.

În acest sens trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 1178 Cod civil potrivit cărora *„contractul se încheie prin simplul acord de voință al părților, dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă”* .

Faptul că părțile și-au exprimat acordul de voință în vederea încheierii contractului rezultă fără echivoc din faptul executării obligațiilor contractuale, respectiv depunerea aportului social de către apelantă, corelativ cu încasarea acestuia de către debitoare și desfășurarea activităților în considerarea cărora a fost încheiat contractul, corelativ cu virarea de debitoare către apelantă a 50% din profitul lunar realizat. Mai mult decât atât, nu trebuie omis nici faptul că administratorul societății a notificat contestatoarei rezilierea contractului, *„motivat de faptul că dl. D. nu mai are calitatea de reprezentant al SC B. SRL”*, aspect ce confirmă existența contractului dintre părți.

În aceste condiții, în mod greșit a reținut prima instanță că debitoarea nu și-ar fi dat consimțământul la încheierea contractului prin raportare la faptul că înscrisul, impus de lege doar ca mijloc de probă, nu era semnat de reprezentantul legal al societății, criticile formulate de către apelantă fiind întemeiate.

Cu privire la cererea de creanță formulată în cauză, Curtea reține că pretențiile contestatoarei sunt parțial întemeiate.

Astfel, contractul de asociere în participațiune a fost încheiat pentru o perioadă de doi ani, de la 8.08.2017 până la 8.08.2019 și nu putea fi denunțat unilateral, fiind stabilit că în caz contrar partea care denunță contractul este obligată la daune interese.

Din actele și lucrările dosarului rezultă că societatea debitoare a notificat contestatoarei rezilierea contractului, această notificare producând efecte potrivit dispozițiilor art. 9.2. din contract începând cu data de 14.02.2018. Urmare a deschiderii procedurii de insolvență față de debitoare, administratorul judiciar a transmis la rândul său contestatoarei, la data de 2.03.2018, o notificare de denunțare a contractului.

Chiar dacă dispozițiile contractuale (art.VII, pct.7.1 lit. d) prevedeau ca fiind cauză a încetării contractului doar lichidarea persoanei juridice coasociate ca urmare a falimentului, Curtea reține că denunțarea contractului de către administratorului judiciar, prin puterea conferită de dispozițiile art. 58 lit. j) din Legea nr. 84/2014, nu se încadrează în cazurile de denunțare unilaterală imputabile părții, fiind permisă de dispozițiile speciale ale Legii insolvenței.

Ca urmare, Curtea apreciază că poate fi imputată debitoarei doar denunțarea unilaterală a contractului începând cu data de 14.02.2018 – data la care contestatoarea a primit notificarea de denunțare – până la data de 2.03.2018, data la care administratorul judiciar a notificat contractul în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 85/2014, pentru această perioadă contestatoarea fiind îndreptățită la daune interese.

Cum prin contract nu a fost stabilită modalitatea în care se vor calcula daunele interese, Curtea va avea în vedere la acordarea acestora media veniturilor încasate de către contestatoare în temeiul contractului de asociere (88,72 lei/zi) raportat la numărul de zile dintre data denunțării unilaterale a contractului (14.02.2018) și data denunțării contractului de către administratorul judiciar (2.03.2018), respectiv suma de 1419,52 lei, motiv pentru care pretențiile contestatoarei vor fi admise în parte, doar cu privire la această sumă.

Cum potrivit dispozițiilor art. 1952 Cod civil *„asociații rămân proprietarii bunurilor puse la dispoziția asociației”,* iar potrivit dispozițiilor art. VII pct. 7.3 lit. d din contract *„în cadrul lichidării, fiecare parte reintră în posesia exclusivă a bunurilor și valorilor asupra cărora și-a păstrat dreptul de proprietate”*, va fi admisă cererea de creanțe și cu privire la suma de 41.000 lei reprezentând aportul adus de către contestatoare în asociere, sumă care a fost virată în contul debitoarei prin ordinul de plată din data de 8.08.2017.