**DECIZII RELEVANTE - TRIMESTRUL I/2021**

**Secţia I civilă**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **1.** | **Termenul de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii conform art. 405 alin. (1) teza I C.proc.civ. 1865.**  **Stingerea ipotecii pe cale accesorie ca urmare a stingerii obligaţiei principale conform art. 1800 alin. (1) pct. 1 C.civil 1864.**  **Termenul de 15 ani reglementat de art. 1786 din Vechiul Cod civil este un termen de conservare a efectelor inscripţiei ipotecare şi nu un termen de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii....................................** | **3** |

**Secţia a II-a civilă**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **1.** | **Nulitate hotărâri AGA privind majorarea capitalului social şi cooptarea unui nou asociat, respectiv cesionarea de către asociat a unui număr de părţi sociale către noul asociat, motivată pe frauda la lege. Distincție între frauda la lege ca motiv de nulitate absolută - act juridic și frauda creditorilor - motiv al acţiunii pauliene. .......................................................................................................................** | **12** |
| **2.** | **Natura juridică a nulităţii acordului de mediere consfinţit prin hotărâre judecătorească..............................................................................................................** | **27** |
| **3.** | **Șansa unui câștig vs. riscul unei pierderi. Dovada prejudiciului ........................** | **38** |
| **4.** | **Procedura insolvenţei. Interpretarea dispoziţiilor art. 122 alin. (4) din Legea nr. 85/2014 ....................................................................................................................** | **59** |
| **5.** | **Procedura insolvenţei. Art. 78 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 reglementează o excepţie de la regula instituită în art. 75 alin. (1)........................................................** | **68** |

**Secţia de contencios administrativ şi fiscal**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **1.** | **Aplicarea sancţiunilor prevăzute de art. 24 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 modif. Lămurirea titlului executoriu ulterior promovării acţiunii referitoare la aplicarea sancţiunilor.......................................** | **85** |
| **2.** | **Inadmisibilitatea cererii de suspendare a executării actului administrativ reprezentând propunere de retragere a certificatului de atestare a dreptului de exploatare a masei lemnoase...................................................................................** | **88** |
| **3.** | **Excepţia lipsei de interes în promovarea unei plângeri împotriva deciziei Consiliului Naţional de Soluţionarea Contestaţiilor în situaţia în care oferta petentei nu se mai află în perioada de valabilitate...................................................** | **93** |
| **4.** | **Efectele anulării dispoziţiilor cuprinse în Ordinul OMADR nr. 2425/2015 asupra valabilităţii procesului-verbal de constatare a neregulilor.......................** | **108** |
| **5.** | **Comunicarea informaţiilor de interes public în temeiul Legii nr. 544/2001 în situaţia unor cereri complexe ...................................................................................** | **112** |
| **6.** | **Inadmisibilitate. Acţiune promovată în temeiul Legii contenciosului administrativ, având ca obiect obligarea la încadrare cu contract individual de muncă. ........................................................................................................................** | **117** |
| **7.** | **Acordarea dreptului de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecţie/activităţi de investigare socială prevăzut de art. 8 din OUG nr. 82/2016, în limita fondurilor bugetare...............................................................** | **119** |
| **8.** | **Încetarea de drept a mandatului de consilier local în cazul pierderii calităţii de membru al partidului politic sau al organizaţiei minorităţilor naţionale pe a cărei listă a fost ales. .................................................................................................** | **123** |
| **9.** | **Obligaţia de plată a dobânzii penalizatoare în temeiul art. 8 din Legea nr. 72/2013** **privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi cntractante, în situaţia în care nu a fost prevăzută o clauză în acest sens în cuprinsul contractului încheiat de părţi.......** | **128** |
| **10.** | **Ajustare TVA. Realitatea operaţiunii. Art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal. ................................................................................................** | **134** |

**Secţia penală şi pentru cauze cu minori**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **1.** | **Principiul neagravării situaţiei juridice în propria cale de atac. Interpretare. Obiectul cauzei – art. 6 Cod penal ...........................................................................** | **149** |
| **2.** | **Recunoaşterea pe cale incidentală a unei hotărâri judecătoreşti străine în cadrul unei cereri de reabilitate. Soluţii ................................................................** | **175** |
| **3.** | **Contestaţia în anulare întemeiată pe** **dispoziţiile** **art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală. Competenţa materială ..............................................................** | **183** |
| **4.** | **Infracţiunea de tăiere fără drept de arbori. Condiţii prevăzute de Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru existenţa elementului material al laturii obiective a infracţiunii ...................................................................................** | **186** |

**SECŢIA I CIVILĂ**

**1. Termenul de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii conform art. 405 alin. (1) teza I C.proc.civ. 1865.**

**Stingerea ipotecii pe cale accesorie ca urmare a stingerii obligaţiei principale conform art. 1800 alin. (1) pct. 1 C.civil 1864.**

**Termenul de 15 ani reglementat de art. 1786 din Vechiul Cod civil este un termen de conservare a efectelor inscripţiei ipotecare şi nu un termen de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii.**

***Rezumat***:

*Termenul de prescripţie a dreptului de ipotecă rezultând din contractul de împrumut încheiat la data de 25.05.2006 este reglementat de dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza I din Codul de procedură civilă de la 1865, şi nu de dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza a II-a din acelaşi act normativ. Dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza a II-a de la 1865 au caracterul unor dispoziţii speciale, derogatorii de la norma generală cuprinsă în art. 405 alin. I teza I, astfel că sunt de strictă interpretare, referindu-se în mod clar doar la titlurile obţinute în urma exercitării unei acţiuni civile având ca obiect valorificarea unui drept real asupra unui imobil.*

*Prescripţia dreptului de a cere executarea silită a obligaţiei principale nu stinge obligaţia. Însă, în contextul în care a intervenit prescripţia dreptului de a cere executarea silită a obligaţiei principale, dreptul de ipotecă, care a fost instituit tocmai pentru garantarea executării acestei obligaţii, nu mai poate fi pus în executare, regimul juridic al dreptului de ipotecă în reglementarea Vechiului Cod civil, neputând fi disociat de regimul dreptului personal de creanţă căruia îi este ataşat. Dreptul de ipotecă conferă creditorului dreptul de a urmări bunul în mâinile oricui s-ar afla pentru satisfacerea creanţei sale. Însă, în contextul în care nu mai poate obţine executarea silită a creanţei, este evident că nu mai poate urmări silit nici bunul care avea menirea de a garanta această executare.*

*Termenul de 15 ani reglementat de art. 1786 Cod civil nu este un termen de prescripţie pentru executarea silită a contractului de ipotecă, ci este termenul de conservare a efectelor înscrierii iniţiale a ipotecii. Dacă înscrierea nu este reînnoită înainte de expirarea termenului de 15 ani, aceasta se perimă, ceea ce însemna că îşi pierde efectul de opozabilitate faţă de terţi şi rangul de preferinţă, dar nu are niciun efect în privinţa prescripţiei dreptului de a cere executarea silită*.

(Decizia nr. 79 din 8 aprilie 2021, dosar nr. 2924/314/2019)

**Hotărârea:**

Prin acţiunea civilă înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava sub nr. .../314/2019 din data de 20.03.2019, reclamanţii A. şi B. au solicitat în contradictoriu cu pârâtul C., ca prin hotărârea ce se va pronunţa să se constate intervenită prescripţia dreptului de a cere executarea silită, precum şi a dreptului material la acţiune privind restituirea sumei de 16.000 lei, fără dobândă, cu titlu de împrumut şi a penalităţilor aferente, conform contractului de împrumut garantat cu ipotecă autentificat sub nr. ... din 25.05.2006 la Biroul Notarului Public ...; să se dispună radierea ipotecii înscrisă în favoarea pârâtului prin încheierea nr. 8313/31.05.2006 asupra imobilului proprietatea reclamanţilor, constând în suprafaţa de 1242 m.p. teren curţi construcţii, împreună cu construcţia C1 - casă şi şură cu grajd - C2, situate în intravilanul comunei D., identic cu parcela nr. 1 CC a corpului de proprietate nr. 416 înscrisă în C.F. nr. 31002 a comunei cadastrale D. (nr. vechi 201), sub nr. CAD:416, 416-C1, 416-C2.

**Prin sentința civilă nr**. **5762/23.12.2019, Judecătoria Suceava a** admis în parte cererea privind pe reclamanţii A. şi B. şi pe pârâtul C.; a constatat ca fiind prescris dreptul de a cere executarea silită a contractului de împrumut autentificat sub nr. ../2006 de B.N.P. .. şi a dispus radierea ipotecii înscrisă în favoarea pârâtului în CF nr. 31002 D. (nr. vechi CF 201) pentru imobilul în suprafaţă de 1242 m.p. teren curţi construcţii împreună cu construcţia CI casă şi şura cu grajd C2 situate în intravilanul comunei D.; a respins în rest cererea ca nefondată.

**Împotriva acestei sentințe pârâtul a formulat apel*,*** solicitând admiterea acestuia, anularea sau, după caz, schimbarea hotărârii atacate, iar în subsidiar, casarea în totalitate şi trimiterea spre rejudecare la prima instanţă.

**Prin decizia civilă nr. 1183 din 20 noiembrie 2020, Tribunalul Suceava** a admis apelul formulat de pârât; a schimbat în parte sentinţa civilă nr. 5762/23.12.2019 a Judecătoriei Suceava, în sensul că a respins ca nefondată acţiunea, având ca obiect constatarea prescrierii dreptului la acţiunea ipotecară + radiere ipotecă; a menţinut celelalte dispoziţii ale sentinţei care nu sunt contrare prezentei.

**Împotriva acestei decizii au declarat recurs reclamanţii,** în motivarea căruia au arătat următoarele:

Decizia recurată a fost dată cu aplicarea greşită a legii şi cu încălcarea regulilor de procedură a căror nerespectare atrage sancţiunea nulităţii, în cauză fiind incidente motivele de casare prevăzute de art. 488 pct. 5 şi 8 cod procedură civilă.

Instanţa de apel a interpretat şi aplicat greşit dispoziţiile art. 405 cod procedură civilă anterior, reţinând fără temei că dreptul de a cere executarea silită a ipotecii instituite în favoarea pârâtului prin contractul autentificat sub nr. 2498/2006 este supus prescripţiei extinctive în termenul de 10 ani prevăzut de art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior, iar nu în termenul de 3 ani prevăzut de art. 405 alin. 1 teza întâi din acelaşi act normativ.

Dezlegarea instanţei de apel cu privire la durata termenului de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii a fost argumentată prin prisma faptului că în cazul dreptului de ipotecă nu ar fi aplicabilă regula accesorium sequitur principale (prin prisma căreia termenul de prescripţie extinctivă a dreptului de a cere executarea silită a contractului de împrumut ar fi aplicabil şi contractului accesoriu de ipotecă), regulă care, în opinia tribunalului ar fi înlăturată de caracterul special al reglementării cuprinse în art. 405 Cod procedură civilă anterior şi de principiul specialia generalibus derrogant dar şi prin prisma faptului că sintagma "titluri emise în materia acţiunilor reale imobiliare" din cuprinsul art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior ar viza orice titlu în materie imobiliară, iar nu numai hotărârile pronunţate în materia acţiunilor reale imobiliare.

Aceste statuări sunt nelegale, fiind consecinţa greşitei interpretări a dispoziţiilor art. 405 Cod procedură civilă anterior.

Astfel, potrivit reglementării exprese din cuprinsul textului de lege sus menţionat, termenul de prescripţie de 10 ani este aplicabil în cazul "titlurilor emise în materia acţiunilor reale imobiliare".

Dacă instanţa de apel a reţinut că norma sus menţionată este o normă specială, derogatorie, care instituie o excepţie de la regulile generale privind prescripţia extinctivă consacrate, la momentul naşterii dreptului de a cere executarea silită, de Decretul nr. 167/1958, atunci instanţa trebuia să facă şi aplicarea principiului de drept excepţia est strictissimae interpretationis (excepţia este de strictă interpretare), principiu consacrat expres de art. 10 cod civil, potrivit căruia legile care derogă de la o dispoziţie generală se aplică numai în cazurile expres şi limitativ prevăzute de lege. În temeiul principiului sus menţionat, legea specială (în speţă art. 405 alin. 1 cod procedură civilă anterior) este de strictă interpretare, nu este susceptibilă de extrapolare şi nu poate fi aplicată prin analogie, ceea ce înseamnă că dispoziţia de excepţie, derogatorie nu poate fi aplicată altor ipoteze decât cele expres prevăzute în cuprinsul său.

Modul în care instanţa de apel a interpretat dispoziţia cuprinsă în art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior nesocoteşte în mod evident principiul potrivit căruia excepţiile sunt de strictă interpretare în condiţiile în care, deşi a evocat caracterul de excepţie, derogatoriu al acestei dispoziţii, tribunalul a extins sfera ei de aplicare de la "titlurile emise în materia acţiunilor reale imobiliare" la orice titlu în materie imobiliară, cu motivarea că nu trebuie să se facă distincţie între cele două categorii de titluri din moment ce ele au aceeaşi finalitate. în mod evident însă, această motivare este nelegală întrucât interdicţia aplicării legii speciale prin analogie este una absolută şi nu poate fi înlăturată pe considerente de ordin teleologic (care vizează scopul reglementării respective).

Noţiunea de "titluri emise în materia acţiunilor reale imobiliare" din cuprinsul art. 405 alin. 1 teza a doua Cod procedură civilă anterior se referă în mod neîndoielnic la acele titluri/hotărâri judecătoreşti prin care au fost soluţionate acţiuni având ca finalitate valorificarea unui drept real sau apărarea posesiei unui bun, cum sunt cererea în revendicare (prin care se află dreptul de proprietate), cererea confesorie (prin care se apără un dezmembrământ al dreptului de proprietate), cererea prin care se apără un drept real accesoriu, în această noţiune neputând fi incluse titlurile în materie imobiliară de natura contractelor autentice din moment ce asemenea titluri nu pot fi asociate în mod necesar unor acţiuni reale imobiliare, ele fiind susceptibile de executare silită fără ca titularul dreptului real să fie nevoit să se adreseze în prealabil instanţei de judecată pentru recunoaşterea/ valorificarea acelui drept.

Relevantă din perspectiva sferei de aplicare a reglementării cuprinse în art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior este şi împrejurarea că noua reglementare din cuprinsul art. 706 alin. 1 din Legea nr. 134/2010 privind noul cod de procedură civilă nu mai preia noţiunea de "titlu emis în materia acţiunilor reale imobiliare", ci se referă la "titluri emise în materia drepturilor reale", această nouă reglementare care nu este însă aplicabilă în cauză, justificând, într-adevăr, aplicarea termenului de prescripţie de 10 ani tuturor titlurilor ce consfinţesc drepturi reale, indiferent dacă ele sunt materializate prin hotărâri judecătoreşti de soluţionare a unor acţiuni reale, prin contracte autentice sau prin alte tipuri de titluri executorii.

Pe de altă parte, fără nici o justificare a reţinut tribunalul că nu ar exista o deosebire reală, ci doar una aparentă între norma cuprinsă în art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior şi cea cuprinsă în art. 706 alin. l din noul cod de procedură civilă. Contrar acestei aprecieri, distincţia dintre cele două norme este una clară şi reală şi rezultă din folosirea unor sintagme ce definesc domenii de aplicare diferite ("titluri în materia acţiunilor reale imobiliare" şi "titluri în materia drepturilor reale"), iar această distincţie evidenţiază o schimbare a concepţiei legislative în sensul extinderii domeniului de aplicare a termenului de prescripţie de 10 ani la toate titlurile care consfinţesc drepturi reale, indiferent dacă ele au fost obţinute prin soluţionarea unor acţiuni reale sau sunt materializate prin acte autentice ori prin alte înscrisuri cu caracter executoriu şi indiferent dacă este vorba despre drepturi reale mobiliare sau imobiliare (aceasta în contextul în care reglementarea anterioară se referea strict la domeniul acţiunilor reale imobiliare).

Prin urmare, nu există nici un temei pentru a se reţine că dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza a doua din codul de procedură civilă anterior ar fi aplicabile tuturor titlurilor emise în materia drepturilor reale imobiliare, iar nu doar celor emise în materia acţiunilor reale imobiliare, aşa cum prevede expres norma în discuţie, concluzia contrară a instanţei de apel fiind consecinţa extinderii nejustificate, printr-o analogie interzisă expres de dispoziţiile art. 10 cod civil, a sferei de aplicare a textului de lege sus menţionat.

Pe cale de consecinţă, având în vedere faptul că actul juridic prin care a fost instituită ipoteca în favoarea pârâtului nu face parte din categoria "titlurilor emise în materia acţiunilor reale imobiliare", faptul că ipoteca are caracter accesoriu în raport de creanţa principală pentru garantarea căreia a fost instituită, precum şi principiul "accesorium sequitur principale", se impunea a se reţine că dreptul de a cere executarea silită atât în privinţa obligaţiei principale de restituire a împrumutului, cât şi în privinţa ipotecii accesorii este supus prescripţiei extinctive în termenul de 3 ani prevăzut de art. 405 alin. 1 teza întâi cod procedură civilă anterior şi că, în raport de data scadenţei înscrisă în contractul autentificat sub nr. 2498/2006 (respectiv 30 septembrie 2006), acest termen s-a împlinit la data de 30 septembrie 2009.

În subsidiar, chiar dacă ar fi corectă statuarea instanţei de apel privind incidenţa termenului de prescripţie de 10 ani în privinţa dreptului de a cere executarea silită a ipotecii, în mod greşit a refuzat tribunalul să soluţioneze pretenţia având ca obiect constatarea prescripţiei dreptului de a cere executarea silită din perspectiva acestui termen, cu motivarea că atât acţiunea introductivă, cât şi analiza primei instanţe s-au raportat doar la termenul de prescripţie de 3 ani, că în apel nu pot fi invocate alte motive decât cele care au fost arătate în faţa primei instanţe, în motivarea apelului şi în întâmpinare şi nici nu se poate schimba cauza cererii de chemare în judecată şi că analizarea cauzei în apel din perspectiva termenului de 10 ani ar surprinde în mod nepermis adversarul şi ar conduce la încălcarea dreptului său la apărare.

Din perspectiva acestei critici, esenţial este faptul că, în mod necontestat, termenul de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită a început să curgă, atât în ceea ce priveşte creanţa principală, cât şi în ceea ce priveşte garanţia accesorie (ipoteca), la data de 30 septembrie 2006 (data scadenţei obligaţiei de restituire), sub imperiul codului de procedură civilă anterior şi că, potrivit art. 201 din Legea nr. 71/2011, regimul juridic al prescripţiei este supus dispoziţiilor legale sub imperiul cărora prescripţia a început să curgă, respectiv dispoziţiilor art. 405 şi urm. cod procedură civilă anterior şi ale Decretului nr. 167/1958.

Dispoziţiile art. 405 - art.405 ind. 3 cod procedură civilă anterior reglementează doar durata termenelor de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită, respectiv cauzele de suspendare, întrerupere şi repunere în termen pentru o astfel de prescripţie, fără a reglementa şi regimul juridic al prescripţiei din perspectiva modului în care poate fi invocată şi a subiecţilor procesuali care o pot invoca, aşa încât, sub acest din urmă aspect, dispoziţiile codului de procedură civilă anterior se completează cu dispoziţiile de drept comun în vigoare la data la care a început să curgă prescripţia în cauzat de faţă, respectiv cu prevederile Decretului nr. 167/1958.

În conformitate cu art. 18 din Decretul nr. 167/1958, instanţa judecătorească şi organul arbitral sunt obligate ca, din oficiu, să cerceteze dacă dreptul la acţiune sau la executarea silită este prescris. În raport de această reglementare, prescripţia reglementată de art. 405 cod procedură civilă anterior şi de Decretul nr. 167/1958 este de ordine publică, ea putând fi invocată atât de părţi, cât şi de instanţă, care are obligaţia de a examina această chestiune din oficiu, în orice stadiu al pricinii, aceasta mai ales că, potrivit art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă, motivele de ordine publică pot fi invocate şi din oficiu în apel.

Pe de altă parte, potrivit art. 22 alin. 2 şi 4 cod procedură civilă, cu privire la situaţia de fapt şi motivarea în drept pe care părţile o invocă, judecătorul este în drept să ceară explicaţii, să pună în dezbaterea părţilor orice împrejurări de fapt sau de drept, chiar dacă nu sunt menţionate în cerere sau întâmpinare, el fiind cel care dă sau restabileşte calificarea juridică a faptelor, chiar dacă părţile le-au dat o altă denumire.

Faţă de faptul că cererea introductivă a fost motivată în drept pe dispoziţiile art. 405 cod procedură civilă anterior, fără a se face referire expresă la art. 405 alin. 1 teza întâi, care a fost evocat doar în cadrul motivării în fapt, faţă de caracterul imperativ, de ordine publică, al normelor ce guvernează regimul prescripţiei extinctive incidente în cauză, dar şi faţă de dispoziţiile art. 18 din Decretul nr. 167/1958, art. 22 alin. 2 şi art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă, instanţa de apel avea obligaţia să pună în discuţie, din oficiu, natura termenului de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită aplicabil în speţă, respectiv durata acestuia (3 ani sau 10 ani), să stabilească dacă sunt incidente dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza întâi sau cele ale art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior, iar apoi să analizeze cauza pe fond din perspectiva calificării juridice pe care a înţeles să o dea termenului de prescripţie aplicabil.

Dispoziţiile art. 478 cod procedură civilă nu erau de natură a înlătura obligaţia instanţei de apel de a proceda în acest mod din moment ce textul art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă consacră o excepţie de la principiul "tantum devolutum quantum judicatum", permiţând instanţei de apel să invoce din oficiu motivele de ordine publică, cum sunt şi cele referitoare la prescripţia reglementată de art. 405 şi urm. cod procedură civilă anterior, iar dreptul la apărare al părţilor este respectat într-o astfel de ipoteză prin punerea în discuţia lor contradictorie a calificării juridice corecte a duratei termenului de prescripţie şi prin acordarea posibilităţii de a-şi exprima punctul de vedere cu privire la această chestiune.

În raport de toate aceste argumente, instanţa de apel trebuia să pună în discuţia părţilor corecta calificare a termenului de prescripţie a dreptului de a cere executarea silită aplicabil în cauză (ca fiind de 3 ani sau de 10 ani), iar apoi, în măsura în care a apreciat că termenul incident este de 10 ani, să analizeze în substanţa sa pretenţia dedusă judecăţii din perspectiva acestui termen şi să constate că, în raport de data scadenţei, el s-a împlinit la 30 septembrie 2016, substituind în mod corespunzător motivarea soluţiei de admitere a acţiunii sub aspectul prescripţiei dreptului de a cere executarea silită.

Neprocedând în acest mod, instanţa de apel a încălcat dispoziţiile imperative, de ordine publică ale art. 18 din Decretul nr. 167/1958, art. 22 alin. 2 şi art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă, iar această încălcare este sancţionată cu nulitatea potrivit art. 174 alin. 2 rap. la art. 176 pct. 6 cod procedură civilă, fapt ce atrage incidenţa motivului de casare prev. de art. 488 pct. 5 cod procedură civilă.

În mod nelegal a reţinut instanţa de apel că ipoteca instituită prin actul juridic dedus judecăţii nu s-a stins în condiţiile art. 1800 pct. 1 Cod civil anterior, această concluzie fiind greşit argumentată prin prisma dispoziţiilor art. 1 şi art. 20 din Decretul nr. 167/1958, din care tribunalul a dedus că prescripţia extinctivă nu stinge dreptul subiectiv de creanţă al creditorului şi obligaţia corelativă, ci doar dreptul la acţiune în sens material.

Contrar statuării sus menţionate, potrivit art. 1800 pct. 1 cod civil anterior, care sunt aplicabile actului juridic accesoriu de instituire a ipotecii în raport de disp. art. 102 din Legea nr. 71/2011, ipotecile se sting prin stingerea obligaţiei principale, iar potrivit art. 1091 din acelaşi cod, care sunt aplicabile în speţă tot prin prisma art. 102 din Legea nr. 71/2011, obligaţiile se sting prin plată, prin novaţiune, prin remitere voluntară, prin compensaţie, prin confuziune, prin pierderea lucrului, prin anulare sau resciziune, prin efectul condiţiei rezolutorii şi prin prescripţie.

Prin urmare, textul art. 1091 teza finală cod civil anterior consacră în mod explicit stingerea obligaţiei prin prescripţie, iar în raport de faptul că art. 1800 alin. 1 pct. 1 cod civil anterior vorbeşte despre "stingerea obligaţiei principale" în cauză interesează dispoziţiile legale care reglementează stingerea obligaţiilor (art. 1091 cod civil anterior), iar nu cele care reglementează stingerea dreptului la acţiune în sens material (Decretul nr. 167/1958), la care în mod greşit s-a raportat instanţa de apel pentru a verifica dacă obligaţia principală corelativă dreptului de creanţă garantat cu ipotecă s-a stins sau nu.

De menţionat este faptul că dispoziţiile art. 1091 cod civil nu au fost abrogate prin Decretul nr. 167/1958 întrucât, în conformitate cu disp. art. 26 din acest act normativ, la data intrării sale în vigoare au fost abrogate orice dispoziţii legale contrare, cu excepţia celor care stabileau termene de prescripţie mai scurte. Cum însă Decretul nr. 167/1958 nu cuprinde dispoziţii exprese decât în ceea ce priveşte stingerea dreptului material la acţiune, nu şi în ceea ce priveşte materia reglementată de art. 1091 cod civil anterior (stingerea obligaţiilor), acest din urmă text nu poate fi considerat abrogat prin efectul art. 26 din Decretul nr. 167/1958.

De altfel, chiar şi în raport de reglementarea Decretului nr. 167/1958, doctrina juridică a statuat că în cazul în care prescripţia operează de drept , precum şi atunci când beneficiarul prescripţiei împlinite opune, pe cale de acţiune sau excepţie, prescripţia câştigată, obligaţia ce rezultă din actul/faptul juridic este stinsă, dar între părţi se naşte un raport juridic natural, lipsit de sancţiunea dreptului la acţiune şi, evident, şi de accesoriile obligaţiei perfecte care s-a stins prin prescripţie (Marian Nicolae - Prescripţia extinctivă - pag. 585).

Prin prisma argumentelor expuse anterior, precum şi prin prisma faptului că, în mod necontestat, în privinţa obligaţiei principale de restituire a împrumutului termenul de prescripţie de 3 ani s-a împlinit la data de 30 septembrie 2009 (aspect neinfirmat de instanţa de apel), se impunea a se reţine că, în conformitate cu disp. 1091 teza finală cod civil anterior, această obligaţie principală s-a stins, iar în conformitate cu disp. art. 1800 pct. 1 din acelaşi cod stingerea obligaţiei principale atrage şi stingerea ipotecii accesorii.

În ceea ce priveşte caracterul accesoriu al dreptului de ipotecă în raport cu dreptul subiectiv de creanţă principal, acesta este incontestabil reglementat de dispoziţiile codului civil anterior care, spre deosebire de noul cod civil, nu cuprindea dispoziţii derogatorii care să reglementeze supravieţuirea dreptului de ipotecă după stingerea prin prescripţie a dreptului principal şi nici posibilitatea transmiterii dreptului de ipotecă separat de creanţa principală, ci, dimpotrivă, prevedea în mod expres că ipoteca nu poate supravieţui stingerii obligaţiei principale (art. 1800 pct. 1 cod civil anterior).

În mod greşit a reţinut tribunalul că noua reglementare a codului civil referitoare la contractul de ipotecă - care nuanţează accesorialitatea ipotecii faţă de actul juridic principal şi stabileşte expres că prescripţia dreptului la acţiune privind creanţa principală nu atrage şi stingerea dreptului de ipotecă- ar reflecta o simplă clarificare a problemelor de interpretare din legislaţia anterioară în legătură cu termenul în care poate fi exercitat dreptul de ipotecă pentru că în realitate această nouă reglementare consacră o schimbare a concepţiei legislative anterioare cu privire la relaţia de accesorialitate dintre creanţa principală şi dreptul de ipotecă.

Această concluzie este confirmată chiar de considerentele deciziei nr. 60/2017 a ÎCCJ - completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin care se reţine expressis verbis că "noua reglementare aduce mutaţii considerabile în ceea ce priveşte accesorialitatea ipotecii" (paragraful 97 din decizie).

Aşa fiind, dispoziţiile noului cod civil, care nu sunt aplicabile în speţă, nu pot constitui argumente de natură să înlăture concluzia caracterului accesoriu al ipotecii faţă de creanţa principală, care era reglementat de codul civil anterior, astfel că nu există nici un temei pentru înlăturarea susţinerilor privind stingerea ipotecii ca efect al stingerii obligaţiei principale prin prescripţie.

De altfel, în sensul celor arătate s-a pronunţat recent şi ÎCCJ prin decizia nr. 59 din 16 ianuarie 2020, prin care a fost confirmată soluţia de radiere a unei ipoteci ca efect al prescripţiei creanţei principale, în considerentele acestei decizii reţinându-se că prin încetarea efectelor contractului de ipotecă, consecinţă a imposibilităţii executării sale silite ca efect al prescripţiei, a încetat şi temeiul menţinerii acestui drept în cartea funciară şi că, drept consecinţă a prescripţiei dreptului de a cere executarea silită a contractului de ipotecă în termenul de 3 ani aplicabil în speţă, nu se mai justifică menţinerea înscrierii din cartea funciară referitoare la ipotecă întrucât scopul instituirii ipotecii a fost acela de a garanta executarea silită a obligaţiei pe care o vizează, iar în condiţiile în care nici contractul de împrumut, nici cel de ipotecă nu mai pot fi executate silit soluţia de radiere a ipotecii este justificată.

În aceste condiţii, faţă de faptul că, în mod incontestabil, obligaţia principală s-a stins prin prescripţie în temeiul art. 1091 cod civil anterior, iar ipoteca, la rândul ei, s-a stins prin efectul disp. art. 1800 pct. 1 din acelaşi cod, soluţia de respingere a capătului de cerere având ca obiect radierea ipotecii este vădit nelegală.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 488 pct. 5, 8, art. 498 cod procedură civilă, solicită admiterea recursului, casarea deciziei recurată şi, în rejudecare, respingerea apelului ca nefondat.

În temeiul art. 453 cod procedură civilă, solicită şi obligarea intimatului la plata cheltuielilor de judecată din apel şi recurs.

În drept, au invocat disp. art. 483 şi urm., art. 488 pct. 5, 8, art. 498 cod procedură civilă, art. 405 alin. 1 cod procedură civilă anterior, art. 10 cod civil, art. 18 şi 26 din Decretul nr. 167/1958, art. 22 alin. 2 şi art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă, art. 1800 alin. 1 pct. 1 rap. la art. 1091 cod civil anterior, art. 102 din Legea nr. 71/2011, art. 453 cod procedură civilă.

Prin întâmpinare, intimatul a solicitat respingerea recursului ca nefondat. În susţinerea poziţiei sale procesuale intimatul arată că interpretarea trunchiată a art. 405 alin. 1 teza a II a Cod procedură civilă 1864 nu poate conduce la concluzia că termenul de prescripţie a executării silite este de 10 ani şi nu de 3 ani, pentru că art. 405 alin. 1 lit. c şi d reglementează suspendarea cursului prescripţiei, iar pârâtul intimat deţine dovada inscripţiei ipotecare aşa cum rezultă din contractul de împrumut autentificat sub nr. ./25.05.2006 de Notarul Public .., înregistrat la aceeaşi dată la OCPI, Biroul de Carte Funciară. Or, inscripţiile ipotecare conservă dreptul 15 ani din ziua în care s-au făcut inscripţiile. Mai invocă intimatul dispoziţiile art. 2429, 2432, 2435 -2477, 2431 şi 2504 Noul Cod civil, 83 – 86 şi 632 Noul Cod de procedură civilă şi decizia nr. 60/2017 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie. În privinţa radierii ipotecii invocă dispoziţiile art. 1788 Cod civil de la 1864.

Analizând recursul sub aspectul motivelor invocate, Curtea reţine următoarele:

Conform definiţiei cuprinse în art. 1746 din Vechiul Cod civil: „ Ipoteca este un drept real asupra imobilelor afectate la plata unei obligaţii.”

Ipoteca este un drept real accesoriu, aceasta însoţind obligaţia pe care o are debitorul faţă de creditor, a cărui soartă o împărtăşeşte integral.

Ca şi moduri de stingere a obligaţiei, ipoteca poate fi stinsă fie pe cale principală (renunţarea creditorului la ipotecă, purga, prescripţia, anularea actului constitutiv al ipotecii, rezoluţiunea dreptului de proprietate al constitutorului, pieirea imobilului sau exproprierea imobilului), fie pe cale accesorie, ca urmare a stingerii raportului de obligaţie principal.

Instanţa de apel a analizat atât stingerea obligaţiei pe cale principală, ca urmare a prescripţiei, cât şi stingerea ipotecii pe cale accesorie.

Analizând criticile recurenţilor referitor la stingerea ipotecii pe cale principală, Curtea reţine că, termenul de prescripţie a dreptului de ipotecă rezultând din contractul de împrumut autentificat sub nr... din 25.05.2006 de Biroul Notarului Public .. este reglementat de dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza I din Codul de procedură civilă de la 1865, astfel cum erau în vigoare la data încheierii contractului şi care prevăd că: „ Dreptul de a cere executarea silită se prescrie în termen de 3 ani, dacă legea nu prevede altfel”.

Curtea apreciază că în mod greşit s-a reţinut de către instanţa de apel că în privinţa prescripţiei dreptului de a cere executarea silită a ipotecii sunt incidente dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza a II a din acelaşi act normativ. Şi aceasta, întrucât dispoziţiile tezei a II a se referă la titlurile emise în materia acţiunilor reale imobiliare şi nu orice titlu care atestă un drept real imobiliar. Dispoziţiile art. 405 alin. 1 teza a II a sunt lipsite de echivoc şi se referă la titlul obţinut în urma exercitării unei acţiuni civile având ca obiect valorificarea unui drept real asupra unui imobil. Fiind dispoziţii speciale, derogatorii de la norma generală statuată în art. 405 alin. 1 teza I, acestea sunt de strictă interpretare şi nu permit extinderea la alte situaţii decât cele reglementate, fie şi pe considerentul(reţinut de instanţa de apel) că în caz contrar s-ar crea o situaţie de discriminare între cei care deja beneficiază de un titlu în materie reală(cazul creditorului garantat cu ipotecă imobiliară) şi cei care, pentru a-şi valorifica dreptul real de garanţie sunt nevoiţi să introducă acţiuni reale. Prin deciziile nr. 818, 819, 820, 821 din 3 iulie 2008 Curtea Constituţională în mod repetat a stabilit că prevederile art. 1,2 alin. 1-3 din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea şi sancţionarea tuturor formelor de discriminare sunt neconstituţionale, în măsura în care din acestea se desprinde înţelesul că instanţele judecătoreşti au competenţa să anuleze ori să refuze aplicarea unor acte normative cu putere de lege, considerând că sunt discriminatorii şi să le înlocuiască cu norme create pe cale judiciară sau cu prevederi cuprinse în alte acte normative.

Prin urmare, cum în speţă ipoteca a fost instituită prin contractul autentificat sub nr. .. din 25.05.2006 de Biroul Notarului Public .. şi nu printr-un titlu emis într-o acţiune reală imobiliară, termenul de prescripţie a executării silite este termenul general de 3 ani, reglementat de art. 405 alin. 1 teza I Cod procedură civilă şi nu termenul special de 10 ani reglementat de art. 405 alin. 1 teza a II a din acelaşi act normativ, fiind întemeiat astfel motivul de recurs prevăzut de art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă.

Nu pot fi primite susţinerile pârâtului intimat în sensul că nu ar fi îndeplinită prescripţia ipotecii faţă de dispoziţiile art. 1786 din Vechiul Cod civil, care prevede că inscripţia ipotecară conservă dreptul timp de 15 ani, având în vedere că în privinţa ipotecii constituite prin contractul de credit autentificat sub nr. 2498 din 25.05.2006 nu s-a procedat la efectuarea inscripţiei ipotecare în conformitate cu dispoziţiile art. 1786 Cod civil, ci s-a procedat la înscrierea ipotecii în cartea funciară nedefinitivă în conformitate cu dispoziţiile Legii nr. 7/1996, efectele înscrierii în cartea funciară fiind cele reglementate de acest act normativ. În plus, inscripţia ipotecară, astfel cum era reglementată de Vechiul Cod civil, era o formă de publicitate imobiliară prin care se realiza evidenţa sarcinilor reale, publicitatea ipotecilor şi privilegiilor imobiliare, opozabilitatea faţă de terţi a acestora, determinarea rangului, adică a gradului de preferinţă între creditorii privilegiaţi şi ipotecari. Lipsa înscrierii atrăgea inopozabilitatea, adică ineficacitatea dreptului real dobândit faţă de terţi. Termenul de 15 ani reglementat de art. 1786 Cod civil nu era un termen de prescripţie pentru executarea silită a contractului de ipotecă, ci era termenul în care erau conservate efectele înscrierii iniţiale. Dacă înscrierea nu era reînnoită înainte de expirarea termenului de 15 ani, aceasta se perima, ceea ce însemna că îşi pierdea efectul de opozabilitate faţă de terţi şi rangul de preferinţă, dar nu avea nici un efect în privinţa prescripţiei dreptului de a cere executarea silită.

Cât priveşte stingerea ipotecii pe cale accesorie, Curtea reţine că, în conformitate cu dispoziţiile art. 1800 alin. 1 pct. 1 din Vechiul Cod civil, ipotecile se sting prin stingerea obligaţiei principale. Este real că art. 1091 din Vechiul Cod civil enumeră printre modurile de stingere a obligaţiilor şi prescripţia. În sistemul Codului civil de la 1864, pe temeiul dispozițiilor art. 1091 și art. 1837, prescripțiunea liberatorie reprezenta, într-adevăr, un caz de stingere a obligației și, implicit, a dreptului subiectiv civil corelativ. Odată cu adoptarea Decretului nr. 167/1958, regimul juridic al prescripției extinctive a suferit o modificare substanțială, stabilindu-se că, prin prescripție, nu se stinge însuși dreptul subiectiv civil, ci doar dreptul (material) la acțiune prin care se valorifică dreptul subiectiv civil (art. 1 alin. 1), consecința fiind aceea că, chiar dacă obligația a fost executată voluntar după împlinirea termenului de prescripție, plata este considerată justificată, iar nu o plată nedatorată (art. 20), ceea ce se admisese și sub imperiul Codului civil de la 1864, în doctrina și jurisprudența aferente acestuia, însă numai din rațiuni de echitate, căci textele de lege din vechiul Cod civil nu conțineau expres această soluție. Prin urmare, este real că prescripţia dreptului de a cere executarea silită a obligaţiei principale nu stinge obligaţia. Însă, în contextul în care a intervenit prescripţia dreptului de a cere executarea silită a obligaţiei principale, dreptul de ipotecă, care a fost instituit tocmai pentru garantarea executării acestei obligaţii, nu mai poate fi pus în executare, regimul juridic al dreptului de ipotecă în reglementarea Vechiului Cod civil, neputând fi disociat de regimul dreptului personal de creanţă căruia îi este ataşat. Dreptul de ipotecă conferă creditorului dreptul de a urmări bunul în mâinile oricui s-ar afla pentru satisfacerea creanţei sale. Însă, în contextul în care nu mai poate obţine executarea silită a creanţei, este evident că nu mai poate urmări silit nici bunul care avea menirea de a garanta această executare.

Or, odată încetate efectele contractului de ipotecă consecinţă a imposibilităţii executării sale silite, se impunea şi radierea înscrierii acestuia în cartea funciară în conformitate cu dispoziţiile art. 33 alin. 4 şi 34 pct. 3 Cod procedură civilă, nefiind incidente dispoziţiile art. 1788 Cod civil de la 1864 invocate de intimat, considerentele fiind identice cu cele expuse în privinţa art. 1786 din Vechiul Cod civil.

Faţă de cele reţinute Curtea constată că motivele de apel ale pârâtului au fost admise de instanţa de apel cu aplicarea greşită a dispoziţiilor art. 405 alin. 1 teza a II a din Codul de procedură civilă şi a art. 1880 alin. 1 pct. 1 şi 4 din Vechiul Cod civil, astfel încât este întemeiat motivul de recurs prevăzut de art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă.

Ca urmare, în temeiul art. 496 alin. 2 din Codul de procedură civilă, Curtea va admite recursul şi va casa decizia civilă nr. 1183 din 20.11.2020 a Tribunalului Suceava în sensul că va respinge apelul ca nefondat.

Curtea reţine că nu se mai impune a fi analizat motivul de la pct. 2 din memoriul de recurs, fiind formulat în subsidiar faţă de motivul de recurs de la pct. 1 care a fost găsit întemeiat.

De asemenea, Curtea va înlătura apărările intimatului din întâmpinare care vizează incidenţa în speţă a dispoziţiilor Noului Cod civil şi a deciziei nr. 60/2017 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, având în vedere că raportul juridic dedus judecăţii a luat naştere la data de 25 mai 2006 (data încheierii contractului de credit cu garanţie imobiliară), respectiv data de 31.05.2006 (data înscrierii ipotecii în cartea funciară), fiind supus dispoziţiilor Vechiului Cod civil, aşa cum impun dispoziţiile art. 102 alin. 1 şi 103 din Legea nr. 71/2011.

În temeiul art. 453 alin. 1 din Codul de procedură civilă, Curtea va obliga intimatul să plătească recurentei A. cheltuieli de judecată din recurs constând în onorariu avocat ..şi ½ din taxa judiciară de timbru aferentă recursului, iar recurentului B. .. ½ din taxa judiciară de timbru aferentă căii de atac.

**SECŢIA A II-A CIVILĂ**

**1. Nulitate hotărâri AGA privind majorarea capitalului social şi cooptarea unui nou asociat, respectiv cesionarea de către asociat a unui număr de părţi sociale către noul asociat, motivată pe frauda la lege. Distincție între frauda la lege ca motiv de nulitate absolută - act juridic și frauda creditorilor - motiv al acţiunii pauliene.**

**Rezumat:**

*Potrivit doctrinei și jurisprundenței, frauda la lege ar presupune două elemente: unul material, care constă în procedeul folosit și care, prin el însuși, nu este contrar legii și unul intelectual sau intențional, care constă în eludarea sau sustragerea de la aplicarea unui text de lege. Astfel, frauda la lege nu este o încălcare directă a legii, ci o nesocotire indirectă a ei. Însă, potrivit art. 1239 alin.2 N.C.civ. existența unei cauze valabile se prezumă până la proba contrară, astfel că sarcina răsturnării acestei prezumții revine apelantei, iar potrivit art. 202, 203 din Legea 31/1990 cesiunea părţilor sociale se poate face fie între asociaţi, fie față de persoane din afara societăţii.*

*În speţă, nu se poate reține frauda la lege, pentru că pârâta nu a încălcat o dispoziție legală imperativă, ci una supletivă și procedând de manierea respectivă ar putea să prejudicieze cel mult interesele economice particulare ale reclamantei creditoare, caz în care însă interesul încălcat nu este unul general, ci unul particular al creditorului, fiind dată cel mult frauda creditorului dacă sunt date și condițiile creării sau măririi insolvabilității debitorilor reclamantei, iar nu frauda la lege.*

*Dreptul de opoziție al terților creditori societari față de operațiunea de transmitere a părților sociale prevăzut de art. 62 din Legea 31/1990, ocrotește un drept particular, un interes al creditorilor prejudiciați, iar nu un interes general, public care ar fi atras sancțiunea nulității absolute, în cazul de față putând interveni cel mult nulitatea relativă. În cazul de față, vânzarea părților sociale în oricare din cele două proceduri, cea între acționari sau cea față de terțe persoane din afara societății, nu era prevăzută sub sancțiunea unei dispoziții legale imperative, ci doar trebuia efectuată cu respectarea dreptului de opoziție al terților interesați.*

*Ceea ce reclamă apelanta este încălcarea unui interes particular, nu a unuia general, pentru care dacă sunt întrunite condițiile intervine sancțiunea inopozabilității actului față de creditor, iar nu nulitatea absolută a actului.*

*Lipsa cauzei, determinată de lipsa scopului mediat potrivit Noului Cod Civil este sancționată cu anularea actului, iar nu cu nulitatea acestuia, cum se întâmpla sub reglementarea Vechiului Cod civil, și din acest punct de vedere acțiunea reclamantei fiind nefondată.*

*În ceea ce priveşte neplata prețului, aceasta nu este sancționată de C.civ. cu nulitatea absolută, ci implică aplicabilitatea altor dispoziții legale pe care însă apelanta nu le-a invocat.*

*Curtea reține că nici încălcarea dispozițiilor prevăzute de art. 14 şi art. 1.170 din Codul civil privind buna-credinţă în executarea contractelor şi art. 15 din Codul civil- abuzul de drept nu e sancționată cu nulitatea absolută a actelor, ci cu atragerea răspunderii civile delictuale. Atitudinea pârâtei prin adoptarea celor două hotărâri, deși vădită pentru a limita posibilitățile de executare silită reală din partea creditoarei, lezează un interes particular al creditorilor, iar nu unul general al societății, sancțiunea nefiind nulitatea absolută, ci cel mult inopozabilitatea și răspunderea pentru prejudicii, aspecte cu care însă instanța nu a fost învestită pentru a le analiza și dispune.*

(Decizia nr. 55 din 11 februarie 2021, dosar nr. 3727/86/2019)

Dispoziţii legale: art.132 alin.2 din Legea nr.31/1990, art. 202, 203 din Legea nr. 31/1990, art. 1236 alin.1 N.C.civ., art. 1237 N.C.civ.

**Hotărârea:**

Prin sentinţa nr. 43 din 29 mai 2020, Tribunalului Suceava- Secţia a II-a civilă a respins, ca neîntemeiate, excepţiile inadmisibilității, tardivității și lipsei coparticipării procesuale pasive, invocate de pârâtă, prin întâmpinare; a respins cererea având ca obiect „anulare hotărâre AGA” formulată de reclamanta A. IFN SA, în contradictoriu cu pârâta B. SRL, ca nefondată; a respins cererea reclamantei privind acordarea cheltuielilor de judecată, ca nefondată.

Pentru a hotărî astfel, prima instanţă a reţinut cu privire la excepţiile inadmisibilităţii, tardivității și lipsei coparticipării procesuale pasive, invocate de pârâtă, prin întâmpinare, că acestea sunt neîntemeiate.

Pârâta B. SRL a invocat excepţia inadmisibilităţii acţiunii, arătând, în esență, că sesizarea instanţei de judecată pe temeiul indicat este inadmisibilă în condiţiile în care Legea nr. 31/1990 prevede o cale specială de a ataca hotărârile AGA, respectiv opoziţia prevăzută de dispoziţiile art.61.

Potrivit art. 61 alin.1 din Legea nr.31/1990, creditorii sociali şi orice alte persoane prejudiciate prin hotărârile asociaţilor privitoare la modificarea actului constitutiv pot formula o cerere de opoziţie prin care să solicite instanţei judecătoreşti să oblige, după caz, societatea sau asociaţii la repararea prejudiciului cauzat, prevederile art.57 fiind aplicabile.

Instanța a reținut că dispozițiile legale precitate oferă posibilitatea persoanelor prejudiciate de a solicita obligarea la acoperirea prejudiciului produs prin luarea unei hotărâri de modificare a prevederilor actului constitutiv.

În speță, reclamanta și-a întemeiat însă cererea pe disp. art. 132 alin. 3 şi urm. din Legea nr. 31/1990, art.1237 şi urm. din Codul civil, art.194 şi următoarele Cod procedură civilă.

Față de temeiul de drept al acțiunii şi având în vedere că dispozițiile legale invocate vizează posibilitatea formulării unei acțiuni în constatarea nulității unei hotărâri AGA de către persoana interesată, prima instanța a apreciat că excepţia inadmisibilităţii apare ca fiind neîntemeiată, fiind respinsă ca atare.

Prima instanță a mai reținut că, potrivit art.185 Cod procedură civilă, când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate.

În speţă, în conformitate cu art. 132 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, hotărârile adunării generale contrare legii sau actului constitutiv pot fi atacate în justiţie, în termen de 15 zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, de oricare dintre acţionarii care nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra şi au cerut să se insereze aceasta în procesul-verbal al şedinţei, *iar potrivit alin. 3, când se invocă motive de nulitate absolută, dreptul la acţiune este imprescriptibil,* iar cererea poate fi formulată şi de orice persoană interesată.

Având în vedere că cererea introductivă a fost formulată în baza art.132 alin.3 din Legea nr. 31/1990, dreptul la acţiune fiind astfel imprescriptibil, prima instanța a respins excepția tardivităţii invocată de pârâtă, prin întâmpinare, ca neîntemeiată.

Potrivit art.132 alin.5 din Legea nr.31/1990, cererea se soluţionează în contradictoriu cu societatea, reprezentată prin consiliul de administraţie, respectiv prin directorat.

Reclamanta a formulat prezenta acțiune civilă cu respectarea dispozițiilor legale precizate, în contradictoriu cu pârâta societatea B. SRL, reprezentată legal prin administrator unic C.

Prin urmare, prima instanța a constatat că nu este incidentă în cauză nici excepția lipsei coparticipării procesuale pasive, invocată de pârâtă, prin întâmpinare.

Pe fondul cauzei, prima instanță a reținut că, în fapt, prin Hotărârea AGA din data de 28.10.2019, asociaţii societăţii B. SRL au decis majorarea capitalului social şi cooptarea unui nou asociat, respectiv pe D.

Prin rezoluţia nr.11480/30.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerţului a mențiunilor cu privire la capitalul social, modificare date, adăugare asociați persoane fizice, potrivit datelor din hotărârea asociat unic din 28.10.2019.

De asemenea, prin Hotărârea AGA din data de 30.10.2019 s-a decis cesionarea de către asociatul E. a unui număr de 102.999 de părţi sociale către noul asociat D., noua structură fiind: asociatul C. deţine 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL, acesta având şi calitatea de administrator unic; asociatul E. deţine 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL; asociatul D. deţine 103.000 de părţi sociale în valoare nominală totală de 1.030.000 lei reprezetând 98% din capitalul social al SC B. SRL.

Prin rezoluţia nr.11535/31.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerţului a mențiunilor cu privire la transmitere părți sociale pentru persoane fizice, modificare date asociați persoane fizice, potrivit datelor din hotărârea AGA din 30.10.2019, depunerea Actului Constitutiv actualizat.

Prin cererea de executare înregistrată la data de 17.10.2019 pe rolul Biroului Executorului Judecătoresc ..., reclamanta a solicitat înregistrarea cererii de excutare silită și deschiderea dosarului de executare împotriva debitorilor B. SRL, F. SRL, C. şi E., pentru recuperarea sumei de 510.763,78 lei.

Prin încheierea emisă la data de 17.10.2019 de către Biroul Executorului Judecătoresc ..., s-a dispus deschiderea dosarului de executare silită nr. 812/2019 împotriva debitorilor B. SRL, C. şi E., în baza titlurilor executorii reprezentate de Contractul de credit revolving nr. 5/03.10.2016, modificat şi completat prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobiliară nr. 5/03.10.2016, modificat şi completat prin acte adiţionale, inclusiv prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574703, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 07.10.2019, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574704, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 04.10.2019.

Prin încheierea dată în ședința Camerei de Consiliu la 30.10.2019 de Judecătoria Suceava în dosarul nr..../314/2019, s-a încuviințat executarea silită în baza titlurilor executorii reprezentate de Contractul de credit revolving nr.5/03.10.2016, modificat şi completat prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobiliară nr. 5/03.10.2016, modificat şi completat prin acte adiţionale, inclusiv prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574703, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 07.10.2019, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574704, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 04.10.2019, împotriva debitorilor B. SRL, C. şi E., pentru obligația de plată a sumei de 510.763,78 lei.

Prin acțiunea civilă formulată, reclamanta a invocat, în esență, faptul că Hotărârea AGA din data de 28.10.2019, respectiv Hotărârea AGA din data de 30.10.2019 au fost date în scopul fraudării creditorilor, având o cauză ilicită.

Prima instanța a reținut faptul că reclamanta susține că la momentul adoptării celor două hotărâri, asociaţii aveau cunoştinţă despre iniţierea executării silite împotriva lor, aspect pe care pârâții îl contrazic, precizând că nu corespunde realității.

Potrivit adresei de comunicare depuse la dosar, încheierea de executare silită pronunțată la 30.10.2019 de către Judecătoria Suceava în dosarul nr..../314/2019, a fost comunicată reclamantei A. IFN SA la data de 05.12.2019, ulterior emiterii Hotărârii AGA din data de 28.10.2019, respectiv Hotărârii AGA din data de 30.10.2019, nerezultând din înscrisurile depuse la dosar momentul când pârâții au luat cunoștință despre demararea executării silite împotriva lor.

Prima instanța a reţinut, raportat la dispoziţiile art.249 Cod procedură civilă, că deşi îi revenea sarcina de a-şi dovedi afirmațiile, în cauză, reclamanta nu şi-a îndeplinit această obligaţie, nefiind probată susținerea că cele două hotărâri AGA prin care s-a cooptat un asociat nou și s-a realizat o cesiune de părți sociale au fost date în scopul fraudării creditorilor, având o cauză ilicită, astfel că, cererea sa, a fost respinsă, ca nefondată.

**Împotriva acestei sentinţe, a declarat apel reclamanta A. IFN SA,** criticând sentința pentru nelegalitate și netemeinicie.

În motivare, a arătat că instanţa de fond a interpretat în mod eronat scopul mediat avut în vedere de intimaţi la momentul adoptării celor două Hotărâri AGA, precum şi momentul naşterii intenţiei acestora de fraudare a creditorilor.

Sentinţa apelată a fost pronunţată cu greşita interpretare şi aplicare a prevederilor art. art. 1237 şi 1238 alin. (2) din Codul de procedură civilă, privind scopul imediat urmărit la încheierea actului.

În mod netemeinic s-a reţinut de către prima instanţă că: „Reclamanta susţine că momentul adoptării celor două hotărâri, asociaţii aveau cunoştinţă despre iniţierea executării silite împotriva lor, aspect pe care pârâţii îl contrazic, precizând că nu corespunde realităţii" şi că „nu a fost probată susţinerea că cele două hotărâri AGA prin care s-a cooptat un asociat nou şi s-a realizat o cesiune de părţi sociale au fost date în scopul fraudării creditorilor, având o cauză ilicită".

Prin urmare, instanţa de fond condiţionează reţinerea fraudei la lege comisă de intimaţi de intenţia acestora de eludarea exclusiv a prevederilor procedurii de executare silită.

A arătat că în ipoteza factuală dedusă judecăţii este incident motivul de nulitate pentru cauza ilicită, în varianta reglementată de prevederile art. 1.237 din Codul civil, şi anume - frauda la lege.

Potrivit art. 1236 alin (2) Cod civil: „Cauza este ilicită când este contrară legii și ordinii publice”.

Din interpretarea dispoziţiilor art 1.237, rezultă că eludarea normei de drept este însuşi scopul mediat, care este singular şi univoc, constituind singurul motiv pentru care se încheie actul, element psihologic şi voliţional care provoacă încheierea acelui act.

Aplicabilă ipotezei factuale, precum cea care face obiectul analizei, este prima teză a art.1238 Cod civil alin. (2), care vizează existenţa unui scop mediat comun sau a unor elemente comune ale scopului mediat al părţilor contractante.

Cu privire la explicitarea noţiunii de fraudă la lege şi condiţiile ce se cer a fi îndeplinite, solicită a fi avută în vedere Decizia nr. 1386/2014 a Înaltei Curți de Casaţie şi Justiţie, Secţia a II-a civilă.

În sinteză, un act juridic se socoteşte săvârşit în frauda legii când anumite norme legale sunt folosite nu în scopul în care au fost edictate, ci pentru eludarea altor norme legale imperative, cu alte cuvinte o nesocotire ocultă a legii, prin abaterea unor dispoziţii legale de la sensul şi spiritul lor, manoperă dolosivă săvârşită prin conivenţă de către contractanţi în dauna unor terţe persoane. Se observă, astfel, că fraudarea legii poate fi privită şi ca un caz particular de cauză ilicită, în sensul de scop mediat contrar unor norme juridice imperative.

În cauza concretă dedusă judecăţii, noţiunea fraudei la lege îşi regăseşte aplicabilitatea, fiind întrunite ambele condiţii necesare reţinerii fraudei la lege, respectiv: existenţa unor mijloace aparent legale utilizate de părţi, prin care au fost eludate prevederi legale imperative și existenţa dovezii faptului că părţile au acţionat de conivenţă pentru a eluda prevederile legale.

În ceea ce priveşte prima condiţie, reamintește că prin sentinţa apelată, instanţa de fond a condiţionat reţinerea incidenţei fraudei la lege intenţia intimaţilor de eludare a prevederilor procedurii de executare silită demarată.

Cu toate acestea, contrar celor reţinute de prima instanţă, a invocat în faţa acesteia că scopul mediat, respectiv finalitate interzisă de reglementările în vigoare, a constat în eludarea indirectă şi ocultă, de către intimaţi, a unei norme prohibitive, respectiv prevederile art. 62 din Legea societăţilor.

În mod concret, manoperă dolosivă folosită de intimaţi prin intermediul Hotărârilor AGA, a constat în principal, în cooptarea unui asociat persoană fizică (fiica intimaţilor) prin intermediul majorării nereale a capitalului social, urmată imediat de cesiunea de părţi sociale către noul asociat, procedură ce exclude aplicabilitatea normelor legale imperative privind respectarea termenului de opoziţie al terţilor creditori societari.

Legea societăţilor reglementează modalitatea şi procedura specifică prin care pot fi cesionate părţile sociale către asociaţi din afara societăţii, respectiv art.202, art. 62 alin. 1 şi art. 203. Astfel, cesiunea părţilor sociale se poate face fie între asociaţi, fie între persoane din afara societăţii.

În ipoteza cesiunii părţilor sociale între asociaţi, procedura presupune simpla aprobare a cesiunii în cadrul adunării generale a asociaţilor şi încheierea unui contract de cesiune între asociatul cedent şi asociatul cesionar, procedură rapidă, ce presupune doar înregistrarea documentelor la Registrul Comerţului.

Pe de altă parte, în ipoteza cesiunii de părţi sociale către persoane din afara societăţii, procedura de înregistrare la Registrul Comerţului poate ajunge la aproximativ două luni, întrucât acest demers presupune două etape, respectiv depunerea a doua dosare distincte. Într-o primă etapă, se înregistrează la Registrul Comerţului și, apoi se publică în Monitorul Oficial, hotărârea asociaţilor de vânzare a părţilor sociale. A doua etapă demarează doar după expirarea unui termen de 30 de zile de la publicarea în Monitorul Oficial a hotărârii asociaţilor prin care a fost aprobată cesiunea părţilor sociale.

În interiorul termenului de 30 de zile orice persoană interesată (în special creditorii societăţii prejudiciaţi prin hotărârea asociaţilor privind cesiunea de părţi sociale) poate formula opoziţie prin care să solicite instanţei de judecată să oblige, după caz, societatea sau asociaţii, fie la repararea prejudiciului cauzat, fie la atragerea răspunderii civile a asociatului care doreşte să transfere părţile sociale.

Sintetizând, Legea societăţilor prevede că, în cazul societăţilor cu răspundere limitată, transmiterea părţilor sociale către persoane din afara societăţii se realizează în două etape şi va opera, în lipsa unei opoziţii, la data expirării unui termen de 30 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial a hotărârii asociaţilor, iar dacă a fost formulată o opoziţie, la data comunicării hotărârii de respingere a acesteia.

Prin urmare, pentru a se analiza legalitatea hotărârilor AGA a căror nulitate absolută o solicită a fi constatată, trebuie analizat dacă respectivele hotărâri au o cauză licită prin raportare la procedura specială a cesiunii părţilor sociale către persoane din afara societăţii, cum a fost cazul în speţă.

În cauza concretă dedusă judecăţii, după cum se poate observa din cele prezentate mai sus şi înscrisurile depuse la dosarul cauzei, intimata B. prin reprezentanţii săi legali, asociaţii acesteia, respectiv C. şi E., pe de o parte, precum şi numita D. pe de altă parte, prin înţelegerea acestora, au eludat în mod dolosiv prevederile speciale aplicabile procedurii cesiunii părţilor sociale către persoane din afara societăţii, procedură ce impunea înregistrarea cesiunii doar la data expirării termenului de opoziţie prevăzut la art. 62 (adică după expirarea celor 30 de zile de la data publicării hotărârii adunării generale a asociaţilor în Monitorul Oficial), luând decizia şi înregistrând în acest scop iniţial o majorare de capital social scriptică, doar cu 1 parte socială a 10 lei reprezentând 1% din capitalul social, pentru ca, în aceeaşi zi în care s-a pronunţat rezoluţia directorului ORC prin care s-au înregistrat modificările aferente AGA 28.10.2019 (prin Menţiunea 55279), respectivului asociat nou să-i fie cesionate, la valoarea nominală, un număr de 102.999 părţi sociale reprezentând 98% din capitalul social al B., astfel încât asociatul nou intrat să deţină majoritatea absolută şi controlul deplin al B. prin deţinerea unui număr de 103.000 părţi sociale reprezentând 99% din capitalul social.

Cu alte cuvinte, prin mecanismul dolosiv al unei majorări nereale de capital social, s-a creat premisa aparenţei de legalitate a cesiunii părţilor sociale către un asociat intrat în societate cu această ocazie (cesiunea între asociaţi existenţi), astfel încât procedura înregistrării cesiunii părţilor sociale către persoane din afara societăţii, cu respectarea dreptului de opoziţie al terţilor, să fie eludată.

Este evident că fără intenţia de cesionare ulterioară a părţilor sociale către noul asociat prin AGA 30.10.2019, majorarea capitalului social nu s-ar fi efectuat, AGA 28.10.2019 fiind făcută doar pentru a justifica o aparenţă de legalitate în faţa ORC.

În plus, în lipsa AGA 28.10.2019 de cooptare a noului asociat printr-o majorare scriptică a capitalului social, ar fi avut posibilitatea de a înregistra o cererea de opoziţie faţă de Hotărârea AGA de cesiunea a părţilor sociale către persoana din afara societăţii, cât timp conform art. 202 alin. (1) din Legea societăţilor părţile sociale pot fi transmise liber între asociaţi, legea neimpunând respectarea unui termen de opoziţie.

În plus, drept consecinţă a eludării dreptului de opoziţie faţă de cesiunea de creanţă către persoane din afara societăţii, s-a creat, în continuare, premisa aparenţei de legalitate a sustragerii de la eminenta executare silită a părţilor sociale deţinute de debitorii persoane juridice, în cauză a debitoarei E. - acţionat majoritar, deţinând 99% din părţile sociale la valoarea nominală de 10 lei şi valoare totală de 103.000 lei, iar în urma cesiunii a deţinut un număr de 1 parte socială cu valoare nominală de 10 lei şi valoare totală de 10 lei.

Or, asemenea operaţiuni făcute cu intenţia fraudării unui creditor sunt contrare legii şi ordinii publice, în mod concret, prevederilor ce reglementează executarea cu bună credinţă a obligaţiilor prevăzute de art. 14 şi art. 1.170 din Codul civil, privind buna credinţă în executarea contractelor, precum şi art. 15 din Codul civil, dat în reglementarea abuzului de drept.

Astfel cum a arătat, este un creditor ce a demarat executarea silită împotriva intimatei şi a asociaţilor acesteia, fiind o persoană interesată în accepţiunea art. 132 alin. (3) din Legea societăţilor.

Prin adoptarea celor două Hotărâri AGA, pârâta a încălcat dreptul său de a formula opoziţie, precum şi de a executa silit părţile sociale deţinute de debitorii persoane juridice, restrângând posibilitatea reală de executare a respectivelor părţi sociale de la 100% la 1%, prejudiciul fiind evident.

Scopul final cumulat al acestor două Hotărâri AGA este unul evident, respectiv fraudarea interesului său, prin înstrăinarea în mod ilegal a părţilor sociale ce făceau obiectul executării silite începute, Hotărârile AGA fiind afectate de o cauză ilicită încă de la început.

Astfel, se poate observa că celor două Hotărâri AGA le lipseşte scopul mediat (cel real), intenţia părţilor nefiind acela de a coopta un nou asociat - persoană interpusă, intenţia comună a acestora fiind de eluda procedura de durată a cesiunii de părţi sociale către persoane din afara societăţii şi dreptul de opoziţie a creditorilor societăţii, iar consecinţa directă a acestui demers a fost scoaterea din masa bunurilor ce puteau şi urmau a fi executate silit, respectiv părţile sociale ce aparţineau asociatului majoritar (E.), prin transferarea lor către o persoană interpusă (prin prisma legăturii de rudenie de prim grad cu cei doi asociaţi ai B.).

În acest sens, solicită instanţei de control judiciar să observe şi "graba" cu care în aceeaşi zi în care s-a pronunţat rezoluţia directorului ORC prin care s-au înregistrat modificările aferente AGA 28.10.2019 (prin Menţiunea 55279), reprezentantul legal al B. a depus cererea de înregistrare a modificărilor aferente AGA 30.10.2019 (depusă în aceeaşi zi şi înregistrate în ziua următoare, prin rezoluţia aferentă Menţiunii 55586), în fapt neexistând niciun motiv temeinic ce putea clama această urgenţă, altul decât "punerea la adăpost" a bunurilor debitorilor persoane fizice - asociaţii B. - împotriva iminenţei executării silite a acestora, executare silită care fusese deja iniţiată la momentul adoptării Hotărârilor AGA.

Utilizând aceste artificii în frauda legii, noul asociat al B. (D.) a preluat întregul control asupra societăţii, fiind evident că aceasta a fost de la bun început intenţia părţilor semnatare, mecanismul majorării fictive fiind doar interfaţa care, în opinia acestora, poate asigura legalitatea Hotărârilor AGA respective şi siguranţa că creditorii nu mai pot executa părţile sociale deţinute în trecut de asociatul majoritar (E.), întrucât acestea sunt deţinute de noul asociat majoritar (D.) - persoana interpusă.

Astfel cum a arătat, pentru valabilitatea unui act juridic acesta trebuie animat de o cauză existentă, licită şi morală. Totodată, când cauza încheierii actului juridic civil este una ilicită, adică „când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative", legiuitorul sancţionează cu nulitatea absolută respectivul act juridic.

Fraudarea legii reprezintă ocolirea dispoziţiilor legale ce sunt în mod normal şi legal aplicabile raportului juridic respectiv, prin adoptarea unor acte şi mijloace licite în aparenţă, dar ce au un scop ilicit, astfel încât noului raport civil născut în mod nereal să îi fie aplicabile alte dispoziţii legale, respectiv alt regim juridic.

Reiterează că în speţă, ilicitul săvârşit prin adoptarea (şi înregistrarea la ORC) a celor două Hotărâri AGA a constat în ocolirea, prin intermediul majorării nereale a capitalului social, a normelor legale imperative ce impuneau respectarea unui termen de opoziţie, astfel încât în noua situaţie normele legale imperative respective să nu fie aplicabile, efectul fiind imposibilitatea formulării opoziţiei reglementate de art. 62 din Legea societăţilor, întrucât prin adoptarea (şi înregistrarea la ORC) nu a existat în fapt un termen în care respectiva opoziţie să poată fi depusă, modificările fiind înregistrate imediat.

Cu privire la a doua condiție - caracterul comun al ilicităţii cauzei, părţile au acţionat de conivenţă pentru a eluda prevederile legale aplicabile, arată următoarele:

Cu privire la prezumţia de valabilitate a cauzei, arătă că aceasta îşi găseşte sediul materiei în prevederile art. 1239 alin. (2) din Codul civil, conform căruia: „Existenţa unei cauze valabile se prezumă până la proba contrară".

Potrivit doctrinei, în vederea răsturnării prezumţiei de valabilitate se poate recurge la termenii contractuali, fie la diferite indicii întemeiate pe circumstanţele care au dus la încheierea contractului.

Art. 254 din C.pr.civ. consacră principiul liberei aprecieri a probelor de către instanţa de judecată. În ipoteza factuală dedusă judecăţii operează o înşiruire de prezumţii simple care demonstrează în mod concludent susţinerile sale.

Cu privire la materia prezumţiilor judiciare, prevederile art. 329 din C.pr.civ. arată că: „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 continuare, prevederile art. 309 alin. (1) din C.pr.civ. dispun că: „Proba cu martori este admisibilă în toate cazurile în care legea nu dispune altfel”

În raport de cele de mai sus, arată că în ceea ce priveşte condiţia caracterului comun al ilicităţii scopului urmărit la momentul adoptării celor două Hotărâri AGA, există mai multe prezumţii rezonabile şi argumente solide care să justifice teza privind existenţa unei intenţii comune de eludare a prevederilor legale, respectiv:

-Existenţa unui titlu executoriu privind o datorie cunoscută a A. împotriva debitoarei B., precum şi împotriva debitorilor avalişti, persoane fizice, asociaţii C. şi E., părinţii noului asociat cooptat prin Hotărârea AGA 28.10.2019;

-Reaua-credinţă a intimaţilor, soţii C. şi E., rezultată din practica constantă a acestora în sensul sustragerii de la iminenţa executării silite, prin diverse modalităţi, a părţilor sociale ale debitoarelor F. şi G. SRL, a căror asociaţi sunt tot soţii C. şi E., sens în care a depus în probaţiune Sentinţa nr. 138/14.07.2020, pronunţată de Tribunalul Bacău în dosarul nr. ../110/2019 şi Sentinţa nr. 67/07.07.2020, pronunţată de Tribunalul Suceava în dosarul nr. ../86/2019;

-Intimata B., prin administrator C., cât şi fiica asociaţilor, D., au cunoscut sau cel puţin trebuiau să cunoască faptul că prin transferul părţilor sociale către noul asociat D., asociatul urmărit silit E. îşi diminuează patrimoniul, astfel încât creditorii acesteia pot fi prejudiciaţi.

În realitate, intimata B. prin asociaţii acesteia, soţii C. şi E., împreună cu fiica acestora D. au urmărit în mod expres sustragerea de la masa bunurilor susceptibile de executare silită şi împiedicarea executării silite prin reducerea drepturilor asociatului majoritar E., ca urmare a reducerii părţilor sociale ale acesteia;

-Urgenţa înregistrării cesiunii de creanţă în chiar ziua operării modificărilor privind cooptarea noului asociat. În aceeaşi zi în care s-a pronunţat rezoluţia directorului ORC prin care s-au înregistrat modificările aferente AGA 28.10.2019 (prin Menţiunea 55279), de unde rezultă urgenţa de a pune la adăpost părţile sociale ale debitoarei avaliste E., asociat majoritar deţinând 99% din părţile sociale;

-Legătura ce rudenie foarte apropiată a intimaţilor persoane fizice, în special a cedenteiE. şi cesionarei D., respectiv legătură de rudenie tată-mamă-fiică, legătură recunoscută în mod expres prin cererea de apel, formulată de societatea G. a cărei asociaţi sunt tot soţii C. şi E., cerere de apel ce face obiectul dosarului nr. ../86/2019, aflat pe rolul Curţii de Apel Suceava. Legătura de rudenie a asociaţilor B. şi a cesionarei, demonstrează în mod concludent înţelegerea acestora în sensul încercării eludării normelor legale şi vătămarea intereselor legitime ale unei terţului creditor A.;

-Asociatul cesionar (D.) nu reprezintă un terţ investitor care a preluat părţile sociale în vederea realizării unor investiţii ulterioare - aceasta fiind doar o persoană interpusă, iar cesiunea nu a avut loc decât în sens formal - controlul rămânând la vechii asociaţi;

-Transferul părţilor sociale prin simpla Hotărâre AGA 30.10.2020 nu are la bază un act de vânzare-cumpărare părţi sociale încheiat între asociaţi, nefiind depusă nicio dovadă în acest sens. Astfel, intimaţii nu au făcut dovada achitării efective a preţului de către cesionar, deşi prin Hotărârea AGA 30.10.2019, se arată următoarele: „Eu cedentul declar că am primit contravaloarea părţilor sociale cesionate. Eu cesionarul, declar că am plătit contravaloarea părţilor sociale primite (...)";

-În plus, în privinţa preţului cesiunii menţionat în cuprinsul Hotărârii AGA 30.10.2020, respectiv valoarea nominală a părţilor sociale (i.e. 1.029.990 lei), învederează argumentele arătate mai sus privind nerealitatea şi neseriozitatea acestuia raportat la valoarea mult mai mare a societăţii (de 4-5 ori mai mare);

-Iminenţa punerii în executare a titlului executoriu, executare silită ce fusese declanşată deja la momentul adoptării celor două Hotărâri AGA;

-Buna sa credinţă, prin încercarea repetată de recuperare amiabilă a creanţei deţinute de A., în scopul evitării executării silite şi încercare demarată prin Somaţia de plată transmisă debitoarei B. la data de 01.04.2019;

-Lipsa unor apărări rezonabile din partea intimaţilor, aceasta cu atât mai mult cu cât acest demers a fost urmat cu privire la celelalte societăţi debitoare.

Toate aceste aspecte conduc la concluzia că actul a fost încheiat cu scopul vădit al eludării dreptului de opoziţie al creditorilor societăţii, precum şi al zădărnicirii executării silite şi a prejudicierii creditoarei A., acesta fiind scopul mediat adoptării celor două Hotărâri AGA.

A mai arătat apelanta faptul că instanța de fond greșit a raportat momentului naşterii intenţiei de fraudare a creditorilor de către intimaţi la momentul luării la cunoştinţă de demararea executării silite împotriva acestora.

Instanţa de judecată analizează momentului naşterii intenţiei de fraudare a creditorilor de către intimaţi raportat la momentul luării la cunoştinţă a acestora de demararea procedurii de executare silită.

Ipoteza factuală dedusă judecăţii reclamă găsirea unei perspective juridice adecvate, raportate la condiţiile legale ale formării unui act juridic valabil şi la mijlocul juridic pe care îl are la dispoziţie un terţ creditor de a obţine repararea prejudiciului patrimonial încercat prin încheierea respectivului act juridic. În altă ordine de idei, se impune stabilirea consecinţelor juridice ale încheierii unui act translativ de drepturi, atunci când acesta este încheiat în scopul final al creării unei stări de insolvabilitate a debitorului înstrăinător, al zădărnicirii eventualei urmăriri silite îndreptate de creditor împotriva sa, acesta fiind scopul mediat comun al înstrăinătorului şi dobânditorului la momentul perfectării actului translativ de drepturi.

În cazul nulităţii pentru cauză ilicită, scopul mediat al dobânditorului nu este acela de a-şi îndestula patrimoniul cu bunul/dreptul vizat, ci de a-l sprijini pe înstrăinător în zădărnicirea urmăririi silite, dobânditorul nefiind, astfel, interesat de dobândirea dreptului/bunului în acord cu propriile sale nevoi sau dorinţe, ci figurează ca un pion juridic ce ia parte la mecanismul unei convenţii frauduloase.

Situaţia eludării aplicării normelor imperative mai sus menţionate trebuie analizată prin raportare la condiţiile existente la momentul demersurilor promovate de ea, demersuri care nu doar au prefigurat în viziunea asociaţilor B. posibilitatea demarării procedurii de executare silită, ci aceştia au avut certitudinea că faţă de refuzul ofertei de eşalonare propuse, precum şi refuzul la plată a biletelor la ordine emise de societate şi avalizate de asociaţi, toate aceste circumstanţe nu putea avea drept consecinţă decât demararea de urgenţă a executării silite, astfel cum s-a şi întâmplat.

Hotărârile AGA, a căror nulitate absolută o invocă, au fost adoptate ulterior demersurilor demarate de recuperare a creanţei, astfel că intimaţii erau în deplină cunoştinţă de iminenţa executării silite.

Reiterează, totodată, punctual, acţiunile efectuate în sensul recuperării creanţei împotriva debitorilor, de unde rezultă că aceştia aveau prefiguraţia iminenţei executării silite atât împotriva societăţii, cât şi împotriva patrimoniului asociaţilor avalişti:

1. Somaţia de plată transmisă debitoarei B. la data de 01.04.2019 (Anexa nr. 6 la cererea de chemare în judecată), prin care a pus în vedere debitoarei B. să îşi îndeplinească obligaţiile de plată până la data de 05.04.2019, în caz contrar urmând ca la data de 08.04.2019 bilete la ordin să fie introduse în bancă. Cu toate acestea, B. nu a dat curs solicitărilor;

2. Notificarea privind scadenţa anticipată a creditului transmisă debitoarei B. la data de 23.04.2019 (Anexa nr.7 la cererea de chemare în judecată), în baza căreia a fost declarată scadenţa anticipată a tuturor sumelor datorate de B. în temeiul Contractului de credit şi a Actului Adiţional la Contractul de credit (incluzând, creditul, dobânda, dobânda majorată, comisioanele şi orice costuri şi cheltuieli), sume care au devenit scadente şi plătibile imediat la data comunicării Notificării de scadenţă anticipată respective, fără alte formalităţi sau intervenţia instanţelor judecătoreşti;

3. Conştientizând iminenţa executării silite, intimata B. prin administrator unic C., a solicitat prelungirea termenului de scadenţă a creditelor acordate B. şi F., însă i-a comunicat prin intermediul reprezentanţilor convenţionali că acest lucru nu este posibil;

4. Prin emailul reprezentantului convenţional al A., din data de 14.05.2019, adresat administratorului B. - C. (Anexa nr. 8 la cererea de chemare în judecată) în scopul evitării iniţierii procedurilor de executare silită a propus drept soluţie încheierea unor acte adiţionale de rescadenţare/reeşalonare a debitelor, desigur cu acordarea unor noi garanţii, propunere care a fost apreciată ca fiind refuzată, faţă de lipsa vreunui răspuns din partea intimatei;

5. Introducerea la plată a cele 2 (două) bilete la ordin, emise de debitoarea B. şi avalizate de debitorii C. şi E., au fost prezentate la plată, fiind refuzate la plată pentru lipsă de disponibil;

6.Înregistrarea, la data de 17.10.2019, a cererii de executare silită şi admisă la aceeaşi dată de BEJ ..., deschizându-se dosarul de executare silită nr. .../2019 (Anexa nr. 10 la cererea de chemare în judecată), iar prin încheierea din data de 30.10.2019 pronunţată de Judecătoria Suceava în dosarul nr. .../314/2019 instanţa a admis cererea şi a dispus încuviinţarea executării silite (Anexa nr. 11 la cererea de chemare în judecată).

Doctrina şi jurisprudenţa confirmă opinia sa. În mod constant doctrina a explicat că ilicitul unui act juridic determină nulitatea absolută a acestuia.

Pentru toate aceste considerente, soluţia adoptată de prima instanţă se impune a fi reformată, sens în care solicită admiterea apelului, desfiinţarea sentinţei apelate, iar pe cale de consecinţă, admiterea cererii de chemare în judecată şi:

-Constatarea nulităţii absolute a Hotărârii adunării generale a asociaţilor B. din data de 28.10.2019 ("AGA 28.10.2019") prin care s-a majorat capitalul social al intimatei şi a Hotărârii adunării generale a asociaţilor B. din data de 30.10.2019 ("AGA 30.10.2019") prin care s-au cesionat părţi sociale deţinute de asociatul E.,

-Radierea din Registrul Comerţului a Menţiunii nr. 55279/29.10.2019 privind înregistrarea modificărilor rezultate din hotărârea adunării generale a asociaţilor B. din data de 28.10.2019 ("Menţiunea 55279") şi a Menţiunii nr. 55586/30.10.2019 privind înregistrarea modificărilor rezultate din hotărârea adunării generale a asociaţilor B. din data de 30.10.2019 ("Menţiunea 55586");

-Obligarea intimatei la plata cheltuielilor de judecată aferente prezentului demers procesual.

**Prin întâmpinarea depusă la dosar, SC B. SRL**, a solicitat respingerea ca nefondată a cererii de apel formulată de către A. IFN.

Sub un prim aspect, a subliniat faptul că efectele inopozabilităţii acţiunii pauliane (revocatorii) sunt prevăzute în mod expres de art.1.565 Cod Civil .

Alineatul (1) al art.1565 din Noul Cod Civil reglementează efectele admiterii acţiunii oblice faţă de creditorul reclamant, precum şi faţă de ceilalţi creditori care au intervenit în cauză, stipulând declararea inopozabilităţii actului juridic faţă de aceştia. Soluţia inopozabilităţii presupune că actul juridic fraudulos nu va produce efecte în raportul dintre creditorul reclamant şi terţul pârât, în sensul că primul se va comporta ca şi cum actul nu s-ar fi încheiat, respectiv bunul care formează obiectul derivat al actului nu ar fi ieşit niciodată din patrimoniul debitorului. Inopozabilitatea faţă de creditor a actului fraudulos încheiat de debitor operează numai în limitele valorii creanţei, astfel că, în ipoteza în care valoarea creanţei este mai mică decât a bunului, inopozabilitatea va fi doar parţială, până la concurenţa creanţei creditorului.

Textul legal reiterează efectul relativ al admiterii acţiunii revocatorii, în acord cu opinia unanimă a doctrinei reprezentative, întrucât beneficiază numai creditorului - reclamant, precum şi creditorilor intervenienţi în cauză, nu şi celorlalţi eventuali creditori ai debitorului. Explicaţia se află în specificul acţiunii revocatorii de a fi expresia manifestării unui drept propriu al creditorului, spre deosebire de acţiunea oblică care, presupunând exercitarea unui drept al debitorului, profită tuturor creditorilor, indiferent dacă au intervenit sau nu în cauză.

Articolul 1565 N.C.C. nu conţine prevederi exprese referitoare la efectele admiterii acţiunii revocatorii în raporturile dintre debitor şi terţ, însă soluţia inopozabilităţii actului faţă de creditor conduce spre afirmaţia că între aceştia actul rămâne valabil. Terţul evins de către creditor are la îndemână o acţiune în regres împotriva debitorului în baza contractului.

Totuşi, alin.(2) reglementează efectele admiterii acţiunii faţă de terţ, prin prezentarea drepturilor şi obligaţiilor acestuia: dreptul de a păstra bunul cu obligaţia de a plăti creditorului o sumă de bani egală cu prejudiciul suferit de acesta prin încheierea actului. Noul Cod Civil confirmă teza exprimată în doctrina franceză conform căreia terţul dispune de opţiune între a efectua plata către creditorul -reclamant şi a delăsa sau abandona bunul în mâinile acestuia.

Pentru situaţia în care terţul nu plăteşte creditorului suma de bani reprezentând prejudiciul suferit de acesta prin încheierea actului, hotărârea judecătorească de admitere a acţiunii revocatorii va avea ca efect indisponibilizarea bunului până la încetarea executării silite a creanţei pe care şi-a întemeiat acţiunea, conform tezei a II-a a alin. (2). Noul Cod Civil reglementează astfel un efect special al acţiunii revocatorii, aplicabil în situaţia menţionată.

Astfel, solicitarea apelantei de anulare a celor două hotărâri AGA apare ca neîntemeiată, deoarece sancţiunea este inopozabilitatea actului şi nu nulitatea absolută cum solicită apelanta-reclamantă.

Apelanta - reclamantă susţine că aceste două hotărâri s-au făcut în frauda creditorilor, având o cauză ilicită.

Învederează că instanţa de fond în mod corect a reţinut că potrivit adresei de comunicare depusă la dosar, Încheierea de executare silită pronunţată la data de 30.10.2019 de către Judecătoria Suceava în dosarul nr.../314/2019, a fost comunicată reclamantei A. IFN SA la data de 05.12,2019, ulterior emiterii Hotărârii AGA din data de 28.10.2019, respectiv Hotărârii AGA din data de 30.10.2019, nerezultând din înscrisurile depuse la dosar momentul când pârâţii au luat cunoştinţă despre demararea executării silite împotriva lor.

Astfel, contrar susţinerilor apelantei, la momentul adoptării Hotărârii adunării generale a asociaţilor din data de 28.10.2019 şi din 30.10.2019, nici societatea şi nici C. sau E. nu aveau cunoştinţă despre iniţierea executării silite deoarece executorul judecătoresc nu comunicase nici o somaţie de executare.

Încheierea de încuviinţare a executării silite s-a pronunţat la data de 30.10.2019, după emiterea Hotărârii adunării generale a asociaţilor din data de 28.10.2019. Mai mult decât atât, debitorul principal solicitase în luna septembrie a anului 2019 prelungirea scadenţei liniei de credit iar reclamanta nu oferise nici un răspuns până la momentul adoptării celor două hotărâri AGA.

În condiţiile în care la momentul adoptării celor două hotărâri asociaţii nu aveau cunoştinţă despre iniţierea executării silite, susţinerile conform cărora adoptarea celor două hotărâri s-au făcut în frauda reclamantei sunt mai mult decât nefondate.

Mai mult decât atât, din analizarea contractului de credit revolving nr.5/03.10.2016 rezultă că apelanta are suficiente garanţii pentru recuperarea creanţei. Aceasta s-a înscris la masa credală a fidejusorului F. SRL cu suma de 1.313.717,40 lei reprezentând creanţă garantată rezultată din Contractul de credit nr.5/03.10.2016, și cu suma de 671.897,07 lei reprezentând creanţă chirografara.

De asemenea, la data de 16.11.2020, prin Procesul verbal de licitaţie publică imobiliară emis de către B.EJ. .. în dosarul execuţional nr.../17.10.2019 s-a valorificat bunul imobil proprietatea fidejusorilor C. şi E. prin vânzarea către numitul H. pentru suma de 34425 de euro. Dosarul de executare nr.812/2019 a fost iniţiat de către apelanta A. IFN SA. De asemenea s-a valorificat bunuri mobiliare proprietatea fidejusorilor C. şi E. prin vânzarea a 4 parcele de teren cu suma de aproximativ 12.000 euro.

Prin vânzarea bunurilor la licitaţie publică, apelanta şi-a recuperat suma de aproximativ 50.000 de euro din creanţa rezultată din Contractul de credit nr.5/03.10.2016 chiar de la fidejusori.

Oricum, atât SC B. SRL cât şi SC F. SRL deţin multe alte bunuri care pot fi valorificate pentru a acoperi creanţa apelantei A. IFN SA, situaţie în care dreptul creditorului nu a fost lezat în nici un fel prin cesionarea părţilor sociale.

Acţiunea revocatorie este acţiunea prin care creditorul poate cere revocarea pe cale judecătorească a actelor juridice încheiate de debitor în vederea prejudicierii sale, ce se concretizează în faptul că, prin încheierea actelor atacate, debitorul îşi măreşte sau creează o stare de insolvabilitate, ceea ce nu este cazul. Prin cesionarea părţilor sociale nu s-a creat o stare de insolvabilitate.

Pentru admiterea acţiunii revocatorii este necesară îndeplinirea mai multor condiţii, respectiv actul atacat să fi creat creditorului un prejudiciu, prejudiciu care constă în faptul că debitorul şi-a cauzat sau şi-a mărit o stare de insolvabilitate; frauda debitorului care a avut cunoştinţă de rezultatul păgubitor al actului faţă de creditor; complicitatea la fraudă a terţului cu care debitorul a încheiat actul atacat; creditorul să aibă o creanţă certă, lichidă, exigibilă. Dovada îndeplinirii acestor cerinţe revine în sarcina reclamantului.

Scopul acţiunii revocatorii este cel al readucerii în patrimoniul debitorului a unicului bun posibil a fi valorificat pe această cale. Jurisprudenţa a stabilit că în condiţiile în care se dovedeşte că bunul litigios nu este singurul bun, acţiunea trebuie respinsă ca neîntemeiată.

Aşadar, condiţia prejudiciului înseamnă că debitorul şi-a creat sau mărit o stare de insolvabilitate. Proba insolvabilităţii se face în genere prin urmărirea şi executarea bunurilor debitorului. Dacă executarea nu este finalizată, întrucât debitoarea nu a avut bunuri din care creditorul să fie îndestulat, sunt astfel dovedite atât prejudiciul, cât şi insolvabilitatea.

Proba fraudei cade în sarcina creditorului, indiferent dacă actul atacat este unul cu titlu oneros sau gratuit. Fiind vorba de un fapt juridic, proba fraudei debitorului se poate realiza prin orice mijloc de probă, inclusiv prin recurgerea la prezumţii simple.

Dovada complicităţii terţului la frauda creditorului este necesară în măsura în care actul contestat prin acţiunea pauliană este unul cu titlu oneros. Creditorul va trebui să probeze că terţul a avut cunoştinţă că prin actul încheiat îi creează sau măreşte o stare de insolvabilitate co-contractantului său.

Oricum, cooptarea noului asociat şi cesiunea de părţi sociale nu s-a făcut în frauda creditorilor, neavând nici cauză ilicită.

Este adevărat că părţile sociale ale unei societăţi reprezintă bunuri mobile corporale care pot fi executate silite, însă valoarea părţilor sociale poate fi negativă dacă pasivul este mai mare decât activul. Astfel, chiar dacă părţile sociale pot fi executate silit, există riscul ca persoana care le adjudecă să devină asociat şi să suporte şi o parte din pasivul societăţii prin preluarea părţilor sociale.

În aceste condiţii, pentru ca instanţa de judecată să poată analiza dacă o cesiune de părţi sociale s-a făcut în frauda unor creditori, trebuie să cunoască valoarea respectivelor părţi sociale, şi nu se referă la valoarea lor nominală, ci la valoarea rezultată prin compararea pasivului cu activul societăţii comerciale.

De asemenea, învederează că atât asociaţii cât şi debitorul principal deţin multe alte bunuri împotriva cărora s-ar putea îndrepta eventualii creditori, părţile sociale nefiind singurele bunuri ale asociaţilor.

**Examinând legalitatea și temeinicia sentinței apelante, prin prisma actelor și lucrărilor dosarului Curtea reține următoarele:**

În ceea ce privește situația de fapt, necontestată de părți, se reține că din înscrisurile de la dosarul cauzei rezultă că prin Hotărârea AGA din data de 28.10.2019, asociaţii societăţii B. SRL au decis majorarea capitalului social şi cooptarea unui nou asociat, respectiv pe D.

Prin rezoluţia nr.11480/30.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerţului a mențiunilor cu privire la capitalul social, modificare date, adăugare asociați persoane fizice, potrivit datelor din hotărârea asociat unic din 28.10.2019.

De asemenea, prin Hotărârea AGA din data de 30.10.2019 s-a decis cesionarea de către asociatul E. a unui număr de 102.999 de părţi sociale către noul asociat D., noua structură fiind: asociatul C. deţine 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL, acesta având şi calitatea de administrator unic; asociatul E. deţine 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL; asociatul D. deţine 103.000 de părţi sociale în valoare nominală totală de 1.030.000 lei reprezentând 98% din capitalul social al SC B. SRL.

Prin rezoluţia nr.11535/31.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerţului a mențiunilor cu privire la transmitere părți sociale pentru persoane fizice, modificare date asociați persoane fizice, potrivit datelor din hotărârea AGA din 30.10.2019, depunerea Actului Constitutiv actualizat.

Prin cererea de executare înregistrată la data de 17.10.2019 pe rolul Biroului Executorului Judecătoresc ..., reclamanta apelantă a solicitat înregistrarea cererii de executare silită și deschiderea dosarului de executare împotriva debitorilor B. SRL, F. SRL, C. şi E., pentru recuperarea sumei de 510.763,78 lei.

Prin încheierea emisă la data de 17.10.2019 de către Biroul Executorului Judecătoresc..., s-a dispus deschiderea dosarului de executare silită nr.812/2019 împotriva debitorilor B. SRL, C. şi E., în baza titlurilor executorii reprezentate de Contractul de credit revolving nr.5/03.10.2016, modificat şi completat prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobiliară nr. 5/03.10.2016, modificat şi completat prin acte adiţionale, inclusiv prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574703, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 07.10.2019, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574704, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 04.10.2019.

Prin încheierea dată în ședința Camerei de Consiliu la 30.10.2019 de Judecătoria Suceava în dosarul nr.../314/2019, s-a încuviințat executarea silită în baza titlurilor executorii reprezentate de Contractul de credit revolving nr.5/03.10.2016, modificat şi completat prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobiliară nr. 5/03.10.2016, modificat şi completat prin acte adiţionale, inclusiv prin Actul adiţional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574703, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 07.10.2019, Biletul la ordin seria şi nr. BRDE3AA 0574704, emis la 03.10.2016, scadent la 30.09.2019, refuzat la plată la data de 04.10.2019, împotriva debitorilor B. SRL, C. şi E., pentru obligația de plată a sumei de 510.763,78 lei.

Ceea ce prezintă obiect de divergență între apelanta reclamantă și pârâta-intimată este dacă în cauză sunt date condițiile nulității absolute a celor două hotărâri AGA din data de 28.10.2019, respectiv Hotărârea AGA din data de 30.10.2019, raportat la condițiile cauzei ilicite, frauda legii.

Curtea, reține că potrivit art. 132 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, hotărârile adunării generale contrare legii sau actului constitutiv pot fi atacate în justiţie, în termen de 15 zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, de oricare dintre acţionarii care nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra şi au cerut să se insereze aceasta în procesul-verbal al şedinţei, *iar potrivit alin. 3, când se invocă motive de nulitate absolută, dreptul la acţiune este imprescriptibil,* iar cererea poate fi formulată şi de orice persoană interesată.

În lege nu sunt prevăzute expres cazurile de nulitate absolută și cele de nulitate relativă, însă acestea au fost identificate în doctrină și jurisprudență ca fiind, cu titlu de exemplu: încălcarea formalităților de publicitate a convocării; identificarea greșită a acționarilor; cauza ilicită sau falsă a hotărârii adunării generale; încălcarea dispozițiilor imperative ale legii ori sunt contrare bunelor moravuri, etc.

Potrivit art. 1236 alin.1 N.C.civ. cauza trebuie să existe, să fie licită și morală iar potrivit alin. 2 cauza este ilicită când este contrară legii și ordinii publice.

Conform art. 1237 N.C.civ. cauza este ilicită și atunci când contractul este doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unei norme legale imperative, iar conform art. 1238 alin.2 N.C.civ. (2) cauza ilicită sau imorală atrage nulitatea absolută a contractului dacă este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia s-o cunoască.

Art. 1237 reglementează o particularitate a caracterului ilicit al cauzei, caracter ce se manifestă nu în legătură cu modul intrinsec de formare a contractului, întrucât respectivul contract este valabil încheiat, ci în legătură cu modul extrinsec de raportare a contractului față de incidența unei norme legale imperative. Prin reglementarea fraudei la lege, ca un caz special al ilicității cauzei, noul Cod civil surprinde un aspect dinamic al noțiunii de cauză și exterior, totodată, contractului din care face parte; este vorba despre o opțiune de politică legislativă de reglementare expresă a situației contractelor încheiate în vederea fraudării legii și care urmează a fi sancționate tot pe terenul cauzei, deoarece părțile folosesc contractul ca instrument de eludare a aplicării unor **norme imperative**.

Curtea reține că doctrina și jurisprundența au arătat că frauda la lege ar presupune două elemente: unul material, care constă în procedeul folosit și care, prin el însuși, nu este contrar legii și unul intelectual sau intențional, care constă în eludarea sau sustragerea de la aplicarea unui text de lege. Sau, mai pe scurt, frauda la lege nu este o încălcare directă a legii ci o nesocotire indirectă a ei.

Curtea reține însă că potrivit art. 1239 alin.2 N.C.civ. existența unei cauze valabile se prezumă până la proba contrară, astfel că sarcina răsturnării acestei prezumții în cauza de față revine apelantei reclamante.

Se reține că potrivit art. 202, 203 din Legea 31/1990 cesiunea părţilor sociale se poate face fie între asociaţi, fie față de persoane din afara societăţii.

În ipoteza cesiunii părţilor sociale între asociaţi, procedura presupune simpla aprobare a cesiunii în cadrul adunării generale a asociaţilor şi încheierea unui contract de cesiune între asociatul cedent şi asociatul cesionar, procedură rapidă, ce presupune înregistrarea documentelor la Registrul Comerţului, urmată de publicarea în Monitorul Oficial, transmiterea producând efecte față de terți numai din momentul înscrierii ei în registrul Comerțului-art. 203 alin.2 din Legea 31/1990.

Pe de altă parte, în ipoteza cesiunii de părţi sociale către persoane din afara societăţii, procedura de înregistrare la Registrul Comerţului durează ca întindere în timp, întrucât acest demers presupune două etape, respectiv depunerea a două dosare distincte. Într-o primă etapă, se înregistrează la Registrul Comerţului și, apoi se publică în Monitorul Oficial, hotărârea asociaţilor de vânzare a părţilor sociale. A doua etapă demarează doar după expirarea unui termen de 30 de zile de la publicarea în Monitorul Oficial a hotărârii asociaţilor prin care a fost aprobată cesiunea părţilor sociale.

În interiorul termenului de 30 de zile orice persoana interesată (în special creditorii societăţii prejudiciaţi prin hotărârea asociaţilor privind cesiunea de părţi sociale) poate formula opoziţie prin care să solicite instanţei de judecată să oblige, după caz, societatea sau asociaţii, fie la repararea prejudiciului cauzat, fie la atragerea răspunderii civile a asociatului care doreşte să transfere părţile sociale.

Astfel, raportat la dispozițiile art. 202 alin.2 și alin.2 ind.2 din Legea 31/1990 (forma în vigoare la data întocmirii celor două acte), în cazul cesiunii de părți sociale față de persoane din afara societății, transmiterea acestora va opera, în lipsa unei opoziții, la data expirării termenului de opoziție prevăzut la art. 62, iar dacă a fost formulată o opoziție, la data comunicării hotărării de respingere a acesteia.

Practic ceea ce diferă, între cele două proceduri este momentul producerii efectelor față de terți a hotărârii de cesiune părți sociale, respectiv al opozabilității față de terți. Pe de o parte, de la momentul înscrierii ei în Registrul Comerțului - art. 203 alin.2 din Legea 31/1990 în ipoteza cesiunii părţilor sociale între asociaţi, iar pe de altă parte, în cazul cesiunii de părți sociale către persoane din afara societății transmiterea acestora va opera, în lipsa unei opoziții, la data expirării termenului de opoziție prevăzut la art. 62, iar dacă a fost formulată o opoziție, la data comunicării hotărării de respingere a acesteia.

Curtea reține potrivit înscrisurilor de la dosarul cauzei că societatea pârâtă prin asociați a procedat de maniera atragerii mai întâi în societate a numitei D. potrivit Hotărârii AGA din data de 28.10.2019, prin care asociaţii societăţii B. SRL au decis majorarea capitalului social cu 10 lei –o parte socială şi cooptarea acestui nou asociat, D., urmată la data de 30.10.2019 de cesionarea de către asociatul E. a unui număr de 102.999 de părţi sociale, respectiv a cotei de 98% către noul asociat D., noua structură fiind: asociatul C. deţine 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al B. SRL, acesta având şi calitatea de administrator unic; asociatul E. deţine 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al B. SRL; asociatul D. deţine 103.000 de părţi sociale în valoare nominală totală de 1.030.000 lei reprezetând 98% din capitalul social al B. SRL.

Se susține astfel în mod neîntemeiat de către apelantă că procedând de maniera de mai sus, pârâta intimată a apelat la dispozițiile 205 și ale art. 202 alin.1 și 203 din Legea 31/1990, ocolind dispozițiile art. 202 alin.2 -202 alin.2 ind,2 și ind.4 și ale art. 62 din Legea 31/1990, privind modul de transmitere și momentul transmiterii părților sociale față de persoane din afara societății, ocolirea acestor dispoziții legale având drept scop mediat fraudarea intereselor terților interesați , printre care și creditorii pârâtei, în cazul de față apelanta reclamantă având demarată o executare silită față de pârâta cu care avea încheiate contracte de credit.

Practic frauda legii ar fi constat potrivit apelantei în cazul de față în folosirea unui mijloc legal, respectiv a dispozițiilor art. 205, 202 alin1 și 203 din Legea 31/1990 pentru ocolirea procedurii prevăzute de art. 202 alin.2 -202 alin.2 ind,2 și ind.4 și ale art. 62 din Legea 31/1990.

Curtea reține însă că chiar și în acest caz , nu se poate reține frauda la lege pentru că pârâta nu a încălcat o dispoziție legală imperativă, ci una supletivă și procedând de manierea respectivă ar putea să prejudicieze cel mult interesele economice particulare ale reclamantei creditoare, caz în care însă interesul încălcat nu este unul general ci unul particular al creditorului, fiind dată cel mult frauda creditorului dacă sunt date și condițiile creării sau măririi insolvabilității debitorilor reclamantei, iar nu frauda la lege.

Dreptul de opoziție al terților creditori societari față de operațiunea de transmitere a părților sociale prevăzut de art. 62 din Legea 31/1990, ocrotește un drept particular, un interes particular, cel al creditorilor prejudiciați, iar nu un interes general, public care ar fi atras sancțiunea nulității absolute, în cazul de față putând interveni cel mult nulitatea relativă însă față de limitele acțiunii reclamantei aceste aspecte nu pot fi verificate de către instanță în apel în cadrul apelului.

În acest sens, Curtea reține și jurisprudența invocată de apelantă, respectiv în materia profesioniștilor, frauda la lege a fost reținută într-un contract de vânzare-cumpărare având ca obiect acțiuni emise de o societate deschisă (tranzacționată pe o piață bursieră) cu nesocotirea dispozițiilor imperative ale legislației specifice pieței de capital referitoare la dobândirea unui procent semnificativ din acțiuni. S-a considerat că actul de vânzare-cumpărare este lovit de nulitate absolută, întrucât ambii pârâți cunoșteau împrejurarea că nu se puteau obliga să cumpere și respectiv să vândă acțiunile unei societăți deschise, deținute de un acționar semnificativ în afara cadrului legal reglementat de Legea nr. 52/1994, însă, de totală rea-credință au încheiat actul.

Or, ceea ce este diferit față de cazul de față în speța ilustrată este că vânzarea a operat în afara dispozițiilor legale imperative, respectiv în afara cadrului legislativ al tranzacțiilor pe o piață bursieră care exclud tranzacțiile comune. În cazul de față, vânzarea părților sociale în oricare din cele două proceduri, cea între acționari sau cea față de terțe persoane din afara societății, nu era prevăzută sub sancțiunea unei dispoziții legale imperative, ci doar trebuia efectuată cu respectarea dreptului de opoziție al terților interesați.

Mai mult, Curtea reține că în concret reclamanta era în termen pentru a formula opoziția prevăzută de art. 62 din Legea 31/1990 față de cele două hotărâri AGA, raportat la momentul publicării acestora în Monitorul Oficial și data prezentei acțiuni la fond, dar reclamanta nu a înțeles să uzeze de aceste dispoziții legale, ci a ales să uzeze de procedura prevăzută de art. 132 alin.2 din Legea 31/1990 ce presupune însă dovedirea cauzei ilicite și a fraudei la lege.

Ceea ce reclamă în concret apelanta reclamantă este că procedând de maniera de mai sus, pârâta i-a prejudiciat interesele de creditoare, intenția părților fiind de a scoate din masa bunurilor ce puteau fi urmărite și executate silit, părțile sociale ce aparțineau debitoarei asociat majoritar E. prin transmiterea acestora către o parte interpusă respectiv D.

Reclamanta apelantă susține că pârâta procedând conform celor două hotărâri AGA i-a încălcat dreptul la executare silită, restrângând astfel posibilitatea reală de executare silită a părților sociale.

Or, ceea ce reclamă apelanta este încălcarea unui interes particular nu a unuia general, pentru care dacă sunt întrunite condițiile intervine sancțiunea inopozabilității actului față de creditor, iar nu nulitatea absolută a actului, fiind de reținut însă că, deși pârâta a efectuat apărări și pe condițiile acţiunii pauliene, reclamanta prin avocat ales a susținut expres în fața instanței că nu înțelege să se prevaleze de aceste dispoziții legale, ci doar de cele privind nulitatea absolută grefată pe cauză ilicită-frauda legii.

Lipsa cauzei, determinată de lipsa scopului mediat potrivit Noului Cod Civil este sancționată cu anularea actului iar nu cu nulitatea acestuia, cum se întâmpla sub reglementarea Vechiului Cod civil, și din acest punct de vedere acțiunea reclamantei fiind nefondată.

S-a mai susținut că în cauză nu s-a făcut dovada plății prețului, dar neplata prețului nu este sancționată de C.civ. cu nulitatea absolută, ci implică aplicabilitatea altor dispoziții legale pe care însă apelanta reclamantă nu le-a invocat, apelul fiind judecat în limitele devolutive ale acțiunii și a ceea ce s-a apelat prin cererea de apel.

A mai susținut apelanta că pârâta, procedând în maniera celor două hotărâri AGA, a încălcat dispozițiile prevăzute de art. 14 şi art. 1.170 din Codul civil, privind buna-credinţă în executarea contractelor, precum şi art. 15 din Codul civil- abuzul de drept, dar Curtea reține că nici încălcarea acestor dispoziții nu e sancționată cu nulitatea absolută a actelor, ci cu atragerea răspunderii civile delictuale, aspect cu care însă instanța nu a fost învestită.

Nerespectarea dispozițiilor privind executarea silită de către pârâtă determină doar incidența sancțiunii nulității absolute a actelor de executare silită, iar nu a unui act încheiat între particulari. Mai mult, Curtea reține că apelanta creditoare nici nu a indicat care normă imperativă din cadrul titlului Executare Silită a fost încălcată de către intimată prin cele două hotărâri.

Față de cele de mai sus, Curtea reține că atitudinea pârâtei prin adoptarea celor două hotărâri, deși vădită pentru a limita posibilitățile de executare silită reală din partea creditoarei, lezează un interes particular al creditorilor, iar nu unul general al societății, sancțiunea nefiind nulitatea absolută, ci cel mult inopozabilitatea și răspunderea pentru prejudicii, aspecte cu care însă instanța nu a fost învestită pentru a le analiza și dispune.

Astfel, nefiind incidentă în cauză frauda la lege, Curtea în baza art. 480 C.pr.civ.va respinge ca nefondat apelul declarat.

2. **Natura juridică a nulităţii acordului de mediere consfinţit prin hotărâre judecătorească.**

**Rezumat:**

*Chestiunea esenţială disputată şi care se impune a fi tranşată în cauză este cea a naturii juridice a nulităţii acordului de mediere între reclamanta-apelantă prin asociat (intervenientă în interesul pârâtei intimate), în calitate de debitor şi pârâta-intimată, în calitate de creditor, prin administrator special. Împrejurarea că acesta a fost consfinţit prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă apare lipsită de relevanţă faţă de contextul procesual, caracterizat prin asumarea de către părţile litigante a caracterului admisibil al acţiunii*.

*Mecanismul desfiinţării actului subsecvent (acordul de mediere) se justifică şi se impune prin prisma faptului că asociata celor două părţi contractante s-a prevalat la încheierea acestuia de un drept de reprezentare a debitoarei stins anterior acelui moment, prin anularea actului iniţial – Hotărârea AGA, constituind astfel, în favoarea creditoarei un drept de creanţă, cu încălcarea condiţiilor cerute de lege. În raport de toate aspectele cauzei, văzând şi prevederile art.1246 alin.1 Cod civil, concluzia nevalabilităţii acordului de mediere disputat se impune cu necesitate şi în consens cu statuările definitive ale hotărârilor judecătoreşti prin care s-a constatat nulitatea Hotărârii AGA ce conferea reprezentantului reclamantei la încheierea acordului de mediere calitatea de administrator cu puteri depline al societăţii şi, respectiv, a fost respinsă, ca nefondată, cererea de obligare a reclamantei din prezenta cauză la plata sumelor reprezenatând plată nedatorată, soluţia contrară încălcând principiul efectului pozitiv al lucrului judecat, ceea ce nu poate fi primit.*

*Cu referire la natura nulităţii, Curtea apreciază că, faţă de întreg probatoriul administrat în cauză şi de prevederile cu valoare de principiu ale art.1169,1170 şi 1270 alin.1 din Codul Civil, nulitatea disputată de părţile litigante este una absolută şi nu una relativă, cum în mod eronat a apreciat prima instanţă.*

*Curtea reţine, în primul rând, că principiul libertăţii contractuale impune părţilor obligaţia manifestării cu bună-credinţă, în limitele impuse de lege, de ordinea publică şi bunele moravuri; în al doilea rând, că potrivit art. 1247 alin. 1 Cod civil, ,,este nul contractul încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes general”, iar în conformitate cu prevederile art.1250 Cod civil, ,,contractul este lovit de nulitate absolută în cazurile anume prevăzute de lege, precum și atunci când rezultă neîndoielnic din lege că interesul ocrotit este unul general”; în al treilea rând, că reglementarea instituţiei nulităţii virtuale a fost justificată de legiuitor pe ideea atingerii scopului dispoziţiilor legale încălcate, respectiv a unor norme prohibitive în al căror conţinut nu este precizată sancţiunea nerespectării lor. Astfel, potrivit art.1253 Cod civil, ,, în afara cazurilor în care legea prevede sancțiunea nulității, contractul se desființează și atunci când sancțiunea nulității absolute sau, după caz, relative trebuie aplicată pentru ca scopul dispoziției legale încălcate să fie atins”.*

*Doctrina de specialitate s-a exprimat cvasiunanim în sensul că, în vederea distingerii între nulitatea virtuală absolută şi nulitatea virtuală relativă, nu este suficientă recurgerea la precizarea finală a art.1253- atingerea scopului dispoziţiei legale încălcate- deoarece aceasta nu reprezintă un criteriu de clasificare a nulităţilor, ci o justificare a caracterului virtual al nulităţii în general, ca sancţiune de drept civil, ci trebuie aplicat criteriul legal al naturii interesului vizat prin norma juridică încălcată.*

*În speţă, este în afara oricăror ambivalenţe faptul că părţile au încheiat acordul în litigiu cu încălcarea prevederilor art.209 alin.1 şi 2, art. 1309 alin.1 Cod civil şi ale art. 197 alin.1, art. 54 alin.1 şi art. 55 alin.1 din Legea societăţilor nr.31/1990, care reglementează prin norme cu caracter imperativ, dar fără prevederea expresă a vreunei sancţiuni, modalitatea de reprezentare a societăţii şi consecinţele acestei manifestări în planul relaţiilor juridice cu terţii, dintre aceştia din urmă doar cei de bună-credinţă fiind ocrotiţi de teoria mandatului aparent.*

*În opinia Curţii, interesul ocrotit prin edictarea acestor norme este unul general, în condiţiile în care administratorul societăţii reprezintă practic voinţa socială formată în organul colectiv, deliberativ reprezentat de AGA, scopul reglementărilor fiind tocmai protejarea consimţământului asociaţilor şi acordarea posibilităţii acestora să-şi exteriorizeze voinţa la modul real şi efectiv, iar nu iluzoriu sau fictiv, cu respectarea ordinii publice şi a bunei-credinţe, fiind evident că, din această perspectivă, interesul acestora se confundă cu interesul general al societăţii. Cu alte cuvinte, acordul de mediere contestat este lovit de o nulitate absolută, chiar dacă această sancţiune este subînţeleasă, virtuală.*

(Decizia nr. 374 din 29.12.2010, dosar nr. 3117/86/2019)

**Hotărârea:**

Asupra apelului de faţă constată căprin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava, Secţia a II-a Civilă la data de 22.10.2019 sub nr. ..../86/2019, reclamantaSCA. S.R.L, în contradictoriu cu pârâta SC B. SRL, în temeiul art. 1254 alin. 1 şi 2 Cod civil, art. 1247 Cod civil, art. 1250 Cod civil, art. 1204 Cod civil, prin raportare la prevederile art. 94 pct. 1 Cod procedură civilă, a solicitat constatarea nulității absolute a Acordului de mediere nr. 7 din 11.05.2014 încheiat între SC A. SRL și SC B. SRL, consfințit prin sentința nr. 500 din 04.06.2014 de Judecătoria Vatra Dornei în dosarul nr. ../334/2014, cu consecința desființării actelor juridice subsecvente încheiate în baza acestuia.

În motivarea acţiunii, reclamanta a arătat, în esenţă, că între SC B. SRL și SC A. SRL s-a încheiat Acordul de mediere nr. 7 din 11.05.2014 la Biroul de Mediator RV.

În cadrul încheierii acestui contract, C. a reprezentat SC A. SRL, aceasta deținând atât calitatea de asociat în această societate, cât și calitatea de asociat cu 90% din părţile sociale în SC B. SRL; începând cu data de 15.06.2013 pârâta SC B. SRL se află în insolvenţă.

Acordul de mediere s-a încheiat între pretinsul creditor SC B. SRL, prin administrator special D. și pretinsul debitor SC A. SRL, reţinându-se că „*subscrisele suntem de acord cu stingere raporturilor de creanță existente între părți, prin recunoașterea debitului în sumă de 4.931.659,22 lei pe care A. SRL îl are față de B. SRL”*

Ulterior, prin Sentința civilă nr. 500 din 04.06.2014 pronunțată de Judecătoria Vatra Dornei, a fost consfințită învoiala părților astfel cum a fost concretizată în Acordul de mediere nr. 7 din data de 11.05.2014 al Biroului de Mediator RV, în baza prevederilor art. 58 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator.

În temeiul acordului de mediere menţionat s-a demarat procedura executării silite împotriva reclamantei, pentru presupusul debit în cuantum de 4.931.659,22 lei, *,,recunoscut”* de către SC A. SRL prin același acord de mediere. În acest sens a fost întocmit Dosarul execuțional nr. 136/a/2014 al BEJA E.

Pe de o parte, împotriva executării silite demarate în cadrul dosarului execuțional a fost formulată de către asociatul SC A. SRL, domnul F., contestație la executare fiind constituit dosarul nr. ../334/2018. În cadrul acestui dosar, a fost dispusă suspendarea executării silite prin hotărârea nr. 518/2019 din 29.05.2019 pronunțată de către Tribunalul Suceava.

Pe de altă parte, în dosarul nr. ../334/2014, societatea A. SRL a formulat recurs împotriva Sentinței civile nr. 500/04.06.2014 pronunțată de Judecătoria Vatra Dornei pentru motive procedurale, în conformitate cu prevederile art. 440 Cod procedură civilă. Reclamanta a arătat că, a valorificat cu prioritate calea de atac a recursului împotriva acestei sentințe de consfințire, pentru motive procedurale, înainte de a recurge la calea unei acțiuni principale pentru anularea acordului de mediere pentru motive de nulitate absolută; că, SC A. SRL a fost înființată în 2007, avându-l ca asociat unic și administrator pe F.. În data de 05.10.2010, C. a devenit asociat în societate cu 45% din capitalul social, iar F. asociat cu 55% din capitalul social și administrator cu puteri depline; în data de 5.01.2012 s-a majorat capitalul social, iar C. a devenit asociat cu 49% din capitalul social, F. rămânând deținătorul a 51% din părțile sociale și administrator cu puteri depline, iar conform actului constitutiv, administratorul poate fi schimbat doar în cadrul unei hotărâri AGA (cu unanimitate de voturi); ignorând aceste prevederi ale actului constitutiv, în încercarea de a prelua abuziv controlul asupra societății A. SRL, C. a convocat, cu încălcarea prevederilor legale și statutare, o adunare generală a asociaților (fără a transmite invitația asociatului majoritar F.) și a adoptat o hotărâre prin care s-a numit administrator al SC A. SRL (Hotărârea AGA a SC A. SRL din data de 28.08.2013); Hotărârea AGA A. SRL din 28.08.2013 a fost anulată definitiv prin decizia nr. 99/06.05.2014 pronunțată de către Curtea de Apel Suceava în dosarul nr. 9755/86/2013; ulterior, C. în pofida faptului că nu mai avea calitatea de reprezentant legal al SC A. S.R.L a încheiat acordul de mediere contestat, prin care A. îşi asumă în calitate de debitor o datorie în cuantum de 4.931.659,22 lei față de B. SRL; că, numita C. deținea și deține 90% din părțile sociale la SC B. SRL şi că, interesul patrimonial al acesteia în încheierea Acordului de mediere este evident, frauda fiind dovedită; dincolo de evidentul conflict de interese, la data încheierii Acordului de mediere o instanță de judecată statuase cu titlu de autoritate de lucru judecat că numirea administratorului A. s-a realizat în mod ilegal, actul de numire fiind anulat - C. neavând atribuții de reprezentare a societății A. SRL; în consecință, C. nu putea să semneze un act care să angajeze societatea A. SRL la recunoaşterea unei datorii faţă de o societate în care, aceeași C. deținea 90% din părțile sociale; mai mult, prin decizia nr. 307 din 22.10.2014 a Curții de Apel Suceava, pronunțată în dosarul nr. ../86/2013, instanța a menținut soluția pronunțată de către Tribunalul Suceava, prin care acesta a respins, ca nefondată, cererea de obligare a societății A. la plata sumei de 3.215.263,08 lei cu titlu de plată nedatorată, precum și cererea de obligare a societății A. la plata sumei de 1.734.892,11 lei cu titlu de contravaloare facturi emise și neachitate.

S-a apreciat că o hotărâre de expedient care consfințește învoiala părților în temeiul art. 438 Cod procedură civilă nu face decât să confere tranzacției forța probantă a unui înscris autentic înzestrat cu forță executorie. Aceasta nu se bucură de autoritate de lucru judecat, motivul, evident, fiind lipsa unei judecăți pe fond a litigiului prin care instanța să tranșeze chestiuni litigioase.

Din această perspectivă, s-a solicitat a se reţine efectele limitate pe care le produce Sentința civilă nr. 500/4.06.2014 a Judecătoriei Vatra Dornei. Și, întrucât tranzacția este rezultantul acordului de voință al părților, chiar consemnat fiind într-o hotărâre judecătorească, aceasta poate face obiectul unei acțiuni în nulitate, în rezoluțiune sau reziliere.

În drept, au fost invocate prevederile legale indicate în conţinutul cererii de chemare în judecată.

În susţinerea acţiunii, reclamanta a adepus la dosar o serie de înscrisuri.

*Pârâta SC B. SRL a formulat întâmpinare,* prin care a solicitat instanţei respingerea acţiunii, ca nefondată.

În apărare, pârâta a invocat *excepţia insuficientei timbrări* a cererii introductive, *excepţia lipsei dovezii calităţii de reprezentant, excepţia inadmisibilităţii* cererii de chemare în judecată, *excepţia prescripţiei dreptului la acţiune* şi, în final, caracterul nefondat al pretenţiilor deduse judecăţii.

În susţinere, pârâta a arătat, în esenţă, că persoana care a semnat împuternicirea avocaţială nu are dreptul de a reprezenta legal A. SRL şi deci, nu putea angaja, în numele reclamantei, un avocat pentru promovarea acestui demers; că reclamanta nu avea un drept de opţiune între a promova o acţiune întemeiată pe dreptul comun, în nulitate absolută/anulare şi calea procedurii speciale conferită de art.59 alin.2 din Legea nr.192/2006, respectiv recursul împotriva sentinţei civile nr. 500/04.06.2014 a Judecătoriei Vatra Dornei (dosar nr.../334/2014); că, motivele invocate de reclamantă în susţinerea cererii se circumscriu unei nulităţi relative şi nu absolute, împrejurare de natură să antreneze incidenţa excepţiei prescripţiei dreptului la acţiune, termenul legal general fiind împlinit. Pe fondul cauzei, a arătat că, pe de o parte, la data semnării acordului de mediere în discuţie, decizia nr. 99/06.05.2014 a Curţii de Apel Suceava- Secţia a II-a Civilă nu-şi produsese efectele, nefiind comunicată şi depusă la Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul Suceava, iar pe de altă parte că plăţile făcute de SC B. SRL către reclamanta SC A. SRL nu au avut un fundament legal, prin acordul contestat încercându-se să se aducă o reparaţie din această perspectivă.

*La data de 17.09.2020, a fost depusă la dosar o cerere de intervenţie accesorie în favoarea pârâtei SC B. SRL, de către doamna C.,* prin care aceasta a solicitat admiterea excepţiilor invocate de către pârâtă şi, pe fond, respingerea acţiunii, ca nefondată, reiterând, în esenţă, susţinerile din cuprinsul întâmpinării.

*Prin încheierea din 23.06.2020, prima instanţă luând act că pârâta nu insistă în excepţia de netimbrare a cererii, a admis în principiu cererea de intervenţie accesorie formulată de doamna C. şi a respins excepţia lipsei calităţii de reprezentant invocată de pârâtă.*

*Prin sentinţa civilă nr. 66 din data de 07 iulie 2020 pronunţată în dosarul nr. 3117/86/2019, Tribunalului Suceava- Secţia a II-a Civilă* arespins, ca nefondată, excepția inadmisibilității cererii reclamantei A. SRL, invocată de pârâta SC B. SRL şi intervenienta accesorie C.

A admis excepţia prescripţiei dreptului la acţiune, excepţie ridicată de pârâta SC B. SRL şi intervenienta accesorie C..

A respins cererea de anulare a acordului de mediere nr. 7 din 11.05.2014, încheiat între A. SRL şi B. SRL şi a actelor subsecvente încheiate în baza acestuia, formulată de reclamanta A. SRL, ca fiind prescris dreptul la acţiune.

*Pentru a hotărî astfel, în ceea ce priveşte excepţia inadmisibilităţii cererii*, instanţa de fond a considerat că, aspectele invocate de pârâta SC B. SRL şi intervenienta accesorie C. sunt de ordin procedural, astfel că nu se subsumează analizării condiţiilor de fond privind încheierea acordului, cum ar fi existenţa consimţământului, viciile de consimţământ, cauza şi obiectul acordului de mediere ca şi convenţie intervenită între părţi.

A considerat judecătorul fondului că, astfel de chestiuni de formă sau de fond fac obiectul unei analize potrivit prevederilor art. 1178 -1260 Cod civil privind încheierea şi/sau nulitatea contractului.

*Cu privire la excepţia prescripţiei dreptului la acţiune,* instanţa de fond a considerat că, pentru a putea fi invocată nulitatea absolută, norma încălcată trebuie să privească un interes general, aspect care trebuie să rezulte *neîndoielnic* din lege potrivit art. 1250 Cod civil. Prin urmare, s-a apreciat că este vorba despre o nulitate relativă în sensul art. 1248, raportat la art. 1251 Cod civil.

Potrivit dispoziţiilor art.2157 Cod civil, instanţa de fond a constatat că termenul de prescripţie este de 3 ani şi a început să curgă la data de 11.05.2014, împlinindu-se la data de 11.05.2017, anterior formulării cererii.

*Împotriva acestei hotărâri, în termen legal, a declarat apel reclamanta SC A. SRL,* solicitând admiterea apelului aşa cum a fost formulat, în sensul constatării nulităţii Acordului de mediere nr.7 din 11.05.2014, respectiv a sentinţei civile nr.500/04.06.2014 pronunţată de Judecătoria Vatra Dornei.

S-a criticat faptul că, judecătorul fondului a aplicat greşit prevederile art.54 alin.1 şi art.55 alin.1 din Legea nr.31/1990 întrucât, în pofida menţiunilor din Registrul Comerţului, reglementarea exceptează de la protecţia prin mecanismul mandatului aparent pe terţii care nu sunt de bună - credinţă.

Or, pentru că SC B. SRL era deţinută în control şi în administrare faptică de către C. (asociat cu 90% din părţile sociale), societatea cunoştea sau trebuia să cunoască faptul că propriul administrator a fraudat procesul de numire în funcţia de administrator al SC A. SRL.

Întrucât C. controla efectiv orice demers decizional în cadrul societății pârâte, coroborat cu faptul că tot aceasta a preluat controlul în cadrul SC A. SRL cu scopul de a recunoaște o datorie pe care de altfel Curtea de Apel Suceava nu i-a validat-o juridic, terțul devine de rea-credință din momentul cunoașterii realității (28.08.2013 sau 06.05.2014) și deci nu se poate prevala în favoarea sa de publicitatea din ORC de la data încheierii actului (11.05.2014).

S-a arătat că, sub aparența legitimității conferită de mențiunea veche din ORC, la interval de 4 zile de la data pronunțării soluției în dosarul nr. 9755/86/2013 de către Curtea de Apel Suceava, C. s-a prezentat ca și reprezentant legal al SC A. SRL și a încheiat la mediator, într-o zi de duminică (11.05.2014), un acord de recunoaștere cu societatea pe care o deține în proporţie de 90% din părțile sociale și o controlează efectiv, SC B. SRL.

Nu în ultimul rând, relevant este și faptul că C. s-a numit administrator de drept al SC A. SRL în data de 28.08.2013 și, în aceeași dată, C., în calitate de asociat majoritar cu 90% al SC B. SRL a numit-o în calitate de administrator special la B. SRL pe D., administratorul semnatar al Acordului de mediere în numele și pe seama SC B. SRL.

În aceste condiții, pentru că dispozițiile art. 54 alin. (1) și art. 55 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 nu sunt îndeplinite și deci teoria mandatului aparent nu este aplicabilă, SC B. SRL nu poate opune societății A. SRL credința sa legitimă ca fiind creatoare de drept. SC B. SRL este un terț de rea-credință care a cunoscut pe multiple căi despre faptul că propriul administrator de fapt și asociat cu 90%, nu este administrator legal al SC A. SRL.

Cu privire la motivul de nulitate absolută care lovește Acordul de mediere nr. 7 din 11.05.2014, aspect care atrage caracterul imprescriptibil al dreptului material la acțiune, precum și incidența dispozițiilor art. 1254 alin. (2) Cod civil, s-a criticat faptul că, judecătorul fondului a trecut peste aceste dispoziții și a încălcat şi pe cele ale art. 432 Cod procedură civilă, prin raportare la Decizia Curții de Apel Suceava nr. 99/06.05.2014 pronunțată în dosarul nr. ../86/2013 omiţând, pur și simplu, să aplice dispozițiile textului de lege care consacră desființarea actelor subsecvente.

S-a apreciat că, prima instanţă a adăugat nepermis la lege, invocând condiții pe care legea nu le reglementează. Însuși sensul prevederilor art. 1254 alin. (2) Cod civil este tocmai de a permite desființarea unor acte lipsite de o condiție esențială urmare a anulării actului precedent; atât timp cât hotărârea AGA a SC A. SRL este lovită de nulitate absolută, în temeiul prevederilor art. 1250 şi art. 1257 alin. 2 Cod civil și Acordul de mediere este lovit de nulitate absolută, desființarea subsecventă fiind o consecință obligatorie.

Așadar, nulitatea absolută a Acordului de mediere nr. 7/11.05.2014 este o consecință imperativă a efectelor obligatorii și de opozabilitate (efecte erga omnes, prevăzute de art. 435 Cod procedură civilă) ale Deciziei nr. 99/06.05.2014 pronunțate de Curtea de Apel Suceava, prin care se constată nulitatea absolută a Hotărârii AGA SC A. SRL din data de 28.08.2013, în temeiul prevederilor art. 1254 alin. (2) Cod civil, dar și o consecință directă a efectelor puterii de lucru judecat ale Deciziei nr. 307/22.10.2014 pronunțată de aceeaşi instanţă.

*Intervenienta C. a formulat întâmpinare, solicitând respingerea apelului, ca nefondat.*

S-a arătat, în esenţă, că problema de drept ce se cere a fi dezlegată vizează calificarea corectă a acţiunii în constatarea nulității acordului de mediere nr. 7 din 2014 încheiat între SC A. SRL și SC B. SRL, consfințit prin sentința civilă nr.500 din 04.06.2014 de către Judecătoria Vatra Dornei în cadrul dosarului 764/ 334/ 2014 .

A apreciat intervenienta că, este vorba despre o nulitate relativă pentru că procesele dintre persoanele care au calitatea de asociat atât la SC B. SRL, cât și la SC A. SRL privesc interese particulare ale asociaților și nu un interes general, de ordin public.

A mai precizat intervenienta că, suma menţionată în acordul de mediere este reală, are la bază un proces-verbal de inventar din anul 2013 şi figurează în contabilitatea celor două societăți.

S-a precizat că, C. era administrator legal al SC A. SRL la 11.05.2014, data semnării acordului de mediere, conform certificatului constatator eliberat de registrul comertului și depus la dosar. Astfel, în conformitate cu mențiunea ORC, C. a deținut calitatea de administrator până la data de 11.07.2017, situație față de care toate alegațiile reclamantei rămân fără obiect.

*SC A. SRL a depus răspuns la întâmpinare,* solicitând instanţei să respingă apărările avansate de către pârâtă şi să dispună admiterea apelului, aşa cum a fost formulat.

*Pârâta SC B. SRL şi intervenienta C.* au depus, la dosar, concluzii scrise, prin care au solicitat respingerea apelului formulat de *SC A. SRL,* ca nefondat.

***Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei atacate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a prevederilor art.476- 478 Cod procedură civilă care consacră efectul devolutiv al prezentei căi de atac, Curtea constată caracterul fondat al apelului, pentru următoarele considerente:***

*Cu titlu preliminar,* Curtea urmează a stabili limitele efectului devolutiv al apelului prin raportare la ceea ce s-a apelat şi respectiv, la ceea ce s-a supus judecăţii la prima instanţă.

Astfel, este de observat că, deşi în cauză s-a formulat o cerere de intervenţie accesorie în interesul pârâtei SC B. SRL de către doamna C., admisă în principiu de către prima instanţă prin încheierea de şedinţă din 23.06.2020, tribunalul a omis să se pronunţe asupra acesteia prin hotărârea dată asupra fondului, astfel încât, în condiţiile în care partea interesată nu a înţeles să uzeze în cadrul termenului de apel de instituţia ,,completării hotărârii” prevăzută de dispoziţiile art.444 Cod proc. civ., acest aspect nu va constitui motiv de analiză pentru instanţa de apel.

Totodată, întrucât maniera de soluţionare a excepţiei de inadmisibilitate a acţiunii în constatarea nulităţii, în sensul respingerii acesteia ca nefondată prin hotărârea supusă apelului, nu a constituit obiect de critică pentru pârâta SC B. SRL, respectiv intervenienta accesorie C., caracterul admisibil al acţiunii nu va constitui motiv de preocupare pentru instanţa de control judiciar, intrând în autoritatea de lucru judecat provizorie, prevăzută de art. 430 alin.4 Cod procedură civilă.

Aşadar, din perspectiva principiilor care jalonează soluţionarea căii de atac a apelului, văzând şi conţinutul criticilor invocate de reclamanta SC A. SRL în susţinerea căii de atac, care reiau, în esenţă, susţinerile formulate în faţa instanţei de fond, Curtea constată că are a verifica dacă acordul de mediere nr.7/11.05.2014, încheiat între reclamata -apelantă SC A. SRL în calitate de debitor şi pârâta-intimată SC B. SRL în calitate de creditor, consfinţit prin sentinţa civilă nr. 500/04.06.2014 a Judecătoriei Vatra Dornei, este lovit de nulitate absolută, ori este anulabil în termenul general de prescripţie prevăzut de art. 2517 Cod civil, calculat de la data încheierii acestuia, prin prisma cauzei juridice a acţiunii reprezentată de incidenţa principiului anulării actului juridic subsecvent/accesoriu, ca urmare a anulării actului juridic iniţial/ principal, coroborat cu lipsa voinţei sociale a reclamantei-apelante SC A. SRL de a contracta, dedusă din inexistenţa unui mandat de reprezentare a sa, în favoarea intervenientei C., la încheierea acordului în discuţie.

*Pe fondul apelului,* Curtea reţine că, faţă de cadrul procesual prestabilit atât sub aspect subiectiv, cât şi sub aspectul obiectului şi al cauzei, nu poate da eficienţă prevederilor art.248 alin.1 Cod procedură civilă, pronunţându-se cu prioritate asupra excepţiei de fond, peremptorii, a prescripţiei dreptului la acţiune al reclamantei, constatând că în speţă este incident alin.4 al aceluiaşi articol care permite unirea acesteia cu fondul cauzei, întrucât pentru soluţionare este necesară administrarea aceluiaşi material probator.

Astfel, chestiunea esenţială disputată şi care se impune a fi tranşată este, în opinia Curţii, cea a *naturii juridice a nulităţii* în ceea ce priveşte acordul de mediere nr.7 încheiat la data de 11.05.2014 între reclamanta-apelantă SC A. SRLprin asociat C. (intervenientă în interesul pârâtei intimate), în calitate de debitor şi pârâta-intimată SC B. SRL, în calitate de creditor, prin administrator special.

Împrejurarea că acesta a fost consfinţit prin sentinţa civilă nr.500/04.06.2014 a Judecătoriei Vatra Dornei, rămasă definitivă prin decizia nr.22/23.04.2019 a Tribunalului Suceava – Secţia a II-a Civilă, apare lipsită de relevanţă faţă de contextul procesual amintit, caracterizat prin asumarea de către părţile litigante a caracterului admisibil al acţiunii.

Trebuie, de asemenea, subliniat faptul că intervenienta accesorie C. deţinea la data încheierii acordului în discuţie -11.05.2014, o dublă calitate de asociat, respectiv atât la societatea reclamantă SC A. SRL (49 % din părţile sociale), cât şi la societatea pârâtă SC B. SRL (90% din părţile sociale), aspect necontestat în cauză.

Dacă pârâta intimată SC B. SRL, în insolvenţă, a fost reprezentată de administratorul special la încheierea acordului, interesele reclamantei-apelante au fost reprezentate de intervenienta accesorie C., care a înţeles ca, în dovedirea îndreptăţirii de a reprezenta societatea şi a calităţii de reprezentant al acesteia, să se prevaleze pe de o parte de Hotărârea AGA SC A. SRL din 28.08.2013 prin care, modificându-se actul constitutiv al societăţii, aceasta a fost desemnată ca administrator cu puteri depline alături de administratorul statuar iniţial F., iar pe de altă parte, de înscrierea acestei menţiuni la Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul Suceava.

La aceste premise, reţinute în debutul analizei naturii juridice a nulităţii actului juridic contestat prin prisma cauzei juridice a acţiunii, Curtea urmează a o adăuga pe cea creată de efectul pozitiv al lucrului judecat, consacrat de art. 431 alin. 2 Cod procedură civilă şi dedus din Decizia nr. 307/22.10.2014 a Curţii de Apel Suceava – Secţia a II-a civilă, rămasă definitivă prin respingerea recursului prin Decizia nr. 1322/12 mai 2015 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Secţia a II-a Civilă, între cele două litigii, derulate între aceleaşi părţi, existând, fără putinţă de tăgadă o identitate de materie litigioasă. Astfel, Curtea reţine că aspectul litigios consemnat şi rezolvat pe cale incidentală în actul jurisdicţional anterior, care nu poate fi ignorat în prezentul cadru procesual, se referă la ineficacitatea şi inopozabilitatea acordului de mediere contestat, deduse din împrejurarea că, la data încheierii – 11.05.2014, persoana semnatară a acestuia din partea reclamantei-apelante SC A. SRL (debitoarei), respectiv doamna C., nu mai avea calitatea de reprezentant statutar al societăţii, în considerarea deciziei nr. 99/06.05.2014 a Curţii de Apel Suceava – Secţia a II-a Civilă, anterioară acordului de mediere, care operează între părţi independent de realizarea formalităţilor legale de comunicare şi înregistrare a hotărârii la ORC.

Aşadar, aceste constatări tranşate cu putere de lucru judecat se impun în prezentul cadru procesual cu valoare de fundament al soluţiei, înlăturând posibilitatea realizării unei noi verificări jurisdicţionale.

Mai mult, contextul este de natură a evidenţia şi efectul pozitiv al lucrului judecat dedus din Decizia nr. 99/06.05.2014 a Curţii de Apel Suceava – Secţia a II-a Civilă, opozabilă părţilor, prin care s-a statuat definitiv în sensul nulităţii absolute a hotărârii AGA SC A. SRL din 28.08.2013, pentru încălcarea dispoziţiilor legale privind procedura convocării asociaţilor şi modalitatea de numire a administratorului societăţii în persoana doamnei C..

Astfel, prin Hotărârea a cărei nulitate absolută a fost constatată, din 28.08.2013, asociata C. (actuala intervenientă accesorie) a propus şi votat numirea sa în funcţia de administrator cu puteri depline al SC A. SRL, alături de administratorul statutar iniţial F.

Este unanim recunoscut în doctrina şi jurisprudenţa în materie faptul că, efectele aplicării sancţiunii nulităţii, respectiv ale desfiinţării unui act juridic încheiat cu încălcarea dispoziţiilor legale referitoare la condiţiile sale de validitate, constau în lipsirea actului civil de consecinţele contrare normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă şi presupun desfiinţarea retroactivă a actului juridic primar, restituirea prestaţiilor efectuate în baza acestuia, precum şi desfiinţarea actului juridic subsecvent, expresie a principiilor *quod nullum est nullum producit effectum; resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* şi *restitutio in integrum.*

Prin raportare la Hotărârea AGA SC A. SRL din 28.08.2013, anulată definitiv în instanţă, aplicarea acestor principii se concretizează practic în anularea actului constitutiv actualizat al societăţii - cu referiri la noua structură administrativă, precum şi în anularea înregistrării menţiunii acestuia la ORC.

Parcurgând în continuare demersul argumentativ logico-juridic, în scopul tranşării chestiunii supuse atenţiei în speţă, Curtea este în măsură să constate că:

1. la încheierea acordului de mediere nr. 7/11.05.2014, reclamanta-apelantă SC A. SRL nu a fost reprezentată de administratorul statutar – F.;
2. pseudoreprezentarea SC A. SRL de către intervenienta C., în condiţiile anulării anterioare a fundamentului raportului juridic de reprezentare pretins – Hotărârea AGA din 28.08.2013, echivalează practic cu o lipsă a reprezentării, respectiv cu o neangajare a răspunderii sociale a societăţii urmare a neasumării obligaţiilor stabilite în cuprinsul acordului, întrucât nu fost conturată şi exprimată o voinţă socială în acest sens; deoarece obligaţia SC A. SRL, de stingere a raporturilor de creanţă, prin recunoaşterea debitului faţă de SC B. SRL nu a fost valabil asumată, obligaţia corelativă a acestia din urmă, de stingere a aceloraşi raporturi de creanţă, apare lipsită de cauză;
3. în absenţa mandatului de reprezentare, intervenienta C. a exteriorizat la încheierea acordului, voinţa personală a unui nonreprezentant, străină de *affectio societatis,* fără intenţia reală şi legitimă de a produce efecte juridice în numele şi pe seama debitoarei SC A. SRL; altfel spus, împrejurarea echivalează practic cu neîncheierea acordului în discuţie între cele două societăţi;
4. decizia nr. 99/06.05.2014 a Curţii de Apel Suceava – Secţia a II-a Civilă, de constatare a nulităţii Hotărârii AGA SC A. SRL din 28.08.2013, ce conferea intervenientei C. calitatea de administrator cu puteri depline al societăţii, este obligatorie, potrivit art. 435 alin. 1 Cod procedură civilă, între părţi – SC A. SRL şi C., fiind opozabilă acestora independent de realizarea formalităţilor legale vizând revenirea la forma iniţială a actului constitutiv, precum şi pârâtei SC B. SRL (la care C. era asociată cu 90 % din părţile sociale) în condiţiile alin. 2 al aceluiaşi articol, dovada contrară nefiind făcută în cauză, împrejurare de natură să înlăture prezumţia de bună-credinţă a intimatelor la încheierea acordului, justificată de acestea prin neînscrierea la ORC a menţiunii de anulare a calităţii de administrator statuată în favoarea intervenientei C.

Constatările Curţii sunt susţinute şi de argumente de text deduse din următoarele prevederi legale:

* art. 209 alin. 1 şi 2 Cod civil *„(1) Persoana juridică îşi exercită drepturile şi îşi îndeplineşte obligaţiile prin organele sale de administrare, de la data constituirii lor.*

*(2) Au calitatea de organe de administrare, în sensul alin. (1), persoanele fizice sau persoanele juridice care, prin lege, actul de constituire sau statut, sunt desemnate să acţioneze, în raporturile cu terţii, individual sau colectiv, în numele şi pe seama persoanei juridice.”*

- art. 197 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 *„Societatea este administrată de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați, numiți prin actul constitutiv sau de adunarea generală.”*

- art. 54 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 „*După efectuarea formalităților de publicitate în legătură cu persoanele care, ca organe ale societății, sunt autorizate să o reprezinte, societatea nu poate opune terților nicio neregularitate la numirea acestora, cu excepția cazului în care societatea face dovada că terții respectivi aveau cunoștință de această neregularitate.”*

- art. 55 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 *„În raporturile cu terții, societatea este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă aceste acte depășesc obiectul de activitate al societății, în afară de cazul în care ea dovedește că terții cunoșteau sau, în împrejurările date, trebuiau să cunoască depășirea acestuia ori când actele astfel încheiate depășesc limitele puterilor prevăzute de lege pentru organele respective. Publicarea actului constitutiv nu poate constitui, singură, dovada cunoașterii.”*

Această din urmă soluţie legislativă a fost consacrată şi prin dispoziţiile art. 1309 alin. 1 Codul Civil, potrivit cărora *„Contractul încheiat de persoana care acţionează în calitate de reprezentant, însă fără a avea împuternicire sau cu depăşirea puterilor conferite, nu produce efecte între reprezentat şi terţ.”.*

De remarcat sunt şi *considerentele Deciziei nr. 24/6.11.2017 pronunţată în interesul legii de către ÎCCJ (dosar nr. 1699/1/2017)* care, deşi vizează interpretarea şi aplicarea unitară a altor texte legale incidente în materia administrării societăţilor, statuează în sensul că administratorul cu puteri de reprezentare este purtătorul voinţei sociale, de vreme ce prin intermediul său, societatea se manifestă în planul relaţiilor juridice ca subiect de drept; angajarea societăţii în raporturile cu terţii se subordonează ideii de ocrotire a terţilor de bună-credinţă, reflectată în legislaţia internă în dispoziţiile art. 54 şi 55 din Legea nr. 31/1990; stabilirea măsurii în care un terţ este sau nu de bună-credinţă - şi astfel, poate fi ocrotit sau nu - este atributul exclusiv al instanţelor de judecată, care vor aprecia în funcţie de particularităţile fiecărei situaţii; în condiţiile lipsei unui mandat, terţii de bună-credinţă sunt ocrotiţi, devenind aplicabilă teoria mandatului aparent.

Faţă de cele ce preced, luând în considerare şi particularităţile concrete ale speţei, Curtea constată că numai aparent asistăm la invocarea mai multor motive de nulitate a acordului contestat, contrar celor reţinute de prima instanţă care a procedat la o analiză distinctă a acestora. În realitate, observăm o interdependenţă a cauzelor de nulitate circumscrise cauzei juridice a acţiunii, astfel încât acestea trebuie tratate în mod unitar şi indisolubil, ca decurgând una din cealaltă. Cu alte cuvinte, nulitatea Hotărârii AGA a SC A. SRL din 28.08.2013 a fost cauza şi a determinat în mod direct şi nemijlocit (pe lângă desfiinţarea actului constitutiv actualizat şi a înregistrării acestuia la Oficiul Registrului Comerţului) lipsa reprezentării societăţii la încheierea acordului care astfel, practic, nu s-a angajat în aşa-zisul contract de recunoaştere a datoriei sale.

Aşadar, *principiul anulării actului subsecvent, ca urmare a anulării actului iniţial* acţionează în cauză de o manieră intrinsecă între cauzele de nulitate a acordului, circumscrise în ansamblu, după cum s-a arătat, cauzei juridice a acţiunii, echivalând cu împrejurarea că intervenienta C. nu a avut niciodată calitatea de reprezentant al debitoarei-reclamante SC A. SRL, nulitatea operând retroactiv, respectiv de la adoptarea Hotărârii -28.08.2013, aspect cunoscut de creditoarea SC B. SRL.

În acelaşi timp, dintr-o perspectivă extrinsecă tuturor acestor cauze privite la modul general, ca un tot unitar, aplicarea principiului evocat presupune repunerea părţilor în situaţia anterioară, deziderat care nu poate fi conceput în lipsa desfiinţării actului subsecvent încheiat de una din părţile actului iniţial cu un terţ (în speţă, SC B. SRL), prin care s-a constituit un drept în strânsă legătură cu dreptul născut din actul nul.

Altfel spus, mecanismul desfiinţării actului subsecvent (acordul de mediere) se justifică şi se impune prin prisma faptului că, asociata celor două părţi contractante – C. s-a prevalat la încheierea acestuia de un drept de reprezentare a debitoarei stins anterior acelui moment, prin anularea actului iniţial – Hotărârea AGA din 28.08.2013, constituind astfel, în favoarea creditoarei un drept de creanţă, cu încălcarea condiţiilor cerute de lege.

În raport de toate aspectele reţinute, văzând şi prevederile art.1246 alin.1 Cod civil, *concluzia nevalabilităţii acordului de mediere* disputat se impune cu necesitate şi în consens cu statuările definitive ale deciziilor nr.99/06.05.2014 şi, respectiv, nr.307/22.10.2014 ale Curţii de apel Suceava – Secţia a II-a Civilă, soluţia contrară încălcând principiul efectului pozitiv al lucrului judecat, ceea ce nu poate fi primit.

Cu referire la natura nulităţii, Curtea apreciază că, faţă de întreg probatoriul administrat în cauză şi de prevederile cu valoare de principiu ale art.1169,1170 şi 1270 alin.1 din Codul Civil, *nulitatea disputată de părţile litigante este una absolută şi nu una relativă*, cum în mod eronat a apreciat prima instanţă.

În argumentare, instanţa de control judiciar, va reţine, în primul rând, că principiul libertăţii contractuale impune părţilor obligaţia manifestării cu bună-credinţă, în limitele impuse de lege, de ordinea publică şi bunele moravuri; în al doilea rând, că potrivit art. 1247 alin. 1 Cod civil, *,,este nul contractul încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes general”*, iar în conformitate cu prevederile art.1250 Cod civil, ,,*contractul este lovit de nulitate absolută în cazurile anume prevăzute de lege, precum și atunci când rezultă neîndoielnic din lege că interesul ocrotit este unul general”;* în al treilea rând, că reglementarea instituţiei *nulităţii virtuale* a fost justificată de legiuitor pe ideea atingerii scopului dispoziţiilor legale încălcate, respectiv a unor norme prohibitive în al căror conţinut nu este precizată sancţiunea nerespectării lor. Astfel, potrivit art.1253 Cod civil, *,, în afara cazurilor în care legea prevede sancțiunea nulității, contractul se desființează și atunci când sancțiunea nulității absolute sau, după caz, relative trebuie aplicată pentru ca scopul dispoziției legale încălcate să fie atins”.*

Doctrina de specialitate s-a exprimat cvasiunanim în sensul că, în vederea distingerii între nulitatea virtuală absolută şi nulitatea virtuală relativă, nu este suficientă recurgerea la precizarea finală a art.1253- atingerea scopului dispoziţiei legale încălcate- deoarece aceasta nu reprezintă un criteriu de clasificare a nulităţilor, ci o justificare a caracterului virtual al nulităţii în general, ca sancţiune de drept civil, ci trebuie aplicat criteriul legal al naturii interesului vizat prin norma juridică încălcată.

În speţă, este în afara oricăror ambivalenţe faptul că părţile au încheiat acordul în litigiu cu încălcarea prevederilor art.209 alin.1 şi 2, art. 1309 alin.1 Cod civil şi ale art. 197 alin.1, art. 54 alin.1 şi art. 55 alin.1 din Legea societăţilor nr.31/1990, care reglementează prin norme cu caracter imperativ, dar fără prevederea expresă a vreunei sancţiuni, modalitatea de reprezentare a societăţii şi consecinţele acestei manifestări în planul relaţiilor juridice cu terţii, dintre aceştia din urmă doar cei de bună-credinţă fiind ocrotiţi de teoria mandatului aparent.

În opinia Curţii, interesul ocrotit prin edictarea acestor norme este unul general, în condiţiile în care administratorul societăţii reprezintă practic voinţa socială formată în organul colectiv, deliberativ reprezentat de AGA, scopul reglementărilor fiind tocmai protejarea consimţământului asociaţilor şi acordarea posibilităţii acestora să-şi exteriorizeze voinţa la modul real şi efectiv, iar nu iluzoriu sau fictiv, cu respectarea ordinii publice şi a bunei-credinţe, fiind evident că, din această perspectivă, interesul acestora se confundă cu interesul general al societăţii. Cu alte cuvinte, acordul de mediere contestat este lovit de o *nulitate absolută*, chiar dacă această sancţiune este subînţeleasă, virtuală.

Soluţia se impune şi în raport de particularităţile cauzei şi cerinţele echităţii, consecinţele aplicării principiului anulării actului subsecvent/secundar, ca efect al anulării actului iniţial/ principal perpetuându-se şi în acest areal al silogismului juridic.

Astfel, apreciem că gravitatea neregularităţilor care au generat sancţiunea nulităţii absolute a Hotărârii AGA SC A. SRL din 28.08.2013, este de natură a constitui premisa unui grad ridicat de pericol social al modalităţii în care intervenienta C., sub aparenţa legitimităţii conferită de vechea menţiune de la Oficiul Registrului Comerţului (neopozabilă părţilor contractante), a procedat la încheierea acordului, legătura dintre actul juridic iniţial/principal şi cel subsecvent/accesoriu fiind una de la mijloc la scop.

Altfel spus, intervenienta C., în mod fraudulos s-a prevalat de calitatea de administrator şi s-a substituit voinţei asociaţilor, excluzând astfel din sfera ordinii de drept actul juridic încheiat, context care justifică incidenţa interesului general în restabilirea şi ocrotirea încrederii societăţii şi a securităţii circuitului civil general. Aceasta deoarece, protejarea dreptului la informare şi a dreptului la vot, a căror încălcare atrage sancţiunea nulităţii absolute, generează în mod obligatoriu o protecţie de aceeaşi natură a consimţământului asociaţilor şi, în consecinţă, a voinţei sociale care nu poate fi ignorată sau încălcată, interpretarea contrară fiind expresia unui nonsens juridic.

Apărările pârâtei şi ale intervenientei C. circumscrise teoriei mandatului aparent - succesibilă de a ocroti terţii de bună-credinţă, nu pot fi reţinute în cauză, fiind înlăturate pe de o parte, de efectul pozitiv al lucrului judecat dedus din Decizia nr.307/22.10.2014 a Curţii de Apel Suceava- Secţia a II-a Civilă rămasă definitivă, iar pe de altă parte, de ansamblul probator de natură să contureze, fără echivoc, incidenţa situaţiei de excepţie prevăzută de art.54 alin.1 şi art.55 alin.1 din Legea nr.31/1990, în sensul că, acestea au cunoscut şi chiar s-au folosit de neregularităţile pretinse, reaua-credinţă manifestă nefiind susceptibilă de a crea, în mod rezonabil, o aparenţă de drept. Din aceeaşi perspectivă şi apărarea contând în aceea că, la data încheierii acordului – 11.05.2014, decizia nr.99/06.05.2014 a Curţii de Apel Suceava nu fusese comunicată părţilor în condiţiile legii, urmează a fi înlăturată, neputând fi de natură a acoperi reaua-credinţă, cu atât mai mult cu cât, cu ocazia dezbaterilor asupra fondului cauzei respective, doamna C. a fost prezentă (după cum rezultă din cuprinsul încheierii din 29.04.2014 – dosar nr.9755/86/2013), iar pe de altă parte, în aplicarea prevederilor art.10 alin.1 Cod procedură civilă, se prezumă cunoaşterea de către părţi a modului de finalizare a procesului.

Faţă de cele ce preced, Curtea apreciază că în cauză, contrar celor reţinute de prima instanţă, acordul de mediere contestat este lovit de nulitate absolută, sancţiune imprescriptibilă potrivit art.1249 alin.1 Cod civil, împrejurare în raport de care, incidenţa excepţiei prescripţiei dreptului material la acţiune al reclamantei -apelante apare greşit reţinută de tribunal. Cum aspectul este de natură să echivaleze cu necercetarea fondului cauzei, devin aplicabile dispoziţiile art.480 alin.3 teza I Cod procedură civilă, referitoare la anularea hotărârii, vătămarea părţii - constând în pronunţarea unei hotărâri nefavorabile, neputând fi altfel înlăturată de instanţa de control judiciar.

În consecinţă, Curtea, găsind întemeiate criticile invocate, în temeiul art.480 alin.2 Cod procedură civilă, va admite apelul, cu consecinţa anulării, în parte, a sentinţei, în sensul că, menţinând modalitatea de soluţionare a excepţiei de inadmisibilitate a acţiunii, în rejudecare, va respinge excepţia prescripţiei, admiţând acţiunea, astfel cum a fost formulată.

Potrivit prevederilor art.451, 452, 453 alin.1 şi 455 Cod procedură civilă, culpa procesuală reţinându-se în sarcina intimatelor SC ,,B.” SRL şi C., ca părţi căzute în pretenţii, acestea vor fi obligate să plătească reclamantei-apelante SC,,A.” SRL, cheltuielile de judecată ocazionate de desfăşurarea procesului, în valoare totală de 52971 lei, reprezentând taxă judiciară de timbru din ambele faze procesuale, fiind lipsită de relevanţă împrejurarea că aceasta din urmă a beneficiat de facilitatea sub forma eşalonării plăţii, potrivit art.44 din OUG nr.80/2013.

**3. Șansa unui câștig vs. riscul unei pierderi. Dovada prejudiciului .**

***Rezumat*:**

*În ceea ce priveşte pierderea posibilităţii unei persoane de a realiza un câştig patrimonial sau de a evita o pagubă, trebuie demonstrat că prejudiciul nu este ipotetic, precum şi, valoarea economică certă ce ar constitui avantajul pierdut din cauza pierderii şansei. Așadar, pentru a putea obţine compensarea prejudiciului, victima va trebui să demonstreze faptul că a fost ratată o şansă reală şi serioasă, fiind aproape o certitudine că obiectivele propuse s-ar fi îndeplinit dacă nu ar fi intervenit evenimentul care a condus la ratarea şansei.*

(Decizia nr. 3 din 14 ianuarie 2021, dosar nr. 860/86/2019)

**Hotărârea:**

Prin sentinţa nr.109 din 20.08.2020, Tribunalului Suceava- Secţia a II-a Civilă:a respins, ca neîntemeiată, excepţia lipsei calităţii sale procesuale pasive, invocată de pârâtă; a admis în parte cererea de chemare în judecată formulată de reclamantul B., în contradictoriu cu pârâta SC A. SRL, intervenient forţat fiind C. şi a obligat pârâta la plata în favoarea reclamantului a sumei de 55.000 lei reprezentând daune materiale; a obligat pârâta la plata în favoarea reclamantului a sumei de 75.000 lei cu titlu de daune morale. În baza art. 18 din O.U.G. nr. 51/2008, a obligat pârâta la plata în favoarea statului a sumei de 3.360 lei reprezentând o parte proporţională căderii sale în pretenţii din taxa judiciară suportată ca urmare a admiterii cererii de ajutor public judiciar formulată de reclamant sub forma scutirii, conform Încheierii din data de 31.05.2019 pronunţată în dosarul nr. ../86/2019. În baza art. 19 alin. (1) din O.U.G. nr. 51/2008, restul cheltuielilor de judecată constând în taxa judiciară de timbru suportată ca urmare a admiterii cererii de ajutor public judiciar formulată de reclamant sub forma scutirii, conform Încheierii din data de 31.05.2019 pronunţată în dosarul nr. ../86/2019, rămâne în sarcina statului. A respins cererea în rest, ca neîntemeiată.

Pentru a hotărî astfel, prima instanţă a reţinut în fapt căprin Ordonanţa de clasare din data de 26.04.2017 emisă de Parchetul de pe lângă Judecătoria Suceava în dosarul penal nr. ../P/2016, organele de urmărire penală au dispus clasarea cauzei sub aspectul comiterii infracţiunii de vătămare corporală din culpă prev. de art. 196 alin. (2) C.pen. întrucât *fapta nu este prevăzută de legea penală* .

Astfel, prin Referatul cu propunere de clasare a cauzei penale, Inspectoratul de Poliţie Judeţean– Poliţia Municipiului– Secţia de Poliţie a constatat în esenţă că, la data de 25.04.2016, lucrătorii Secţiei de Poliţie s-au sesizat din oficiu despre faptul că, la data mai sus menţionată, în jurul orelor 19.05, numitul B., în timp ce se afla în incinta magazinului SC A. SRL, cu punct de lucru în mun. .., a fost lovit în zona membrului inferior de către un foarfece pentru curăţat pomii, ce a căzut de pe raftul unde era expus, în momentul în care a fost atins de un alt client.

În urma cercetărilor efectuate s-a stabilit faptul că în incinta magazinului A., reclamantul s-a deplasat la raionul „*Grădinărit*” pentru a studia cu atenţie mai multe produse ce îi prezentau interes. Produsele în cauză se aflau expuse pe un panou vertical, fiind prinse de acesta pe suporturi metalice tip cui, cu ajutorul unor coliere. În partea de jos, panoul era prevăzut cu un raft, pe care se aflau expuse mai multe pachete promoţionale, ocazie în care numitul B. s-a aplecat pentru a studia aceste produse. În timp ce reclamantul se afla în faţa panoului în poziţia ghemuit cu capul în jos, a fost lovit în zona membrului inferior drept, fiindu-i cauzată o leziune deasupra genunchiului, de către un foarfece pentru curăţat pomii, ce se afla expus deasupra sa şi care a căzut de pe suportul tip cui, în momentul în care a fost atins de un alt client.

Instanţa a avut în vedere că acest mod de producere a evenimentului prejudiciabil reiese nemijlocit din înregistrarea video realizată prin intermediul camerelor de supraveghere din magazinul A., conservată pe suport CD şi administrată în şedinţa publică din data de 23.07.2020.

La interogatoriul administrat în şedinţa publică din data de 23.07.2020, intervenientul forţat C. a arătat că erau mai multe categorii de foarfece pe raftul de sus, printre care şi cel pe care l-a atins, nesecurizat, cu două categorii de sisteme de siguranţă din care nu era pus niciunul, foarfecele era deschis. Totodată, a susţinut că nu a căzut produsul care îl interesa de pe raft, ci alt produs de lângă. Dorind să ia produsul care îl interesa de pe raft, din partea de sus, a atins foarfecele care a căzut, produsele fiind puse unul lângă altul, le atingi fără să vrei.

Potrivit menţiunilor din certificatul medico – legal nr. 359-SV/A2 din 26.04.2016 eliberat de Spitalul Judeţean de Urgenţă– Serviciul Judeţean de Medicină Legală, reclamantul B. a fost examinat la data de 26.04.2016, când a prezentat, din punct de vedere obiectiv, la nivelul membrului inferior drept, genunchi drept cadran supero-intern, o plagă înţepat – tăiată suturată 3 cm situată pe un fond tumefiat congestiv sensibil la palpare. În examinarea UPU din data de 25.04.2016 s-a consemnat diagnosticul „Plagă înţepată faţa anterioară suprapatelară dreaptă”. S-a practicat TCP, sutură, pansament steril, şi s-a recomandat piciorul decliv, gheaţă local, Rp, refacerea pansamentului la 2 – 3 zile, precum şi revenirea la nevoie.

Concluziile actului medical relevă că, la data examinării, reclamantul B. prezenta plagă profundă înţepat – tăiată suturată. Leziunea s-a putut produce prin înţepare cu corp tăietor – înţepător, la data de 25.04.2016 şi poate necesita 12 – 14 zile îngrijiri medicale cu incapacitate totală de muncă pe această perioadă.

Din concluziile raportului medico–legal de reexaminare nr. 20 din data de 17.05.2016 emis de Serviciul de Medicină Legală rezultă că reclamantul prezenta, la data reexaminării, cicatrice post plagă tăiat – înţepată cadran supero-intern genunchi drept cu secţiune tendon cvadricipal, bursită posttraumatică, protezată prin orteză articulară de genunchi. Având în vedere starea actuală, s-a considerat necesară prelungirea timpului de zile de îngrijiri medicale la 54 – 55 zile de îngrijiri medicale, cu incapacitate totală de muncă pe această perioadă.

Potrivit buletinului de ecografie părţi moi şi musculo-scheletal întocmit de Cabinet Ecografie Dr....la data de 10.05.2016, în privinţa reclamantului B., la nivelul tendonului cvadricipital drept, se constată prezenţa ariilor de discontinuitate a straturilor (ruptură completă). Există lichid în recesul suprapatelar în bandă pe o lungime de 3,09 cm, cu aspect impur şi proliferare sinorsală secundară. La nivelul compartimentului lateral, colecţie lichidiană cu aspect inflamator pe o lungime de 3,35 cm. Concluziile prezintă diagnosticul de *ruptură tendon cvadricipital şi bursită suprapatelară* .

Scrisoarea medicală eliberată de Cabinetul medical din ambulatoriul de specialitate Spitalul Clinic atestă faptul că reclamantul a fost consultat de acest serviciu la data de 12.05.2016 când prezenta diagnosticul 1. *Plagă tegumentară recentă suturată, cadran supero-intern genunchi drept*; 2. *Bursită voluminoasă posttraumatică pre şi retropatelară dreaptă.*

Conform adeverinţei emise de Fundaţia ..Cabinet de Kinetoterapie, reclamantul B. s-a prezentat în data de 09.05.2016, în vederea iniţierii unui program de recuperare. În cadrul consultului de specialitate se constată la nivelul membrului inferior drept, genunchi drept, cadran supero – intern o plagă înţepat – tăiată, suturată 3 cm, cu edem local, flexie – extensie dureroase, imposibilitatea ortostatismului fără sprijin. Se recomandă: exerciţii de tonifiere a cvadripcesului; ameliorarea unghiului de flexie; întreţinerea articulaţiilor coxului; gleznei; toate acestea alternate cu repaus cu piciorul sprijinit cu extensia genunchiului; de asemenea exersarea posturii ortostatice cu transferul controlat al greutăţii corpului pe piciorul afectat. După cum se prezintă pacientul, programul de recuperare până la sprijin pe piciorul afectat se va desfăşura pe perioada de 30 de zile. Nu se recomandă în acest interval deplasarea fără cârje.

Din adeverinţa eliberată la data de 17.12.2018 de firma D., prin .., prima instanţa a constatat că firma a certificat faptul că a formulat propunerea fermă reclamantului de a colabora pentru proiectul a 4 case în construcţie, beneficiar al proiectului fiind o firmă din Germania, oraş Erlensee şi au convenit asupra unei sume de 2000 de euro pe lună (6 luni ptr suma de 12.000 euro) pentru activitatea dumnealui. Activitatea constă în restaurarea caselor cât şi aprovizionarea cu materiale pentru o perioadă de 6 luni. Au convenit asupra încheierii contractului de colaborare în condiţiile descrise mai sus şi reclamantul urma să se prezinte la locul de muncă în data de 2 mai 2016. Din cele comunicate de domnul B., din cauza unui accident suferit la nivelul genunchiului, în timp ce se afla într-un magazin A. din România, acesta a fost împiedicat să participe la executarea lucrărilor şi au fost nevoiţi să angajeze un alt lucrător, proiectul fiind finalizat la data de 30.10.2016, cu valoarea globală a lucrării efectuate de societate de 75.000 euro.

Martora E. a relatat că împreună cu soţul ei, la o săptămână după ce reclamantul a avut un accident în A., l-au vizitat şi a văzut că acesta era culcat în pat, fusese operat, nu se putea îngriji, nu putea îndoi piciorul şi avea nevoie de o persoană care să îl îngrijească.

Astfel cum rezultă din declaraţia martorului F., împreună cu martora E., soţia sa, l-au vizitat pe reclamant la o săptămână după accident şi a văzut că acesta era imobilizat la pat. Din câte cunoaşte, reclamantul a stat o perioadă lungă în recuperare, parcă până în luna decembrie a acelui an şi a trebuit să meargă de mai multe ori la .. pentru recuperare.

Martorul a confirmat că împreună cu fiul său, reclamantul şi tatăl acestuia ar fi trebuit să meargă în Germania la muncă, având o ofertă pentru renovarea unui apartament. Reclamantul nu a mai putut merge, astfel că au mers doar ei trei. Înţelegerea de la început cu angajatorul a fost în sensul ca reclamantului să îi revină 4.000 euro pe lună, respectiv câte 2000 euro pe lună. După efectuarea lucrării, au obţinut 16.000 euro la care s-a adăugat extra, undeva în jur de 23 – 24.000 euro, înţelegerea a fost ca muncitorilor calificaţi să le revină 4.000 euro fiecare şi celorlalţi un pic mai mult, în funcţie de calificări. Din câte îşi aduce aminte, înţelegerea care îl privea şi pe reclamant a fost ca la final să împartă egal sumele obţinute extra.

De asemenea, martorul a arătat că cel care i-a contractat avea o firmă de construcţii în Germania, nu cunoaşte ce înţelegere exista între angajator şi proprietarul apartamentului. Personal a lucrat fără contract, fiind vorba de o perioadă scurtă, nevrând să se complice. Nu poate răspunde dacă reclamantul ar fi lucrat în aceleaşi condiţii, fără a încheia un contract în scris. În astfel de situaţii cu munca la negru, evită să plătească taxe în mod evident, însă dacă sunt persoane care doresc să le plătească, banii se împart la fel între ei, urmând ca fiecare să achite sau nu impozitele. Singura probă ar fi declaraţia proprietarului care i-a dat direct această sumă în mână, neavând intermediari şi nesemnând un contract în formă scrisă.

***Cu privire la excepția lipsei calităţii procesuale a pârâtei*** SC A. SRL, prima instanţa a reţinut că potrivit art. 36 C. pr.civ., *Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond.*

Conform art. 8 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului *Operatorii economici sunt obligaţi să pună pe piaţă numai produse sau servicii sigure, care corespund caracteristicilor prescrise sau declarate, să se comporte în mod corect în relaţiile cu consumatorii şi să nu folosească practici comerciale abuzive.*

Art. 20 prevede că *Ambalajele produselor trebuie să asigure integritatea şi protecţia calităţii acestora, fiind, totodată, conforme prevederilor legale referitoare la protecţia muncii, mediului şi a securităţii consumatorilor.* În plus, potrivit art. 36 din acelaşi act normativ *(1) Orice operator economic este obligat să introducă pe piaţă numai produse sigure pentru viaţa, sănătatea şi securitatea consumatorilor. (2) Orice comerciant trebuie să se asigure că produsele oferite spre comercializare sunt sigure şi să informeze consumatorii asupra factorilor de risc în utilizarea şi/sau consumul acestora.*

Nu mai puţin, conform art. 37 din Codul *Este interzisă comercializarea produselor care nu sunt sigure, cât şi a produselor neînsoţite de documentaţia obligatorie prevăzută de lege, prin care să se ateste că ele au fost testate şi/sau certificate, după caz.*

În speță*,* reclamantul a solicitat, pe calea cererii de chemare în judecată, obligarea pârâtei SC A. SRL la plata sumei de 100.000 lei cu titlu de daune materiale şi a sumei de 250.000 lei reprezentând daune morale, pentru repararea prejudiciilor cauzate prin fapta ilicită a acesteia constând în neluarea măsurilor de protecţie prevăzute de lege menite a asigura securitatea sa, în calitate de consumator, în incinta magazinului A. Suceava. În concret, reclamantul pretinde că nerespectarea normelor şi dispoziţiilor legale, prin înghesuirea unor obiecte ascuţite şi tăioase în partea de sus a panoului, şi prin comercializarea lor fără teaca de plastic prevăzută special, fiind expuse fără a fi măcar asigurate pe poziţia închis, atrage direct răspunderea societăţii pârâte pentru incidentul produs, când un foarfec a căzut în piciorul său în urma atingerii de un alt client, cauzându-i leziuni fizice şi psihice.

Astfel, prima instanța a reţinut că reclamantul invocă, în sarcina reclamantei, calitatea de operator economic având ca obiect de activitate comercializarea de produse de tip foarfecă de curăţat pomii, marca Fiskars, prin urmare, responsabilă pentru securitatea clienţilor şi, astfel, îi reproşează săvârşirea unei fapte proprii, diferită de acţiunea directă şi materială a intervenientului forţat de atingere a obiectului care a căzut în piciorul său.

Astfel cum prevede art. 1.370 C.civ. *Dacă prejudiciul a fost cauzat prin acţiunea simultană sau succesivă a mai multor persoane, fără să se poată stabili că a fost cauzat sau, după caz, că nu putea fi cauzat prin fapta vreuneia dintre ele, toate aceste persoane vor răspunde solidar faţă de victimă,* iar potrivit art. 1.382 C.civ. *Cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ţinuţi solidar la reparaţie faţă de cel prejudiciat.*

Chiar dacă pârâta a susţinut că exclusiv răspunzător de producerea accidentului ar fi intervenientul forţat C., prin manevrarea efectivă a obiectului înţepător – tăietor, instanţa a fost învestită să examineze dacă, în calitate de operator economic, a luat măsurile de protecţie necesare pentru a garanta securitatea reclamantului, prin aşezarea corespunzătoare a bunului pe raft şi comercializarea prin ambalarea lui astfel încât să fie îndeplinite condiţiile de siguranţă, ca faptă distinctă de cea a intervenientului forţat, şi care, în măsura nerespectării, i-ar antrena răspunderea civilă delictuală proprie faţă de reclamant pentru repararea întregului prejudiciu.

Or, în limitele cadrului obiectiv şi subiectiv stabilite de reclamant, prin prisma motivelor de fapt şi de drept ale cererii, pârâta justifică legitimarea procesuală pasivă, fiind operatorul economic care răspunde pentru siguranţa obiectelor comercializate în magazinul A. Suceava, urmând ca apărarea sa vizând culpa exclusivă a unui terţ în producerea prejudiciului, prin modul de manevrare, să fie examinată ca o apărare de fond – cauză exoneratoare de răspundere, în contextul analizei condiţiilor răspunderii civile delictuale.

Prin urmare, prima instanța a respins, ca neîntemeiată, excepția lipsei calității procesuale pasive, invocată de pârâta A. SRL

Pe fondul cauzei, au fost reţinute disp. art.1357 alin.1, art.1358, art. 1381, art. 1385, art. 1386, art. 1387 alin. (1) C. civ., şi faptul că reclamantul a probat întrunirea acestor condiții legale.

Prin prisma elementelor probatorii administrate, constând în înregistrarea video privind modul de producere a evenimentului prejudiciabil, planşele foto ce fixează împrejurările de fapt esenţiale pentru derularea faptelor, interogatoriile administrate reclamantului şi intervenientului forţat, înscrisurile medicale şi declaraţiile martorilor E. şi F., prima instanţă a constatat că, în data de 25.04.2016, în timp ce se afla la raionul „*Grădinărit*” din magazinul A., reclamantul B., aflat în poziţia ghemuit pentru a studia produsele de care era interesat aflate în partea de jos, a fost lovit în zona membrului inferior drept, deasupra genunchiului, de o foarfecă pentru curăţat pomii, în condiţiile în care bunul a căzut din partea de sus în momentul atingerii lui de către intervenientul forţat C.

Reprezintă o circumstanţă contestată de pârâtă, însă confirmată în plan probator de modul concret de cauzare a leziunii în piciorul reclamantului, aceea că foarfeca nu era ambalată într-un material de protecţie şi, astfel cum recunoaşte prin întâmpinare, a căzut din partea de sus a secţiunii de prezentare cu partea ascuţită, generând rănirea acestuia. Imediat după ce obiectul ascuţit – tăietor i-a provocat reclamantului leziunea fizică în picior, un angajat al pârâtei a intervenit pentru a-i acorda asistenţa medicală de prim ajutor, în vederea opririi sângerării şi a anunţat reprezentantul legal care l-a dus cu o maşină la spital.

Deşi a susţinut că acest tip de obiect comercializat este un produs sigur, fiind prevăzut cu o teacă de protecţie, fapt ce ar rezulta din fişa tehnică, pârâta nu a furnizat vreo probă utilă şi concludentă în sensul că aceasta a fost starea în care obiectul se afla când a căzut. Or, prin interogatoriile administrate, atât reclamantul cât şi intervenientul forţat au arătat că, deşi foarfeca în cauză era prevăzută cu teacă din plastic pentru partea ascuţită, aceasta nu era montată la momentul consumării faptului prejudiciabil pentru integritatea fizică în modul descris, fiind prinsă doar de colierul metalic de care era agăţat produsul pe raft. Astfel, foarfeca era prezentată de pârâtă pe un suport tip cui în partea superioară a secţiunii, fără a avea montată o protecţie pe lama de tăiere şi fără a fi blocată pe poziţia închis, ceea ce a determinat înfigerea directă în piciorul victimei.

În consecinţă, prima instanţa a constatat că, anterior atingerii produsului de către intervenientul forţat C., produsul nu îndeplinea cerinţele legale de ambalare pentru a fi considerat sigur, din moment ce protecţia prevăzută în acest scop nu se găsea montată, fără ca pârâta să probeze că a luat măsuri pentru a constata şi îndepărta această stare de prezentare către consumatori şi, astfel, a remedia defectul de ambalare efectivă. Pe de altă parte, prima instanţă a observat că intervenientul forţat nu a manevrat produsul în cauză, în sensul de a-l lua în mâini şi a-i modifica ambalajul, ci doar l-a atins, determinând căderea în forma în care se găsea, adică fără protecţie.

Ca atare, prima instanţa a constatat că omisiunea pârâtei de a prezenta produsul spre comercializare într-o manieră corespunzătoare asigurării securităţii fizice a reclamantului, în calitate de consumator, constituie o faptă ilicită deoarece reprezintă o încălcare a normelor legale în domeniul protecţiei consumatorilor, prin lipsa de conformitate a ambalajului ţinând cont de gradul de risc exhibat prin natura lui de obiect înţepător–tăietor, prevăzut cu lamă ascuţită. Pe de o parte, produsul nu avea pusă teaca din plastic pe partea ascuţită, aceasta fiind prinsă de un colier metalic şi, se asemenea, nu era blocată într-o poziţie de închidere, ci a căzut la simpla atingere din partea altui client. Nu mai puţin, pârâta nu a probat existenţa unor semne vizibile de avertizare cu privire la modul de manevrare a produsului sau de poziţionare a clienţilor în acea secţiune şi nici nu a probat existenţa personalului calificat la locul faptei pentru a acorda asistenţă în favoarea reclamantului şi intervenientului forţat cu privire la aceste aspecte.

În ce priveşte vinovăţia pârâtei, prima instanţă a observat culpa sa exclusivă pentru neluarea măsurilor de protecţie a reclamantului, conduită contrară Legii nr. 264/2004 privind Codul Consumului, cerinţă care se analizează distinct de acţiunea intervenientului forţat de atingere a obiectului tăietor – înţepător. Alegaţiile pârâtei în sensul atribuirii culpei pentru săvârşirea acestei fapte omisive proprii în sarcina intervenientului forţat sunt neîntemeiate, cât timp unicul responsabil pentru modul de comercializare a produsului vătămător – prezentare şi ambalare precum şi de indicaţiile date consumatorilor privind modul de utilizare în timpul efectuării de cumpărături, în spaţiul destinat desfăşurării activităţii, este operatorul economic. Acţiunea intervenientului forţat de atingere a obiectului în cauză nu a întrerupt nexul cauzal direct dintre fapta ilicită a pârâtei şi paguba adusă sănătăţii reclamantului, din moment ce acesta nu a intervenit asupra modalităţii de ambalare şi prezentare a produsului anterior căderii, nu l-a manevrat, ci doar prin atingere i-a determinat desprinderea din locul unde se găsea sub supravegherea exclusivă a pârâtei.

În aceste condiţii, prima instanţă a reţinut că există o legătură de cauzalitate directă între fapta ilicită omisivă proprie şi vătămarea suferită de reclamant, în timp ce acţiunea intervenientului forţat nu înlătură vinovăţia pârâtei, în calitate de operator economic. De altfel, instanţa a fost învestită de reclamant doar cu examinarea răspunderii civile delictuale a pârâtei, limită ce se impune faţă de principiul disponibilităţii prevăzut de art. 9 C.pr.civ.

***Referitor la prejudiciul material suportat de reclamant***, prima instanţă a avut în vedere că acesta a reclamat o despăgubire pentru faptul că nu a putut desfăşura activitatea lucrativă în construcţii şi a pierdut câteva contracte convenabile financiar.

Reiese, aşadar, contrar apărărilor pârâtei, faptul că pretenţiile pecuniare ale reclamantului în acest demers procesual vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfăşura în lipsa accidentării sale, iar nu cheltuieli medicale. Sub acest aspect, prima instanţa a examinat prejudiciul din forma pură resimţită de reclamant, respectiv plaga profundă înţepat – tăiată suturată, produsă ca urmare a înfigerii obiectului comercializat de pârâtă în picior, deasupra genunchiului, fapt ce i-a cauzat o incapacitate totală de muncă pe o perioadă iniţială de 12 – 14 zile de îngrijiri medicale pentru vindecare, reevaluată la 54 - 55 zile de îngrijiri medicale, conform certificatelor medico – legale întocmite de S.M.L. În continuare, prima instanţa a reţinut că leziunea a fost profundă şi a presupus o perioadă de recuperare îndelungată (apreciată la peste 3 luni conform scrisorii medicale eliberate de Spitalul Clinic Judeţean .. la data de 12.05.2016), timp în care s-a recomandat atât tratament medicamentos cât şi purtarea unei orteze articulate pe genunchi sau a unei genunchere elastice timp de 2 - 3 luni, deplasarea cu ajutorul cârjei, efectuarea de tratamente kinetoterapeutice.

De asemenea, potrivit adeverinţei emise de Cabinetul de Kinetoterapie ..., în urma examinării reclamantului la data de 09.05.2016, tratamentele recomandate au fost următoarele: exerciţii de tonifiere a cvadricepsului, ameliorarea unghiului de flexie, întreţinerea articulaţiilor coxului, gleznei, toate acestea alternate cu repaus cu piciorul sprijinit cu extensia genunchiului şi exersarea posturii ortostatice cu transferul controlat al greutăţii corpului pe piciorul afectat.

Ansamblul probator administrat întemeiază susţinerile reclamantului vizând pierderea capacităţii de muncă pe o perioadă îndelungată (25.04.2016 – 12.05.2016 şi încă cel puţin 3 luni de la această din urmă dată, potrivit scrisorii medicale de la fila 26).

Or, din adeverinţa eliberată de D. la data de 17.12.2018, prima instanţa a reţinut că între părţi au existat negocieri concrete în vederea încheierii unui contract de colaborare, pentru o perioadă de 6 luni, începând cu data de 02.05.2016, prin încheierea căruia reclamantul urma să se deplaseze în Germania pentru a executa lucrări în construcţie în schimbul remuneraţiei de 12.000 euro sau 2000 euro pe lună. Accidentul din magazinul A. a împiedicat încheierea contractului de colaborare şi asumarea obligaţiilor de muncă din partea reclamantului, astfel cum rezultă şi din declaraţiile martorului F.

Prima instanţa a înlăturat, ca neîntemeiate, argumentele pârâtei privind inexistenţa unei şanse reale şi serioase ca reclamantul să presteze activităţi de muncitor specializat în construcţii, cât timp pe de o parte, potenţialul angajator a relevat obiectul convenţiei precum şi remuneraţia agreată de părţi, evaluând implicit capacitatea acestuia de a-şi îndeplini sarcinile ca lucrător în construcţii, şi, de asemenea, având în vedere că declaraţiile martorului F. subliniază executarea acestuia, dar fără participarea reclamantului.

Sub aspect probator, şansa reală şi serioasă nu presupune doar administrarea probei cu înscrisuri şi nici nu priveşte consecinţele de ordin fiscal ale executării muncii, ci se bazează pe aprecierea gradului de certitudine de a realiza un câştig de această natură prin coroborarea tuturor elementelor probatorii din cauză. În plus, şansa reală şi serioasă are în considerare contextul care ar fi trebuit să se întâmple, conform celor prefigurate prin convenţia cu promitentul - angajator, iar nu cel care s-a realizat faţă de martorul F., din moment ce condiţiile de muncă erau stabilite în funcţie de calificarea fiecăruia. Totodată, nu se poate presupune încălcarea de către reclamant a dispoziţiilor legale privind încheierea contractului de colaborare, cât timp operaţiunea juridică nu s-a mai realizat.

Prin urmare, prima instanţa a observat că, din cauza accidentării în magazinul A., starea de sănătate nu a permis reclamantului să presteze munca planificată în construcţii, astfel cum a fost convenită cu firma D., fiind într-o situaţie obiectivă de incapacitate lucrativă. În consecinţă, perioada de recuperare a însemnat pierderea unei şanse reale şi serioase de a încasa sume de bani din muncă, într-un cuantum dovedit însă doar până la concurenţa unei sume pe care prima instanţa a apreciat-o proporţional la 55.000 lei, în raport de data producerii faptei şi dinamica evoluţiei prejudiciului, prin urmările asupra sănătăţii reclamantului produse într-o perioadă de câteva luni de zile.

Din această perspectivă, susţinerile pârâtei privind întinderea prejudiciului material sunt întemeiate, deoarece reclamantul nu a probat pretenţiile excedentare acestei sume. În această măsură, instanţa a respins cererea sa ca neîntemeiată.

***În ceea ce privește prejudiciul moral pretins de reclamant*,** în cuantum de 250.000 lei, prima instanţă a reţinut că prejudiciile nepatrimoniale cauzate reclamantului prin fapta ilicită, săvârșită cu vinovăție de pârâtă, se decantează din două perspective, una a suferințelor de natură fizică (disconfort fizic, recuperare îndelungată, supunerea la investigaţii medicale şi tratamente, precum şi privarea de mişcare) și psihice, determinate atât de trauma de a fi victima unui accident în condiţiile intempestive descrise, imposibilitatea de a mai realiza lucruri firești existenței cotidiene precum deplasarea la muncă, realizarea igienei corporale, ajutorul acordat membrilor familiei, soţiei şi celor doi copii, corelativ cu nevoia proprie de îngrijire din partea soţiei.

Concludente pentru determinarea prejudiciilor fizice și psihice sunt probele testimoniale administrate în cauză, provenind de la persoane care au avut un contact direct cu reclamantul pe durata recuperării, respectiv martorii E. şi F. Astfel, ambii martori au confirmat că recuperarea reclamantului a fost de durată, timp în care a avut nevoie de îngrijire din partea soţiei şi a suferit pentru imposibilitatea de a-şi aduce aportul la treburile casnice şi de a munci şi faţă de intenţia plecării la muncă în Germania, şansă pierdută.

Prima instanţă a remarcat, prin prisma înscrisurilor şi mărturiilor administrate, că anterior evenimentului prejudiciabil din data de 25.04.2016, reclamantul era o persoană activă atât din perspectiva integrării în muncă (potrivit înscrisurilor de la dosar, a lucrat în străinătate şi a fost remunerat pentru activităţile prestate sezonier în perioada 2008 – 2014) cât și în cadrul familiei sale, iar după accident a fost lipsit de putinţa de a se deplasa, de a munci şi de a se bucura de viaţă în deplinătatea sănătăţii sale.

Totuşi, prima instanța a apreciat că suma de 75.000 lei acoperă pecuniar prejudiciile de natură nepatrimonială suferite de reclamant ca urmare a faptei ilicite, săvârșite cu vinovăție de către pârâtă, diferenţa solicitată până la 250.000 lei fiind disproporţionată faţă de circumstanţele cauzei. În acest sens, prima instanţa a avut în vedere că daunele morale constituie o modalitate de reparare a prejudiciilor de natură nepatrimonială, iar nu un mijloc de sancţionare a autorului faptei ilicite.

Pe de altă parte, suma de 3000 euro propusă de pârâtă prin întâmpinare ar fi prea mică prin raportare la perioada lungă de manifestare a consecinţelor negative ale faptului prejudiciabil.

În baza art. 18 din O.U.G. nr. 51/2008 şi art. 453 alin. (1) C.pr.civ., fiind în culpă procesuală predominantă, prima instanţa a obligat pârâta la plata în favoarea statului a sumei de 3.360 lei reprezentând o parte proporţională căderii sale în pretenţii din taxa judiciară suportată ca urmare a admiterii cererii de ajutor public judiciar formulată de reclamant sub forma scutirii, conform Încheierii din data de 31.05.2019 pronunţată în dosarul nr. 860/86/2019.

În baza art. 19 alin. (1) din O.U.G. nr. 51/2008, restul cheltuielilor de judecată constând în taxa judiciară de timbru suportată ca urmare a admiterii cererii de ajutor public judiciar formulată de reclamant sub forma scutirii, conform Încheierii din data de 31.05.2019 pronunţată în dosarul nr. 860/86/2019, va rămâne în sarcina statului.

**Împotriva acestei sentinţe, au declarat apel reclamantul** **B. şi** **pârâta SC A. S.R.L**

***Prin apelul declarat, reclamantul B.*** a solicitatadmiterea apelului, schimbarea în parte a sentinţei, în sensul admiterii în integralitate a cererii de chemare în judecată şi acordarea unei despăgubiri în cuantum de 100.000 lei reprezentând daune de agrement şi câştig nerealizat, ca urmare a restrângerii capacităţilor de integritatea fizică, precum şi daune morale în cuantum de 250.000 lei.

Apreciază că se justifică majorarea cuantumului compensaţiei ce va fi stabilită de către instanţă în privinţa prejudiciului moral şi pentru compensarea câştigului nerealizat, prin reţinerea că a fost restrâns în posibilitatea de a munci şi de a se mişca în deplinătatea facultăţilor sale fizice în perioada cuprinsă între lunile aprilie -decembrie 2016.

În motivarea hotărârii apelate, tribunalul a reţinut că s-a aflat în incapacitate de muncă în lunile aprilie-iulie 2016, deşi în realitate a fost în incapacitate de muncă pentru o perioadă mai lungă de timp, respectiv din luna aprilie 2016 şi până în luna decembrie a anului 2016 inclusiv, aspect demonstrat cu martorii E. şi F., care au arătat că numitul B. a stat o perioadă de timp îndelungată la pat, de aproximativ 2-3 luni, ulterior s-a deplasat cu ajutor cârjei ajutătoare prin gospodărie până în luna decembrie a anului 2016, din cauza faptului că leziunile corporale de la nivelul genunchiului nu-i permiteau să meargă.

De asemenea, declaraţia martorei E. mai reliefează şi faptul că pe toată perioada cât a fost în proces de recuperare, a fost îngrijit de soţia sa, fiindcă nu era în stare să meargă prin gospodărie, acesta fiind şi motivul pentru care avea o stare morală generală negativă, fiind deprins cu un stil de viaţă activ şi dorind să fie folositor familiei în treburile casnice şi să poată munci pentru a-şi întreţine familia compusă din 4 membri.

Având în vedere faptul că prima instanţă s-a raportat la această perioadă ca limita de timp în raport de care a stabilit întinderea despăgubirilor materiale şi morale, este temeinic a considera că în considerarea întregii perioade în care a fost restrâns în activitatea sa fizică de procesul de recuperare se justifică majorarea despăgubirilor pentru prejudiciul moral şi material suportat.

Consideră că din declaraţiile acestor martori rezultă atât temeinicia daunelor morale, cât şi a câştigului nerealizat solicitate, în integralitate. Aceşti martori l-au vizitat în perioada de recuperare, la aproximativ o săptămână după incident, deci au perceput în mod direct situaţia în care se afla, stând întins în pat, fusese operat, nu se putea îngriji singur, soţia lui era cea care avea grijă atât de el, cât şi de copii şi de gospodărie.

A mai arătat faptul că din probatoriul administrat, rezultă că a pierdut de două ori şansa de a presta activităţi de muncă remunerate, în calitate de muncitor specializat în construcţii, aspect care rezultă din declaraţiile martorilor E. şi F. (în ceea ce priveşte prima ofertă de muncă) dar şi din adeverinţa emisă de D. ceea ce priveşte a doua ofertă de muncă). Ambele oferte au fost ratate din cauza stării de sănătate, care nu îi permitea să lucreze.

Din declaraţiile martorilor E. şi F. mai rezultă şi faptul că nu a putut valorifica o ofertă de lucru în străinătate (mai exact în Germania), unde ar fi fost plătit cu aproximativ 10.000 de Euro. Având în vedere faptul că lucrează în construcţii, o asemenea declaraţie este cel puţin verosimilă, fiind de notorietate şi faptul că în acest domeniu grupuri de muncitori primesc deseori oferte de muncă avantajoase în străinătate, iar pe caz concret martorul F. chiar a dat curs ofertei pe care el nu a mai putut-o onora din pricina accidentării.

Pe de altă parte, trebuie avute în vedere şi înscrisurile depuse la dosarul cauzei, care susţin argumentele expuse anterior.

Arătă că s-a făcut dovada cu înscrisuri a faptului că mai avea o ofertă de muncă, tot în Germania, pe lângă cea în care trebuia să lucreze cu martorul F., respectiv pentru un alt proiect la un alt angajator. În acest sens, a depus la dosarul cauzei adeverinţa emisă în data de 17.12.2018 de către firma D. reprezentată prin ... în calitate de reprezentant legal, care atestă faptul că această societate a formulat o propunerea fermă de a colabora pentru proiectul a 4 case în construcţie, convenindu-se o sumă de 2000 de euro/lună, respectiv suma totală de 12000 de euro pentru 6 luni. Tot conform acestei adeverinţe se atestă faptul că urma să se prezinte la locul de muncă în data de 2 mai 2016, însă ca urmare a accidentării sale, au fost nevoiţi să angajeze pe altcineva în locul său.

Tot la dosarul cauzei s-au depus înscrisuri care dovedesc faptul că a mai avut în trecut oferte de muncă în străinătate similare cu cele 2 pe care le-a pierdut din pricina accidentării sale, mijloace de probă care se coroborează cu celelalte administrate în cauză şi care susţin afirmaţiile sale.

De asemenea, din certificatului medico-legal nr. 359-SV/A2 din 26.04.2016 rezultă că a prezentat plagă profund înţepat-tăiată suturată, iar leziunea s-a putut produce prin înţepare cu corp tăietor-înţepător, la data de 25.04.2016. Tot în certificat se arată că este posibil ca leziunea să necesite 12-14 zile îngrijiri medicale, cu incapacitate totală de muncă pe această perioadă.

Prin actul de reexaminare nr. 20 din 16.05.2016 emis de Spitalul Judeţean de Urgenţă, Serviciul Judeţean de Medicină Legală, s-a constatat faptul că prezintă cicatrice post plagă tăiat-înţepată cadran supero-intern genunchi drept cu secţiune tendon cvadricipal, bursită posttraumatică, protezată prin orteză articulară de genunchi. Având în vedere starea de la acel moment s-a considerat necesară prelungirea timpului de zile de îngrijiri medicale la 54-55, cu incapacitate totală de muncă pe această perioadă.

La baza actului de reexaminare sus-menţionat a stat şi Scrisoarea medicală emisă de Spitalul Clinic Jud. .., Dr. .., în care se detaliază diagnosticul precum şi tratamentul recomandat, precizând că perioada de recuperare va fi lungă, respectiv de peste 3 luni de zile.

Nu în ultimul rând, tot în cadrul înscrisurilor medicale se află Buletinul de ecografic emis de Cabinetul de ecografie Dr. .., unde se precizează în cadrul concluziilor: ruptură tendon cvadricipital, bursita suprapatelară.

Aceste documente medicale conţin recomandarea medicului de efectuare a unor proceduri de kinetoterapie, tratament pe care l-a urmat. Prin adeverinţa emisă de cabinetul de Kinetoterapie, Fundaţia .., se arată că s-a prezentat la acest cabinet în data de 09.05.16, în vederea iniţierii unui program de recuperare. În cadrul consultului de specialitate s-a constatat la nivelul membrului inferior drept, genunchi drept, cadran supero-intern o plagă înţepat-tăiată, suturată 3 cm, cu edem local, flexie-extensie dureroase. Imposibilitatea ortostatismului fără sprijin. Nu se recomandă în acest interval deplasarea fără cârje. Perioada stabilită iniţial pentru aceste proceduri a fost de 30 de zile, prelungindu-se succesiv ulterior, până la sfârşitul anii lui.

Referitor la daunele morale, arătă că incidentul produs i-a cauzat un disconfort psihologic şi fizic prelungit şi o stare de nemulţumire şi indignare faţă de faptul că societatea pârâtă nu a înţeles să îşi asuma culpa pentru cele întâmplate şi să dea dovadă de o atitudine proactivă în remedierea urmărilor produse.

Apreciază că un asemenea mod de comportament este indezirabil, având în vedere faptul că în calitate de comerciant profesionist, societatea pârâtă trebuia să evite producerea unor asemenea accidente, sau, în cazul în care totuşi asemenea accidente se produc, să încerce să despăgubească pe cale amiabilă persoanele care au suferit prejudicii, or, la notificarea trimisă în acest sens, nu a primit nici un răspuns.

Ba mai mult decât atât, societatea pârâtă a încercat descurajarea sa în a pretinde despăgubiri pe cale judecătorească, spunându-i că nu are nicio probă în favoarea sa, iar demersul său va fi inutil.

Pe de altă parte, ca urmare a faptului că a suferit aceste atingeri aduse sănătăţii şi integrităţii fizice, au fost restrânse posibilităţile de a avea un mod activ de viaţă fiindcă are în continuare sechele la nivelul piciorului accidentat cu foarfecă de grădinărit şi nici până în prezent nu şi-a revenit complet, motiv pentru care acuză dureri în cazul activităţilor fizice intense.

Pe cale de consecinţă, solicită ca în aplicarea art. 1391 alin. 1 C. civ., coroborat cu art. 72 C. civ., să oblige pârâta şi la repararea prejudiciului moral suferit, cât şi la acoperirea daunelor de agrement, deoarece fiind tânăr, nu va mai putea face atât de uşor mişcare şi va fi nevoit să se priveze de unele tipuri de activităţi pe care le practica anterior, deoarece din cauza accidentării care a lăsat sechele, pe viitor va avea o mobilitate scăzută a piciorului şi acesta va fi supus riscului unor alte fracturări şi va crea incomodităţi la deplasare.

În concluzie, solicită admiterea apelului şi schimbarea hotărârii apelate, în sensul admiterii în integralitate a acţiunii formulate.

***Prin apelul declarat, pârâta SC A. SRL*** a solicitat, în principal, admiterea apelului, schimbarea în tot a hotărârii apelate prin admiterea excepţiei lipsei capacităţii sale procesuale pasive, iar în subsidiar, schimbarea în parte a hotărârii apelate cu privire la cuantumul daunelor materiale prin respingerea acestora ca neîntemeiate şi nelegale; cuantumul daunelor morale acordate prin diminuarea acestora de la suma de 75.000 lei la suma de 3.000-3.500 euro (echivalent în lei); înlăturarea considerentelor instanţei de fond care au stat la baza pronunţării soluţiei referitoare la daunele materiale, în special cele referitoare la comercializarea de produse nesigure, corelativ cu modificarea cuantumului daunelor materiale şi morale, recalcularea taxei de timbru ce ar trebui suportată.

Aşa cum a susţinut în întâmpinarea de la judecata în prima instanţă, respectiv prin concluziile scrise, consideră că nu poate fi antrenată răspunderea sa civilă delictuală atât timp cât evenimentul s-a produs prin acţiunea unei alte persoane.

Proba video relevă faptul că, până la apariţia intervenientului nu a existat niciun risc şi nu a căzut nici un obiect.

În mod eronat instanţa a respins excepţia, susţinând că nu există o semnalizare cu privire la posibile riscuri ori personal de deservire a clienţilor. Din imaginile video reiese că în proximitate erau doi angajaţi care ar fi putut să ofere ajutor, dacă li s-ar fi cerut acest lucru.

În evaluarea răspunderii civile, consideră că trebuie avute în vedere şi obligaţia legală a fiecărei persoane de a lua toate măsurile pentru a preveni cauzarea de prejudicii (inclusiv clienţi/ consumatori), precum şi faptul că întreaga legislaţie a protecţiei consumatorului are în vedere un consumator mediu avizat.

Din declaraţiile reclamantului şi ale intervenientului, rezultă faptul că aceştia au experienţă în domeniul construcţiilor şi cu privire la cumpărăturile din magazine de tip DY1 (Do It Yourself), încadrându-se în definiţia consumatorului mediu – ca fiind considerat ca fiind rezonabil informat, atent şi precaut, ţinând seama de facturii sociali, culturali şi lingvistici.

Nici un comerciant nu poate acoperi toate situaţiile posibile care pot apărea într-un spaţiu comercial. Inclusiv din relatările celor două părţi, rezultă faptul că un singur produs era depozitat fără teaca de protecţie, ceea ce, poate fi rezultatul acţiunii unui altui client şi nu poate fi asimilat comercializării de produse nesigure.

Cu privire la soluţia instanţei de fond cu privire la acordarea daunelor materiale, solicită a se observa faptul că, din probatoriul administrat rezultă că reclamantul nu a probat efectuarea vreunei cheltuieli de natura medicală (investigaţii, tratament, recuperare). Reclamantul nu a depus niciun document fiscal în acest sens (chitanţe, facturi, bonuri fiscale), astfel că nu se pot acorda daune materiale pentru cheltuieli medicale. De altfel, în considerentele sentinţei, instanţa de fond a reţinut că „pretenţiile pecuniare ale reclamantului în acest demers procesual vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfăşura în lipsa accidentării sale, iar nu cheltuieli medicale."

În ceea ce priveşte daunele materiale avute în vedere de instanţa de fond, apreciază că, aceasta în mod nelegal şi netemeinic a admis parţial capătul de cerere referitor la acordarea de daune materiale, indiferent de forma, denumirea în care au fost solicitate de către reclamant.

Astfel, prin sentinţa apelata, instanţa de fond a acordat daune materiale în cuantum de 55.000 lei.

Considerentele avute în vedere de instanţa pentru a pronunţa aceasta soluţie cu privire la daune materiale, s-au bazat exclusiv pe o adeverinţă depusă la dosarul cauzei de către reclamant.

Cu privire la acest înscris, consideră că instanţa de fond nu a efectuat un minim de verificări şi corelaţii, cu privire la următoarele aspecte relevante: dacă firma emitentă există şi este înregistrată conform dispoziţiilor legale; ce calitate are semnatarul adeverinţei în cadrul firmei respective; care este obiectul de activitate al firmei emitente a adeverinţei; dacă proiectul menţionat în adeverinţă a fost realizat în realitate; data la care a fost emisa adeverinţa, raportat la data producerii evenimentului.

Apoi, instanţa de fond a ignorat sau nu a coroborat data evenimentului - 25.04.2016- cu data menţionată pentru începerea activităţii de către reclamant - 02.05.2016 - respectiv cu data emiterii adeverinţei - 17.12.2018. După cum se poate observa, documentul este emis după un an şi jumătate de la data producerii evenimentului, adică la data de 17.12.2018, în timp ce intre eveniment şi presupusa dată de începerea activităţii sunt 7 zile calendaristice, fapt ce ridică suspiciuni rezonabile cu privire la veridicitatea ofertei de colaborare.

De asemenea, instanţa de fond a ignorat faptul că, adeverinţa emisa de firma D. nu precizează care ar fi fost funcţia pentru care l-ar fi încadrat pe reclamant, daca era vorba de un contract individual de munca ori de un contract de prestări servicii cu o firma la care reclamantul ar fi fost încadrat cu forme legale. Nu se precizează dacă suma de 2.000 de euro era un venit net sau brut. Din probatoriu administrat rezultă inexistenta vreunui document scris şi înregistrat legal anterior producerii evenimentului cu privire la aceasta "colaborare" deşi între eveniment şi presupusa dată de începere a activităţii sunt 7 zile calendaristice. Aceasta în condiţiile în care, reclamantul nu a făcut dovada vreunei calificări profesionale (cu atestate profesionale) care să fie corelata cu aşa zisa oferta de angajare.

În legătură cu semnarea unui potenţial contract de munca, instanţa de fond retine că: "Accidentul din magazinul A. a împiedicat încheierea contractului de colaborare şi asumarea obligaţiilor de munca din partea reclamantului, astfel cum rezulta şi din declaraţiile martorului F." Aceasta în condiţiile în care martorul menţionat de instanţa de judecata a declarat că el personal a lucrat pentru o persoana (nu pentru o firma) care ar fi putut avea contract cu alta firma (dar nu ştie exact), că a lucrat fără contract de muncă şi nici nu poate face dovada sumelor primite pentru munca prestată. Acelaşi martor a declarat ca nu poate spune dacă reclamantul ar fi urmat să presteze munca în baza unui contract de muncă sau ar fi lucrat fără forme legale.

Mai mult, instanţa de fond în ciuda declaraţiilor martorului F., îi atribuie şi acestuia colaborarea cu firma D. la proiectul în cauză. Astfel, fără nicio proba ori temei legal, instanţa de fond ajunge la concluzia că atât reclamantul, cât şi martorul au fost angrenaţi în aşa-zisul proiect al firmei D.

În continuare, instanţa de fond vorbeşte despre certitudinea unei convenţii intre angajator (firma D.) şi reclamant, în condiţiile în care nu există un asemenea document depus la dosarul cauzei.

Practic, instanţa de fond, îşi bazează decizia pe un document postfactum, în condiţiile în care o oferta de angajare/colaborare ar fi trebuit să fie anterioară producerii evenimentului pentru a putea fi considerată relevantă în stabilirea prejudiciului material.

Reiterează faptul că, potrivit adeverinţei emise la data de 17.12. 2018 de către firma D., lucrările ar fi trebuit să înceapă la data de 02.05.2016, iar evenimentul a avut loc cu doar 7 zile mai devreme la data de 25.04.2016.

În analiza motivelor de apel, solicită a se avea în vedere faptul că în aceasta materie – a ratării unei şanse - doctrina a statuat constant faptul că: "Pentru a avea dreptul de a cere şi obţine reparaţia trebuie să fie întrunite cumulativ două condiţii: şansa pierdută să fi fost reală, şi în acelaşi timp, serioasă; dacă aceste condiţii nu sunt îndeplinite, prejudiciul este şi rămâne cu totul eventual sau ipotetic şi bineînţeles incert şi nereparabil" (L.Pop şi alţii-Tratat elementar de drept civil, Obligaţii, Universul Juridic, 2012, p.564).

Din cuprinsul cererii de chemare în judecată, a documentelor ataşate şi a restului de probatoriu administrat în cauza dedusă judecăţii, nu rezultă îndeplinirea cumulativă acelor două condiţii de mai sus: şansa pierdută să fi fost reală, şi în acelaşi timp serioasă. Pentru a fi fost reală, reclamantul ar fi trebuit să depună documente încheiate şi înregistrare anterior producerii evenimentului, proba ce nu a putut fi furnizată de către reclamant. Cu alte cuvinte, nu există certitudinea, dincolo de orice îndoiala că părţile ar fi încheiat o convenţie de munca ce nu a putu fi executată datorită producerii vătămării corporale a reclamantului.

Din probele administrate în cauză, nu rezultă că reclamantul ar fi avut venituri legale, declarate şi impozabile în perioada 2015-2016. Consideră că, lipsa unui contract de muncă încheiat în mod legal ori a unor venituri legale, rămân în sarcina reclamantului, asumându-şi consecinţele negative ale muncii la negru, inclusiv imposibilitatea obţinerii unor despăgubiri raportate la venituri.

***Cu privire la acordarea daunelor morale,*** consideră că, în aplicarea celor statuate de doctrina şi jurisprundenţa în materie, cuantumul daunelor morale trebuie să aibă la baza criterii care să conducă la o evaluare judicioasa şi care să preîntâmpine o îmbogăţire fără just temei: stabilirea unei proporţionalităţi între suferinţa provocată care, deşi nu poate fi cuantificată, este cel puţin estimată, vârsta victimei, evitarea unei sarcini disproporţionate şi excesive ce i-ar reveni făptuitorului în raport cu traumele suportate de victimă, numărul zilelor de îngrijiri medicale, vârsta şi preocupările specifice vârstei victimei.

Instanţa trebuie să stabilească un anumit echilibru între prejudiciul moral suferit şi despăgubirile acordate, în măsura să permită celui prejudiciat anumite avantaje care sa atenueze suferinţele morale, fără a se ajunge însă în situaţia îmbogăţirii fără just temei. Principiul ce se degaja din jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului în materia daunelor morale, pe care instanţele naţionale sunt obligate să îl aplice, este acela al statuarii în echitate asupra despăgubirii acordate victimei, în raport de circumstanţele particulare ale fiecărui caz în parte. De asemenea, conform aceleiaşi jurisprudenţe, despăgubirile acordate trebuie să păstreze un raport rezonabil de proporţionalitate cu dauna suferită, sens în care a fost consacrat principiul proporţionalităţii daunei cu despăgubirea acordată. Suma de bani acordata cu titlu de daune morale nu trebuie să devină o sursa de îmbogăţire pentru victima, dar nici să aibă numai un caracter pur simbolic, ci trebuie să reprezinte doar atât cât este necesar pentru a-i uşura ori compensa, în măsura posibilă, suferinţele pe care le-a îndurat sau eventual mai trebuie să le îndure.

Consideră că, în linie cu practica Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, cuantumul daunelor morale trebuie raportat şi la nivelul de trai din România.

Consideră că se impune revizuirea cuantumului daunelor morale acordate, în sensul reducerii acestora. Chiar şi practica judecătoreasca la nivelul Curţii de Apel Suceava este în acest sens. Reclamantul, prin apărător ales a depus hotărârile judecătoreşti pronunţate de către Tribunalul şi Curtea de Apel Suceava care au acordat daune morale în cuantum de 10.000 euro pentru cea 140 zile de îngrijiri medicale faţă de pretenţiile reclamantei (în cauza respectiva) în suma de 150.000 euro.

Întrucât numărul de îngrijiri medicale din prezenta cauză reprezintă o treime din cele menţionate în practica judiciara a Curţii de Apel Suceava, consideră că ar fi echitabilă acordarea de daune morale in acelaşi raport (o treime) adică 3.000-3.500 euro.

Doctrina şi jurisprudenţa, statuează unanim faptul că „stabilirea compensaţiei băneşti se face de judecător în funcţie de cele doua criterii: felul prejudiciului şi gravitatea lui. La aceste criterii însă, mai trebuie alăturat şi*criteriul echităţii, cu valoare orientativă, cu grija necesară ca sumele care se acorda cu titlu de compensaţii, să fie juste şi echilibrate, astfel încât să nu transforme în adevărate amenzi excesive pentru persoanele răspunzătoare şi nici în venituri nejustificate pentru victimele prejudiciate moral”.*

În ceea ce priveşte susţinerea faptului că vătămarea corporală a fost produsă datorita comercializării de produse nesigure pentru integritatea fizica a consumatorilor, aceasta este netemeinică întrucât:

- reclamantul şi intervenientul forţat au afirmat la interogatoriu că doar un produs era fără siguranţă; per a contrario celelalte produse similare erau în stare corespunzătoare de comercializare;

-competenta de stabilire a situaţiei invocate revine ANPC şi nu a există vreo sancţiune aplicată companiei A. în legătura cu produsul în cauză. În opinia sa, cel mai probabil, produsul a rămas desfăcut datorita unui alt client care după ce l-a probat, l-a pus la loc fără să-l asigure.

Raportat la dispoziţiile legale în materie, consideră că se impune înlăturarea considerentelor instanţei de fond care au stat la baza pronunţării soluţiei referitoare la daunele materiale.

Având în vedere cele de mai sus, solicită ca instanţa de apel să verifice atât legalitatea sentinţei, în ce măsura prima instanţa a aplicat şi interpretat corect norma de drept material aplicabilă spetei, cât şi temeinicia acesteia, respectiv dacă situaţia de fapt stabilita prin hotărâre corespunde probelor administrate.

***Prin întâmpinarea depusă la dosar, pârâta SC A. SA*** a arătat, în ce priveşte solicitarea apelantului de majorare a cuantumului daunelor materiale acordate de către instanţa de fond, că din probatoriul administrat în faţa instanţei de fond, rezulta că apelantul nu a probat efectuarea vreunei cheltuieli de natura medicala (investigaţii, tratament, recuperare). Apelantul nu a depus niciun document fiscal în acest sens (chitanţe, facturi, bonuri fiscale), astfel că, în mod legal nu se pot acorda daune materiale pentru cheltuieli medicale. De altfel, în considerentele sentinţei, instanţa de fond a reţinut ca pretenţiile pecuniare ale reclamantului în acest demers procesual vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfăşura in lipsa accidentării sale, iar nu cheltuieli medicale.

Prin cererea de apel, se invoca imposibilitatea de a lucra a apelantului în perioada aprilie 2016-decembrie 2016, având drept temei declaraţiile martorilor şi calitatea de unic întreţinător al familiei.

În primul rând, declaraţiile martorilor nu pot ţine loc de documente justificative medicale cu privire la starea de sănătate a apelantului. Apelantul nu a depus nici un document medical care să confirme faptul că timp de 8 luni de zile nu a putut să presteze vreo activitate care să-i aducă venituri. Consideră că, orice cauza care ar fi condus la o inaptitudine fizica care l-ar fi împiedicat temporar pe apelant să lucreze, putea fi confirmată doar de un medic sau comisie de specialitate prin examinare şi emiterea unui document în acest sens. În documentele depuse la dosarul cauzei se menţionează un termen de 2-3 luni de zile. Conform dispoziţiilor legale în materie, angajaţii cu forme legate, nu-şi pot întrerupe activitate pe motive medicale fără o examinare efectuată de un medic sau comisie de specialitate şi emiterea unui document în acest sens. Daca un angajat, ar lipsi de la serviciu fără a prezenta un astfel de document legal care să justifice suspendarea raporturilor de munca, atunci ar fi concediat de către angajator pentru absente nemotivate.

În al doilea rând, invocarea argumentului că apelantul este singurul întreţinător al familiei, nu reprezintă un temei legal de despăgubire care să înlăture obligaţia corelativa de a dovedi provenienţa licită a veniturilor. Consideră că, lipsa unui contract de muncă încheiat în mod legal ori a unor venituri legale, rămân în sarcina apelantului, asumându-şi consecinţele negative ale muncii la negru, inclusiv imposibilitatea obţinerii unor despăgubiri raportate la venituri. De altfel, propriul martor învederează faptul că lucrau la negru, fără forme legale.

În concluzie, acest capăt de cerere este nefondat atât prin perioada de timp invocată, cât şi prin lipsa documentelor medicale şi a dovezii formelor legale de angajare/prestare a unor servicii.

Prin cererea de apel, se invoca pierderea de două ori a şansei de a lucra. Cu privire la acest capăt de cerere, solicită a se observa că reprezintă o veritabilă modificare a cererii de chemare în judecată, fapt inadmisibil în apel.

Apelantul invocă atât situaţia menţionată de martorul F., cât şi cea menţionată în adeverinţa emisă de către firma D. ca fiind două situaţii distincte. Din analiza temporala a celor doua situaţii se poate observa ca ambele se circumscriu perioadei imediat următoare accidentării, practic suprapunându-se aceleaşi perioade. Adeverinţa D. menţionează ca şi data de începere a activităţii ziua de 02.05.2016, accidentul având loc în data de 25.04.2016.

Din punct de vedere procedural, nu se regăseşte această motivarea în cererea de chemare în judecată, astfel că, acest capăt de cerere al apelului, reprezintă o simplă speculaţie a apelantului care încalcă principiile judecăţii în apel- art. 478 Cod pr. civilă.

În ceea ce priveşte, adeverinţa emisa de către D., solicită a se observa că aceasta nu demonstrează faptul că la momentul producerii accidentului exista certitudinea desfăşurării unor raporturi de munca/prestării servicii între aceasta şi apelant. Cu privire la acest înscris, consideră că instanţa de fond conform principiului procesual al aflării adevărului- ar fi trebuit să efectueze (sau să pună în sarcina apelantului să demonstreze) un minim de verificări şi corelaţii, cu privire la următoarele aspecte relevante: dacă firma emitentă există şi este înregistrată conform dispoziţiilor legale; ce calitate are semnatarul adeverinţei în cadrul firmei respective; care este obiectul de activitate al firmei emitente a adeverinţei; dacă proiectul menţionat în adeverinţă a fost realizat în realitate; data la care a fost emisă adeverinţa, raportat la data producerii evenimentului.

Apoi, trebuie coroborate datele calendaristice: data evenimentului- 25.04.2016, data menţionată pentru începerea activităţii de către reclamant - 02.05.2016, respectiv data emiterii adeverinţei - 17.12.2018. După cum se poate observa, documentul este emis după un an şi jumătate de la data producerii evenimentului, adică la data de17.12.2018, în timp ce între eveniment şi presupusa data de începere a activităţii sunt 7 zile calendaristice, fapt ce ridica suspiciuni rezonabile cu privire la veridicitatea ofertei de colaborare.

De asemenea, adeverinţa emisă de firma D. nu precizează care ar fi fost funcţia pentru care l-ar fi încadrat pe apelant, dacă era vorba de un contract individual de muncă ori de un contract de prestări servicii cu o firmă la care apelantul ar fi fost încadrat cu forme legale. Nu se precizează dacă suma de 2.000 de euro era un venit net sau brut. Din probatoriu administrat rezultă inexistenta vreunui document scris şi înregistrat legal anterior producerii evenimentului cu privire la aceasta "colaborare", deşi între eveniment şi presupusa data de începere a activităţii sunt doar 7 zile calendaristice. Aceasta în condiţiile în care, apelantul nu a făcut dovada vreunei calificări profesionale (cu atestate profesionale) care să fie corelată cu aşa zisa oferta de angajare.

Referitor la cuantumul potenţialelor venituri invocate de către apelant, solicită a se observa faptul că martorul F. a declarat ca el personal a lucrat pentru o persoana (nu pentru o firma) care ar fi putut avea contract cu alta firma (dar nu ştie exact), că a lucrat fără contract de munca şi nici nu poate face dovada sumelor primite pentru munca prestata chiar dacă a invocat venituri de ordinul zecilor de mii de euro. Tot în cadrul acestui capăt de cerere, apelantul invocă recomandările din adeverinţa emisa de cabinetul de kinetoterapie Fundaţia .. Este adevărat ca aceasta adeverinţă conţine recomandări cu privire la efectuarea de proceduri de recuperare, însă la dosarul cauzei nu există niciun document medical care să ateste dacă s-au efectuat astfel de proceduri, în ce au constat, cât au durat, etc. Practic, nu exista nicio dovada în acest sens.

În analiza motivelor de apel, solicită a fi avut în vedere faptul că în aceasta materie – a ratării unei şanse -doctrina a statuat constant faptul că: "pentru a avea dreptul de cere şi obţine reparaţia trebuie să fie întrunite cumulativ doua condiţii: şansa pierduta să fi fost reală, şi în acelaşi timp, serioasă. Dacă aceste condiţii nu sunt îndeplinite, prejudiciul este şi rămâne cu totul eventual sau ipotetic şi bineînteles incert şi nereparabil".

Din cuprinsul cererii de chemare în judecată, a documentelor ataşate, a cererii de apel şi a restului de probatoriu administrat în cauză, nu rezultă îndeplinirea cumulativă a celor două condiţii de mai sus: şansa pierdută să fi fost reală, şi în acelaşi timp, serioasă. Pentru a fi fost reală, apelantul ar fi trebuit să depună documente încheiate şi înregistrate anterior producerii evenimentului, proba ce nu a putut fi furnizată de către acesta. Cu alte cuvinte, nu exista certitudinea, dincolo de orice îndoială ca părţile ar fi încheiat o convenţie de munca ce nu a putut fi executată datorita producerii vătămării corporale a reclamantului.

Însăşi depoziţia martorului F. demonstrează că pretenţiile materiale reprezintă doar o dorinţă subiectiva a apelantului, reprezentând cel mult un prejudiciu eventual care este situat la nivel de simpla expectativă, ipotetic, incert, deci nesupus reparaţiei.

Din probele administrate în cauză, nu rezultă că apelantul ar fi avut venituri legale, declarate şi impozabile în perioada 2015-2016. Consideră că, lipsa unui contract de muncă încheiat în mod legal ori a unor venituri legale, rămân în sarcina apelantului, asumându-şi consecinţele negative ale muncii la negru, inclusiv imposibilitatea obţinerii unor despăgubiri raportate la venituri.

Cu privire la solicitarea apelantului de majorare a cuantumului daunelor morale acordate de către instanţa de fond, arată că în ceea ce priveşte suferinţa apelantului, şi-a manifestat compasiunea şi interesul de a acorda o compensaţie ca gest comercial. Însă, discuţiile în cauză au fost sistate de către reprezentanţii convenţionali ai apelantului în momentul în care a solicitat documente justificative pentru prejudiciul material suferit - aşa cum prevede Codul Civil în materie.

Consideră că, în aplicarea celor statuate de doctrina şi jurisprundenţa în materie, cuantumul daunelor morale trebuie să aibă la baza criterii care să conducă la o evaluare judicioasă şi care să preîntâmpine o îmbogăţire fără just temei: stabilirea unei proporţionalităţi între suferinţa provocată care, deşi nu poate fi cuantificată, este cel puţin estimată, vârsta victimei, evitarea unei sarcini disproporţionate şi excesive ce i-ar reveni făptuitorului în raport cu traumele suportate de victimă, numărul zilelor de îngrijiri medicale, vârsta şi preocupările specifice vârstei victimei.

Consideră că, în linie cu practica Înaltei Curţi de Casaţie si Justiţie, cuantumul daunelor morale trebuie raportat şi la nivelul de trai din România.

Astfel că se impune revizuirea cuantumului daunelor morale acordate, în sensul reducerii acestora. Chiar şi practica judecătoreasca la nivelul Curţii de Apel Suceava este în acest sens. Apelantul, prin apărător ales a depus hotărârile judecătoreşti pronunţate de către Tribunalul şi Curtea de Apel Suceava care au acordat daune morale în cuantum de 10.000 euro pentru cca. 140 zile de îngrijiri medicale faţă de pretenţiile reclamantei (în cauza respectivă) în suma de 150.000 euro.

Întrucât numărul de îngrijiri medicale din prezenta cauza reprezintă o treime din cele menţionate în practica judiciara a Curţii de Apel Suceava, consideră că ar fi echitabilă acordarea de daune morale în acelaşi raport (o treime) adică 3.000-3.500 euro.

Doctrina şi jurisprudenţa, statuează unanim faptul că "stabilirea compensaţiei băneşti se face de judecător în funcţie de cele doua criterii: felul prejudiciului şi gravitatea lui. La aceste criterii însă, mai trebuie alăturat şi criteriul echităţii, cu valoare orientativa, cu grija necesara ca sumele care se acorda cu titlu de compensaţii, să fie juste şi echilibrate, astfel încât să nu se transforme în adevărate amenzi excesive pentru persoanele răspunzătoare şi nici în venituri nejustificate pentru victimele prejudiciate moral”.

Apelantul nu a depus niciun document medical care să dovedească efectuarea de proceduri de recuperare ori vreun document medical care să ateste o eventuală infirmitate temporară ori permanentă datorata vătămării în cauză. În concluzie, şi acest capăt de cerere este nefondat.

Conform art.249 C.Pr.Civ, sarcina probei revine reclamantului, care nu a reuşit să dovedească pretenţiile sale de natura materială şi morală. De asemenea, orice manifestare a drepturilor procesuale nu poate fi interpretată ca fiind "un comportament indezirabil", aşa cum afirmă apelantul prin reprezentanţii săi convenţionali. În procesul civil părţilor le este garantată exercitarea drepturilor procesuale, în mod egal şi fără discriminări (art.8 C.Pr. Civ), inclusiv persoanelor juridice.

În concluzie, solicită respingerea în tot a apelului ca netemeinic şi nefondat, iar pe cale de consecinţa, obligarea apelantului-reclamant la plata cheltuielilor de judecată. De asemenea, solicită reducerea onorariului avocatului apelantului.

**Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei apelate, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a motivelor de apel invocate, Curtea reţine următoarele:**

Ambele părți au formulat critici în apel vis a vis de îndeplinirea condițiilor pentru acordarea daunelor materiale și morale cât și a cuantumului acestora, critici care vor fi analizate împreună, iar deosebit de acestea apelanta pârâtă a reiterat excepția lipsei calității procesuale pasive și a criticat considerentele din sentința apelată ce vizează comercializarea de produse nesigure în magazinele proprietatea sa.

Analizând critica referitoare la excepția lipsei calității procesuale pasive, invocată de pârâtă, Curtea reține că potrivit art. 36 C. pr.civ. “Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond. “

Prin urmare, stabilirea identității dintre părți și subiectele raportului juridic litigios este indisolubil legată de cadrul procesual initial, așa cum acesta a fost trasat de reclamant căruia îi revine, în virtutea principiului disponibilității, sarcina de a indica între altele, părţile din proces, pretenţia dedusă judecăţii, motivarea în fapt şi în drept.

Or, prin cererea de chemare în judecată reclamantul a solicitat obligarea pârâtei A. S.R.L, în calitate de operator economic, responsabilă pentru securitatea clienţilor în incinta spațiului comercial proprietatea sa, la plata sumei de 100.000 lei cu titlu de daune materiale şi a sumei de 250.000 lei reprezentând daune morale, pentru repararea prejudiciilor cauzate prin fapta ilicită a acesteia, constând în neluarea măsurilor de protecţie prevăzute de lege menite a asigura securitatea consumatorilor în incinta magazinului, fapt ce a determinat accidentarea sa. Reclamantul pretinde că nerespectarea normelor şi dispoziţiilor legale privind comercializarea obiectelor ascuțite și tăioase, depozitarea lor pe rafturi fără ambalajele protectoare speciale și fără a fi asigurate pe poziția închis (în speță fiind vorba despre un foarfece de grădinărit) atrage direct răspunderea societăţii pârâte pentru incidentul produs .

Prin urmare, prin cererea de chemare în judecată se impută pârâtei A. o faptă ilicită proprie, constând în neluarea măsurilor de protecţie prevăzute de lege menite a asigura securitatea consumatorilor, în incinta magazinului A., distinctă de acțiunea concretă a intervenientului forțat ,C., de manevrare a produselor de pe raft. Or, față de aceste limitele ale investirii instanței, stabilite de reclamant, prin prisma motivelor de fapt şi de drept ale cererii, legal și temeinic a reținut instanța de fond că pârâta justifică legitimarea procesuală pasivă, iar susținerile privind culpa unui terţ în producerea prejudiciului, prin modul de manevrare, au fost examinate ca apărari de fond.

*Pe fondul apelului*, cu referire la criticile vis a vis de cuantumul daunelor materiale respectiv al daunelor morale, cu titlu preliminar se va reține că, raportat la probatoriul administrat în cauză repectiv înregistrarea video privind modul de producere a evenimentului prejudiciabil, planşele foto ce fixează împrejurările de fapt esenţiale pentru derularea faptelor, interogatoriile administrate reclamantului şi intervenientului forţat, înscrisurile medicale şi declaraţiile martorilor, situația de fapt stabilită de instanța de fond este cea corectă, Curtea urmând a și-o însuși ca atare.

Astfel, în data de 25.04.2016, în timp ce se afla la raionul „Grădinărit” din magazinul A. Suceava, reclamantul B., aflat în poziţia ghemuit pentru a studia produsele de care era interesat, aflate în partea de jos a raftului, a fost lovit în zona membrului inferior drept, deasupra genunchiului, de o foarfecă pentru curăţat pomii, care a căzut din partea de sus a raftului, în momentul atingerii lui de către o terță persoană , respectiv intervenientul forţat C. și nu prezenta ambalajul special de protecție, respectiv teaca din plastic pentru partea ascuțită și nici nu era blocată pe poziţia închis .

Deşi a susţinut că acest tip de obiect comercializat este un produs sigur , pârâta nu a făcut dovada că anterior atingerii lui de către intervenientul forțat C., produsul îndeplinea cerinţele legale de ambalare pentru a fi considerat sigur, neavând, așa cum rezultă din probatoriul administrat și din dinamica producerii accidentului, teaca de protecție specială și nefiind blocat pe poziția închis, iar pe de altă parte nu a făcut dovada existenței unor semne de avertizare a consumatorilor cu privire la modul de manevrare a produselor sau de poziţionare a clienţilor în acea secţiune sau a existenţei personalului calificat la locul faptei pentru a acorda asistenţă în favoarea reclamantului şi intervenientului forţat cu privire la aceste aspecte.

Potrivit art. 8 din Legea nr. 296/2004 privind Codul Consumului “Operatorii economici sunt obligați să pună pe piață numai produse sau servicii sigure, care corespund caracteristicilor prescrise sau declarate, să se comporte în mod corect în relațiile cu consumatorii și să nu folosească practice comerciale abuzive”. Art. 20 din același act normativ prevede că „Ambalajele trebuie să asigure integritatea și protecția calității acestora, fiind totodată, conforme prevederilor legale referitoare la protecția muncii, mediului și a securității consumatorilor.” , iar art. 36 arată că „Orice operator economic este obligat să introducă pe piață numai produse sigure pentru viața, sănătatea și securitatea consumatorilor. Orice comerciant trebuie să se asigure că produsele oferite spre comercializare sunt sigure și să informeze consumatorii asupra factorilor de risc în utilizarea și / sau consumul acestora.”

Prin urmare, raportat la aceste dispoziţii legale, în mod corect a reținut instanța de fond că omisiunea pârâtei de a prezenta produsul spre comercializare într-o manieră corespunzătoare asigurării securităţii fizice a reclamantului, în calitate de consumator, constituie o faptă ilicită deoarece reprezintă o încălcare a normelor legale în domeniul protecţiei consumatorilor, prin lipsa de conformitate a ambalajului, ţinând cont de gradul de risc exhibat prin natura lui de obiect înţepător – tăietor, prevăzut cu lamă ascuţită. Unicul responsabil pentru modul de comercializare a produsului vătămător, fără a fi ambalat corespunzător şi fără a se oferi consumatorilor indicații privind modul de utilizare în timpul efectuării de cumpărături, în spaţiul destinat desfăşurării activităţii, este operatorul economic iar faptul desprinderii obiectului vătămător ca urmare a atingerii de către un alt cumpărător nu poate nicidecum înlătura răspunderea operatorului economic pentru paguba adusă sănătăţii reclamantului, din moment ce terțul nu a intervenit asupra modalităţii de ambalare şi prezentare a produsului anterior căderii, nu l-a manevrat, ci doar prin atingere i-a determinat desprinderea din locul unde se găsea sub supravegherea exclusivă a pârâtei.

Față de această situație de fapt, legătura de cauzalitate dintre fapta omisivă a pârâtei și vătămarea suferită de către reclamant este una directă iar împrejurarea că foarfeca s-a desprins ca urmare a atingerii de un alt consumator nu este de natură a înlătura răspunderea pârâtei, vinovăția acesteia pentru pentru neîndeplinirea obligațiilor ce îi revin în calitate de operator economic fiind evidentă.

Pe cale de consecință, corect s-a concluzionat la judecata în fond, îndeplinirea condițiilor răspunderii civile delictuale în persoana pârâtei, care este astfel chemată a acoperi prejudicial suferit de reclamant.

În acest context, fiind fără putință de tăgadă faptul că vătămarea corporală a reclamantului a fost cauzată de fapta ilicită a pârâtei de a comercializa produsul “foarfecă “ fără ambalajul protector corespunzător și fără a fi blocat pe poziția închis, aceste aspecte rezultând fără dubiu din probatoriul administrat, considerentele în acest sens ale instanței de fond sunt temeinice și legale ,ele constituind practic fundamentul răspunderii pârâtei în prezenta cauză. Pe de altă parte, se cuvine a se observa că analiza instanței s-a limitat la cazul particular de față și nu s-a concluzionat în sensul comercializării de către pârâtă în general a unor produse nesigure, astfel că încât criticile apelantei pârâte împotriva considerentelor privind comercializarea de produse nesigure, apar neîntemeiate și nu pot fi primite.

Analizând criticile din apelul pârâtei privind prejudiciul material, Curtea reține mai întâi că prin cererea introductivă de instanță reclamantul a solicitat a fi despăgubit pentru faptul că nu a putut desfăşura activitate lucrativă în construcţii şi a pierdut câteva contracte convenabile financiar, prin urmare pretențiile sale vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfăşura dacă nu ar fi suferit accidentul din magazinul A. , iar nu cheltuieli medicale, astfel că susținerile din apel ale pârâtei privind imposibilitatea acordării acestui tip de cheltuieli în lipsa oricăror probe, nu se impune a fi analizată, câtă vreme o astfel de cerere nu a fost formulată la judecata în fond și pe cale de consecință pââta nu a fost obligată la plata unor despăgubiri materiale cu acest titlu.

Sediul materiei cât privește despăgubirile pentru pierderea unei șanse, îl constituie dispozițiile art. 1387 al. 1 C.Civ. „În caz de vătămare a integrităţii corporale sau a sănătăţii unei persoane, despăgubirea trebuie să cuprindă, în condiţiile art. 1.388 şi 1.389, după caz, echivalentul câştigului din muncă de care cel păgubit a fost lipsit sau pe care este împiedicat să îl dobândească, prin efectul pierderii sau reducerii capacităţii sale de muncă. În afară de aceasta, despăgubirea trebuie să acopere cheltuielile de îngrijire medicală şi, dacă va fi cazul, cheltuielile determinate de sporirea nevoilor de viaţă ale celui păgubit, precum şi orice alte prejudicii materiale”.

Cu referire la acest tip de prejudiciu, reține Curtea mai întâi că, accidentul i-a cauzat reclamantului o incapacitate totală de muncă pe o perioadă iniţială de 12 – 14 zile de îngrijiri medicale pentru vindecare, reevaluată ulterior la 54 - 55 zile, conform certificatelor medico – legale întocmite de S.M.L. Deasemeni, se reţine că leziunea a fost profundă şi a presupus o perioadă de recuperare îndelungată (apreciată la peste 3 luni conform scrisorii medicale eliberate de Spitalul Clinic Judeţean la data de 12.05.2016), timp în care s-a recomandat atât tratament medicamentos cât şi purtarea unei orteze articulate pe genunchi sau a unei genunchere elastice timp de 2-3 luni, deplasarea cu ajutorul cârjei, efectuarea de tratamente kinetoterapeutice.

Reclamantul solicită acoperirea prejudiului rezultat din pierderile din muncă, respectiv venitul ce nu l-a putut realiza ca urmare a pierderii unor oferte de muncă, în perioada imediat următoare producerii accidentului. Acest tip de prejudiciu privește acele urmări negative cauzate de o faptă ilicită, care constau în ratarea posibilității reale și serioase privind producerea unui eveniment favorabil pentru viața victimei, care i-ar fi putut aduce împliniri în viața personală sau în plan economic prin realizarea unor proiecte.

Pentru a putea obține compensarea prejudiciului, victima va trebui să demonstreze faptul că a fost ratată o șansă reală și serioasă, fiind aproape o certitudine că obiectivele propuse s-ar fi îndeplinit dacă nu ar fi intervenit evenimentul care a condus la ratarea șansei.

Cu privire la caracterul real al șansei, doctrina a apreciat că o șansă este reală atunci când la momentul intervenției faptei ilicite, victima prejudiciului a fost în cursul exercitării sau realizării șansei sale ori în măsură să profite de acea șansă, după caz, pe punctul de a profita de acea șansă. Prin urmare, reperul esențial în analiza caracterului real al șansei este cel al momentului în care intervine fapta ilicită care blochează realizarea șansei, altfel spus posibilitatea evenimentului favorabil trebuie să fie mai mult decât o simplă dorinţă subiectivă a victimei. Așadar, această condiție lipsește atunci când între momentul săvârșirii faptei și momentul la care victima intenționa să-și fructifice șansa este o întindere temporală suficient de mare încât să indice că nu exista un interes real de a urmări materializarea șansei.

Condiția caracterului serios al șansei se va aprecia raportat la probabilitatea obținerii avantajului. Șansa pierdută este considerată serioasă dacă există suficiente date pentru a se putea afirma că era probabil ca evenimentul să se fi realizat în mod favorabil pentru victimă. Șansa întâmplării trebuie să aibă un minim temei, care să permită a se concluziona că victima ar fi putut obține avantajul dorit sau evita paguba în lipsa delictului civil, care a determinat ratarea evenimentului favorabil.

Or, din adeverinţa eliberată D. la data de 17.12.2018, rezultă că între părţi au existat negocieri concrete în vederea încheierii unui contract de colaborare, pentru o perioadă de 6 luni, începând cu data de 02.05.2016, prin încheierea căruia reclamantul urma să se deplaseze în Germania pentru a executa lucrări în construcţie în schimbul remuneraţiei de 12.000 euro sau 2000 euro pe lună, contract care nu a mai putut fi onorat ca urmare a accidentului suferit de reclamat în magazinul A. și care s-a desfășurat, așa după cum rezultă din declarația martorului F, fără participarea reclamantului.

Corect a reținut instanța de fond că probatoriul administrat, respectiv adeverința depusă de către reclamant coroborată cu declarațiile martorilor audiați, este apt a forma convingerea instanței asupra existenței unei șanse reale ca reclamantul să presteze activităţi de muncitor specializat în construcţii, fiind dovedit totodată că și anterior producerii accidentului reclamantul presta astfel de activități, astfel că susținerile în sens contrar ale apelatei pârâte apar neîntemeiate.

Caracterul real al șansei reclamantului de desfășura activități în construcție în cadrul proiectului descris în adeverința depusă, poate fi apreciat și prin raportare întinderea temporală redusă între data producerii accidentului , 25.04.2016 și data demarării proiectului, 2.05.2016. Faptul eliberării adeverinței mult mai tîrziu, respectiv la data de 17.12.2018, nu demonstrează nicidecum că oferta de muncă nu a fost una reală și nu poate conduce la aprecierea caracterului nereal al șansei reclamantului de a desfășura activitate în construcții .

Deasemeni, Curtea apreciază că susținerile apelantei pârâte în sensul că adeverința depusă de reclamant nu poate face dovada existenței unei șanse reale a reclamantului de a desfășura activitate în construcții, în lipsa unor verificări privind existența și înregistrarea legală a firmei ce a eliberat adeverința, calitatea persoanei care a semnat adeverința, obiectul de activitate al firmei și daca proiectul a fost într-adevăr realizat , nu pot fi primite, pe de o parte pentru că situația de fapt descrisă de acest înscris se coroborează cu declarațiile martorilor audiați în cauză iar pe de altă parte pentru că, respectarea condițiilor de înființare și funcționare a societății sau îndeplinirea obligațiilor fiscale nu au nici o relevanță cât privește stabilirea existenței unei șanse reale , efectuarea unor astfel de verificări, dincolo de faptul că nu este cerută de lege, apare ca o cerință excesiv de formalistă. Deasemeni trebuie observat faptul că reclamantul a fost ținut a proba pierderea unei șanse și nu o activitate prestată efectiv pentru a se impune dovedirea existenței unui contract de muncă și plata obligațiilor fiscale, fiind evident că reclamantul nu a fost în măsură a încheia un contract de muncă câtă vreme nu a fost în măsură a onora oferta.

Cea de a doua condiție, caracterul serios al șansei, deasemeni corect a fost apreciat ca fiind îndeplinit, martorii audiați confirmând desfășurarea proiectului la care reclamantul nu a putut participa, datorită accidentului a cărui victimă a fost în incinta magazinului A.

Prin urmare, întrucât datorită accidentului suferit în magazinul A., urmat de o perioadă suficient de lungă de recuperare, starea de sănătate nu a permis reclamantului să presteze munca planificată în construcţii, astfel cum a fost convenită cu firma D., în mod legal și temeinic instanța de fond a reținut pierderea unei șanse reale și serioase de a realiza venituri din muncă și a admis cererea reclamantului obligând pârâta la plata către reclamant a unor daune materiale echivalente cu câștigul ce l-ar fi putut realiza dacă ar fi fost în măsură a onora oferta în discuție.

Cu referire la prejudiciul material, reclamantul arată în motivele de apel că în fapt perioada de incapacitate de muncă ar fi fost mai mare, respectiv până în luna decembrie 2016 și că în acest interval de timp ar fi pierdut de două ori șansa de a presta activități de muncă remunerate, în construcții, în calitate de muncitor specializat, respectiv prima dată împreună cu martorul F. iar cea de a doua oară în cadrul ofertei firmei D.

Or, aceste susțineri ale reclamantului nu sunt confirmate de materialul probator administrat în cauză, din care nu rezultă nici prelungirea incapacității de muncă peste intervalul de 3 luni după data accidentului, declarațiile martorilor în acest sens nefiind completate cu acte medicale care să confirme această stare a reclamantului și nici existența unei alte oferte de muncă decât cea dovedită cu adeverința firmei D.

Afirmațiile martorului F., dealtfel singurul mijloc de probă pe care reclamantul își întemeiază pretențiile materiale vizând o altă șansă de a presta activități remunerate, Curtea le apreciază ca fiind ambigue și fără a avea puterea de a forma convingerea instanței în sensul dorit de reclamant. Astfel, martorul arată că “În perioada aceea, reclamantul și tatăl lui și eu împreună cu fiul meu trebuia să mergem la muncă în Germania, având o ofertă pentru renovarea unui apartament….”, fără a rezulta în mod exact perioada de timp căreia se circumscrie această ofertă pentru a se stabili dacă se suprapune sau nu cu cea rezultând din adeverința eliberată de SC T& B BAU, cu atât mai mult cu cât aceasta din urmă viza o perioadă de 6 luni cu începere din data de 2.05.2016, moment foarte apropiat de data accidentului. Pe de altă parte, această declarație nu se coroborează cu nici un alt mijloc de probă administrat în cauză, astfel că în mod corect instanța de fond a reținut ca nefiind întemeiate pretențiile reclamantului vis a vis de această pretinsă ofertă de muncă.

Cât privește despăgubirile morale, reține Curtea că, ambele părți au criticat cuantumul daunelor, reclamantul în sensul că sunt subevaluate raportat la prejudiciul moral suferit, in timp ce pârâta a arătat contrariul, respectiv că suma acordată cu acest titlu este disproporționat de mare în raport cu prejudiciul moral efectiv suferit de reclamant cât și cu practica instanțelor judecătorești în cazuri similare.

Cu titlu preliminar Curtea reține că, în materia daunelor morale, dată fiind natura prejudiciului care le generează, practica judiciară și literatura de specialitate au subliniat că nu există criterii precise pentru cuantificarea lor, respectiv că problema stabilirii despăgubirilor morale nu trebuie privită ca o cuantificare economică a unor drepturi și valori nepatrimoniale (cum ar fi demnitatea, onoarea, ori suferința fizică sau psihică încercată de cel ce le pretinde), ci ca o evaluare complexă a aspectelor în care vătămările produse se exteriorizează, supusă puterii de apreciere a instanțelor de judecată.

Deși stabilirea cuantumului despăgubirilor echivalente unui prejudiciu nepatrimonial include o doză de aproximare, instanța trebuie să aibă în vedere o serie de criterii, cum ar fi: consecințele negative suferite de cel în cauză pe plan fizic și psihic, importanța valorilor morale lezate, măsura în care au fost lezate aceste valori și intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării, măsura în care i-a fost afectată situația familială, profesională și socială.

Totodată, instanța trebuie să stabilească un anumit echilibru între prejudiciul moral suferit și despăgubirile acordate, în măsură să permită celui prejudiciat anumite avantaje care să atenueze suferințele morale, fără a se ajunge însă în situația îmbogățirii fără just temei.

Principiul ce se degajă din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia daunelor morale, pe care instanțele naționale sunt obligate să îl aplice, este acela al statuării în echitate asupra despăgubirii acordate victimei, în raport de circumstanțele particulare ale fiecărui caz în parte. De asemenea, conform aceleiași jurisprudențe, despăgubirile acordate trebuie să păstreze un raport rezonabil de proporționalitate cu dauna suferită, sens în care a fost consacrat principiul proporționalității daunei cu despăgubirea acordată.

Suma de bani acordată cu titlu de daune morale nu trebuie să devină o sursă de îmbogățire pentru victimă, dar nici să aibă numai un caracter pur simbolic, ci ea trebuie să reprezinte doar atât cât este necesar pentru a-i ușura ori compensa, în măsura posibilă, suferințele pe care le-a îndurat sau eventual mai trebuie să le îndure.

Despăgubirea bănească pentru repararea unui prejudiciu nepatrimonial fiind, prin însăși destinația ei – aceea de a ușura situația persoanei lezate, de a-i acorda o satisfacție – o categorie juridică cu caracter special, ea trebuie să fie rezultatul unei analize atente a împrejurărilor concrete ale cauzei, deci a unor elemente obiective, care înlătură posibilitatea ca despăgubirea bănească acordată să constituie un mijloc imoral de îmbogățire a victimei.

Pentru a-și păstra caracterul de „satisfacție echitabilă”, daunele morale trebuie acordate într-un cuantum care să nu le deturneze de la scopul și finalitatea prevăzute de lege, spre a nu deveni astfel un folos material injust, fără justificare cauzală în prejudiciul suferit și consecințele acestuia. Ca atare, despăgubirile acordate trebuie să păstreze un raport rezonabil de proporționalitate cu dauna suferită, în scopul asigurării unei juste compensații a suferințelor pe care le-au îndurat sau eventual mai trebuie să le îndure în viitor persoanele păgubite.

Din acest punct de vedere, Curtea apreciază derizorie suma de 3000- 5000 euro propusă de către pârâtă cu titlu de daune morale în timp ce suma de 75 000 lei acordată de către instanță cu acest titlu apare ca fiind supraevaluată în raport cu situația concretă din speță . Astfel, fără a pierde din vedere necesitatea unui număr de 54-55 zile de îngrijiri medicale pentru vindecare precum și în general a unei perioade mai lungi pentru recuperarea efectivă a reclamantului, în care a avut nevoie de îngrijirea familiei și în acest context a suferinței pentru imposibilitatea de a-și aduce aportul la treburile casnice, și totodată ținând cont de personalitatea reclamantului care, potrivit declarațiilor martorilor, era o persoană activă și care a fost privat de posibilitatea de a munci și a realiza venituri pentru familia sa precum și de a lua parte la viața socială, Curtea consideră că suma de 50 000 lei este suficientă pentru a aduce o reparație echitabilă pentru prejudiciul de natură nepatrimonială suferit de reclamant, fără a se constitui în același timp într-un venit nejustificat.

Apreciind întemeiate criticile din apelul pârâtei referitoare la daunele morale și în același timp pentru aceleași argumente, neîntemeiate susținerile reclamantului privind majorarea cuantumului daunelor morale, în baza art.480 C.Proc.Civ. Curtea va admite apelul pârâtei și va schimba în parte sentinţa apelată în sensul că, va obliga pârâta la plata sumei de 50.000 lei cu tilu de daune moale către reclamant, în loc de 75 000 lei.

În baza art. 480 C.Proc.Civ., pentru consideretele expuse anterior, Curtea va respinge ca nefondat apelul reclamantului.

Totodată se vor menţine celelalte dispoziţii ale sentinţei apelate care nu contravin prezentei.

În temeiul art. 453 Cod pr. civilă, instanţa va obliga pe reclamant să plătească pârâtei suma de 617,6 lei cheltuieli de judecată din apel reprezentând parte din taxa judiciară de timbru, proporțional cu pretențiile admise în apel.

**4. Procedura insolvenţei. Interpretarea dispoziţiilor art. 122 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.**

***Rezumat*:**

*În art. 117 din Legea nr. 85/2014 legiuitorul instituie o prezumţie de fraudă în defavoarea debitorului pentru actele expres prevăzute încheiate de acesta în „perioada suspectă” (de 6 luni sau 2 ani anterior deschiderii procedurii în funcţie de natura actului încheiat). Dispoziţiile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 reglementează o prelungire a perioadei suspecte cu consecinţa menţinerii prezumţiei de fraudă şi pentru acte încheiate în afara termenelor reglementate de dispoziţiile art. 117 „şi în cazul în care, prin abuz de drepturi procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenul la care se referă art. 117”.*

*Raportat la prevederile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 Curtea constată că acesta nu este aplicabil speţei deduse judecăţii în condiţiile în care acesta se referă la situaţia premisă a formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenţei, iar debitorul demarează o cascadă de acţiuni, abuzând de drepturile procesuale, în scopul de a întârzia data deschiderii procedurii. Curtea reţine că orice alte acţiuni formulate de către debitor anterior înregistrării unei cereri de deschidere a procedurii nu se încadrează în acest text pentru simplul motiv că, nefiind înregistrată o cerere introductivă în vederea deschiderii procedurii insolvenţei, momentul deschiderii nu poate fi întârziat. Abia în momentul înregistrării unei astfel de cereri, debitorul, sesizând riscul anulării unor acte frauduloase încheiate de acesta poate acţiona prin abuz de drepturi procesuale în vederea întârzierii momentului deschiderii procedurii insolvenţei.*

(Decizia nr. 13 din 15 ianuarie 2021, Dosar nr. 4263/86/2018/a1)

**Hotărârea** :

Prin cererea înregistrată la data de 11.02.2020 în dosarul nr. ../86/2018/a1, reclamantul A. SPRL, în contradictoriu cu pârâţii SC B. SRL, C. şi D., a solicitat, în temeiul art. 117, alin. (2), lit. b) şi c) din Legea 85/2014, anularea transferurilor patrimoniale ce au intervenit între B. SRL, reprezentată de pârâtul C., în calitate de asociat unic şi administrator şi D., având ca obiect transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile, proprietatea vânzătoarei, efectuate prin intermediul contractului de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. 1060/ 30.04.2014 de BNP V., respectiv teren în suprafaţă de 2.300 mp, împreună cu C1 - Magazin universal, C2 - Grădină de vară şi C3 - Magazie, cu ultima destinaţie a imobilelor de Pensiune turistică categoria 4 Margarete, funcţionând sub denumirea de „Pensiunea turistică E.”, complexul compus din: pensiune, magazin, restaurant şi bar în conformitate cu Autorizaţiile de construcţie nr. 14/3557/06.07.2006 şi 14/3557/06.11.20116.

De asemenea, a solicitat anularea transferurilor patrimoniale realizate prin contractul de vânzare - cumpărare autentificat sub nr. 1060/30.04.2014 de BNP V. şi repunerea părţilor în situaţia anterioară, în sensul restituirii bunurilor în patrimoniul vânzătoarei, iar în cazul în care acestea nu mai există, obligarea pârâţilor C. şi D. la plata contravalorii bunurilor vândute, raportat la valoarea de piaţă valabilă la datele înstrăinării lor (30.04.2014), cu cheltuieli de judecată.

Prin sentinţa civilă nr. 253 din 4 august 2020, Tribunalul Suceava - Secţia a II-a civilă, a respins,ca nefondată, acţiunea având ca obiect „anulare transfer patrimonial”, formulată de lichidatorul judiciar A. SPRL, în contradictoriu cu pârâţii C., D. şi debitorul B. SRL.

La pronunţarea soluţiei, prima instanţă a făcut referireladispoziţiile art. 117 din Legea nr. 85/2014. În speță, transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile, proprietatea vânzătoarei, efectuat prin intermediul contractului de vânzare - cumpărare autentificat , a avut loc la data de 30 aprilie 2014.

Procedura generală de insolvenţă faţă de debitoarea SC B. SRL s-a deschis la data de 25.03.2019, astfel încât, este evident că nu este îndeplinită condiția temporală impusă de textul de lege menționat, ambele termene, de 6 luni și de doi ani fiind cu mult depășite.

Față de cele reținute, judecătorul sindic a respins, ca nefondată, acţiunea având ca obiect „anulare transfer patrimonial”, formulată de lichidatorul judiciar.

**Împotriva acestei sentinţe a declarat apel reclamanta A. SPRL,** în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC B. SRL, în temeiul dispoziţiilor art. 466 şi urm. Cod procedură civilă şi, în temeiul dispoziţiilor art. 480 alin. 2 Cod procedură civilă a solicitat admiterea apelului şi schimbarea în tot a sentinţei civile apelate în sensul admiterii acţiunii formulate.

În motivarea apelului a arătat faptul că prin cererea de chemare în judecată formulată în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC B. SRL a solicitat anularea transferurilor patrimoniale ce au intervenit între SC B. S.R.L, reprezentată de pârâtul C. în calitate de asociat unic şi administrator şi D., având ca obiect transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile, proprietatea vânzătoarei, efectuate prin intermediul contractului de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. 1060/30.04.2014 de BNP V. şi repunerea părţilor în situaţia anterioară, în sensul restituirii bunurilor în patrimoniul vânzătoarei, iar în cazul în care acestea nu mai există, obligarea pârâţilor C. şi D. la plata contravalorii bunurilor vândute, raportat la valoarea de piaţă valabilă la datele înstrăinării lor (30.04.2014).

A precizat faptul că, în motivarea cererii de chemare în judecată a făcut referire atât la analizarea condiţiei de admisibilitate a cererii de anulare prin prisma momentului când a avut loc transferul patrimonial cât şi la aspectele de fapt care susţin şi justifică cererea formulată, cu trimiteri în concret la probatorii - înscrisuri - ce au fost anexate cererii de chemare în judecată.

În raport de acest motiv, instanţa de fond nu a mai analizat şi celelalte motive din cererea de chemare în judecată.

A considerat că sentinţa civilă nr. 259/04.08.2020 este netemeinică şi nelegală motivat de următoarele argumente:

Cu privire la motivul invocat de instanţa de fond pentru respingerea ca nefondată a cererii de chemare în judecată întrucât s-ar fi depăşit termenul de 6 luni/2 ani pentru formularea acţiunii, a subliniat faptul că, din succinta motivare a sentinţei civile apelate rezultă că motivul de respingere al acţiunii formulate este strict legat de termenul în care aceasta a fost promovată, judecătorul sindic apreciind că au fost depăşite cu mult atât termenul de 6 luni cât şi cel de 2 ani, având în vedere că transferul dreptului de proprietate a avut loc la data de 30.04.2014, iar procedura generală a insolvenţei a fost deschisă la data de 25.03.2019.

A învederat faptul că judecătorul sindic nu a ţinut cont de apărarea formulată cu privire la acest termen atât prin cererea de chemare în judecată cât şi prin concluziile scrise depuse la dosar şi prin care a combătut apărările formulate de pârâtul C. cu privire la depăşirea termenului pentru formularea acestei acţiuni, mai mult, judecătorul sindic nici măcar nu a motivat, chiar sumar, de ce respinge apărarea invocată de reclamantă şi prin care a dovedit că deşi aparent s-ar fi depăşit termenele de 6 luni/2 ani, în realitate, acţiunea este introdusă în termenul legal. Or, prin hotărârea pronunţată, instanţa de fond avea obligaţia de a da răspuns acestor apărări cu privire la termenul de formulare a acţiunii pentru anularea transferurilor patrimoniale.

Cu privire la termenul de promovare al acestei acţiuni a susţinut că promovarea cererii de chemare în judecată s-a făcut cu respectarea dispoziţiilor legale, având în vedere că, deşi aparent transferul patrimonial nu se încadrează în categoria actelor de transfer de proprietate asupra bunurilor debitorului, sancţionate de legiuitor cu anularea întrucât vânzarea a avut loc în data de 30.04.2014, în timp ce deschiderea procedurii insolvenţei împotriva debitorului s-a pronunţat în data de 25.03.2019, în situaţia de faţă, sunt aplicabile prevederile art. 122 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

Cu privire la incidenţa prezumţiei de fraudă şi a abuzului de drepturi procesuale prin care debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele la care se referă art. 117, acestea rezultă din faptul că starea de insolvenţă a societăţii debitoare a apărut în anul 2014, urmare a finalizării inspecţiei fiscale şi a emiterii Deciziei de impunere nr. 81616/19.12.2013, care a instituit sume de plată suplimentare cu titlu de TVA, în cuantum de 481.968,00 lei, precum şi dobânzi la care se adaugă şi penalităţi de întârziere aferente TVA în cuantum de 264.715,00 lei. A rezultat astfel o datorie totală către urmare a inspecţiei fiscale în sumă de 746.683,00 lei, cu termen de plată în 20.02.2014.

Contestaţia formulată de debitor în dosarul nr. .../86/2016\* a avut doar rolul de a tergiversa rămânerea definitivă a raportului de inspecţie fiscală şi a deciziei de impunere. O dovadă în aceste sens este pe de o parte soluţia de respingere ca nefondată a contestaţiei de către instanţa de fond, fără a mai fi urmată de formularea unui recurs, iar pe de altă parte pentru că, în cursul judecării cauzei, la termenul de judecată din data de 09.02.2017 cauza a fost suspendată pentru lipsa părţilor şi a fost repusă pe rol abia după 3 luni de zile.

Contrar susţinerilor pârâtului făcute prin întâmpinarea depusă la fond, chiar faptul că acesta nu a formulat cerere de suspendare a deciziei de impunere şi a acceptat procedurile de executare silită iniţiate de organul fiscal este o dovadă în plus a faptului că a fost doar o contestare formală a actelor de inspecţie fiscală şi a deciziei de impunere.

În acelaşi timp, susţinerea pârâtului din întâmpinarea depusă la fond este contrazisă de faptul că prin cererea de chemare în judecată, reprezentanţii legali ai debitoarei au preconizat că inspecţia fiscală se va termina cu un raport de inspecţie fiscală şi o decizie de impunere, motiv pentru care au înstrăinat din patrimoniul societăţii bunurile care puteau fi urmărite silit de către organul fiscal sau de către alţi creditori, sens în care sunt constatările lichidatorului judiciar redate în raportul privind cauzele şi împrejurările care au dus la apariţia stării de insolvenţă a debitorului SC B. SRL, întocmit în conformitate cu art. 97 din Legea 85/2014.

Astfel, se arată în raport că pentru formarea unei imagini generale asupra patrimoniului societăţii şi a evoluţiei principalelor elemente care îl compun, se prezintă bilanţul simplificat al societăţii în anii 2012 - 2017 (în anii 2018 şi 2019 societatea nu a mai înregistrat activitate), conform, situaţiei tablou de sinteză bilanţieră, reprezentând structura activelor fixe aferentă anilor 2012-2017. Din aceste tabele de sinteză rezultă foarte clar că debitoarea nu a solicitat suspendarea deciziei de impunere tocmai pentru faptul că ea nu avea cum să fie afectată de măsurile de executare silită întrucât nu avea bunuri sau venituri urmăribile şi care să poată fi valorificate de către organul fiscal pentru recuperarea sumelor datorate.

Prin acelaşi raport de cauze se mai consemnează şi faptul că analiza financiar contabilă a societăţii în perioada 01.01.2011 - 31.12.2017, denotă starea de insolvenţă a societăţii: gradul de îndatorare artificial ridicat, lipsa solvabilităţii patrimoniale, societatea fiind decapitalizată integral, de către asociatul unic şi administratorul statutar C.

Factorii care au condus la apariţia, instalarea şi menţinerea stării de insolvenţă identificaţi de lichidatorul judiciar sunt de natură eminamente internă, nefiind identificaţi factori de natură externă, acesta constatând că în ceea ce priveşte managementul aplicat resurselor disponibile ale societăţii (dotări materiale, de natură umană şi financiară), rezultă următorii factori care au condus la declanşarea stării de insolvenţă, care sunt datoraţi unei activităţi de decapitalizare şi probabil transferul fondului comercial pe alte persoane şi societăţi afiliate, precum şi organizării unei evidenţe financiar contabile şi de gestiune care să susţină activitatea ilicită, toate acestea în frauda creditorilor, prezentând Factorul 1 şi Factorul 2, factori interni care au condus la agravarea situaţiei economico - financiare a societăţii începând cu anul 2014.

Faptul că organul fiscal a formulat cererea de deschidere a procedurii insolvenţei abia în anul 2018 este motivată de aceea că s-a aşteptat finalizarea dosarului civil nr. .../86/2016\*, pentru că din moment ce societatea debitoare a contestat raportul de inspecţie fiscală şi decizia de impunere, procedural nu se putea solicita deschiderea procedurii insolvenţei, creanţa nefiind certă, lichidă şi exigibilă, chiar dacă cuantumul acesteia depăşea plafonul prevăzut de lege. Cererea de deschidere a procedurii insolvenţei a fost depusă la 20.12.2018, după ce s-a comunicat şi a rămas definitivă prin nerecurare hotărârea instanţei de fond.

Dat fiind faptul că starea de insolvenţă a intervenit încă de la începutul anului 2014, iar debitorul nu respectat prevederile art. 66 alin. (1) din Legea nr. 85/2014lşi dacă ar fi solicitat instanţei deschiderea procedurii în termen legal. condiţia privind transferurile patrimoniale efectuate în cele 6 luni/2 ani anterior deschiderii procedurii, ar fi fost îndeplinită la acea dată.

În raport de cele arătate mai sus, se justifică pe deplin incidenţa prevederilor art. 122, alin. 4 din Legea nr. 85/2014, privind prezumţia de fraudă. Or, art. 122, alin. 4 din Legea nr. 85/2014 face trimitere expresă la art. 117. Cele două texte de lege se coroborează în sensul că dacă debitorul a întârziat voluntar deschiderea procedurii pentru a expira termenul de 6 luni/2 ani, operează prezumţia de fraudă. Prin apărările invocate, pârâtul nu a răsturnat această prezumţie, conform dispoziţiilor art. 328 alin. 1 Cod procedură civilă, situaţie în care face dovada temeiniciei apărării cu privire la faptul că acţiunea civilă este formulată în termenul legal. Chiar dacă au trecut 5 ani între momentul încheierii contractului de vânzare-cumpărare şi momentul deschiderii procedurii insolvenţei, se poate promova o asemenea cerere de chemare în judecată întrucât termenul de 2 ani a fost depăşit, tocmai prin întârzierea momentului deschiderii procedurii realizată de debitor prin abuzul de drepturi procesuale, operând prezumţia de fraudă.

Instanţa de fond a pierdut din vedere şi un alt fapt care din punctul său de vedere poate fi apreciat inclusiv ca o situaţie în care a intervenit o suspendare a cursului termenului prescripţiei şi a făcut referire la un principiu de drept, transpus inclusiv prin prevederile din Codul civil, „contra non valentem agere non currit praescriptio".

În prezenta cauză a apreciat că a existat o suspendare a cursului prescripţiei motivat de faptul că societatea debitoare SC B. SRL, aflată sub controlul pârâtului C., nu avea cum să acţioneze împotriva acestuia, abia la momentul la care societatea a ieşit de sub controlul pârâtului C., intrând în procedura insolvenţei sub controlul lichidatorului judiciar, a putut să formuleze un astfel de demers prin depunerea cererii de chemare în judecată din prezenta cauză.

Cu privire la fondul cauzei, a solicitat instanţei de apel să constate, în urma administrării probatoriului, că cererea de chemare în judecată formulată este întemeiată, sens în care se impune admiterea ei astfel cum a fost formulată.

Prin cererea de chemare în judecată a arătat cronologic şi motivat situaţia de fapt şi argumentele din care rezultă că transferul patrimonial realizat prin contractul de vânzare-cumpărare autentificat sub nr. 1060/30.04.2014 a fost una fictivă, formală, cu scopul de a scoate bunurile din patrimoniul societăţii debitoare pentru a nu putea fi urmărite de creditorii societăţi.

În desfăşurarea activităţii comerciale, SC B. SRL a fost subiectul unei inspecţii fiscale parţiale privind TVA, pentru perioada 01.12.2008 - 30.06.2012. La data de 24.02.2016, administratorul statutar formulează contestaţie împotriva actului administrativ fiscal şi a concluziilor raportului de inspecţie fiscală, solicitând anularea lui în cadrul dosarului nr. .../86/2016, aflat pe rolul Tribunalului Suceava, litigiu finalizat la data de 01.02.2018, prin respingerea cererii ca nefondată. Anterior finalizării inspecţiei fiscale asociatul unic şi administratorul statutar C., a luat decizia de a suspenda activitatea societăţii debitoare şi ca atare, la data de 13.12.2013 a introdus cererea de suspendare aferent intervalului 06.12.2013 - 05.12.2016, înregistrată la ORCT sub nr. 41341, este admisă prin rezoluţia nr. 14253/17.12.2013, publicată pentru opoziţie în M. Of. p. IV-a, nr. 2152/10.04.2014.

În acelaşi timp, urmare a emiterii Deciziei de impunere nr. 81616/19.12.2013 (care a instituit sume de plată suplimentare cu titlu de TVA, în cuantum de 481.968,00 lei, precum şi Dobânzi la care se adaugă şi penalităţi de întârziere aferente Taxei pe valoarea adăugată în cuantum de 264.715,00 lei), pentru a evita identificarea de către organele fiscale de bunuri în patrimoniul societăţii şi executarea acestora în contul sumelor datorate conform acestei decizii, pârâtul C. a procedat la înstrăinarea bunurilor imobile teren în suprafaţă de 2.300 mp împreună cu CI - Magazin universal, C2 - Grădină de vară şi C3 - Magazie, cu ultima destinaţie a imobilelor de Pensiune turistică categoria 4 Margarete, funcţionând sub denumirea de "Pensiunea turistică E.",complexul compus din: pensiune, magazin, restaurant şi bar în conformitate cu Autorizaţiile de construcţie nr. 14/3557/06.07.2006 şi 14/3557/ 06.11.20116 către pârâtul D.

În acest sens este încheiat contractul de vânzare - cumpărare autentificat sub nr. 1060/30.04.2014 prin care SC B. SRL, reprezentată de asociat unic şi administrator C. vinde pârâtului D. aceste bunuri imobile, iar în contract se consemnează că pârâtul D. a achitat în numerar preţul convenit de 133.200 lei, conform facturii fiscale seria SV, nr. 000110/29.11.2013. La scurt timp, cumpărătorul activului Pensiune turistică E, D., închiriază prin contractul notarial autentificat sub nr. 1611/10.07.2014 acest obiectiv, către fostul deţinător B. SRL, pentru o perioada de trei ani, la un preţ simbolic de 100 lei/lună.

La data de 10.07.2019, prin cererea înregistrată sub nr. 22334 pe rolul ORCT Suceava acelaşi administrator statutar C. solicită reluarea activităţii societăţii debitoare începând cu 07.07.2019. Această cerere este admisă prin rezoluţia nr. 7280/14.07.2014, publicată pentru opoziţie în M. Of. p. IV-a, nr. 5551/15.09.2014.

Din prezentarea acestei situaţii de fapt rezultă că înstrăinarea bunurilor imobile prin contractul de vânzare - cumpărare autentificat sub nr. 1060/30.04.2014 s-a realizat în mod fictiv, formal pentru ca aceste bunuri să nu mai fie proprietatea societăţii şi să poată fi executare silit în contul datoriei către bugetul de stat rezultată urmare a emiterii Deciziei de impunere nr. 81616/19.12.2013.

A subliniat faptul că din actele depuse în probaţiune rezultă că pârâtul C. a încercat pe toate căile posibile să împiedice efectuarea inspecţiei fiscale, recurgând chiar la distrugerea documentelor contabile ale societăţii pentru a nu putea fi prezentate echipei de inspecţie fiscală care le solicitase.

Dovada cea mai evidentă a caracterului fictiv al vânzării este dată, pe de o parte, de modalitatea în care este achitat preţul contractului - în numerar, iar, pe de altă parte, de faptul că la scurt timp - la data de 10.07.2014, pentru aceleaşi bunuri imobile cumpărătorul încheie cu societatea un contract de închiriere la un preţ derizoriu de 100 lei/lună.

Cu privire la preţul achitat în numerar, a apreciat că această sumă de bani nu a fost achitată efectiv şi chiar dacă suma ar fi fost achitată în numerar, în evidenţa contabilă a societăţii ea ar trebui să se regăsească evidenţiată ca fiind încasată între data emiterii facturii - 29.11.2013 şi data încheierii contractului - 30.04.2014 şi deşi în contractul de vânzare-cumpărare se face menţiunea achitării în numerar a acestei sume de bani, notarul nu face menţiunea că s-a achitat suma de bani în faţa sa, ceea ce înseamnă că această menţiune s-a făcut doar în raport de declaraţia părţilor.

Consideră că această situaţie dovedeşte că de fapt vânzarea a avut un caracter fictiv, a fost încheiată doar cu scopul de a scoate scriptic din patrimoniul societăţii aceste bunuri imobile pentru a nu putea face obiectul unei executări silite, dar faptic aceste bunuri au rămas în mod continuu în folosinţa societăţii.

Cu privire la apărările invocate de pârât, a solicitat ca acestea să fie respinse, întrucât din raportul întocmit de lichidatorul judiciar în baza documentelor contabile pe care le-a avut la dispoziţie, rezultă că valoarea imobilelor înstrăinate prin contractul de vânzare - cumpărare este inferioară valorilor din contabilitatea debitoarei la nivelul anului 2012. Documentele contabile arată faptul că în anul 2012 în cadrul activelor fixe societatea debitoare deţinea terenuri în valoare de 5.000 lei şi construcţii în valoare de 504.325 lei, bunuri care nu se mai regăsesc în patrimoniul societăţii începând cu anul 2013 pentru că au fost înstrăinate în modalitatea indicată în cererea de chemare în judecată. Conform facturii fiscale şi contractului de vânzare-cumpărare, preţul pentru aceste active fixe încasat teoretic de societate este de 133.200 lei.

Ceea ce a susţinut cu privire la acest fapt al închirierii este că modul cum a fost realizată, inclusiv închirierea susţine fictivitatea încheierii contractului de vânzare-cumpărare. Astfel, societatea avea în patrimoniu aceste bunuri imobile esenţiale pentru desfăşurarea activităţii, în lipsa cărora activitatea de tip pensiune/restaurant nu putea fi desfăşurată; aceste bunuri sunt înstrăinate pentru un preţ mult inferior valorii lor după care, la scurt timp după transferul de proprietate, noul cumpărător închiriază vânzătorului aceste bunuri la un preţ de 100 lei/lună; în această modalitate, societatea debitoare nu mai este proprietara bunurilor imobile, dar poate continua activitatea folosind aceste bunuri pentru care plăteşte o chirie simbolică.

Dacă pârâtul D. ar fi avut intenţia reală de a cumpăra aceste bunuri imobile şi ar fi achitat efectiv preţul înscris în contract, în mod cert el ar fi folosit bunurile cumpărate sau, dacă le-ar fi închiriat înapoi către societate, ar fi primit o chirie mult mai mare, corespunzătoare valorii bunurilor şi scopului pentru care acestea erau folosite. Indirect, pârâtul C. recunoaşte că preţul nu a fost plătit, atunci când susţine că dacă el nu a depus banii primiţi ca preţ în numerar în casieria societăţii, fiind pasibil de o răspundere fiscală.

Nu în ultimul rând, este de remarcat faptul că deşi pârâtul C. invocă toate aceste apărări în încercarea de a menţine ca valabil acest transfer patrimonial, pârâtul D. nu a făcut nicio apărare în scris, adoptând o atitudine pasivă şi dezinteresată. Tocmai această pasivitate a pârâtului D. este o confirmare indirectă a celor invocate prin cererea de chemare în judecată. Atitudinea interesată a pârâtului C. şi atitudinea total dezinteresată a pârâtului D. nu fac decât să confirme şi să valideze raţionamentul prezentat în cererea de chemare în judecată.

În drept: a invocat dispoziţiile art. 466 şi urm. Cod procedură civilă, art. 117 alin. (1), lit. b) şi lit. c), art. 122 alin. (4) din Legea 85/2014.

Prin întâmpinare, pârâtul C. a solicitat respingerea apelului ca nefondat şi menţinerea sentinţei instanţei de fond ca fiind legală şi temeinică.

Având in vedere dispoziţiile art.117 din Legea nr. 85/2014, judecătorul fondului a reţinut faptul ca transferul drepturilor de proprietate asupra bunurilor imobile, efectuat prin intermediul Contractului de vânzare - cumpărare, autentificat sub nr.1060/30.04.2014 de către BNP V., a avut loc la data de 30 aprilie 2014. Întrucât procedura generala de insolventa fata de debitoare SC B SRL s-a deschis la data de 25 martie 2019, în mod legal şi temeinic, judecătorul sindic a constatat faptul că nu este îndeplinită condiţia temporala impusa de textul legal anterior citat deoarece ambele termene (6 luni/2 ani) fiind cu mult depăşite.

Referitor la motivele de apel prevăzut la pct.A, în dezvoltarea acestuia, apelanta susţine faptul ca judecătorul sindic nu a ţinut cont de apărările formulate prin cererea de chemare in judecata, respectiv concluziile depuse cu privire la depăşirea termenului legal prevăzut de art.117 alin.1 si 2 din Legea nr. 85/2014, or, instanţa de fond a ţinut seama de obligaţia sa de a-şi motiva hotărârea adoptata, conform dispoziţiilor art. 425 Cod procedură civilă, stabilind în considerentele hotărârii situaţia de fapt expusă în detaliu, încadrarea în drept, examinarea argumentelor părţilor şi punctul de vedere al instanţei şi, nu în ultimul rând, raţionamentul logico-juridic care a fundamentat soluţia adoptată.

Motivarea hotărârii judecătoreşti nu reprezintă o chestiune de cantitate şi nici nu obligă instanţa de a răspunde tuturor argumentelor de fapt şi de drept ale părţilor, instanţa putând să grupeze unele dintre acestea pe baza unui numitor comun şi să le răspundă în cadrul unui singur considerent. Judecătorul nu trebuie să răspundă în mod separat fiecărui argument, fiecărei nuanţe date de părţi textelor pe care şi-au întemeiat cererile.

Curtea Europeană acordă o atenţie deosebită respectării de către instanţe a obligaţiei de a examina problemele ridicate de către părţi ca o garanţie a respectării dreptului la un proces echitabil, totuşi în jurisprudenţa sa, s-a reţinut în mod constant faptul că; „Art. 6 parag. 1 din Convenţie, obligă tribunalele să-şi motiveze deciziile, dar nu se poate cere să dea un răspuns detaliat la fiecare argument" - Hotărârea Ruiza Torija c.Spaniei.

Motivarea unei hotărâri nu este o problemă de volum, ci una de esenţă, de conţinut, aceasta trebuind să fie clară, concisă şi concretă, întinderea obligaţiei de motivare trebuie apreciată prin raportare la natura şi circumstanţele specifice fiecărei cauze.

Având în vedere aspectele concrete legate de data deschiderii procedurii insolvenţei faţă de debitoarea SC B. SRL şi data transferului dreptului de proprietate a bunurilor imobile, în mod just, judecătorul sindic a respins acţiunea formulată de către lichidatorul judiciar, fără a răspunde argumentelor interpretative invocate de către reclamanta potrivit cărora acţiunea s-ar încadra in termenul prevăzut la de art.117 din Legea nr. 85/2014.

Apelanta, în dezvoltarea motivului de apel prevăzut la pct.A, reia aceleaşi apărări şi argumente invocate în faţa instanţei de fond, invocând dispoziţiile art. 122 alin.4 din Legea insolventei.

Prezumţia de frauda reglementata de alin.4 al art. 122 deriva din prezumţia relativa de frauda reglementata de alin 3 al articolului menţionat în legătură cu actele şi operaţiunile prevăzute la art. 117 alin. (2) din legea insolventei. Dispoziţiile alin. 4 se aplică în corelaţie cu disp.alin.3 din art.122.

Astfel, prezumţia de fraudă se referă la durata perioadei suspecte (6 luni/2 ani) şi nicidecum la o perioada nedeterminată anterior deschiderii procedurii. Prin instituirea prezumţiei de fraudă pe durata perioadei suspecte se dă posibilitatea administratorului judiciar (sau lichidatorului) să anuleze actele încheiate de către debitor doar în acest interval de timp. Condiţia termenelor de 6 luni/2 ani prevăzut de art.117 alin.1 si 2 lit. b) si c) din lege este imperativa si trebuie îndeplinita pentru a se putea dispune anulare a transferurilor patrimoniale realizate intre debitoare.

Lichidatorul judiciar susţine faptul că starea de insolvenţă a apărut în anul 2014 şi nu s-a conferit aplicare dispoziţiilor art. 66 alin.1 din Legea nr.85/2014, în sensul de a formula o cerere de deschidere a procedurii insolventei la momentul respectiv.

Apelanta susţine existenta unui abuz de drept procesual urmarea a formulării unei contestaţii adm. fiscale in conformitate cu prevederile Codului de procedura fiscala şi ale Legii nr. 554/2004, procedura in care debitoarea a contestat obligaţiile fiscale stabilite prin Decizia de impunere nr.81616/19.12.2013.

Faptul ca debitoarea s-a prevalat dreptul sau legal, de a ataca in justiţie o decizie de impunere, nefiind de acord cu obligaţiile fiscale stabilite prin acesta, nu poate reprezenta un abuz de drept procesual in sensul [disp.art.122](http://disp.art.122) alin.4 din Legea insolvenţei.

Mai mult, aceasta contestaţie adm. fiscala nu a împiedicat autoritatea fiscala să formuleze cerere de deschidere a procedurii insolvenţei împotriva societăţii, după momentul scadenţei acelor obligaţii fiscale (anul 2014).

Nu este de acord cu susţinerea lichidatorului potrivit căreia debitoarea trebuia să ceară deschiderea procedurii insolventei, cu toate că a contestat creanţa fiscala stabilită prin Decizia de impunere nr.81616/19.12.2013, având in vedere că această sumă contestată reprezenta singura datorie care putea să permită, din punct de vedere legal (valoarea prag), deschiderea procedurii insolventei. Deci, aşa - zisul abuz de drepturi procesuale nu există, motiv pentru care invocarea disp. 122 alin.4 din Legea insolvenţei nu se justifică, iar apărările apelantei sunt netemeinice.

Totodată, existenţa unei stări de insolvenţă nu are relevanţă în planul aplicării dispoziţiilor art.117 alin.2, lit. b) şi c) din Legea nr. 85/2014, întrucât acest text legal stipulează, în mod expres şi fără echivoc, momentul de la care se ia în calcul perioada anterioară, şi anume de la deschiderea procedurii. Nu exista vreo reglementare legală în cuprinsul art. 117 alin.1 şi 2, lit.b) şi c) din legea nr.85/2014, care să prevadă faptul că termenele de 6 luni/2 ani se calculează de la data apariţiei stării de insolvenţă.

În această situaţie, toata argumentaţia apelantei privind apariţia stării de insolvenţă, constatările acesteia în legătura cu factorii care au condus la insolventa din conţinutul raportului privind cauzele şi împrejurările apariţiei stării de insolvenţă, etc. nu are relevanţă în planul prezentei cauze, deoarece momentul deschiderii procedurii este reperul legal de la care se calculează termenele de 6 luni/2 ani. În aceste condiţii, toata argumentaţia apelantei potrivit căreia contestaţia adm. fiscala reprezintă un abuz de drept procesual nu se susţine, întrucât aceasta cale de atac împotriva deciziei de impunere nu a putut întârzia, din punct de vedere legal, formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenţei de către autoritatea fiscala.

Creditorul bugetar nu a fost împiedicat în vreun fel să-si realizeze creanţa începând cu momentul scadenţei acesteia din anul 2014 şi până în anul 2018 (când a depus cererea de deschidere a procedurii insolvenţei). Organul fiscal avea la dispoziţie procedura Legii nr.85/2006, respectiv a Legii nr.85/2014, încă din anul 2014, dacă considera oportună şi eficientă această procedura, însă a preferat să-şi realizeze procedurile de executare a creanţei, prin mijloace proprii, potrivit Codului de procedura fiscală.

Mai mult, art. 122 alin.3 si 4 din Legea insolventei face trimitere la dauna creditorilor, or, D.R.F.P. - A.J.F.P. reprezintă singurul creditor din dosarul de insolvenţă, creanţa acestuia fiind constituita din debitul stabilit prin decizia de impunere nr.81616/19.12.2013, la care s-au adăugat dobânzile si penalităţile calculate pana la data deschiderii procedurii insolventei. Creditorul bugetar nu a suferit vreo dauna urmare a transferurilor patrimoniale realizate intre debitoare.

În luna septembrie 2015, creditorul fiscal, prin Decizia nr. 14872/29.09.2015, in temeiul disp. art.27 alin.2 lit.c), d) şi e) din OG nr.92/2003 (vechiul Cod de procedura fiscala), a dispus angajarea răspunderii solidare pe numele adm. debitoarei - C., pentru suma totala de 881.206 lei, pentru datoriile SC B. SRL, valoare ce cuprinde sumele stabilite cu titlu de TVA si dobânzi /penalităţi prin Decizia de impunere nr.81616/19.12.2013. Urmare acestui demers făcut de către organul fiscal, datoria debitoarei reprezentând creanţa fiscală stabilită prin decizia de impunere a fost transferată în sarcina fostului adm.- C., iar acesta a fost şi este supus măsurilor de executare silită realizate de către Serviciul Fiscal din cadrul Administraţiei Finanţelor Publice.

În acest sens, organul fiscal de executare a emis înştiinţări, notificări, adrese de înfiinţare poprire, proces verbal de sechestru bunuri mobile (privind doua autovehicule), proces verbal de sechestru bunuri imobile, anunţuri privind vânzarea bunurilor imobile (privind suprafeţe de teren intravilan, curti-constructii situate în loc. ..).

In contextul prezentat, nu exista o dauna a creditorului fiscal din moment ce acesta a ales sa-si urmărească creanţa încă din anul 2015 (cu 4 ani înainte de deschiderii procedurii) şi nu mai avea interes să urmărească societatea pentru recuperarea datoriilor, atâta vreme cât urmărea averea personala a fostului administrator. Raţiunea formulării cererii de deschidere a procedurii în anul 2018 a constat în interesul organului fiscal de constatare a falimentului si radierea societăţii.

În concluzie, a apreciat că nu este îndeplinita cerinţa legală prevăzută de art. 122 alin.4 din lege, întrucât nu există vreo daună adusă creditorului fiscal prin realizarea transferurilor patrimoniale.

Apelanta invoca existenţa unei suspendări a termenului de prescripţie de 2 ani, însă aceasta apărare este netemeinică, întrucât termenele de 6 luni/2 ani prevăzute de art.117 alin.1 si 2 lit. b) si c) din Legea insolvenţei nu sunt termene de prescripţie, pentru a putea fi supuse suspendării/întreruperii.

Termenul de prescripţie extinctivă este intervalul de timp, stabilit de lege sau chiar de părţi, înăuntrul căruia trebuie exercitat dreptul la acţiune, sub sancţiunea stingerii dreptului material la acţiune.

Termenele de 6 luni/2 ani prevăzute de art.117 alin.1 si 2 lit. b) şi c) din Legea insolvenţei nu reprezintă un interval de timp înlăuntrul căruia trebuie exercitat un drept la acţiune.

Termenul prevăzut de art. 118 este un termen de prescripţie, însă, în cauză, nu se impune o astfel de analiză, întrucât acţiunea lichidatorului nu a fost respinsă ca fiind prescrisă.

Referitor la motivele de apel prevăzut la pct. B, in dezvoltarea acestuia, apelanta reia susţinerile invocate prin cererea de chemare in judecată, criticând apărările noastre in fata primei instanţe.

Sub aspectul motivării, apelul este văzut ca o examinare a corectitudinii hotărârii primei instanţe (*revisio prioris înstantiae).*Această cale de atac de reformare presupune posibilitatea părţii nemulţumite de hotărârea primei instanţe de a o critica în faţa unei instanţe superioare, din toate punctele de vedere, respectiv atât din punctul de vedere al legalităţii, cât şi al temeiniciei.

Întrucât motivele de apel prevăzut la pct.B nu aduc critici privind legalitatea si temeinicia hotărârii apelate, se impune neluarea în considerare a acestor apărări.

Lichidatorul judiciar îşi fundamentează apărările pe presupuneri, deducţii, prezumţii, etc., sens în care a făcut referire la incidenţa dispoziţiilor art. 329 Cod procedură civilă.

A subliniat faptul că lichidatorul se erijează în apărătorul intereselor organului fiscal, arătându-şi interesul pentru recuperarea datoriilor acestora, fără a avea în vedere faptul că acesta îşi urmăreşte creanţa prin mijloace proprii din averea personala a fostului adm.

Fata de motivele prezentate, a solicitat respingerea apelului declarat de către A. SPRL, ca fiind nefondat.

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

Motivul determinant al apelului formulat de către lichidatorul judiciar priveşte neanalizarea de către judecătorul sindic a apărării invocate de către acesta legate de aplicabilitatea dispoziţiilor art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014.

Faţă de această situaţie, Curtea observă că judecătorul fondului nu a analizat această apărare determinantă pentru soluţia ce urmează a fi pronunţată în cauză, astfel că, în cauză, apelul apare întemeiat din perspectiva dispoziţiilor art. 480 alin. 3 Cod procedură civilă, neanalizarea acestei apărări apărând ca o veritabilă necercetare a fondului, instanţa de apel urmând a analiza cererea formulată în raport de susţinerile părţilor invocate cu ocazia judecării cauzei în fond şi în apel.

În art. 117 din Legea nr. 85/2014 legiuitorul instituie o prezumţie de fraudă în defavoarea debitorului pentru actele expres prevăzute încheiate de acesta în „perioada suspectă” (de 6 luni sau 2 ani anterior deschiderii procedurii în funcţie de natura actului încheiat). Dispoziţiile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 reglementează o prelungire a perioadei suspecte cu consecinţa menţinerii prezumţiei de fraudă şi pentru acte încheiate în afara termenelor reglementate de dispoziţiile art. 117 „şi în cazul în care, prin abuz de drepturi procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenul la care se referă art. 117”.

În concret, lichidatorul judiciar face trimitere la acţiunea introdusă de către debitor având ca obiect contestaţie act administrativ fiscal, ce a fost înregistrată sub nr.../86/2016\* prin care debitorul a contestat raportul de inspecţie fiscală şi decizia de impunere nr. 81616/19.12.2013 prin care s-a stabilit obligaţii de plată suplimentare în sarcina debitoarei cu titlu de TVA în cuantum de 481.968,00 lei precum şi dobânzi şi penalităţi de 264.715,00 lei. De asemenea, lichidatorul invocă decizia de suspendare a activităţii societăţii debitoare în intervalul 06.12.2013-05.12.2016 prin Rezoluţia Directorului Oficiului Registrului Comerţului nr. 14253/17.12.2013. Mai mult, lichidatorul susţine că în cauză a operat o întrerupere a termenului de prescripţie întrucât este aplicabil principiul consacrat de Codul civil : „*Contra non valentem agere non currit praescriptio”* (prescripţia extinctivă nu curge împotriva celui care nu poate acţiona), iar societatea se afla sub controlul pârâtului C., astfel că creditorul fiscal putea formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenţei, chiar în condiţiile în care actul administrativ fiscal era contestat.

Motivul referitor la suspendarea activităţii debitoarei în perioada 06.12.2013 – 05.12.2013 nu poate fi reţinut în considerarea celor ce preced ca un abuz de drepturi personale, mai ales în situaţia în care prin Rezoluţia Directorului ORCT nr. 7280/14.07.2014 se reia activitatea societăţii începând cu data de 07.07.2014.

Raportat la suspendarea cursului de prescripţie derivat din faptul că termenul de prescripţie nu curge împotriva celui ce este împiedicat să acţioneze, Curtea arată că termenele prevăzute de art. 117 din Legea nr. 85/2014 nu sunt termene de prescripţie întrucât nu reglementează un termen în care partea interesată să poată acţiona, ci doar marchează temporal perioada pentru care se instituie o prezumţie de fraudă pentru actele încheiate de debitor, astfel că acest termen nu este susceptibil de întrerupere sau suspendare aşa cum este în cazul termenelor de prescripţie. Mai mult, administratorul statutar nu putea acţiona.

Raportat la prevederile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 Curtea constată că acesta nu este aplicabil speţei deduse judecăţii în condiţiile în care acesta se referă la situaţia premisă a formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenţei, iar debitorul demarează o cascadă de acţiuni, abuzând de drepturile procesuale, în scopul de a întârzia data deschiderii procedurii Curtea reţine că orice alte acţiuni formulate de către debitor anterior înregistrării unei cereri de deschidere a procedurii nu se încadrează în acest text pentru simplul motiv că, nefiind înregistrată o cerere introductivă în vederea deschiderii procedurii insolvenţei, momentul deschiderii nu poate fi întârziat. Abia în momentul înregistrării unei astfel de cereri, debitorul, sesizând riscul anulării unor acte frauduloase încheiate de acesta poate acţiona prin abuz de drepturi procesuale în vederea întârzierii momentului deschiderii procedurii insolvenţei.

Mai mult, Curtea reţine că decizia de impunere nu a fost suspendată pe perioada judecării contestaţiei actului administrativ fiscal, astfel că, în conformitate cu dispoziţiile legale în materie fiscală decizia de impunere îşi păstrează caracterul de titlu executoriu şi, pe cale de consecinţă nu este titularul acţiunii în anulare, astfel că, chiar în condiţiile în care s-ar aprecia termenele de la art. 217 drept termene de prescripţie, aşa cum susţine în mod eronat lichidatorul judiciar, nu este aplicabil principiul „*Contra non valentem agere non currit praescriptio”.*

În considerarea celor ce preced Curtea conchide că transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile prin contractul de vânzare – cumpărare autentificat la 30.04.2014 nu a operat în perioada suspectă, astfel că prezumţia de fraudă nu este operabilă în speţă, acţiunea formulată de lichidatorul judiciar apărând ca nefondată.

Prin urmare, în temeiul art. 480 alin. 3 Cod procedură civilă, **Curtea** va admite apelul, va anula sentinţa apelată şi în rejudecare, va respinge acţiunea ca nefondată.

**5. Procedura insolvenţei. Art. 78 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 reglementează o excepţie de la regula instituită în art. 75 alin. (1).**

***Rezumat*:**

Dispoziţiile art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 reglementează o excepţie de la regula instituită de prevederile art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 ce reglementează unul din efectele deschiderii procedurii insolvenţei – de suspendare de drept a tuturor acţiunilor judiciare, extrajudiciare şi a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra debitorului. Or, prin reglementarea expresă a excepţiei prevăzute de art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, Curtea găseşte neîntemeiată excepţia inadmisibilităţii, cererea formulată de creditor fiind întemeiată pe dispoziţia anterior citată şi cum Banca.. şi-a justificat calitatea de creditor garantat, cererea formulată apare admisibilă, cum de altfel a reţinut în mod judicios judecătorul sindic.

(Decizia nr. 65 din 19 februarie 2021, Dosar nr. 1758/40/2018/a41)

**Hotărârea*:***

***Prin Sentința civilă nr. 151 din data de 23 iulie 2020 pronunțată de Tribunalul Botoșani – Secția a II-a civilă în dosarul nr. 1758/40/2018/a41*,** s-au admis cererile de intervenție accesorie formulate de creditorii B. şi soc. C. SRL, în favoarea debitorului soc. A. SRL. S-a respins cererea formulată de creditorul soc. Banca Comercială Română SA, în contradictoriu cu soc. A. SRL, ca neîntemeiată.

***Pentru a pronunța această hotărâre, analizând actele şi lucrările dosarului, judecătorul sindic din cadrul primei instanţe a reţinut următoarele:***

Prin cererea înregistrată la data de 23.10.2019, pe rolul Tribunalului Botoşani – Secţia a II-a Civilă – judecător sindic - sub nr. 1758/40/2018/a41, creditorul soc. Banca Comercială Română SA, a solicitat ridicarea suspendării prevăzute la art.75 din Legea nr. 85/2014 şi valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispoziţiilor legale, a bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferinţă în favoarea BCR, în sensul:

1. distribuirii către BCR a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferinţă în favoarea BCR, încasate şi utilizate de către debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolvenţei şi până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătoreşti;
2. distribuirea către BCR a sumelor încasate în viitor de către debitoare.

În motivare, s-a precizat că între BCR, în calitate de Bancă, şi soc. A. SRL, în calitate de împrumutat, a fost încheiat Contract de credit nr. 98 din 13.05.2013, cu modificările ulterioare (rescris integral prin Actul Adiţional nr. 12 din 11.11.2015, Actul Adiţional nr. 13 din 21.01.2016, Actul Adiţional nr, 14 din 09,11.2016, Actul Adiţional nr, 15 din 20.07.2017).

În vederea garantării îndeplinirii obligaţiilor de rambursare a creditului şi a tuturor accesoriilor calculate dispoziţiilor contractuale, au fost încheiate o serie de contracte de garanţie asupra patrimoniului propriu (Clauza 7 „Garanţii”, astfel cum a fost modificată prin Actul adiţional nr. 15 din 20.07.2017), inclusiv asupra creanţelor rezultate din contracte comerciale, constituită de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobiliară asupra creanţelor nr. SJ-CC 50 din 19.03.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adiţional nr. l din 12.11.2013, Actul Adiţional nr.2 din 14.03.2014, Actul Adiţional nr.3 din 19.12.2014, Actul Adiţional nr.4 din 03.11.2017 şi Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2018), încheiat ca Anexa 21 la contract de credit, anexate cererii.

Între BCR, acţionând în calitate de Bancă, şi soc. A. SRL, în calitate de împrumutat, a fost încheiat Acordul de garantare/ avalizare- Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare (rescris integral prin Actul Adiţional nr. 6 din 16.11.2015, Actul Adiţional nr. 7 din 30.03.2016, Actul Adiţional nr, 8 din 09.11.2016, Actul Adiţional nr. 9 din 20.07,2017, Actul Adiţional nr. 10 din 03.11.2017, Actul Adiţional nr. 11 din 28.11.2017) şi în vederea garantării îndeplinirii obligaţiilor de rambursare a creditului şi a tuturor accesoriilor calculate dispoziţiilor contractuale, debitoarea a încheiat cu Banca o serie de contracte de garanţie asupra patrimoniului propriu (Clauza 7 „Garanţii”, astfel cum a fost modificată prin Actul adiţional nr. 11 din 28.11.2017), inclusiv Ipoteca mobiliara asupra creanţelor rezultate din contracte comerciale, constituita de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobiliară asupra creanţelor nr. SJ-CC13 din 16.01.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adiţional nr. 1 din 12.11.2013, Actul Adiţional nr.2 din 17.03.2014, Actul Adiţional nr.3 din 03.11.2017 şi Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2008), încheiat ca Anexa 6 la contract de credit, anexa 2 la prezenta cerere.

În baza informaţiilor primite periodic de la debitoare, în ceea ce priveşte situaţia creanţelor cesionate din contracte în favoarea BCR, până la data de 31.12.2018, soc. A. SRL, a încasat suma totală de 7.794.349 lei ulterior datei deschiderii procedurii, această sumă făcând obiectul cauzei de preferinţă în favoarea BCR: situaţia contractelor cu creanţe cesionate în favoarea BCR la datele de 31.12.2018, 30.09.2018, 31.07.2018.

Ulterior lunii ianuarie 2019, debitoarea a refuzat să comunice informaţii actualizate referitor la această situaţie, deşi au existat solicitări repetate în acest sens, solicitând depunerea de către debitoare a unei situaţii actualizate la zi cu privire la creanţele cesionate din contracte în favoarea BCR, încasate ulterior datei deschiderii procedurii de insolvenţă.

Cu privire la creanţa rezultată din contractul de credit nr. 98/13.05.2013, cu modificările ulterioare, s-a precizat că prin cererea de admitere a creanţei, BCR a solicitat înscrierea în tabelul creditorilor cu o creanţă anterioară deschiderii procedurii, garantată, pură şi simplă, în sumă totală de 23,642,274.83 lei (calculată la cursul de schimb BNR aplicabil la data deschiderii procedurii -10.08.2018 (comunicat de BNR în 09.08.2018), respectiv EUR/ RON=4,6427 lei), parţial exigibilă (în sumă de 816,821,23 lei: credit restant, dobânzi restante, comisioane restante). În tabelul definitiv intermediar de creanţe al soc. A. SRL, publicat în BPI Nr. 2033/31.01.2019, creditorul BCR, în raport de creanţele supuse verificării în sumă totală de 39,759,426.36 lei, a fost înregistrată cu total creanţe admise la data de 29.01.2019, în cuantum de 23,589,093.80 lei, în categoria creanţelor garantate. Ulterior, la data de 03.10.2019, a fost rambursată suma de 233,716.96 lei. Ca urmare a exercitării dreptului de opţiune a creditorului în imputaţia plăţii, suma a fost imputată asupra principalului restant aferent Contractului de credit nr. 98 din 13.05,2013, cu modificările ulterioare şi pe cale de consecinţă, creanţa înregistrată anterior, în cuantum de 23,589,093.80 lei a fost diminuată cu suma de 233,716.96 lei, rezultând un cuantum modificat în sumă de 23,355,376.84 lei.

Cu privire la creanţele rezultând din Contract de credit nr. SJCC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare s-a arătat că prin cererea de admitere a creanţei, BCR a menţionat deţinerea în raport de data deschiderii procedurii de creanţe eventuale/ viitoare, în sumă totală principală de 16,117,151.53 lei, la care se adaugă accesoriile, după caz, rezultând din Acordul de garantare/avalizare - Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare - scrisori de garanţie bancară emise şi neexecutate la data respectivă.

Ulterior datei deschiderii procedurii de insolvenţă, - 10.08.2018, părţile au încheiat Actul Adiţional nr.12 din 16.11.2018, prin care a fost stabilită rambursarea creditului acordat la data de 22.08.2019 în sumă de 501.304,27 lei conform unui grafic de rambursare (12 rate de credit principal în sumă de 41.755,36 lei fiecare, prima rată fiind scadentă Ia data de 24.09.2018, iar ultima rată la 21.08.2019), având în vedere plata efectuată de Bancă la data de 22.08.2019 în baza Instrumentului de Garantare (scrisoare de garantare în sumă de până la 700.000 lei) emis către beneficiar D. SRL în temeiul Acordului de garantare/avalizare - Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare, respectiv cererea de plată iniţiată de D. SRL pentru suma de 501.304,27 lei din data de 14.08.2018 şi rambursarea creditului acordat la data de 30.10.2019 în sumă de 939.568,90 lei conform unui grafic de rambursare (12 rate de credit principal în sumă de 78.297,41 lei fiecare, prima rată fiind scadentă la data de 29.11.2018, iar ultima rată la 29.10.2019), având în vedere plata efectuată de Bancă la data de 30.10.2019 în baza Instrumentului de Garantare (scrisoare de garantare) emis către beneficiar E. SA în temeiul Acordului de garantare/ avalizare- Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare, respectiv cererea de plată iniţiată de E SA pentru suma de 939.568,90 lei din data de 24.10.2018.

Totodată ulterior datei deschiderii procedurii de insolvenţă -10.08.2018, părţile au încheiat Actul Adiţional nr.13 din 23.11.2018, prin care a fost stabilită rambursarea creditului acordat la data de 22.11.2019 în sumă de 338.106,44 lei conform unui grafic de rambursare (2 rate de credit principal, prima rată fiind scadentă la data de 23.11.2018, iar ultima rată la 15.01,2019), având în vedere plata efectuată de Bancă la data de 22.11.2019 în baza Instrumentului de Garantare emis către beneficiar Compania Naţională de Investiţii în temeiul Acordului de garantare avalizare - Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare, respectiv cererea de plată iniţiată de Compania Naţională de Investiţii pentru suma de 338.106,44 lei din data de 14.11.2018.

Creditul acordat la data de 22.11.2019 a fost rambursat de către împrumutat la data de 23.11.2018 - suma de 150.000 lei, la data de 15.01.2019 - suma de 188,106.44 lei, rambursările fiind efectuate conform dispoziţiilor debitoarei.

În baza Acordului de garantare/ avalizare- Contract de credit n SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare, au fost emise mai multe garanţii bancare, neexecutate de către Beneficiari până la data deschiderii procedurii, a căror situaţie a fost menţionată în declaraţia de creanţă a creditoarei BCR.

În raport de situaţia de fapt relevată şi dispoziţiile legale aplicabile, a considerat că sunt îndeplinite condiţiile prevăzute de art. 78 alin. (1) lit. B, pct. a) din Legea 85/2014. Deschiderea procedurii insolvenţei nu anulează drepturile şi obligaţiile anterior asumate de către părţi prin contractele de credit şi garanţie anterior menţionate, astfel încât orice sumă care ar fi trebuit încasată în conturi de cesiune, create în mod special pentru a facilita evidenţierea şi utilizarea conform clauzelor contractuale. Potrivit art. 5 pct. 15 din Legea 85/2014, creanţele care beneficiază de o cauză de preferinţă sunt acele creanţe care sunt însoţite de un privilegiu şi/sau de un drept de ipotecă şi/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2.347 Noul Cod Civil, şi/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terţ garant, creditorul care beneficiază de o cauza de preferinţă va exercita drepturile corelative numai în ce priveşte bunul sau dreptul respectiv.

Deşi creanţa BCR este garantată, nu există o protecţie corespunzătoare a sa, valoarea obiectului garanţiei fiind diminuată şi există pericol real ca aceasta să sufere o diminuare în continuare, prin utilizarea sumelor de către debitoare în procedura insolvenţei pentru alte scopuri decât acoperirea creanţelor garantate. Valoarea bunurilor constituite ca şi garanţie deja s-a diminuat în raport cu creanţa garantată şi este în continuă scădere, astfel încât această situaţie este în mod evident prejudiciabilă, în sensul că deşi există o garanţie reală asupra bunurilor - creanţe, utilizarea substanţei acestora ulterior încasării de către debitoare în derularea procedurii insolvenţei nu face decât să o lipsească de conţinut.

În drept: art.78 din Legea nr.85/2014.

În dovedire: înscrisuri, taxă judiciară de timbru în cuantum de 200 lei.

Debitoarea soc. A. SRL prin **întâmpinarea** formulată cu înscrisuri, a solicitat cu referire la căpătul de cerere de la punctul a) din cuprinsul acţiunii, respingerea ca inadmisibil iar faţă de capătul de cerere de la punctul b) din cuprinsul acţiunii, respingerea ca nefondat a acestui capăt de cerere.

În motivare, cu privire la primul capăt de cerere de la punctul a) din cuprinsul acţiunii, a solicitat a se avea în vedere interpretarea dispoziţiilor art. 78 din Legea nr. 85/2014, potrivit căreia ”(1) Creditorul titular al unei creanţe ce beneficiază de o cauză de preferinţă poate solicita judecătorului-sindic, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special şi a administratorului judiciar, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanţa sa şi valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispoziţiilor art. 154 -158 şi cu condiţia achitării din preţ a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă cauza de preferinţă, în una dintre următoarele situaţii: atunci când nu există o protecţie corespunzătoare a creanţei garantate în raport cu obiectul garanţiei, din cauza:

a) diminuării valorii obiectului garanţiei sau existenţei unui pericol real ca aceasta să sufere o diminuare apreciabilă;

b) diminuării valorii părţii garantate dintr-o creanţă cu rang inferior, ca urmare a acumulării dobânzilor, majorărilor şi penalităţilor de orice fel la o creanţă garantată cu rang superior;

c) lipsei unei asigurări a obiectului garanţiei împotriva riscului pieirii sau deteriorării.”

Or, textul de lege nu prevede posibilitatea creditorului de a solicita sumele încasate de către debitoare anterior momentului la care s-ar decide ridicarea suspendării, o interpretare contrară ar reprezenta o adăugare nepermisă la lege peste voinţa legiuitorului.

Pentru aceste motive, faţă de solicitarea creditorului de la punctul a) prin care doreşte distribuirea către BCR a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferinţă în favoarea BCR, încasate şi utilizate de către debitoare, ulterior datei deschiderii procedurii insolventei şi până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătoreşti, a solicitat a fi îndepărtată ca inadmisibilă.

Faţă de dispoziţiile legale invocate de creditoare s-a arătat că, în cauză nu sunt îndeplinite condiţiile pentru ridicarea suspendării, astfel:

În procedura de insolventa a debitoarei soc. A. SRL, creditorul B.C.R. S.A. s-a înscris la masa credală în temeiul Contractului de credit nr. 98/13.05.2013 cu actele adiţionale ulterioare şi în temeiul Contractului de Credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007 cu actele adiţionale ulterioare.

În cazul Contractului nr. 98, creanţa iniţială iniţială a fost diminuată ca urmare a încasării unor sume de bani din vânzarea bunurilor ce au fost ipotecate în favoarea BCR de către societatea soc. F S.R.L. (garant ipotecar pentru soc. A. S.R.L.). de asemenea s-a arătat că inclusiv la acest moment, în temeiul contractului nr. 98 mai există bunuri ipotecate de către garantul ipotecar ce nu au fost încă valorificate. În plus, pe lângă garantul ipotecar soc. F.S.R.L., inclusiv debitoarea a garantat împrumutul cu bunuri proprii, respectiv: un imobil situat în municipiul ... compus din 3 etaje, imobilul apartament situat în .., bunuri identificate şi prin anexele de la declaraţia de creanţa depusă de BCR S.A.

Aceeaşi situaţie este şi cu referire la Creditul nr. 22, în temeiul căruia, la acest moment BCR S.A. are de recuperat o creanţă de 1.440.873,17 ron ca urmare a SGB-urilor executate, contract ce este supragarantat cu bunuri imobile de către soc. F. şi cu garanţie de companie din partea societăţii soc. G. S.R.L.

Astfel, faţă de condiţia textului de lege invocat care învederează posibilitatea ridicării suspendării în cazul în care nu există o protecţie corespunzătoare a creanţei garantate în raport cu obiectul garanţiei, a solicitat a se observa că aceasta nu este îndeplinită, iar pe cale de consecinţă a solicitat respingerea acţiunii ca nefondată. În plus faţă de chestiunile anterior învederate, s-a arătat faptul că dispoziţiile art. 78 raportate la dispoziţiile art. 87 alin (3) si următoarele din Legea 85/2014, nu se aplică asupra creanţelor rezultate din contracte comerciale cesionate către un creditor, cum este cazul de faţă.

Pe de altă parte, s-a arătat că pentru a exista un drept de preferinţă, trebuie să existe un bun sau o valoare care să fie obiectul determinat al preferinţei care îl grevează, or, nu se poate pune o ipotecă eficientă pe un bun fungibil, cum ar fi sumele de bani fără o afecţiune specială, stocul de marfă, facturile emise de debitor, etc., sau pe un fond de comerţ (o universalitate de fapt sau un mobil fără corporalitate) şi deci implicit nu se poate utiliza măsura prevăzută de art. 78 din lege, cea de ridicare a suspendării. Dreptul de preferinţă se exercită doar asupra sumei rezultate din vânzarea / lichidarea bunului sau a valorii grevate de garanţie (art. 159 alin. 1 teza iniţială). În contextul în care creditoarea BCR S.A. a consimţit ca garantarea creditelor acordate debitoarei să se facă prin constituirea de ipoteci asupra creanţelor viitoare (bunuri mobile incorporale) ale debitoarei izvorând din contractele de antrepriză aflate în derulare, este evident că şi-a asumat implicit şi riscul volatilităţii acesteia, derivând din rezilierea /denunţarea contractelor de lucrări ori deschiderea insolventei, caz în care dreptul de ipotecă va fi limitat doar asupra diferenţei rezultate între sumele încasate din executarea lucrărilor efectuate în cadrul perioadei de observaţie sau reorganizare şi cheltuielile necesitate de realizarea lucrărilor (materii prime, materiale. munca vie, etc) cheltuieli din procedura insolventei. Dispoziţiile legale privitoare la o eventuală ridicare a suspendării în cazul ipotecii mobiliare, trebuie interpretate în sensul în care permit debitorului să facă plăţile necesare desfăşurării activităţii sale curente: plata materiilor prime, a utilităţilor, a salariaţilor, a taxelor şi impozitelor, ipoteca creditorului beneficiar al cauzei de preferinţă purtând, în realitate, doar asupra profitului realizat de debitor din activitatea curentă şi în nici un caz nu poate fi acceptată teza conform căreia dreptul de ipotecă asupra creanţelor ipotecate se exercită asupra veniturilor înregistrate obţinute ca urmare a executării lucrărilor, fără a se ţine cont de necesitatea şi obligativitatea achitării creanţelor curente derivând din continuarea activităţii, deoarece s-ar ajunge la situaţia absurdă în care banca s-ar îmbogăţi în detrimentul celorlalţi creditori care ar fi nevoiţi să suporte consecinţele diminuării patrimoniului debitoarei.

Faţă de toate aspectele învederate a solicitat faţă de punctul a) în principal respingerea ca inadmisibil a capătului de cerere şi în subsidiar ca nefondat, iar faţă de căpătul de cerere b), a solicitat respingerea ca nefondat.

În drept: dispoziţiile art. 205 Cod procedură civilă precum şi pe oricare alte dispoziţii legale aplicabile speţei.

În dovedire: înscrisuri.

În temeiul art. 411 alin. 1 pct. 2 a solicitat judecarea cauzei în lipsă.

Prin cererea înregistrată la data de 22.01.2020, s-a formulat cerere de intervenţie principală din partea domnului B., în calitate de reprezentant al salariaţilor soc A. SRL, prin care a solicitat respingerea cererii formulată de către BCR SA din prezenta cauză deoarece prin admiterea cererii s-ar aduce atingerea unui drept al salariaţilor strâns legat de dreptul dedus judecăţii, potrivit art. 61 alin.(2) din Codul de procedură civilă, solicitând admiterea cererii de intervenţie şi a respingerii cererii de chemare în judecată.

În motivare, s-a arătat că obiectul cererii de chemare în judecată este reprezentat de folosirea sumelor de bani din cadrul contractelor de prestări servicii sau achiziţie publică pe care le are soc. A. SRL pentru achitarea datoriei către bancă, tocmai pentru aceste sume de bani să se încaseze de la achizitori, salariaţii debitoarei trebuie să presteze o muncă pentru care este obligatoriu să fie remuneraţi. Cu privire la cererea de chemare în judecată formulată de BCR SA, s-a solicitat respingerea deoarece în cauză nu sunt aplicabile dispoziţiile lege invocate de către creditor. Articolele 154 – 158 din Legea nr. 85/2014 fac referire la bunuri care pot fi vandabile şi care se pot socate la licitaţie şi în urma vânzării se vor întocmi contracte de vânzare – cumpărare, sumele de bani solicitate de către creditor nu pot fi vândute în procedura de insolvenţă, astfel încât acestea sunt exceptate de la aplicarea art. 78 din Legea nr. 85/2014. În plus dispoziţiile legale se referă la bunuri care nu sunt esenţiale planului de reorganizare iar dacă se vor vira aceste sume băncii ar afecta posibilitatea de reuşită a planului de reorganizare, solicitând admiterea în principiu a cererii de intervenţie principală şi respingerea cererii de chemare în judecată.

Totodată prin cererea înregistrată la data de 25.02.2020, soc. C. SRL, în temeiul art. 63 Cod procedură civilă, a formulat cerere de intervenţie accesorie în interesul debitoarei soc. A. SRL, solicitând admiterea cererii de intervenţie şi respingerea cererii de chemare în judecată formulată de BCR SA.

În motivare, s-a arătat că, în calitate de creditor în tabelul debitorului soc. A. SRL şi de asemenea societate la care debitoarea are participaţii de 99,998 %, interesul în cauză există prin raportare la şansele reale de recuperare a creanţei pe care o are în tabelul de creanţe al debitoarei. În calitate de creditor chirografar este lipsită de privilegiile pe care garanţiile le asigură, context în care obligarea debitoarei la plata către BCR a sumelor rezultate din contractele comerciale pe care le are în derulare, diminuează mult şansele de reuşită şi de redresare, aspect ce afectează întreaga masă credală ce este subordonată ca şi rang de preferinţa creditorului garantat. În condiţiile în care şansele de redresare scad, scad şi şansele de achitare a creanţelor chirografare. Mai mult decât atât, soc. A. SRL are participaţii la soc. C. SRL, sens în care o eventuală lichidare a debitoarei ca urmare a lipsei de disponibil bănesc, va avea efectul unui domino şi asupra subscrisei, putând duce până la declinul societăţii.

În legătură cu speţa dedusă judecăţii, s-a solicitat a se observa că pentru a exista un drept de preferinţă, trebuie să existe un bun sau o valoare care să fie obiectul determinat al preferinţei care îl grevează, or, nu se poate pune o ipotecă eficientă pe un bun fungibil, cum ar fi sumele de bani fără o afectaţiune specială, stocul de marfă, facturile emise de debitor, sau pe un fond de comerţ. În contextul în care creditoarea BCR SA, a consimţit ca garantarea creditelor acordate debitoarei să se facă prin constituirea unei ipoteci asupra creanţelor viitoare ale debitoarei izvorând din contractele de antrepriză aflate în derulare, este evident că şi-a asumat implicit şi riscul volatilităţii acesteia, derivând din rezilierea / denunţarea contractelor de lucrări ori deschiderea insolvenţei, caz în care dreptul de ipotecă va fi limitat doar asupra diferenţei rezultate între sumele încasate din executarea lucrărilor efectuate în cadrul perioadei de observaţie sau reorganizare şi cheltuielile necesitate de realizarea lucrărilor , cheltuieli din procedura insolvenţei, adică asupra cotei de beneficiu real obţinut.

**În drept**: art. 63 Cod procedură civilă.

Prin note de şedinţă depuse de debitoarea soc. A. SRL, s-a solicitat aplicarea dispoziţiilor art. 78 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 ca urmare a propunerii debitorului – aprobată de către adunarea creditorilor din data de 12.03.2020 – de adoptare a unor măsuri menite să ofere protecţie corespunzătoare creanţei garantate, precum: asigurarea unui procent de 20% din valoarea rămasă de executat din contractele cesionate şi în plus constituirea unor garanţii imobiliare suplimentare astfel cum reiese din adresa înaintată către administratorul judiciar şi din procesul verbal al adunării creditorilor din data de 12.03.2020.

Debitoarea soc. A. SRL, prin administrator judiciar H. SPRL Bucureşti, prin **note scrise** (fl. 147), cu privire la cererile de intervenţie formulate în cauză, a considerat că pe fond acestea sunt neîntemeiate, ideea de a elimina pur şi simplu un creditor pentru ca ceilalţi să beneficieze de sumele ce i s-ar fi cuvenit este nelegală şi imorală, în contradicţie vădită cu ideea de echitate şi tratament egal în faţa legii, şi o ignorare a principiului securităţii juridice, susţinerile intervenienţilor neavând un temei legal.

Cu privire la fondul cauzei, s-a precizat că administratorul judiciar a propus un set de măsuri prin care acordă protecţia corespunzătoare, iar banca a acceptat această propunere în mod indirect, prin votul exprimat în adunarea creditorilor. Ca atare, ambele părţi au achiesat la necesitatea acordării unei protecţii corespunzătoare şi au stabilit în mod amiabil termenii acesteia. Faţă de această situaţie de fapt, a solicitat a se observa că cererea creditoarei BCR a fost justificată şi respingerea acesteia se circumscrie exclusiv acordării măsurilor de protecţie, solicitând respingerea cererii în temeiul art. 78 alin. (2), alin. (a) şi c).

**Analizând actele şi lucrările dosarului, judecătorul sindic a reţinut următoarele:**

**În fapt,** între soc. Banca Comercială Română SA şi soc. A. SRL, în calitate de împrumutat, a fost încheiat Contract de credit nr. 98 din 13.05.2013, cu modificările ulterioare (rescris integral prin Actul Adiţional nr. 12 din 11.11.2015, Actul Adiţional nr. 13 din 21.01.2016, Actul Adiţional nr, 14 din 09,11.2016, Actul Adiţional nr, 15 din 20.07.2017).

În vederea garantării îndeplinirii obligaţiilor de rambursare a creditului şi a tuturor accesoriilor calculate dispoziţiilor contractuale, au fost încheiate o serie de contracte de garanţie (Clauza 7 „Garanţii”, astfel cum a fost modificată prin Actul adiţional nr. 15 din 20.07.2017), inclusiv asupra creanţelor rezultate din contracte comerciale, constituită de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobiliară asupra creanţelor nr. SJ-CC 50 din 19.03.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adiţional nr. l din 12.11.2013, Actul Adiţional nr.2 din 14.03.2014, Actul Adiţional nr.3 din 19.12.2014, Actul Adiţional nr.4 din 03.11.2017 şi Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2018), încheiat ca Anexa 21 la contract de credit.

Părţile au mai încheiat Acordul de garantare/ avalizare- Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare (rescris integral prin Actul Adiţional nr. 6 din 16.11.2015, Actul Adiţional nr. 7 din 30.03.2016, Actul Adiţional nr, 8 din 09.11.2016, Actul Adiţional nr. 9 din 20.07,2017, Actul Adiţional nr. 10 din 03.11.2017, Actul Adiţional nr. 11 din 28.11.2017) şi în vederea garantării îndeplinirii obligaţiilor de rambursare a creditului şi a tuturor accesoriilor calculate dispoziţiilor contractuale, debitoarea a încheiat cu Banca o serie de contracte de garanţie asupra patrimoniului propriu (Clauza 7 „Garanţii”, astfel cum a fost modificată prin Actul adiţional nr. 11 din 28.11.2017), inclusiv Ipoteca mobiliara asupra creanţelor rezultate din contracte comerciale, constituita de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobiliară asupra creanţelor nr. SJ-CC13 din 16.01.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adiţional nr. 1 din 12.11.2013, Actul Adiţional nr.2 din 17.03.2014, Actul Adiţional nr.3 din 03.11.2017 şi Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2008), încheiat ca Anexa 6 la contract de credit.

În baza informaţiilor primite periodic de la debitoare, în ceea ce priveşte situaţia creanţelor cesionate din contracte în favoarea BCR, până la data de 31.12.2018, soc. A. SRL, a încasat suma totală de 7.794.349 lei ulterior datei deschiderii procedurii, această sumă făcând obiectul cauzei de preferinţă în favoarea soc. Banca Comercială Română SA.

Ulterior lunii ianuarie 2019, conform susţinerilor soc. Banca Comercială Română SA, debitoarea a refuzat să comunice informaţii actualizate referitor la această situaţie, deşi au existat solicitări repetate în acest sens, solicitând depunerea de către debitoare a unei situaţii actualizate la zi cu privire la creanţele cesionate din contracte în favoarea BCR, încasate ulterior datei deschiderii procedurii de insolvenţă.

Cu privire la creanţa rezultată din contractul de credit nr. 98/13.05.2013, cu modificările ulterioare, prin cererea de admitere a creanţei, BCR a solicitat înscrierea în tabelul creditorilor cu o creanţă anterioară deschiderii procedurii, garantată, pură şi simplă, în sumă totală de 23,642,274.83 lei (calculată la cursul de schimb BNR aplicabil la data deschiderii procedurii -10,08.2018, parţial exigibilă (în sumă de 816,821,23 lei: credit restant, dobânzi restante, comisioane restante). În tabelul definitiv intermediar de creanţe al soc. A. SRL, publicat în BPI Nr. 2033/31.01.2019, creditorul Banca Comercială Română SA, în raport de creanţele supuse verificării în sumă totală de 39,759,426.36 lei, a fost înregistrată cu total creanţe admise la data de 29.01.2019, în cuantum de 23,589,093.80 lei, în categoria creanţelor garantate. Ulterior, la data de 03.10.2019, a fost rambursată suma de 233,716.96 lei. Ca urmare a exercitării dreptului de opţiune a creditorului în imputaţia plăţii, suma a fost imputată asupra principalului restant aferent Contractului de credit nr. 98 din 13.05,2013, cu modificările ulterioare şi pe cale de consecinţă, creanţa înregistrată anterior, în cuantum de 23,589,093.80 lei a fost diminuată cu suma de 233,716.96 lei, rezultând un cuantum modificat în sumă de 23,355,376.84 lei.

Cu privire la creanţele rezultând din Contract de credit nr. SJCC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare, prin cererea de admitere a creanţei, BCR a menţionat deţinerea în raport de data deschiderii procedurii de creanţe eventuale/ viitoare, în sumă totală principală de 16,117,151.53 lei, la care se adaugă accesoriile, după caz, rezultând din Acordul de garantare/ avalizare - Contract de credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare - scrisori de garanţie bancară emise şi neexecutate la data respectivă.

Deşi creanţa soc. Banca Comercială Română SA este una garantată, constatăm că nu există o protecţie corespunzătoare a sa, valoarea obiectului garanţiei fiind diminuată prin utilizarea sumelor de către debitoare în procedura insolvenţei pentru alte scopuri decât acoperirea creanţelor garantate. Valoarea bunurilor constituite ca şi garanţie deja s-a diminuat în raport cu creanţa garantată, în sensul că, deşi există o garanţie reală asupra creanţelor, acestea au fost utilizate ulterior încasării de către debitoare în derularea procedurii insolvenţei.

Faţă de solicitarea soc. Banca Comercială Română SA de acordare a unei protecţii corespunzătoare, soc. A. SRL a propus ca, în ceea ce priveşte sumele deja încasate şi utilizate de debitoare de la data deschiderii procedurii de insolvenţă, în cuantum de aproximativ 15.608.233 lei, din contracte cesionate în favoarea soc. Banca Comercială Română SA, să constituie în favoarea creditorului următoarele garanţii imobiliare: imobilele situate în ..., în ..., respectiv locul de parcare nr... A. Asigurarea protecţiei corespunzătoare priveşte şi sumele ce urmează a fi încasate în temeiul contractelor cesionate, prin rambursarea către creditorul garantat a unui sume reprezentând 20% fără TVA, începând cu luna martie 2020.

Propunerea soc. A. SRL a fost supusă dezbaterii în cadrul şedinţei adunării creditorilor din data de 12.03.2020, faţă de care a fost exprimat vot pozitiv de către 81,78% dintre creanţele prezente sau care au transmis votul, inclusiv de către soc. BCR SA.

**În drept**, potrivit art. 78 alin. (1) B lit. a) din Legea nr. 85/2014, creditorul titular al unei creanţe ce beneficiază de o cauză de preferinţă poate solicita judecătorului-sindic, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special şi a administratorului judiciar, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanţa sa şi valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispoziţiilor art. 154 - 158 şi cu condiţia achitării din preţ a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă cauza de preferinţă, atunci când nu există o protecţie corespunzătoare a creanţei garantate în raport cu obiectul garanţiei, din cauza diminuării valorii obiectului garanţiei sau existenţei unui pericol real ca aceasta să sufere o diminuare apreciabilă.

Având în vedere situaţia de fapt reţinută, judecătorul sindic a apreciat că soc. Banca Comercială Română SA, titular al unei creanţe ce beneficiază de o cauză de preferinţă, este îndrituit a solicita ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanţa sa, în condiţiile prevederilor legale anterior menţionate.

Cu toate acestea, având în vedere că soc. A. SRL a propus adoptarea mai multor măsuri menite să ofere protecţie corespunzătoare creanţei garantate a creditorului, acceptate de către acesta prin votul exprimat în cadrul adunării creditorilor din data de 12.03.2020, judecătorul sindic va face aplicarea prevederilor art. 78 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora, în cazurile prevăzute la alin. (1) lit. B, judecătorul-sindic va putea respinge cererea de ridicare a suspendării formulate de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecţie corespunzătoare creanţei garantate a creditorului (...).

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 65 din Codul de procedură civilă, s-au admis cererile de intervenţie accesorie şi va respinge cererea ca neîntemeiată.

***Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a promovat apel apelanta-creditoare Banca Comercială Română SA, criticând-o pentru nelegalitate şi netemeinicie*** şi, totodată,solicitând admiterea apelului şi schimbarea în totalitate a sentinţei apelate, iar pe fondul cauzei, respingerea cererilor de intervenţie în favoarea debitorului A. SRL, admiterea cererii formulate de BCR având ca obiect ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 din Legea nr. 85/2014 şi, pe cale de consecinţă, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 din Legea nr. 85/2014 şi valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispoziţiilor legale, a bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferinţă în favoarea BCR, în sensul: distribuirii către BCR a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferinţă în favoarea BCR, încasate şi utilizate de către debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolvenţei şi până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătoreşti; distribuirea către BCR a sumelor încasate în viitor de către debitoare.

Prezentând situația de fapt dedusă judecății, a arătat că, raportat la cererea apelantei-creditoare BCR SA, aceasta a fost formulată în contextul în care, după data deschiderii procedurii insolventei (10.08.2018), intimata-debitoare SC A. SRL a încasat creanțe având valori mari din anumite contracte, creanțe asupra cărora apelanta-creditoare are constituit un drept de ipotecă mobiliară (astfel cum a fost prezentat în detaliu prin cererea introductivă și reluat în Anexă), fără a fi restituită vreo parte din creanţă apelantei-debitoare până la data introducerii Cererii.

Cu titlu de exemplu, a arătat că, de la data deschiderii procedurii insolvenței (10.08.2018) și până la data de 12.03.2020, intimata-debitoare a încasat creanțe asupra cărora apelanta-creditoare are constituit un drept de ipotecă mobiliară în valoare de aprox. 15.6 milioane lei, consecința directă a acestei situații o reprezentând-o diminuarea obiectului garanției constituite în favoarea apelantei-debitoare.

Astfel, a subliniat că, deși creanța apelantei-debitoare este garantată la momentul introducerii Cererii, nu exista o protecție corespunzătoare a acesteia, valoarea obiectului garanției fiind într-o continuă diminuare, prin utilizarea sumelor de către debitoare în procedura insolvenței pentru alte scopuri decât acoperirea creanței garantate a apelantei-creditoare.

A precizat faptul că, potrivit celui mai recent Tabel de creanțe întocmit în cauză (Tabelului definitiv actualizat - anexat), creanţa garantată a apelantei-creditoare (i.e. partea care nu este înscrisa sub condiție) este de 23.266.384,87 lei. Spre comparație, a arătat că, suma de 15.6 milioane lei menționată mai sus, încasată de debitoare, reprezintă ~ 67% din creanța apelantei-debitoare. Tot in acest context, a mai precizat și faptul că, între momentul formulării prezentei cereri (23.10.2019) și publicarea Tabelului definitiv actualizat, creanța apelantei-debitoare s-a diminuat doar cu suma de 88.992 lei din rambursări.

Raportat la Hotărârea adunării creditorilor în vederea aprobării constituirii de garanții suplimentare în favoarea apelantei-debitoare, în conformitate cu art. 78 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, a arătat că, situația nefavorabilă în care se regăsește apelanta-debitoare a fost recunoscută inclusiv de intimata-debitoare, prin administrator special, care a admis că este necesară acordarea unei protecții creanței garantate a apelantei-creditoare, dată fiind diminuarea constantă a obiectului garanției prin faptul că sumele de bani încasate din contractele asupra cărora apelanta-creditoare are constituit un drept de ipotecă mobiliară erau folosite doar de intimata-debitoare.

Relatând succint hotărârile luate în cadrul adunării creditorilor, a arătat că, în ciuda hotărârii adoptate de creditori, în fapt nu a fost asigurată o protecție corespunzătoare, în sensul legii, având în vedere pe de o parte, valoarea creanței garantate a apelantei-creditoare (-23,3 mii. lei) în raport de valoarea garanțiilor constituite cu aceasta ocazie (-3,1 mii. lei), și, pe de alta parte, în raport de faptul că din data de 04.05.2020, intimata-debitoare nu a mai rambursat nicio sumă apelantei-creditoare, astfel cum ar fi trebuit conform pct. 2 al Hotărârii Creditorilor.

În ceea ce privește nelegalitatea și netemeinicia, a arătat că cererea formulată de apelanta-creditoare (de ridicare a suspendării prevăzute la art. 75 din Lege și de valorificare a bunurilor care fac obiectul cauzei de preferință în favoarea apelantei-creditoare), trebuie analizată în raport de contextul specific, mai exact, pe de o parte, raportat la cuantumul creanței garantate apelantei-creditoare, valoarea garanției acesteia și natura și specificul garanției constituite (drept de ipotecă mobiliară asupra unor creanțe ale intimatei-debitoare), și, pe de altă parte, raportat la sumele încasate în mod continuu de intimata-debitoare, reprezentând obiect al garanției constituite în favoarea apelantei-creditoare și consecința diminuării obiectului garanției apelantei-creditoare.

A arătat că, deși s-a încercat acordarea și implementarea unei masuri de protecție a creanței apelantei-creditoare, problema este că aceasta măsura, în concret, nu este corespunzătoare prin raportare la valoarea creanței garantate și la natura garanției constituite. Astfel, a subliniat că, această măsura, în raport de care Cererea apelantei-creditoare a fost respinsă de instanţa de fond, nu îndeplinește cele 2 condiții cumulative, si anume: să ofere o protecție creanței garantate creditorului și aceasta protecție să fie corespunzătoare în raport de cele 2 criterii mai sus-menționate.

Cu privire la nelegalitatea hotărârii de fond, a invocat dispozițiile art. 78 alin. 2 din Legea insolvenței, arătând că, prin simplul fapt al adoptării unei masuri de protecție, nu înseamnă în mod necesar și obligatoriu că este îndeplinită și condiția ca aceasta să fie corespunzătoare în raport de specificul respectivei situații, fiind posibil, ca măsura respectivă să fie necorespunzătoare, în sensul că, deși reprezintă o măsura de protecție, totuși protecția este necorespunzătoare, fiind neadecvata (spre exemplu, o valoare prea mica ori debitoarea nu îşi îndeplinește obligațiile de plata asumate), subliniind faptul că, din modalitatea de redactare a textului legal, rezultă pe de o parte, că respingerea cererii este o opțiune pe care o are judecătorul sindic, și nu o obligație.

Pe de alte parte, a arătat faptul că, pentru a respinge în mod întemeiat o cerere de ridicare a suspendării, este necesar în mod obligatoriu ca respectivul creditor să beneficieze de anumite măsuri de protecție corespunzătoare a creanței sale garantate, pe cale de consecință, arătând că, daca nu se adoptă masuri de protecție, ori daca măsurile adoptate nu oferă o protecție corespunzătoare, atunci cererea de ridicare a suspendării este întemeiată și trebuie admisă.

În acest sens, a mai arătat că, această analiza trebuie sa fie făcuta de judecătorul sindic cu ocazia judecării cererii de suspendare formulate de creditor, așadar, simpla adoptare a unor masuri, indiferent dacă respectivele părţi (debitor, creditor, administrator judiciar, etc.) le denumesc ca fiind corespunzătoare sau nu, nu presupune în mod necesar respingerea cererii creditorului (cum este prezenta situație).

Evidențiind succint soluția judecătorului sindic, a subliniat că, nelegalitatea hotărârii de fond constă în că instanţa de fond nu a analizat deloc Cererea formulata de apelanta-creditoare și nici măsurile adoptate (chiar daca acestea au fost acceptate de apelanta-creditoare), pentru a determina dacă protecția creanței garantate, oferită de aceste măsuri, este corespunzătoare sau nu, ori, daca ar fi analizat, judecătorul sindic ar fi trebuit să constate că aceste masuri nu oferă o protecție corespunzătoare, motiv pentru care condiția prevăzută de art. 78 alin. 2 din Legea insolvenței nu este îndeplinită.

Cu privire la cererile de intervenție formulate în cauză, a arătat că, în primul rând nu s-a demonstrat condiția interesului intervenienților, astfel cum prevede art. 61 Cod procedură civilă, care trebuie sa fie propriu, iar, în al doilea rând, cererile sunt neîntemeiate în raport de susținerile acestora, conform cărora ar trebui să îşi îndestuleze creanțele cu prioritate față de creditorul garantat.

În ceea ce priveşte măsura de protecție acordata conform Hotărârii Creditorilor (pct. 2), respectiv asigurarea protecției corespunzătoare în ceea ce priveşte sumele ce urmează a fi încasate din contractele cesionate, prin rambursarea către apelanta-creditoare garantată a unui procent de 20% din sumele fătă TVA, începând cu luna martie 2020, a precizat faptul că ultima rambursare a fost efectuată în data de 04.05.2020, suma rambursată în total fiind de 752.300 lei. În acest sens, arătând faptul că, în data de 03.07.2020, intimata-debitoare a informat prin email (anexat) cu privire la faptul că nu s-a virat suma aferentă facturilor emise în perioada 19.05.2020 - 18.06.2020, de 421.148 lei, arătând în mod exemplificativ motivele aferente, arătând pe cale de consecință faptul că, măsura de protecție mai sus menționată este ineficientă în acest moment, în condițiile în care debitoarea nu rambursează nimic.

A învederat instanței ca aceasta situație nu poate fi ignorata cu desăvârșire și că apelanta-creditoare este un creditor garantat, beneficiind de un drept de ipotecă mobiliară având ca obiect anumite creanțe pe care intimata-debitoare le deține, și, care nu pot fi exercitate pentru că beneficiază de o (așa-zisă) măsură de protecție (în realitate, necorespunzătoare) de a le fi rambursat un procent de 20% din sumele încasate de intimata-debitoare din contractele cesionate, pe care, însă, intimata-debitoare nu îl achită din diverse motive.

Pentru motivele expuse, a solicitat admiterea apelului și schimbarea în tot a sentinței apelate, și, pe fondul cauzei, respingerea cererilor de intervenție în favoarea intimatei-debitoare SC A. SRL și admiterea cererii formulate de apelanta-creditoare având ca obiect ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 din Legea nr. 85/2014, si, pe cale de consecință, să dispunerea ridicării suspendării prevăzute la art. 75 din Legea nr. 85/2014 și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor legale, a bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea apelantei-creditoare in sensul distribuirii către aceasta a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea acesteia, încasate și utilizate de către intimata-debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolvenței și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești și distribuirea către apelanta-creditoare a sumelor încasate în viitor de către intimata-debitoare.

În probațiune, a înțeles să se folosească de proba cu înscrisuri, solicitând de asemenea și judecata în lipsă, conform art. 223 alin. 3 Cod procedură civilă.

***Prin întâmpinarea depusă la dosar la data de 29 septembrie 2020, intimata-debitoare SC A. SRL, în contradictoriu cu apelanta-creditoare BCR SA, a solicitat*** *respingerea apelului și admiterea apelului incident al acesteia.*

A prezentat succint aspecte referitoare la situația de fapt dedusă judecătii, și, raportat la capătul de cerere de la punctul a) din cuprinsul acțiunii, a solicitat instanței respingerea ca inadmisibil având în vedere interpretarea dispozițiilor art. 78 din Legea 85/2014.

A arătat că textul de lege nu prevede posibilitatea creditorului de a solicita sumele încasate de către intimata-debitoare anterior momentului la care s-ar decide ridicarea suspendării și că o interpretare contrară ar reprezenta o adăugare nepermisă la lege peste voința legiuitorului.

În aceste condiții, față de solicitarea apelantei-creditoare de la punctul a) prin care doreşte distribuirea către apelanta-creditoare a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea acesteia, încasate și utilizate de către intimata-debitoare, ulterior datei deschiderii procedurii insolventei și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești, a solicitat respingerea ca inadmisibila, arătând faptul că, dacă se va trece peste excepţia invocata cu privire la punctul a) din cuprinsul acțiunii, intimata-creditoare a înțeles să solicite respingerea ca nefondate atât a punctului a) cat si a punctului b).

A arătat că, față de dispozițiile legale invocate în cauză de apelanta-creditoare și de care vrea aceasta să se prevaleze, față de condiția textului de lege invocat care învederează posibilitatea ridicării suspendării în cazul în care nu există o protecție corespunzătoare a creanței garantate în raport cu obiectul garanției, a solicitat instanței să observe că aceasta nu este îndeplinită, iar pe cale de consecința a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată, făcând referire la solicitările apelantei-creditoare în acest sens.

În plus față de chestiunile anterior învederate, a arătat faptul că din prisma propriei perspective, dispozițiile art. 78 raportate la dispozițiile art. 87 alin 3 si urm. din Legea 85/2014, nu se aplică asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale cesionate către un creditor, cum este cazul de față. A făcut referire la depozițiile art. 75 din Legea nr. 85/2014 și art. 2347 Cod civil, și, pe cale de consecință, a arătat că, nu se poate pune o ipotecă eficientă pe un bun fungibil, cum ar fi sumele de bani fără o afectațiune specială, stocul de marfa, facturile emise de debitor etc, sau pe un fond de comerț (o universalitate de fapt sau un mobil fără corporalitate), și, deci, implicit, nu consideră că se poate utiliza măsura prevăzuta de art. 78 din lege, cea de ridicare a suspendării.

A mai arătat că, ipoteca pe toate aceste valori sau bunuri incorporate este pur iluzorie în procedura insolvenței, întrucât în insolvență nu există dreptul de urmărire, iar dreptul de preferință se exercită doar asupra sumei rezultate din vânzarea/lichidarea bunului sau a valorii grevate de garanție (art. 159 alin. 1 teza inițială). În raport de celelalte bunuri, negrevate de garanții, creditorul cu drept de preferință pe astfel de valori sau bunuri incorporate este, așa cum rezulta din art. 159 alin. 2 si 3, pe aceeaşi poziție cu creditorii de la art. 161 pct. 9.

În plus față de toate aceste aspecte, a arătat că, daca ar fi sa treacă peste chestiunile anterior arătate, în contextul în care apelanta-creditoare a consimțit ca garantarea creditelor acordate intimatei-debitoare să se facă prin constituirea de ipoteci asupra creanțelor viitoare (bunuri mobile incorporate) ale acesteia izvorând din contractile de antrepriza aflate în derulare, cunoscând eficiența redusă a acestui tip de garanții, este evident că si-a asumat implicit și riscul volatilității acesteia, derivând din rezilierea/denunțarea contractelor de lucrări ori deschiderea insolventei, caz în care dreptul de ipoteca va fi limitat doar asupra diferenței rezultate intre sumele încasate din executarea lucrărilor efectuate in cadrul perioadei de observație sau reorganizare şi cheltuielile necesitate de realizarea lucrărilor (materii prime, materiale, munca vie, etc)cheltuieli din procedura insolvenței (art. 159 alin. 1), adică asupra cotei de beneficiu (profit) real obținut.

Dispozițiile legale privitoare la o eventuală ridicare a suspendării în cazul ipotecii mobiliare, trebuie interpretate în sensul în care permit debitorului să facă plățile necesare desfășurării activității sale curente: plata materiilor prime, a utilităților, a salariaților, a taxelor şi impozitelor, ipoteca creditorului beneficiar al cauzei de preferință purtând, în realitate, doar asupra profitului realizat de debitor din activitatea curenta, ori, procedura insolvenței supune efectelor sale sacrificiale nu numai creanțele chirografare, ci și creanțele beneficiare de cauze de preferință, iar acesta este unul din exemplele în care regimul juridic de drept comun al cauzelor de preferință suferă derogări.

Astfel, a arătat că, efectul de încetare a urmăririlor individuale și efectul de înghețare a valorii creanței bănești la nivelul celei din data deschiderii procedurii lovește și creanțele beneficiare de cauze de preferință. Ridicarea efectului de încetare a urmăririlor individuale este permisa creditorului titular al unei cauze de preferință ce grevează un bun numai daca acel bun nu este esențial pentru reușita unui plan de reorganizare și numai dacă valoarea sa este integral acoperită de valoarea creanței beneficiare a cauzei de preferință (din vânzarea acelui bun nu ar mai rămâne nimic care sa poată fi împărțit creditorilor chirografari), iar dobânzi și penalități pot fi calculate în favoarea aceluiași creditor titular al cauzei de preferință doar dacă valoarea evaluată a bunului grevat este suficient de mult depășită de prețul de vânzare în așa fel încât să poată fi calculate dobânzi și penalități. În caz contrar, curgerea dobânzilor si a penalităților este oprita, ca și în celelalte cazuri.

În plus, a învederat faptul că, toți creditorii îndreptățiți să participe la procedura, adică toți titularii unor creanțe anterioare deschiderii procedurii, admise în cadrul procedurii și trecute în diversele tabele ale creanțelor, trebuie să suporte beneficiul creanțelor curente care se achită conform documentelor din care rezultă, înaintea oricărei creanțe înscrise în tabelele de creanțe.

A mai arătat că, acoperirea creanțelor beneficiare de cauze de preferință se efectuează, ca și in cazul celorlalte creanțe, în modalitățile reglementate de lege pentru procedura insolventei; conform programului de plăti din planul de reorganizare sau conform planului de distribuție din procedura falimentului. A subliniat faptul că, este vorba deci, și în cazul creanțelor preferențiale, de o plată amânata și, de regulă, de o plată parțială.

Față de toate aspectele învederate ut supra, a solicitat instanței de judecată respingerea apelului formulat de apelanta-creditoare, față de punctul a) în principal respingerea ca inadmisibil a capătului de cerere și în subsidiar ca nefondat, iar față de capătul de cerere b), a solicitat respingerea ca nefondat a acestui capăt de cerere, iar cu privire la apelul nostru indecent, a solicitat admiterea acestuia.

În drept, a înțeles să își întemeieze întâmpinarea în baza dispozițiilor art. 205 Cod procedură civilă precum și pe oricare alte dispoziții legale aplicabile speței.

În probațiune, a solicitat proba cu înscrisuri precum și orice alt mijloc de probă ar reieși din dezbateri, și, în temeiul art. 411 alin. 1 pct. 2 a solicitat judecarea cauzei și în lipsa părţilor.

***Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a promovat apel incident intimata-debitoare SC A. SRL, în contradictoriu cu apelanta-creditoare BCR SA prin care a solicitat admiterea apelului și respingerea cererii de chemare în judecată sau în subsidiar ca neîntemeiată privind capătul principal de cerere și ca neîntemeiată privind capătul secundar de cerere,*** reiterând în acest sens conținutul întâmpinării.

A arătat că, tocmai pentru aceste motive consideră că argumentarea instanței de judecată asupra motivării respingerii cererii ca urmare a îndeplinirii dispozițiilor art. 78 alin. 2 este una superficială. Astfel, a învederat faptul ca, inclusiv aceasta a solicitat într-un subsidiar foarte îndepărtat respingerea cererii motivat tocmai de dispozițiile art. 78 alin 2 din Legea 85/2014, însă nu înainte ca instanţa de judecată să analizeze cu prioritate apărările acesteia din cuprinsul întâmpinării şi netemeinicia solicitărilor reclamantei.

A subliniat faptul că, înțelege să critice modul lacunar şi motivația deloc consistentă asupra respingerii apărărilor acesteia din cuprinsul întâmpinării şi consideră că echivalează cu o lipsă de motivare din cuprinsul Sentinţei apelate.

Având în vedere chestiunile învederate, a solicitat instanței de control judiciar, în rejudecare, să analizeze cu prioritate chestiunile învederate de aceasta prin intermediul întâmpinării şi reluate prin prezentul apel şi să dispună respingerea acțiunii ca inadmisibilă/neîntemeiată asupra punctului a) şi ca neîntemeiată asupra punctului b).

**În drept**, a înțeles să își întemeieze prezenta pe dispozițiile art. 472 Cod procedură civilă precum si pe oricare alte dispoziții legale aplicabile speței.

In probațiune, a solicitat proba cu înscrisuri precum si orice alt mijloc de proba care reiese din dezbateri, în temeiul art. 411 alin. 1 pct. 2 solicitând judecarea cauzei chiar și în lipsa părţilor.

***Prin întâmpinarea depusă la dosar la data de 20 octombrie 2020, apelanta-creditoare BCR SA, în contradictoriu cu intimata-debitoare SC A. SRL, a solicitat*** *respingerea apelului incident declarat ca fiind neîntemeiat.*

A prezentat succint aspecte referitoare la situația de fapt dedusă judecății și, cu privire la capătul principal de cerere, a arătat că:

În ceea ce priveşte solicitarea în vederea distribuii către aceasta a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea acesteia, i.e. creanțe încasate si utilizate de către intimata-debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolventei si pana la data punerii efective in executare a hotărârii judecătorești prin care a fost admisă cererea formulata de aceasta având ca obiect ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 din Legea nr. 85/2014 nu este inadmisibilă, așa cum eronat a susținut intimata-debitoare, având in vedere următoarele:

Cu privire la obiectul garanției - ipoteca mobiliară -, a învederat faptul că, îl reprezintă dreptul de creanţă al intimatei-debitoare SC A. SRL împotriva propriilor săi debitori, rezultat din anumite contracte comerciale, astfel cum sunt acestea identificate în contractele de ipotecă mobiliară asupra creanțelor, încheiate între apelanta-creditoare și intimata-debitoare SC A. SRL. A mai învederat că, simplul fapt al deschiderii procedurii de insolvență nu afectează substanța nici a contractelor comerciale încheiate de intimata-debitoare, si nici a contractelor de garanție încheiate de intimata-debitoare si apelanta-creditoare.

Astfel, a subliniat faptul că, intimata-debitoare SC A. SRL continua să încaseze aceste creanțe în cadrul prezentei proceduri și să folosească fondurile de bani respective, fără a achita vreo suma de bani din acestea către apelanta-creditoare, creditorul garantat, în condițiile în care garanția se diminua și, ca o consecință directă, și șansele de recuperare a creanței.

Mai mult, a învederat că, daca ar urma argumentul intimatei-debitoare din apelul incident, ar însemna, practic, că într-o asemenea ipoteză, creditorul garantat ar trebui să formuleze o cerere de ridicare a suspendării imediat ce s-a pronunțat hotărârea de deschidere a procedurii de insolvență împotriva debitorului său, pentru a reduce perioada de timp în care debitorul ar incasa aceste creanțe - obiect al garanției, iar sumele respective nu ar cădea sub incidența hotărârii de ridicare a suspendării și valorificării, ori, într-o astfel de ipoteză, a arătat că, cererea creditorului de ridicare a suspendării, cel mai probabil, nu ar fi admisă.

Prin urmare, a apreciat că, în aceste condiții, creditorul ar fi prejudiciat de doua ori, o data pentru ca cererea sa, formulata în stadiul timpuriu al procedurii, s-ar lovi de o imposibilitate de a fi admisă, iar a doua oară, pentru ca cererea sa făcuta la un moment ulterior, deși admisibilă, nu ar acoperi perioada anterioară, arătând că, astfel, în orice situație, creditorul este in dezavantaj, ceea ce nu poate fi acceptat.

Astfel, a solicitat instanței să observe faptul că, cererea acesteia (apelanta-creditoare) este admisibilă, în condițiile în care ceea ce trebuie analizat este îndeplinirea condițiilor de ridicare a suspendării - care sunt îndeplinite în prezenta cauză, diminuarea obiectului garanției având loc in mod continuu, de la data deschiderii insolvenței și până în prezent.

A arătat că, prevederile art. 78 din Legea nr. 85/2014 trebuie interpretate și aplicate în spiritul și scopul pentru care au fost prevăzute, nu doar în litera lor, și, faptul că, aceasta reglementare pare să fie mai clar aplicabilă situațiilor în care obiect al garanției este un bun stricto sensu — mobil sau imobil, care poate fi valorificat, i.e. vândut, iar prețul astfel obținut urmează a fi distribuit creditorului garantat.

Într-o astfel de ipoteză, a subliniat că, tot prețul urmează a fi distribuit către creditorul garantat (după plata cheltuielilor de procedură) până la acoperirea creanței sale, arătând că, legea neprevăzând că vreo anumită sumă nu se distribuie, ori ca vreo anumită perioadă nu este acoperită, etc. În mod similar, în conformitate cu principiile ubi eadem ratio, ibi idem jus si ubi eadem est ratio, eadem solutio esse debet-soluţia, a arătat că, în cazul în care obiectul garanției este o ipotecă mobiliară pe creanțe nu poate fi diferită și nu pot fi adăugate excepții fără ca acestea să fie prevăzute de lege.

A învederat faptul că, nu există un argument juridic pentru care în cazul în care obiectul garanției este un bun, atunci tot prețul poate fi distribuit, dar dacă obiectul garanției este reprezentat de creanțe, atunci creanțele încasate de intimata-debitoare anterior pronunțării hotărârii de admitere a cererii de ridicare a suspendării nu pot fi luate in considerare, deși obiectul garanției, i.e. creanțele, s-ar diminuat continuu încă de la data deschiderii procedurii insolvenței, înțelegând să sublinieze în acest sens următoarea întrebare: care este rațiunea pentru care ar trebui aplicat un tratament diferit acestor situații, în condițiile în care legea nu distinge și nu prevede nicio excepție pentru ipoteza în care obiect al ipotecii sunt creanțele ?

Pentru aceste considerente, a subliniat faptul că, susținerile intimatei-debitoare din cadrul apelului incident formulat sunt neîntemeiate

Cu privire la cel de-al doilea capăt de cerere, a arătat că:

Cererea apelantei-creditoare de ridicare a suspendării trebuie analizată în raport de obiectul său, și anume ridicarea suspendării executării pentru garanția reprezentată de dreptul de ipotecă pe creanțe. Astfel, analiza diminuării obiectului garanției acesteia trebuie făcută în raport de această garanție.

Totodată, pentru clarificare, a arătat că, obiectul garanției apelantei-creditoare este dreptul de ipotecă pe întreaga creanţă, iar nu pe diferenţă dintre încasări și cheltuieli, așa cum eronat susține intimata-debitoare, obiectul acestor contracte de garanție fiind clar precizat, conform convenției părţilor.

În măsura în care intimata-debitoare, prin administrator special, a apreciat că la momentul încheierii acestor contracte de credit și de garanție, semnate la acel moment de administratorul special al intimatei-debitoare (același semnatar al prezentei contestații), părțile - sau cel puțin intimata-debitoare, a avut în vedere un alt obiect al garanției, circumstanțiat doar la diferenţa dintre încasări si cheltuieli, calea procesuală de urmat fiind cu totul diferită, și nu prezentul apel incident.

A arătat că, intimata-debitoarea a mai susținut, total eronat, faptul că art. 78 si art. 87 alin. 3 din Legea nr. 85/2014 nu s-ar aplica asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale cesionate către un creditor, cum este cazul de față.

Astfel, a arătat că, această susținere este complet nefondată, având în vedere faptul că, art. 78 si art. 87 alin. 3 din Legea nr. 85/2014 reprezintă cadrul comun de reglementare a posibilității creditorului garantat de valorificare a garanției sale, de asemenea, arătând că, orice excepție ori excludere de la regulă trebuie sa fie în mod expres prevăzută în Legea insolvenței. Așadar, a subliniat că, daca legiuitorul ar fi intenționat ca posibilitatea de ridicare a suspendării să nu fie aplicabilă cazurilor în care obiectul ipotecii este reprezentat de creanțe, ar fi trebuit să prevadă clar acest lucru și să excludă specific aceasta situație de la regulă, ori nu este cazul, și mai mult, nu este permis a se adaugă la lege - nici de părţi, și nici de către instanțele judecătorești, daca aceasta nu conține prevederi specifice, dimpotrivă, principiul aplicabil este acela că legea trebuie interpretată în sensul producerii efectelor ei și nu în sensul neaplicării ei - Actus interpretandus estpotius ut valeat quam ut pereat.

A arătat că, instanţa de fond s-a raportat în mod corect la aceste prevederi legale, însă a respins în mod neîntemeiat cererea apelantei-creditoare motivat de faptul că aceasta a beneficiat de măsuri de protecție corespunzătoare a creanței garantate, de asemenea, arătând că, a prezentat în cadrul apelului formulat de apelanta-creditoare motivele pentru care a apreciat faptul că măsura de protecție a creanței acesteia în concret, nu este corespunzătoare prin raportare la valoarea creanței garantate, și la natura garanției constituite.

Prin urmare, a arătat că, raportat la cererea aceștia, este admisibilă și întemeiată, motiv pentru care, pentru argumentele expuse, a solicitat respingerea apelului incident ca neîntemeiat.

În susținere, a solicitat proba cu înscrisuri**.**

***Examinând legalitatea şi temeinicia sentinţei atacate****, prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului şi a prev. art. 476 alin. 2 din Noul Cod de procedură civilă care consacră efectul devolutiv al prezentei căi de atac,* ***Curtea*** *constată următoarele*:

Prin considerentele sentinţei apelate judecătorul sindic a reţinut că BCR SA, titular al unei creanţe ce beneficiază de o cauză de preferinţă, este îndrituit a solicita ridicarea suspendării prev. la art. 75 alin. 1 cu privire la creanţa sa însă, în raport de dispoziţiile art. 78 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 urmează să respingă cererea în condiţiile în care debitoarea a propus adoptarea mai multor măsuri menite să ofere protecţie corespunzătoare creanţei garantate a creditorului, aprobate de către creditori în cadrul adunării convocate în acest scop.

În raport de conţinutul apelului principal şi al apelului incident şi faţă de precizările făcute de către reprezentantul administratorului judiciar cu ocazia dezbaterilor cererilor de apel formulate, Curtea, faţă de prevederile art. 476-478 constată că este chemată a se pronunţa dacă în cauză sunt în continuare aplicabile prevederile art. 78 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 care să justifice respingerea cererii formulate de creditorul garantat.

Prealabil, Curtea va analiza excepţia de inadmisibilitate a cererii formulate de către debitoarea SC A. SRL, ce ar face de prisos analizarea apelului principal şi a considerentelor subsecvente ale apelului incident.

Curtea reţine că dispoziţiile art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 reglementează o excepţie de la regula instituită de prevederile art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 ce reglementează unul din efectele deschiderii procedurii insolvenţei – de suspendare de drept a tuturor acţiunilor judiciare, extrajudiciare şi a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra debitorului. Or, prin reglementarea expresă a excepţiei prevăzute de art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, Curtea găseşte neîntemeiată excepţia inadmisibilităţii, cererea formulată de creditor fiind întemeiată pe dispoziţia anterior citată şi cum BCR SA şi-a justificat calitatea de creditor garantat, cererea formulată apare admisibilă, cum de altfel a reţinut în mod judicios judecătorul sindic.

Ca situaţie premisă instanţa de apel reţine împrejurarea diminuării constante a obiectului garanţiei aferente contractului de credit nr. 98/13.05.2013 şi actelor adiţionale, precum şi a contractului de credit SJCC 22/27861 din 20.07.2007, astfel cum a fost modificat prin voinţa părţilor semnatare. De altfel, debitoarea nici nu a contestat această împrejurare, oferindu-se în schimb să ofere garanţii suplimentare, aprobate prin hotărârea adunării creditorilor din 12.03.2020. Se poate observa că protecţia propusă a fi acordată cuprinde două componente astfel: pentru sumele deja încasate şi utilizate de către debitoare asupra cărora creditorul BCR avea constituit un drept de garanţie, precum şi pentru sumele ce urmează a fi încasate din contractele cesionate.

Din susţinerile creditoarei BCR confirmate cu ocazia dezbaterilor de către reprezentantul administratorului judiciar, după adoptarea hotărârii adunării creditorilor din data de 12.03.2020 debitoarea nu a mai efectuat nicio plată către BCR SA începând cu data de 04.05.2020, administratorul special refuzând să ordoneze plata sumelor convenite.

Pe cale de consecinţă, instanţa de apel reţine că măsurile de protecţie propuse de către administratorul judiciar şi aprobate de creditori nu oferă o protecţie corespunzătoare în sensul dispoziţiilor art. 78 alin. 2 din Legea nr. 85/2014. În acest sens, instanţa de apel are în vedere valoarea imobilelor propuse pentru instituirea de garanţii reale (aprox. 3,1 milioane lei), precum şi plăţile de 20% din încasările viitoare, mai ales acestea din urmă nu oferă un comportament predictibil al debitorului sau al nivelului încasărilor viitoare, prin urmare acestea nu oferă un caracter de certitudine. Or, atitudinea administratorului special este împotriva interesului creditorului garantat, dar şi a intereselor celorlalţi creditori prin periclitarea şanselor de reuşită a planului de reorganizare aprobat.

În considerarea celor ce preced, Curtea reţine că în cauză sunt incidente dispoziţiile art. 78 alin. 1 lit. B.a) din Legea nr. 85/2014, fiind îndeplinită condiţiile pentru ridicarea suspendării reglementată de dispoziţiile art. 75 alin. 1 din Lege în favoarea creditorului garantat BCR SA, astfel că în temeiul dispoziţiilor art. 480 alin. 1 şi 3 Cod procedură civilă va admite apelul principal şi va schimba în totalitate sentinţa apelată în sensul admiterii cererii de ridicare a suspendării formulată de creditorul garantat. De asemenea, în raport de dispoziţiile art. 63 şi 67 Cod procedură civilă va respinge cererile de intervenţie accesorie formulate cu ocazia judecării cauzei în fond în raport de soluţia pronunţată asupra cererii principale.

Văzând considerentele expuse în prezenta decizie, comune motivelor invocate în ambele apeluri, în temeiul art. 472 şi art. 480 alin. 1 Cod procedură civilă va respinge în mod corelativ apelul incident formulat în cauză.

**SECŢIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL**

**1. Aplicarea sancţiunilor prevăzute de art. 24 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 modif. Lămurirea titlului executoriu ulterior promovării acţiunii referitoare la aplicarea sancţiunilor.**

***Rezumat:***

*Faţă de prevederile**art. 24 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, sancţiunea, ca parte a răspunderii juridice, este urmarea neexecutării culpabile a obligaţiei de către debitor şi se naşte în momentul în care sunt îndeplinite cumulativ condiţiile răspunderii pentru neexecutare, respectiv:*

*- autoritatea publică a fost obligată prin hotărâre judecătorească definitivă să încheie, să înlocuiască sau să modifice un act administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operaţiuni administrative;*

*- termenul prevăzut în cuprinsul hotărârii judecătoreşti, iar în lipsa unui astfel de termen, termenul de cel mult 30 zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, s-a împlinit;*

*- obligaţia stabilită prin hotărâre judecătorească nu a fost executată;*

*- autoritatea publică este în culpă pentru neexecutare.*

*Din această perspectivă, întrucât la data înregistrării cererii de chemare în judecată se afla în curs de soluţionare demersul judiciar al recurentei pentru lămurirea dispozitivului titlului executoriu, apreciat că fiind întemeiat, se constată lipsa unor obligaţii clare şi explicite stabilite în sarcina autorităţii publice prin titlul executoriu, astfel că nu poate fi reţinută nici îndeplinirea cerinţei culpei autorităţii publice în neexecutarea conformă a respectivei obligaţii.*

(Decizia nr. 51 din 25 ianuarie 2021, dosar nr. 143/86/2020)

**Hotărârea:**

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal sub nr. .../86/2020 din data de 17.01.2020, reclamantul A., în contradictoriu cu instituţia pârâtă Comisia de Evaluare a Persoanelor Adulte cu Handicap din cadrul Consiliului judeţean B., a solicitat punerea în executare a sentinţei nr. 402/2019 din data de 23.05.2019, rămasă definitivă prin hotărârea nr. 696 din data de 14 octombrie 2019, pronunţată de Curtea de Apel Suceava, prin care instanţa a dispus anularea certificatului de încadrare în grad de handicap nr..../26.09.2017 şi recunoaşterea în favoarea reclamantului a dreptului la încadrarea în grad de handicap accentuat. În baza art. 24 şi a art. 25 din Legea nr. 554/2004, actualizată, solicită aplicarea sancţiunilor prevăzute de aceste acte normative conducătorului comisiei şi acordarea certificatului de handicap grav.

***Tribunalul Suceava, prin sentinţa nr.509/03.09.2020***, a admis acţiunea şi a dispus aplicarea conducătorului autorităţii publice pârâte C., în calitate de preşedinte, a amenzii în cuantum de 20 % din salariul minim brut pe economie pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea obligaţiei stabilite prin sentinţa nr. 402/23.05.2019 a Tribunalului Suceava şi obligarea acestuia să plătească reclamantului penalităţi de întârziere în cuantum de 500 lei/zi până la îndeplinirea obligaţiei din sentinţă.

***Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, pârâta a promovat recurs, criticile de nelegalitate a hotărârii atacate vizând următoarele motive***:

Prin prisma prevederilor art. 488 al. (l) pct. 4 şi pct. 8 din Codul de procedură civilă, este eronat raţionamentul instanţei de fond care, în speţă, porneşte de la premisa încălcării cu vinovăţie sau pasivitate ori neglijenţă a dispoziţiilor unei hotărâri judecătoreşti de către conducătorul unei autorităţi a administraţiei publice, fără a stabili împrejurările ce au determinat întârzierea sau împiedicarea efectivă a punerii în executare a unei hotărâri, sancţionată ulterior printr-o amendă dispusă excesiv, în temeiul art.24 şi 25 din Legea nr. 554/2004.

Nu se poate reţine vreo culpă a recurentei în neexecutarea hotărârii judecătoreşti în discuţie, atâta vreme cât chiar posibilitatea punerii sale în executare nu era clarificată la momentul când reclamantul a formulat acţiune în instanţă. Din acest motiv, CEPAH s-a adresat Tribunalului Suceava cu cerere de lămurire a înţelesului şi a întinderii dispozitivului sentinţei, solicitând a fi clarificată perioada pentru care să fie emis certificatul de încadrare în grad de handicap, deoarece conform criteriilor cuprinse în Ordinul nr. 762/1992/2007 reclamantul nu a mai deţinut certificat de încadrare în grad de handicap. Această cerere de lămurire şi completare a dispozitivului sentinţei 402/23.05.2019, rămasă definitivă prin Deciza Curţii de Apel nr. 696/14 octombrie 2019 şi comunicată în data de 25.11.2019, a fost admisă, iar la termenul de judecată din data de 20 februarie 2020 s-a decis că i se „recunoaşte reclamantului dreptul la încadrare în grad de handicap accentuat începând cu data de 21.08.2017”. Sentinţa de lămurire şi completare a dispozitivului sentinţei nr. 123/2020 din 20 februarie 2020 a fost comunicată secretariatului Direcţiei de Asistenţă Socială şi Protecţia Copilului B., instituţie unde îşi are sediul şi Comisia de Evaluare a Persoanelor Adulte cu Handicap, în ziua de 04 mai 2020, şi ulterior remisă de către DGASPC B., Serviciului juridic, în data de 05.05.2020, când încă era în vigoare starea de urgenţă instituită de Preşedintele României la data de 16.03.2020 şi prelungită apoi până la data de 15.05.2020, dar la CEPAH a ajuns abia în data de 30.09.2020, odată cu adresa nr.112898/30.09.2020. Datorită programului restrictiv impus de starea de urgenţă şi de situaţia personalului afectat de pandemie, unele sentinţe judecătoreşti au ajuns la serviciul juridic fără ca mai apoi acestea să fie comunicate în timp util către Comisia de Evaluare a Persoanelor Adulte cu Handicap. Aşadar, CEPAH s-a aflat în imposibilitatea obiectivă a punerii în aplicare a hotărârii amintite, prin emiterea certificatului de încadrare în grad de handicap pentru reclamantul A.

Niciun moment CEPAH, prin preşedinte dr. C., nu a intenţionat sau urmărit să prejudicieze drepturile reclamantului. Dimpotrivă, sentinţa nu a fost cunoscută de CEPAH, prin preşedinte dr. C. şi, imediat ce i s-a comunicat, în prima şedinţă de Comisie din data de 01.10.2020 (pe data de 30.09.2020, prin adresa nr. 112898/30.09.2020, serviciul juridic înaintează CEPAH-ului Sentinţa 123/20.02.2020) a fost emis Certificatul de încadrare în grad de handicap în favoarea reclamantului, aşa cum a hotărât instanţa în dosar nr. .../86/2017\*.

În ceea ce priveşte cuantumul amenzii aplicate, precum şi al penalităţilor de întârziere, recurenta consideră că aceste măsuri sunt nelegale, în raport de cele arătate anterior şi pentru că, în plus, drepturile reclamantului au fost recunoscute prin Certificatul de încadrare în grad de handicap nr.4197/01.10.2020.

Recurenta nu a ataşat memoriului de recurs niciun înscris, deşi susţine că ataşează cererea de lămurire şi completare dispozitiv sentinţă nr.402/2019, adresa nr. 112898/ 30.09.2020, certificatul de încadrare a intimatului în grad de handicap aşa cum a hotărât instanţa în dosarul nr..../86/2017\*.

Prin întâmpinare, intimatul A. a solicitat respingerea recursului ca nefondat şi a depus copii ale actelor invocate în apărare.

Recurenta a răspuns la întâmpinare, arătând că intimatul a intrat în posesia tuturor drepturilor ce decurg din aplicarea sentinţei nr.402/2019, odată cu emiterea noului certificat de încadrare în grad de handicap nr..../01.10.2020.

***Criticile recurentei - care pot fi încadrate în motivul de recurs prevăzut de art.488 pct.8 din Codul de procedură civilă - sunt întemeiate*** şi vor fi admise potrivit următoarelor argumente:

Temeiul de drept al cererii de chemare în judecată formulată de reclamantul-intimat este art.24 din Legea nr.554/2004, prima instanţă apreciind ca fiind îndeplinite cerinţele impuse de norma legală, cu consecinţa aplicării sancţiunilor constând în: amendă în cuantum de 20% din salariul minim brut pe economie pentru fiecare zi de întârziere – aplicată conducătorului autorităţii publice recurente – şi respectiv penalităţi pentru întârziere în cuantum de 500 lei/zi până la îndeplinirea obligaţiei din titlul executoriu.

Analizând statuările primei instanţe şi răspunzând criticilor recurentei, Curtea reţine că art.24 din Legea nr.554/2004 reglementează trei tipuri de sancţiuni: amenda, penalităţile şi despăgubirile.

Sancţiunea, ca parte a răspunderii juridice, este urmarea neexecutării culpabile a obligaţiei de către debitor şi se naşte în momentul în care sunt îndeplinite cumulativ condiţiile răspunderii pentru neexecutare, respectiv:

- autoritatea publică a fost obligată prin hotărâre judecătorească definitivă să încheie, să înlocuiască sau să modifice un act administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operaţiuni administrative;

- termenul prevăzut în cuprinsul hotărârii judecătoreşti, iar în lipsa unui astfel de termen, termenul de cel mult 30 zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, s-a împlinit;

- obligaţia stabilită prin hotărâre judecătorească nu a fost executată;

- autoritatea publică este în culpă pentru neexecutare.

În speţă, din verificarea lucrărilor dosarului, Curtea observă că prin sentinţa nr. 402/23.05.2019, Tribunalul Suceava – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal a admis acţiunea promovată de intimat şi a dispus anularea certificatului de încadrare în grad de handicap nr. /26.09.2017 recunoscând în favoarea intimatului dreptul la încadrare în grad de handicap accentuat.

La data de 17.01.2020, recurenta a adresat Tribunalului Suceava cerere de lămurire a înţelesului şi întinderii dispozitivului sentinţei mai sus menţionată –admisă prin sentinţa nr.123/20.02.2020 a Tribunalului Suceava – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal care a stabilit că recunoaşterea în favoarea intimatului a dreptului la încadrarea în gradul de handicap accentuat se va face începând cu data de 21.08.2017.

Sentinţa mai sus menţionată a fost casată – în parte – prin Decizia nr.556/23.09.2020 a Curţii de Apel Suceava – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal, care a lămurit dispozitivul sentinţei nr.402/2019 a Tribunalului Suceava, în sensul că recunoaşterea în favoarea intimatului a dreptului de încadrare în grad de handicap accentuat se va face începând cu data de 26.09.2017.

Această decizie a fost comunicată recurentei la data de 07.10.2020.

Revenind la condiţiile care se impun a fi îndeplinite cumulativ pentru antrenarea răspunderii juridice administrative a autorităţii publice în contextul dispoziţiilor art.24 din Legea nr.554/2004 – mai sus enunţate – Curtea reţine că unele dintre cerinţe vizează obligarea printr-o hotărâre judecătorească definitivă a autorităţii publice să încheie, să înlocuiască sau să modifice un act administrativ precum şi culpa autorităţii publice pentru neexecutarea obligaţiei impuse prin titlul executoriu.

În speţă, astfel cum s-a reţinut în precedent, se observă că dispozitivul titlului executoriu a fost neclar sub aspecte esenţiale pentru etapa ulterioară a punerii în executare corectă (data de la care intimatul era îndreptăţit la încadrarea în grad de handicap accentuat cu ansamblul consecinţelor juridice şi financiare care decurg din asemenea încadrare) – instanţele procedând definitiv la înlăturarea neclarităţilor abia la data de 23.09.2020 prin pronunţarea Deciziei nr.556/23.09.2020 a Curţii de Apel Suceava, comunicată recurentei la data de 07.10.2020.

Din această perspectivă, este evident că la data înregistrării cererii de chemare în judecată a intimatului – 17.01.2020 – se afla în curs de soluţionare demersul judiciar al recurentei pentru lămurirea dispozitivului titlului executoriu (constatat că fiind întemeiat potrivit hotărârii judecătoreşti mai sus menţionate), aşa încât, în lipsa unor obligaţii clare şi explicite stabilite în sarcina autorităţii publice prin titlul executoriu, nu poate fi reţinută nici îndeplinirea cerinţei culpei autorităţii publice în neexecutarea conformă a respectivei obligaţii.

Aşa fiind, pentru neîndeplinirea cumulativă a condiţiilor pentru antrenarea răspunderii juridice a autorităţii publice cu consecinţa aplicării conducătorului autorităţii publice a sancţiunii amenzii precum şi pentru plata penalităţilor în condiţiile art.906 din Codul de procedură civilă, Curtea, în temeiul dispoziţiilor art.496 (1) şi 488 pct.8 din Codul de procedură civilă, va casa sentinţa recurată şi în rejudecare va respinge – ca nefondată – acţiunea reclamantului.

**2. Inadmisibilitatea cererii de suspendare a executării actului administrativ reprezentând propunere de retragere a certificatului de atestare a dreptului de exploatare a masei lemnoase.**

***Rezumat:***

*Raportat la dispozițiile art. 2 alin. 1 litera c) din Legea nr. 554/2004, propunerea retragerii certificatului de atestare cuprinsă în raportul de control nu întrunește caracteristicile unui act administrativ, întrucât nu dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice, fiind un act premergător actului administrativ ce urma a fi emis de către autoritate.*

*Or, în conformitate cu dispozițiile art. 14 din Legea nr. 544/2004, pentru a se putea dispune suspendarea propunerii de retragere a certificatului de atestare, este necesar ca actul să îndeplinească condițiile unui act administrativ.*

(Decizia nr. 62 din 27 ianuarie 2021, dosar nr. 2747/86/2020)

**Hotărârea:**

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava, Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal la data de 08.09.2020, sub nr. .../86/2020, reclamanta RNP Romsilva – Direcţia Silvică, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului, Apelor şi Pădurilor – Garda Forestieră 2, a solicitat suspendarea executării actului administrativ reprezentând propunerea de retragere a Certificatului de atestare Seria D nr. 1696/27.09.2018 deţinut de R.N.P. - ROMSILVA şi a Raportului nr. 18329/18.08.2020, ca parte integranta a propunerii iniţiate de Garda Forestieră.

Pârâtul Ministerul Mediului Apelor şi Pădurilor – Garda Forestieră, prin întâmpinarea formulată la data de 29.09.2020 a solicitat respingerea acţiunii, invocând, în temeiul art.245 si următorii NCPC-, excepţia inadmisibilităţii acţiunii promovate de reclamantă motivat şi argumentat de faptul că nu a indicat în concret actul - numărul actului/documentului a cărui suspendare a executării se solicită. De asemenea, acţiunea promovată de către reclamant în mod evident este rămasă ca fără obiect motivat şi argumentat de faptul că propunerea de retragere - adresa nr. 18366/19.08.2020 - a Certificatului de atestare seria D, nr. 1696/ 27.09.2018 deţinut de RNP-Romsilva-D.S -O.S .., a Raportului nr. 18329/18.08.2020, a fost comunicat către minister/Comisia de atestare a operatorilor economici pentru activitatea de exploatare forestieră, comisie care potrivit legii dispune retragerea Atestatului. Precizează faptul că nu instituţia pârâtă dispune retragerea certificatului, ci comisia la propunerea pârâtei, care propunere putea fi acceptată sau după caz nu.

**Prin sentinţa nr. 737 din 5 noiembrie 2020*,* Tribunalul Suceava** – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal a admis excepţia inadmisibilităţii și a respins ca inadmisibilă cererea formulată de reclamanta Regia Națională a Pădurilor ROMSILVA - Direcția Silvică, înscrisă în registrul comerțului sub numărul J33/1109/1991, având codul de identificare fiscală 714140, în contradictoriu cu pârâtul Ministerul Mediului Apelor şi Pădurilor – Garda Forestieră, având ca obiect „suspendare executare act administrativ.”

**Împotriva acestei sentinţe, pe care a criticat-o pentru nelegalitate și netemeinicie, a promovat recurs reclamanta RNP Romsilva – Direcţia Silvică**.

În motivarea căii de atac promovate a susținut că instanța de fond a respins în mod greșit cererea introductivă de instanța motivat de faptul că propunerea de retragere a Certificatului de atestare Seria D nr. 1696/27.09.2018, deținut de R.N.P. - ROMSILVA - D.S. - OS. .. și a Raportului nr. 18329/18.08.2020 privind rezultatul controlului parțial efectuat in cantonul silvic nr. 3 din cadrul ocolului Silvic .., subunitate a Direcției Silvice ., nu reprezintă act administrativ, fiind în fapt un act premergător sancțiunii de retragere a certificatului de atestare. Consideră recurenta că propunerea de retragere, precum și raportul ca parte integrată a propunerii, sunt acte administrative în sensul art. 2 alin.1 lit. c) din Legea nr. 554/2004 care definește actul administrativ ca fiind ,,actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice”.

În primul rând, Garda Forestiera este o autoritate publică, în sensul că este instituție publică, cu personalitate juridică aflată în subordinea Ministerului Apelor și Pădurilor, funcționând în baza OUG nr.32 din 30 iunie 2015 privind înființarea Gărzilor Forestiere și a HG. nr. 743 din 09 septembrie 2015 privind organizarea și funcționarea Gărzilor Forestiere.

Această instituție emite acte administrative în regim de putere publică, implementând pe raza de competență politicile autorității publice centrale care răspunde de silvicultură în activitățile de implementare; de avizare; de reprezentare; de monitorizare, inspecție și control. Propunerea de retragere a Certificatului de atestare Seria D nr. 1696/27.09.2018, deținut de R.N.P. - ROMSILVA și a Raportului nr. 18329/18.08.2020 privind rezultatul controlului parțial efectuat în cantonul silvic nr. 3 .. din cadrul Ocolului Silvic .., subunitate a Direcției Silvice, reprezintă acte administrative emise în regim de putere publică întrucât produc efecte juridice prin ele însele, legea stipulând necesitatea adoptării unor astfel de acte administrative pentru dispunerea de către Comisia de atestare a retragerii certificatului de atestare.

A inserat dispozițiile art. 21 alin. 1 lit. i) și a solicitat a se observa faptul că este vorba despre o decizie de aprobare, concretizată în propunerea de retragere, decizie ce produce efecte juridice în sensul art. 2 alin.1 lit. c) din Legea nr. 554/2004. Așadar simpla aprobare a propunerii de retragere, înaintată Comisiei, produce efecte juridice, întrucât această din urmă entitate are obligația retragerii și nu a analizei, fiind act subsecvent propunerii de retragere.

Pentru aceste considerente, a solicitat ca în rejudecare să se rețină că este vorba de acte administrative și nu acte pregătitoare cum s-a reținut în sentința recurată.

În conformitate cu dispozițiile art. 21 alin. 1 litera i) din Regulamentul pentru organizarea, funcționarea și componența Comisiei de atestare a operatorilor economici pentru activitatea de exploatare forestieră aprobat prin O.M. 1106/2018, modificat prin Ordin nr.485t2020, de către Garda Forestieră s-a înaintat propunerea de retragere a certificatului anterior menționat, în baza Raportului nr. 18329/1808.2020 privind rezultatul controlului parțial efectuat în cantonul silvic nr. 3 din cadrul Ocolului Silvic.., subunitate a Direcției Silvice.

A susținut că Raportul nr. 18329/18.08.2020 face parte integrantă din propunerea a cărei suspendare o solicită, act în lipsa căruia nu este posibilă propunerea de retragere a certificatului de atestare. Referitor la admisibilitatea cererii de suspendare, a reiterat cele reținute prin cererea introductivă de instanță, conform cărora se impune suspendarea executării actului până la finalizarea de către organele judiciare a constatării că faptele cu care au fost sesizate organele de cercetare penală întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de tăiere ilegală.

A precizat că nu este vorba despre o infracțiune constatată de către organele judiciare așa cum impune art. 21, alin. 1 lit. I) din Regulament, așa încât propunerea de retragere apare ca fiind prematură și nelegală.

Astfel, în opinia recurentei sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 14, respectiv existența unui caz bine justificat și necesitatea prevenirii unei pagube iminente.

În ceea ce privește cazul bine justificat, respectiv îndoiala puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate, a arătat că aceasta rezidă din încălcarea clară a normelor de drept procedural și material, care poate fi identificată de instanță cu ușurință, la nivelul aparențelor, fără a se prejudeca fondul litigiului.

În speţă, nu există o hotărâre penală prin care să se fi dispus condamnarea pentru tăieri ilegale astfel că nu s-a făcut dovada existenţei vinovăţiei. Pentru aceste motive, a solicitat revocarea actului atacat, acesta fiind emis cu încălcarea prevederilor legale, cu prejudicierea gravă a drepturilor şi intereselor legitime ale sale. În ce priveşte iminenţa producerii unei pagube, ca şi chestiune de fapt, lăsată la aprecierea instanţei investite cu soluţionarea cererii de suspendare, aceasta este evidentă în speţă.

Astfel, prin punerea în executare a actului s-ar realiza retragerea certificatului de atestare care atestă capacitatea de a exploata un volum brut de 18.000 mc lemn pe picior, Direcţia Silvică fiind lipsită efectiv de dreptul de a exploata, aceasta fiind activitatea principală conform certificatului. La momentul comunicării actului administrativ, exploatarea pădurii fiind în curs, reprimirea parchetelor din care se exploata masa lemnoasă urma să aibă loc după terminarea lucrărilor, însă prin punerea în executare a actului atacat se află în imposibilitatea de a executa obligaţiile si astfel se produc prejudicii iremediabile fondului forestier. Nu în ultimul rând, la momentul de faţă, formaţia de exploatare are un număr de 12 de salariaţi, toţi angajaţii având încheiat contract individual de munca, retragerea certificatului de atestare având efecte directe şi asupra lor, aceştia riscând să îşi piardă practic locul de muncă. Prejudiciul desemnează orice încălcare a unui drept care are o valoare patrimonială, fiind considerat cert atât prejudiciul actual, cât şi cel viitor, cu condiţia să fie previzibil. De asemenea, prejudiciul poate fi atât unul material, efectiv, cât şi procesual, prin suspendare legiuitorul înţelegând să asigure protecţie persoanelor fizice şi juridice, în raport cu autorităţile publice, ale căror acte sunt executorii de drept, cu scopul de a evita exercitarea de către autorităţile publice a prerogativelor pe care le au, în mod discreţionar. Pe fondul cererii de suspendare, recurenta a apreciat propunerea ca fiind nelegală și netemeinică, în condiţiile în care dispoziţiile art. 21 alin. (1) litera i) din Regulament, prevăd: Certificatele de atestare/reatestare emise se retrag, după caz, de către Comisie în una dintre următoarele situaţii: i) dacă sunt constatate vătămări ale seminţişurilor utilizabile peste procentul admis de normele tehnice sau tăieri ilegale în parchete autorizate spre exploatare, a căror valoare depăşeşte de cinci ori preţul unui metru cub de masă lemnoasă pe picior; sancţiunea se aplică operatorului economic care execută lucrările de exploatare a masei lemnoase, consemnate într-un raport de control aprobat de conducătorul entităţii din care face parte agentul constatator, prin care se propune retragerea certificatului de atestare.

Recurenta a învederat împrejurarea că prin Raportul nr. 18329/18.08.2020, aprobat de către inspectorul şef, s-a propus ca măsură retragerea Certificatului de atestare/reatestare exploatare forestieră, menţionându-se faptul că „au fost demarate cercetări de către organele abilitate sub aspectul săvârşirii infracţiunii de tăiere fără drept de arbori si furt de arbori fapte prevăzute si pedepsite de art. 107 alin. 1 lit. d) și art. 109 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008 -Codul silvic”. Astfel, atâta vreme cât prin Raportul anterior menţionat s-a propus sesizarea organelor de cercetare penală pentru faptele care pot întruni elementele constitutive ale infracţiunii de tăiere ilegală și, la acest moment, nu este dată prezența unei infracţiuni constatate de către organele judiciare, așa cum impune art. 21 alin. 1 litera i) din Regulament, propunerea de retragere se prezintă ca fiind atât prematură, cât si nelegală.

A solicitat casarea hotărârii atacate, iar în rejudecare suspendarea executării actului administrativ reprezentând propunerea de retragere a Certificatului de atestare Seria D nr. 1696/27.09.2018, deținut de R.N.P. – ROMSILVA - D.S. - O.S... și a Raportului nr. 18329/ 18.08.2020 privind rezultatul controlului parțial efectuat în cantonul silvic nr. 3 .. din cadrul Ocolului Silvic .., subunitate a Direcției Silvice.

**Prin întâmpinarea depusă la 24 decembrie 2020, intimata Garda Forestieră** a solicitat respingerea cererii de recurs formulată de RNP Romsilva – Direcţia Silvică ca fiind nefondată și menținerea ca legală și temeinică a sentinței recurate.

În susținerea acestui punct de vedere, intimata a precizat că prin sentința recurată, instanța de fond a admis excepția inadmisibilității și a respins cererea ca inadmisibilă, motivat de faptul că propunerea de retragere a Certificatului de atestare seria D nr.l696/27.09.2018, deținut de RNP – Romsilva - D.S. - O.S. .. și a Raportului nr.18329/18.08.2020 privind rezultatul controlului parțial efectuat în cantonul silvic nr.3 .. din cadrul ocolului Silvic .., subunitate a Direcției Silvice, nu reprezintă act administrativ, fiind în fapt un act premergător sancțiunii de retragere a certificatului de atestare.

Conform art.7 alin. 1 din Legea nr.554/2004 înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, persoana care se consideră vătămată într-un drept al său ori interes legitim printr-un act administrativ individual trebuie să solicite autorității publice emitente sau autorității ierarhic superioare, dacă acesta există, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea, în tot sau în parte, a acestuia. Obiect al acțiunii în contencios administrativ este doar actul administrativ definit de art.2 lit. c) din Legea nr.554/2004 ca ,,act unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice.” Din definiția legală a noțiunii rezultă faptul că actul administrativ reprezintă forma principală de activitate a autorității administrației publice și constă într-o manifestare unilaterală de voință de a da naștere, a modifica sau a stinge drepturi și obligații, în realizarea puterii publice. Propunerea de retragere a Certificatului de atestare Seria D nr.1696127.09.2018, deținut de RNP –Romsilva - D.S. - O.S. .. și a Raportului nr.18329/18.08.2020 privind rezultatul controlului parțial efectuat în cantonul silvic nr.3 .. din cadrul Ocolului Silvic .., subunitate a Direcției Silvice, nu reprezintă act administrativ care să se circumscrie definiției stipulate de art.2 alin. 1 lit. c) din Legea nr.554/2004, fiind un act premergător. Conform art.7 lit. e) din Regulamentul din 21 noiembrie 2019 privind organizarea, funcționarea și componența Comisiei de atestare a operatorilor economici pentru activitatea de exploatare forestieră, precum și criteriile de atestare pentru activitatea de exploatare forestieră, aprobat prin O.M. nr.1106/2018 cu modificările aduse de O.M. nr.485/2020, Comisia de atestare este cea care dispune cu privire la retragerea certificatelor de atestare. Garda Forestieră doar a propus retragerea Certificatului de atestare/reatestare exploatare forestieră emis pentru O.S. .., decizia fiindu-i atribuită conform dispozițiilor legale mai sus menționate Comisiei de atestare. Conform art. 2l alin. 1 lit. i) din O.M. nr.1106/20l8 cu modificările aduse prin O.M. nr.485/2020, Certificatele de atestare emise se retrag, după caz, de către comisia de atestare a operatorilor economici pentru activitatea de exploatare forestieră, dacă sunt constatate tăieri ilegale în parchetele autorizate spre exploatare, a căror valoare depășește de cinci ori prețul unui metru cub de masă lemnoasă pe picior; sancțiunea se aplică operatorului economic care execută lucrările de exploatare a masei lemnoase, consemnate într-un raport de control aprobat de către conducătorul entității din care face parte agentul constatator, prin care se propune retragerea certificatului de atestare. Referitor la sesizarea formulată de Garda Forestieră și înaintată Parchetului competent material și teritorial, legiuitorul a instituit această obligație, conform art. 113 din Legea nr. 46/2008 republicată.

A arătat că în ceea ce priveşte constatare faptei prevăzute de art. 107 din Legea nr. 46/2008 republicată, conform art. 111, pe lângă organele de urmărire penală, sunt competente să constate faptele prevăzute la art. 106, 107-109 şi 110 personalul silvic din cadrul autorităţii publice centrale care răspunde de silvicultură şi al structurilor teritoriale cu specific silvic. Aşa fiind, angajaţii gărzii forestiere, au competenţa de a constat fapta de tăiere ilegală de arbori prevăzută şi sancţionată de dispoziţiile art. 107 din Legea nr. 46/2008 republicată.

Referitor la susţinerile din cererea de recurs referitoare la faptul că aspectele înscrise în raport, nu sunt reale, urmând a fi clarificate în urma unei eventuale cercetări penale, nu există un umăr de dosare care ar avea ca obiect săvârşirea vreunei infracţiuni, nu există o hotărâre definitivă a unei instanţe penale, consideră că aceasta nu se circumscrie dispoziţiilor art. 21 alin. 1 lit. i din O.M. nr. 1106/2018 cu modificările aduse prin O.M. nr. 485/2020 ci art. 21 alin. 1 lit. b sau lit. c din acelaşi act normativ.

Pentru toate aceste considerente a solicitat respingerea recursului ca nefondat, şi menţinerea hotărârii primei instanţe ca fiind legală şi temeinică.

Prin răspunsul la întâmpinare depus la dosar la data de 12.01.2021, recurenta RNP Romsilva, a solicitat înlăturarea apărărilor formulate prin întâmpinare de către intimată, reiterând în esenţă motivele de apel.

La data de 21.01.2021 intimata a depus la dosar note scrise prin care a reiterat în esenţă apărările din întâmpinare.

**Recursul nu este întemeiat.**

Potrivit art. 2 alin. 1 litera c) din Legea nr. 554/2004 prin act administrativ se înțelege actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice.

Astfel, actul administrativ reprezintă o manifestare de voință făcută în scopul nașterii, modificării sau stingerii raporturilor juridice, a cărei realizare este garantată prin forța de constrângere a statului sau constată situații juridice reglementate de lege. Nu orice manifestare de voință este un act juridic, simpla exprimare a unei opinii ori a unei propuneri din partea unei instituții publice administrative nefiind un act administrativ.

Potrivit art.21 alin.1 lit. i din Ordinul nr. 1106/2018 ”certificatele de atestare/ reatestare emise se retrag, după caz, *de către Comisie* dacă sunt constatate vătămări ale semințișurilor utilizabile peste procentul admis de normele tehnice sau tăieri ilegale în parchete autorizate spre exploatare, a căror valoare depășește de cinci ori prețul unui metru cub de masă lemnoasă pe picior; sancțiunea se aplică operatorului economic care execută lucrările de exploatare a masei lemnoase, consemnate într-un raport de control aprobat de conducătorul entității din care face parte agentul constatator, *prin care se propune* retragerea certificatului de atestare*.”*

Contrar celor susținute de către recurentă, rolul Comisiei nu este unul pur formal. Conform art. 7 litera e) din Ordinul nr. 1106/2018, Comisia are printre alte atribuții, retragerea certificatelor de atestare/reatestare. Recurenta doar a înaintat o propunere de retragere a certificatului, însă decizia retragerii aparține Comisiei, decizie care este emisă în temeiul prerogativelor de putere publică. Potrivit dispozițiilor legale arătate anterior, aceasta trebuie să constate dacă există un raport de control aprobat de conducătorul entității din care face parte agentul constatator, procedând astfel la o verificare prealabilă aprobării propunerii de retragere, sens în care anterior acestui moment, simpla propunere de retragere nu produce efecte juridice.

Raportat la dispozițiile art. 2 alin. 1 litera c) din Legea nr. 554/2004, propunerea retragerii certificatului de atestare cuprinsă în raportul de control nu întrunește caracteristicile unui act administrativ, întrucât nu dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice, fiind un act premergător actului administrativ ce urma a fi emis de către autoritate.

Or, în conformitate cu dispozițiile art. 14 din Legea nr. 544/2004, pentru a se putea dispune suspendarea propunerii de retragere a certificatului de atestare, este necesar ca actul să îndeplinească condițiile unui act administrativ.

În aceste condiții, în mod întemeiat prima instanță a admis excepția inadmisibilității și a respins ca inadmisibilă cererea formulată de recurenta reclamantă prin care a solicitat suspendarea executării propunerii de retragere a certificatului de atestare seria D nr. 1696 din 27.09.2018 și a Raportului nr. 18329 din 18.08.2019, parte integrantă din propunerea inițiată de Garda Forestieră.

De asemenea, și prin raportare la soluțiile pe care instanța le poate pronunța potrivit art. 18 alin. 1 din Legea nr. 554/2004, cererea este inadmisibilă, legalitatea propunerii cuprinse în raport putând fi analizată doar cu prilejul analizării legalității deciziei de retragere a certificatului emis de către Comisie.

Având în vedere cele arătate anterior, Curtea apreciază ca inutilă analiza motivelor privitoare la fondul cererii de suspendare invocate la punctul 2 din cererea de recurs.

**3. Excepţia lipsei de interes în promovarea unei plângeri împotriva deciziei Consiliului Naţional de Soluţionarea Contestaţiilor în situaţia în care oferta petentei nu se mai află în perioada de valabilitate.**

***Rezumat:***

*Potrivit dispoziţiilor art.124 din HG nr.395/2016:*

*„(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.*

*(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunţul/invitaţia de participare şi în documentaţia de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.*

*(3) Atunci când stabileşte perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza şi evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activităţi, precum şi perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestaţii. Autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita prelungirea valabilităţii ofertelor, precum şi, după caz, a garanţiei de participare, în situaţii excepţionale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă.”*

*Din economia textului mai sus citat, nu rezultă nicio obligaţie în sarcina competitorilor de a întreprinde – din proprie iniţiativă – demersuri pentru prelungirea valabilităţii ofertelor depuse, singura sancţiune stabilită de textul normei constă în respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă pentru situaţia în care autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilităţii ofertelor şi a garanţiei de participare, iar operatorul economic nu se conformează acestei solicitări, ipoteză care nu se regăseşte în litigiul pendinte, astfel încât este nefondată excepţia lipsei de interes.*

(Decizia nr. 64 din 5 februarie 2021, dosar nr. 723/39/2020)

**Hotărârea:**

Prin plângerea înregistrată pe rolul Curţii de Apel Suceava – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal sub nr..../39/2020 la data de 07.12.2020, petenta S.C. A. SRL, în contradictoriu cu intimata S.C. B. SRL, critică Decizia nr. 2196/C8/2349,2352 din 26.11.2020, emisă de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor (CNSC), solicitând admiterea plângerii, modificarea în parte a deciziei CNSC în sensul admiterii în totalitate a cererii de intervenţie cu privire la contestaţia formulată de SC B. SRL şi respingerea în integralitate a contestaţiei formulate de aceasta cu privire la societatea intervenientă, cu consecinţa menţinerii actelor autorităţii contractante privind oferta depusă şi a adresei de comunicare a rezultatului procedurii.

În motivare, petenta arată următoarele:

Soluţia de admitere a contestaţiei formulate de SC B. SRL în contradictoriu cu Spitalul Judeţean de Urgenţă, de respingere a cererii de intervenţie depusă de SC A.SRL în ceea ce priveşte această societate, cu consecinţa anulării actelor autorităţii contractante privind oferta depusă de SC A. SRL şi anulării adresei de comunicare a rezultatului procedurii este nelegală si netemeinică, fiind emisă cu încălcarea dispoziţiilor legale incidente şi prin interpretarea greşită a documentaţiei de atribuire.

S-a reţinut că este întemeiată critica SC B. SRL referitoare la subdimensionarea cheltuielilor indirecte sub două aspecte:

Primul aspect vizează împrejurarea că în lămuririle aduse autorităţii contractante cu privire la justificarea valorilor incluse în oferta pentru stocul de echipamente de protecţii şi uniforme, se regăsesc şi facturi proforme care nu fac dovada achiziţiei materialelor cuprinse în acestea, ci numai a înştiinţării cumpărătorului asupra preţului aferent, fără transferul proprietăţii şi fără obligaţii ulterioare de cumpărare din partea acestuia. Cu privire la acesta, Consiliul a făcut o gravă eroare de interpretare a scopului avut în vedere de autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificări nr. 1659/15.09.2020, înlăturând nejustificat apărările formulate de societatea petentă.

Potrivit acestei solicitări de clarificări, autoritatea contractantă (AC) a cerut petentei să prezinte „o listă cu inventarul de uniforme şi echipamente de protecţie şi de lucru, aflate în stoc şi evidenţiate în ultimul bilanţ contabil încheiat, sau alte documente, dacă achiziţia s-a efectuat după întocmirea bilanţului (facturi, etc)”. Scopul avut în vedere de AC consta în a se asigura că SC A. SRL are resursele financiare necesare raportat la preturile concrete ale pieţei şi nu de a se dovedi deţinerea efectivă a acestora în stoc. Acesta este motivul pentru care s-a menţionat generic „facturi”. Acest lucru ar fi fost inutil în condiţiile în care verificarea dotării tehnico-materiale a societăţii este de competenţa IGPR prin Inspectoratul de Poliţie Judeţean. Conform ultimei activităţi de control realizată de poliţiştii specializaţi din cadrul I.P.J. la data de 26.08.2020, în cadrul procedurii administrative de relicenţiere a societăţii (proces verbal nr. 95862/ 26.08.2020 anexat în copie), aflat la dosar, au fost consemnate următoarele: „Cu privire la dotarea societăţii cu uniforme, mijloace de autoapărare, intervenţie şi de comunicare, la data efectuării verificărilor, situaţia prezentată de conducerea societăţii este următoarea: staţii emisie recepţie – 12 bucăţi, uniformă specifică de vară – 60, iarnă – 40, total 100 echipamente, nr. tomfe - 25, nr. lanterne - 50, spray iritant lacrimogene - 12, documente tipizate - 100, fax -l, xerox -l, computere - 5, nr. autovehicule - 5, din care inscripţionate -1. A fost verificată dotarea tehnico-materială, constatându-se că datele cuprinse în declaraţia depusă de administratorul societăţii, la documentaţia de reînnoire a licenţei, corespund cu cele existente în teren.” Procesul verbal mai sus menţionat nu a fost luat în considerare de către CNSC în emiterea Hotărârii, desi a fost anexat, ca material probant cererii de intervenţiei a SC A.SRL înaintate CNSC.

Al doilea aspect are în vedere susţinerea intimatei potrivit căreia SC A. SRL nu a justificat cheltuielile pentru chirii, amortizări, utilităţi, telefon, e-mail, fax, combustibil, salarii personal administrativ şi de conducere, critică considerată intemeiată de CNSC.

Şi în această situaţie, Consiliul a dat o interpretare greşită scopului avut în vedere de autoritatea contractantă prin Adresa nr.1659 din 15.09. 2020. Acesta consta doar în detalierea acestor tipuri de cheltuieli fără a fi necesară ataşarea de documente care ar putea justifica astfel de cheltuieli, ţinând cont de faptul că ofertantul răspunde de corectitudinea acestor sume atât din punct de vedere al ofertei, cât si din punct de vedere penal.

Împrejurarea că aceste sume sunt considerate subdimensionate de intimată nu constituia un motiv suficient pentru a anula oferta SC A.SRL şi a adresei de comunicare a rezultatului procedurii, în condiţiile în care SC B. SRL nu face dovada celor susţinute (nu depune nicio dovadă care să contrazică aceste sume).

Petenta SC A. SRL consideră că CNSC nu a sesizat caracterul absolut speculativ al susţinerilor SC B. SRL în referire la faptul ca aceste cheltuilei indirecte sunt subdimensionate, în condiţiile în care nu a prezentat niciun calcul/rationament financiar contabil comparativ care să identifice limita inferioară a cheltuielilor necesare funcţionarii unei societăţi de paza în cadrul prezentului contract şi că, în lipsa probării celor susţinute de intimata SC B. SRL se impunea respingerea contestaţiei adresate Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor de aceasta ca neîntemeiată.

***La data de 14.12.2020, a fost înregistrată pe rolul Curţii de Apel Suceava – Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal plângerea nr.../39/2020***, prin care petenta S.C. B. SRL, în contradictoriu cu intimatul Spitalul Judeţean de Urgenţă, a solicitat Modificarea Deciziei CNSC nr. 2196/C8/2349, 2352/26.11.2020 si admiterea contestaţiei sub toate aspectele de neconformitate precizate pentru fiecare ofertă, menţinerea Deciziei CNSC sub cele două aspecte pentru care s-a dispus reevaluarea şi, pe cale de consecinţă, să se dispună:

- anularea în integralitate a Comunicărilor privind rezultatul procedurii nr. 3872/ 19.10.2020 către SC B. SRL, a comunicării nr. 3870/19.10.2020 către SC C. nr. 3876/ 19.10.2020 adresată SC D. SRL şi a comunicării adresate ofertantului declarat câștigător, respectiv SC A. SRL, cât şi a raportului procedurii înregistrat cu nr. 24386/19.10.2020 şi a oricăror şi tuturor actelor ce au stat la baza Comunicărilor, precum şi a eventualelor acte subsecvente acesteia în ceea ce priveşte stabilirea ofertei câştigătoare şi a clasamentului, modul de aplicare a algoritmului de calcul a criteriilor de atribuire, doar pentru ofertele admisibile;

- reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1-3 în clasamentul final sub toate aspectele detaliate pe larg prin prezenta plângere, cu consecinţa constatării inacceptabilității/ neconformității acestora si, pe cale de consecință, modificarea în parte a oricăror şi tuturor actelor care au stat la baza stabilirii ofertei câştigătoare, precum şi a eventualelor acte subsecvente acesteia.

- stabilirea ofertei câştigătoare prin aplicarea corectă a algoritmilor de punctare, după realizarea reevaluării ofertelor clasate pe locurile 1-3 în clasament.

În fapt, la data de 03.07.2020, Spitalul Judeţean de Urgenţă (denumit în continuare „Autoritatea Contractantă”) a publicat în S.E.A.P anunţ de participare simplificat nr. SCN 1070957/03.07.2020, prin care a adus la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi organizarea procedurii de licitaţie Procedura simplificata - într-o singură etapă (online) pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Acord cadru de achiziţie publică de prestări servicii pază”, criteriul de atribuire fiind „Preţul cel mai scăzut”.

Potrivit anunţului de participare simplificat, valoarea estimată a acordului cadru este de minim 2.022.088,32 lei fără TVA şi maxim de 2.359.103.04 lei fără T.V.A.

Petenta S.C. B. SRL a depus oferta în cadrul procedurii, în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire. Ulterior, Comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor, sens în care a solicitat clarificări, la care petenta a răspuns în mod complet şi concludent.

La data de 19.10.2020, au fost transmise Comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, prin care petentei i se aduce la cunoștință faptul că oferta sa nu este câştigătoare întrucât nu a înregistrat preţul cel mai scăzut, iar oferta desemnată câştigătoare a fost cea depusă de SC A. SRL cu o valoare de 1.949.330,74 lei fără TVA şi un tarif orar de 15.89 lei/ora.

Analizând informaţiile din dosarul achiziţiei care i-a fost pus la dispoziţie în urma cererii din 21.10.2020, petenta consideră că evaluarea propunerilor tehnice şi financiare în cadrul procedurii nu s-a făcut în conformitate cu prevederile legale şi dispoziţiile documentaţiei de atribuire pentru motivele pe care le detaliază mai jos.

Este evidentă încălcarea flagrantă a prevederilor legale şi a principiilor în materia achiziţiilor publice având în vedere că ofertele clasate pe primele 3 locuri în clasament nu au fost analizate sub aspectele de neconformitate şi de inacceptabilitate prevăzute de art. 134 alin. 6 din HG 395/2016 şi de art. 137 alin. 2 lit.g din HG 395/2016 pentru următoarele motive:

Așa cum rezultă din raportul procedurii întocmit în cauză, comisia de evaluare nu a făcut o evaluare temeinică a ofertelor prezentate din punct de vedere al propunerilor tehnice şi financiare, în unele cazuri nesolicitând clarificările impuse de neconformitățile ofertelor prezentate, iar în alte cazuri considerând concludente răspunsuri ale operatorilor economici care ar fi impus respingerea ofertelor.

Ca răspuns la contestaţia formulată de petentă împotriva modului în care au fost evaluate ofertele, s-a emis Decizia CNSC nr. 2196/C8/2349, 2352/26.11.2020 prin care s-a dispus admiterea în parte a contestaţiei. Petenta apreciază că această contestaţie trebuia admisă în totalitatea ei, subzistând în ceea ce priveşte ofertele depuse toate neconformitățile indicate de petentă, după cum urmează:

I. Cu privire la oferta SC A.SRL:

1. Prin contestaţia formulată, petenta a arătat că din analiza ofertei financiare şi a fundamentării prezentate de operatorul economic ca urmare a solicitării de clarificări a autorităţii contractante, se constată doua neconformități majore:

a. În formularul de ofertă financiară prezentat de SC A.SRL s-a strecurat o eroare de calcul. Se poate observa că valoarea ofertei (fără alte cheltuieli directe şi indirecte, profit, etc) calculată în baza cantităţilor şi a preţurilor unitare ofertate de SC A.SRL este de 1953644,00 lei şi nu de 1879186,55 lei așa cum rezultă din oferta prezentată – „total lei (zi + noapte + sărbători legale zi, spor noapte)”. Astfel s-ar fi constatat că valoarea calculată în preţuri ofertă (fără alte cheltuieli directe şi indirecte, profit, etc) depăşeşte valoarea totală ofertată, şi anume: 1949330,74 lei.

Cu privire la această critică, CNSC a constatat că este neîntemeiată fără a detalia motivele ce au stat la baza acestei decizii.

Respingerea acestui capăt de cerere fără a detalia şi motivele care au condus CNSC la validarea calculelor făcute de intervenienă şi respingerea susţinerilor petentei s-a făcut în mod nejustificat şi neîntemeiat.

b. Prin contestaţia formulată, petenta a arătat că tariful orar inclus în oferta financiară aferent orelor prestate noaptea în zilele de sărbătoare legală este calculat incorect, valoarea acestuia fiind 34,06 lei/ora (27,25 lei/ora X125%) şi nu 30,66 lei/ora (așa cum este prezentat în fundamentarea de pret). Astfel valoarea corectată (fără alte cheltuieli directe şi indirecte, profit etc) ar fi fost de 1959356,00 lei.

Cu privire la acest capăt de cerere CNSC a constatat că „dat fiind faptul că aplicarea sporurilor legale pentru munca de noapte, pentru munca de zi în sărbători legale şi pentru cea de noapte în sărbători legale trebuie să pornească de la aceeaşi bază, respectiv tariful de bază, respectiv valoarea manoperei/agent/ora/zi, se relevă caracterul nefondat al celor susţinute de intervenientă, în logica contestatoarei valoarea sporului pentru muncă în sărbători legale urmând a fi aplicată de 2 ori în cazul orelor de noapte în sărbători legale, prin aplicarea sporului de 125% la valoarea manoperei pentru orele de zi sărbători legale, care este calculată prin aplicarea unui spor de 100% din tariful de bază. Drept urmare, şi această susţinere a contestatoarei se vădeşte a fi nefondată”.

Din acest punct de vedere Decizia CNSC este nelegală întrucât cele două sporuri - sporul de noapte si sporul de sărbătoare legală - nu se exclud unul pe altul şi atunci când apare munca prestată noaptea în zile de sărbători legale, acestea se cumulează.

2. Prin contestaţia formulată, petenta a arătat că oferta nu conţine cheltuielile aferente concediului de odihnă reglementate de art. 145 din Codul muncii, care prevede că durata minimă a concediului de odihnă anual este de 20 zile lucrătoare.

În cadrul propunerii financiare trebuia cotată o valoare minimă aferentă concediului de odihna de 133193,86 lei. Aceasta valoare trebuia adăugata la valoarea totală a ofertantului, rezultând astfel un preț mai mare decât cel oferit de ofertantul declarat câştigător.

Din acest punct de vedere Decizia CNSC este nelegală întrucât analiza pe care urma să o facă este cu privire la cuantumul acestor cheltuieli aferente concediului de odihnă şi nu numai cu privire la existenţa efectivă a acestora. Așa cum am arătat prin contestaţia formulată cuantumul cheltuielilor cu concediul de odihna trebuia sa fie de 133193,86 lei si nu de 69.130 lei cât a arătat intervenienta.

3. Prin contestaţia formulată, petenta a arătat că oferta nu conţine costurile necesare pentru remunerarea şefului de tură. În cadrul propunerii tehnice a ofertantului SC A.SRL nu a fost menţionat acest sef de tură nici măcar la nivel teoretic, oferta acestuia fiind neconformă din acest punct de vedere întrucât aceasta nu respecta dispoziţiile caietului de sarcini, nominalizarea unui sef de tură fiind o cerinţă minimă de calificare. Prin luarea în calcul a acestei categorii, suma necesară pentru acoperirea cheltuielii cu şeful de tură este mult mai mare.

Este evident faptul că pentru această funcţie trebuie nominalizată o altă persoană sau dacă nu este nominalizată o altă persoană trebuie prevăzute cheltuieli suplimentare pentru acele zile în care agentul de pază va îndeplini atribuţii de şef de tură (adică agentul de pază îşi va termina tura de serviciu şi va presta munca suplimentară îndeplinind atribuţii ca şef de tură), persoana desemnată nu va putea îndeplini în acelaşi timp atribuţiile de agent pază aflat în serviciu) cât şi cele de şef tură (aflat în serviciu), fapt ce este interzis şi clarificat prin răspunsul primit de la Inspectoratul Judeţean de Politie - Serviciul de Ordine Publică .

Aşadar, în mod neîntemeiat a fost respinsă această critică cu privire la oferta declarată câștigătoare.

4. Prin contestaţia formulată, petenta a mai arătat că oferta SC A.SRL este nesusținută şi din punctul de vedere al cheltuielilor indirecte care au fost mult subdimensionate faţă de necesarul de echipamente prevăzut de legislaţia în vigoare, dar şi raportat la cuantumul cheltuielilor declarate pentru fiecare tip de cheltuială. Cu privire la aspectele menţionate prin contestaţie pentru acest capăt de cerere, CNSC a admis contestaţia formulată şi a dispus reevaluarea.

Cu privire la inacceptabilitatea ofertei prezentate raportat la neconcludenţa răspunsului cu privire la „lista personalului”, prin contestaţia formulată petenta a arătat că la data de 11.08.2020, prin adresa nr. 1234 autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SC A.SRL, care a transmis o listă a personalului şi atestatelor deţinute de acesta şi o listă a registrelor necesare conform legii pentru desfăşurarea activităţii de servicii pază. Cu toate acestea, răspunsul la clarificări este neconcludent întrucât ofertantul s-a limitat la a enumera personalul fără a face dovada colaborării între societate şi aceste persoane, iar la solicitarea de a prezenta documentele specifice conform celor menţionate în Caietul de sarcini la Capitolul III s-a transmis doar o listă a acestor registre, deși solicitarea autorităţii a fost aceea de a prezenta documentele şi nu lista informativă cu documentele pe care ofertantul ar trebui să le dețină.

Oferta SC A. SRL este inacceptabilă raportat la disp. art. 134, alin.5 din HG 395/2016, răspunsul transmis de aceasta la solicitarea din 11.08.2020 fiind neconcludent.

5. Prin contestaţia formulată, petenta a arătat că oferta SC A. SRL urma a fi descalificată chiar din faza de evaluare DUAE având în vedere faptul ca aceasta societate nu a participat la procedură cu o ofertă independentă așa cum prevede art. 167, alin.l, lit. d din Legea nr. 98/2016. La prezenta procedură au fost înscrise doua societăţi comerciale a căror acționariat este comun, SC A. SRL şi SC E. SRL. Deși cea de a doua societate s-a retras din procedură, depunerea de ofertă de către cele două societăţi cu acționariat comun a fost menită să denatureze concurenţa în sensul prevăzut de art. 167, alin.l, lit. d din Legea nr. 98/2016 şi, prin urmare, aceste societăţi urmau a fi descalificate din faza de evaluare DUAE.

Prin decizia CNSC se arată că „autoritatea contractantă a purtat o corespondenţă cu Consiliul Concurenţei, iar constatând că SC E. SRL s-a retras din procedura de atribuire, solicitarea autorităţii contractante de emitere a unui punct de vedere de către Consiliului Concurenţei a rămas lipsită de obiect”. Dar nu se poate considera că în cauză nu a intervenit un caz de denaturare a concurentei.

Consideră petenta că aprecierea cu privire la încadrarea în disp. art. 167, alin.l, lit. d din Legea nr. 98/2016 trebuie făcută doar raportat la data depunerii ofertelor şi nu la data analizării acestora, la fel ca toate celelalte condiţii de participare la procedură care trebuie îndeplinite de ofertanţi.

II. Cu privire la oferta SC C. SRL

1. Prin contestaţia formulată, petenta a arătat că din analiza ofertei financiare si a fundamentării prezentate ca urmare a solicitării de clarificări a autorităţii contractante, se constata neconformitatea ofertei depuse, astfel:

Ofertantul nu asigură sporul minim obligatoriu referitor la „munca de noapte”, sporul prezentat în ofertă fiind 0 lei, unul nerealist şi care nu poate fi justificat. SC C. SRL a precizat că nu acordă sporul minim obligatoriu impus de legislaţia art. 126 lit. a) Codul muncii cu modificările si completările ulterioare, deoarece va reduce programul de noapte cu o oră, fără a preciza modul în care va fi acoperită acea oră, prin ore suplimentare sau alte modalităţi.

Cu privire la acest capăt de cerere CNSC constată că „...societatea face menţiuni şi calcule privind reducerea programului de lucru pentru salariaţii de noapte. În aceste condiţii, se vădeşte caracterul nefondat al susţinerilor contestatoarei. ” Dar respingerea acestui capăt de cerere s-a făcut neîntemeiat justificat de faptul că, în chiar situaţia în care s-ar reduce programul de muncă pentru unii salariaţi, acest fapt tot implică costuri suplimentare, orele nelucrate de aceştia urmând a fi suplimentate de alți agenţi.

Prin urmare, în mod neîntemeiat a fost respinsă această critică cu privire la oferta SC C. SRL.

2. Prin contestaţia depusă, petenta a arătat că oferta SC C. SRL urma a fi analizată şi cu privire la conformitatea ofertei tehnice, având în vedere că în cadrul acesteia se regăseşte doar o enunţare a echipamentelor de care dispune operatorul economic, cu precizarea că acestea se regăsesc în stoc. Cu privire la acest capăt de cerere, contestaţia a fost admisă, context în care petenta apreciază că sub acest aspect Decizia CNSC trebuie menţinută.

Dar prin contestaţie a mai arătat petenta că nici acest ofertant nu a respectat cerinţele caietului de sarcini şi ale răspunsului la solicitarea de clarificări mai sus menţionate pentru a asigura prezentarea unui şef de tură în cadrul ofertei sale, nici măcar la nivel teoretic, oferta acestuia fiind neconformă din acest punct de vedere întrucât aceasta nu respectă dispoziţiile caietului de sarcini. Din punct de vedere financiar, pentru şefii de tură ofertanţii participanţi la procedură urmau să aloce un timp minim de muncă de 2 ore, care năștea obligaţia acestora de a evidenţia în cadrul propunerii financiare cheltuiala cu acest tip de personal. Fiindu-i solicitate clarificări cu privire la şeful de tură de către autoritatea contractantă, ofertantul raportat la tariful orar prevăzut în propunerea sa financiara, în mod evident a menţionat o sumă nesusținută, preţul fiind neobişnuit de scăzut. Acest răspuns trebuia sa fie catalogat de autoritatea contractantă ca fiind neconcludent.

Cu privire la acest capăt de cerere CNSC a apreciat ca răspunsul ofertantului cu privire la faptul ca ar fi inclus plata acestui sef de tura in cheltuielile indirecte ar fi concludent.

Însă faţă de cele constatate de CNSC petenta arată faptul că cheltuielile cu personalul nu pot face parte din categoria cheltuielilor indirecte şi justificarea ofertantului nu putea fi avută în vedere de CNSC ca fiind una concludentă. Mai mult, din caietul de sarcini şi fişa de date a achiziţiei rezultă cu claritate faptul că pentru aceasta funcţie trebuie nominalizată o altă persoană sau dacă nu este nominalizată o altă persoană trebuie prevăzute cheltuieli suplimentare pentru acele zile în care şeful de tură are şi atribuţii de agent de pază.

Aşadar, în mod neîntemeiat a fost respinsă această critică cu privire la oferta SC C. SRL.

În concluzie, pentru toate aspectele mai sus învederate, oferta Sc C. SRL trebuia respinsă ca neconformă şi inacceptabilă.

III. Cu privire la oferta S.C D. S.R.L.

1. La aceasta ofertă petentei i s-a refuzat accesul, având în vedere faptul că acest ofertant a declarat ca fiind confidențială oferta sa tehnică şi financiară.

Cu privire la acest aspect, CNSC a constatat că acest caracter confidenţial al ofertei în discuţie a fost determinat de „declaraţia de confidenţialitate a reprezentantului societăţii în care se arată motivele pentru care s-a apreciat în acest sens, respectiv datele cu caracter personal din cadrul documentelor, informaţiilor interne ale societăţii, particularitatea modului de ofertare şi de organizare a societăţii, resursele societăţii, crearea unei structuri de securitate destinată protecţiei informaţiilor clasificate, nivel secret de serviciu, documentaţiile tehnice şi financiare aferente ofertelor depuse în procedurile de achiziţie.”

Petenta consideră că aceste susţineri ale CNSC nu pot fi primite pentru motivele pe care, de altfel, le-a dezvoltat şi prin contestaţie, după cum urmează:

Ceea ce a prezentat CNSC ca şi argumente pentru păstrarea confidenţialităţii ofertei sunt argumente pur formale nearătând că vreuna dintre informaţiile declarate confidenţiale sunt protejate în vreun fel de un drept de autor sau de un alt fel de drept de proprietate intelectuală.

Totodată, este deja de notorietate în domeniu, că scopul pentru care legiuitorul a instituit această excepţie, în ceea ce priveşte accesul liber la dosarul achiziţiei ulterior finalizării procedurii este nedenaturarea concurenţei.

Prin urmare, în mod neîntemeiat a respins CNSC solicitarea petentei de a i se permite accesul nerestricționat la dosarul achiziţiei şi solicită obligarea autorităţii contractante ca, in faza de reevaluare, să permită petentei accesul nerestricționat la oferta SC D. SRL.

2. Prin contestaţia formulată, petenta a mai arătat că, din documentele achiziţiei, rezultă minim o neconformitate întrucât aceasta nu conţine costurile necesare pentru remunerarea şefului de tură. Costul minim pentru o astfel de persoană ar fi de minim 6.676,82 lei/an de contract. Prin luarea în calcul a acestor categorii, suma necesară a fi cotata pentru acoperirea cheltuielii cu şeful de tură este mult mai mare. În acest context, răspunsul ofertantului în cauză trebuia sa fie catalogat de autoritatea contractantă ca fiind neconcludent întrucât funcţia de şef de tură nu poate fi asigurată de un agent de pază aflat în serviciu din cei nominalizaţi în ofertă ca fiind responsabili cu paza. Prin urmare, consideră petenta că acest răspuns al ofertantului este vădit neconcludent nefiind însoţit de o calculație realistă şi nefăcând dovada faptului ca într-adevăr aceste costuri ar fi fost incluse în oferta financiară totală, deci în mod neîntemeiat a fost respinsă şi această critică cu privire la oferta SC D. SRL.

În concluzie, oferta SC D. SRL trebuia să fie respinsă ca neconformă şi inacceptabilă.

***La data de 07.01.2021, B. SRL a invocat:***

1. Excepţia conexităţii, raportat la disp. art. 17, alin. 2 din Legea nr. 101/2016 şi ale art. 139 din Codul de procedura civila, solicitând conexarea cauzelor de formează obiectul dosarelor nr. .../39/2020 si nr. .../39/2020 - ambele aflate pe rolul Curţii de Apel Suceava. Solicitarea se întemeiază pe faptul că în ambele dosare a fost formulată plângere împotriva aceleiaşi Decizii ale CNSC, respectiv Decizia nr. 2196/C8/2349, 2352/26.11.2020.

2. Excepţia lipsei de interes a intervenientei SC A.SRL având în vedere faptul că oferta acestei societăţi nu se mai află în perioada de valabilitate de la data de 31.12.2020 şi nici nu a fost transmisă prelungirea acestei oferte în termenul legal.

Astfel, având în vedere că oferta intervenientei SC A.SRL nu mai are caracter angajant faţă de societate, fiind ieșită din perioada de valabilitate, aceasta nu mai are calitatea de operator economic interesat în procedură şi, prin urmare, nu mai justifică un interes actual, legitim şi determinat în promovarea cererii de intervenţie formulate.

Aceeaşi cerere a fost depusă şi în dosarul nr..../39/2020 la aceeaşi dată (07.01.2021).

***Prin întâmpinarea depusă în dosarul nr..../39/2020, S.C. A. SRL a invocat tardivitatea plângerii formulate de S.C. B. SRL depusă la instanţa de contencios la data de 15.12.2020, în subsidiar solicitând respingerea plângerii.***

În apărările formulate se arată următoarele:

Fundamentarea ofertei financiare a SC A.SRL s-a efectuat în mod absolut corect şi aceasta nu cuprinde erori de calcul şi subestimări ale costurilor, aşa cum se susţine in mod nejustificat de către petentă.

1.a. Prima critică a petentei vizează faptul că CNSC ar fi constatat, în mod netemeinic, că nu există nicio eroare de calcul inserată de SC A. SRL în determinarea valorii preţului ofertat, fără a detalia motivele care au stat la baza validării acestor calcule. Această critică este total nefondată.

Aşa cum s-a arătat în cererea de intervenţie, în calculele pe care le-a realizat, s SC A.SRL nu a comis nicio eroare aritmetică, deoarece preţul a fost calculat prin diferenţierea orelor lucrate ziua în zilele normale de lucru şi a orelor lucrate ziua în zilele de sărbători legale, aceeaşi diferenţiere fiind păstrată şi în cazul orelor lucrate noaptea. Eroarea nu se regăseşte în oferta societăţii, ci în calculele prezentate de SC B. SRL în contestaţie şi în plângere, societatea petentă realizându-le fără diferenţierea amintită. Şi concediul de odihnă a fost prevăzut, alături de cheltuielile indirecte, iar toate calculele sunt corecte şi în conformitate cu prevederile legale incidente legislaţiei muncii în vigoare.

b. O a doua critică a petentei are în vedere susţinerea potrivit căreia tariful orar inclus în oferta financiară aferentă orelor prestate noaptea în zilele de sărbătoare legală este calculat incorect, valoarea acestuia fiind de 34,06 lei/oră şi nu 30,66 lei/oră cum este prezentat în fundamentarea de preţ. Şi această critică este nefondată, iar soluţia de respingere a acesteia de către Consiliu este legală si temeinică. Şi în acest caz, contestatorul face grave confuzii în procesul de formare a preţului, prin aceea că a înmulţit în mod eronat (intenţionat sau nu), tariful pentru ora de zi sărbători legale cu sporul de noapte 25%.

2. O altă critică are în vedere soluţia CNSC de respingere a contestaţiei cu privire la  
susţinerile contestatoarei conform cărora Consiliul ar fi trebuit să verifice corectitudinea cheltuielilor aferente concediului de odihnă sub aspectul cuantumului precizat şi nu numai cu privire la existenţa efectivă a acestora. Si in această situaţie, criticile sunt nefondate. CNSC a analizat corectitudinea cheltuielilor aferente concediului de odihnă prin prisma răspunsului la clarificări nr. 642 din 16.09.2020 şi a precizărilor din cererea de intervenţie.

3. În legătură cu criticile contestatoarei faţă de soluţia de respingere a susţinerilor  
conform cărora oferta nu conţine costurile necesare pentru remunerarea şefului de tură, CNSC a procedat în mod corect şi legal, constatând că în fundamentarea de preţ prezentată de societatea SC A. SRL se regăseşte inclusiv indicarea unui număr de 31 de agenţi, de unde rezultă că această valoare a fost luată în calculul ofertei, aşa cum este fundamentată în actul prezentat.

Prin menţiunile (transformate în critici) privind necesitatea unui şef de tură, societatea contestatoare adaugă la prevederile caietului de sarcini, substituindu-se autorităţii contractante, operând în raţionamentul prezentat cu prezumţii privind timpul de muncă minim necesar pentru coordonarea zilnică a activităţii de pază (2 ore). Acest raţionament al contestatorului are ca scop plierea pe oferta proprie şi crearea unor costuri suplimentare în vederea descalificării altor ofertanţi.

4. Cât priveşte lista personalului care va presta serviciul ofertat, Consiliul a constatat în mod legal şi corect că SC A.SRL a răspuns solicitării autorităţii din adresa acesteia nr. 1234 din 11.08.2020 care nu viza şi prezentarea documentelor de colaborare între persoanele desemnate şi societate, astfel încât răspunsul nu prezintă elemente de neconcludenţă.

5. Referitor la ultima critică a petentei privind oferta SC A.SRL, vizând pretinsa denaturare a concurenţei, Consiliul a reţinut, în mod corect, că autoritatea contractantă a purtat o corespondenţă cu Consiliul Concurenţei care, în răspunsul său din adresa nr. 9966 din 19.08.2020, constată că SC E. SRL s-a retras din procedura de atribuire, rămânând în competiţie doar SC A.SRL, situaţie în care nu mai sunt incidente dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, care fac referire la oferte depuse de doi sau mai mulţi operatori economici. În aceste condiţii, Consiliul a constatat aceste critici ca lipsite de obiect.

***Autoritatea contractantă Spitalul Judeţean de Urgenţă a depus în dosarul nr..../39/2020 întâmpinare,*** prin care a solicitat respingerea ca nefondată a plângerii formulate de S.C. B. SRL şi a arătat următoarele:

I. Cu privire la oferta S.C. A.SRL

Referitor la contestaţia formulată, consideră oferta declarată câștigătoare conformă şi acceptabilă potrivit celor detaliate la filele 43-44 verso.

II. Cu privire la oferta S.C. C. SRL, apreciază că şi aceasta este conformă şi acceptabilă, argumentele şi calculele fiind detaliate la filele 45-46.

III. Cu privire la oferta S.C. D. SRL, apărările autorităţii contractante au fost expuse la fila 46 verso din întâmpinare.

***Analizând plângerile formulate prin raportare la dosarul achiziţiei şi la înscrisurile depuse la dosar, Curtea reţine următoarele:***

***A) Prioritar, Curtea va analiza şi se va pronunţa cu privire la excepţiile invocate de părţile litigante:***

Astfel:

\*S.C. A.SRL a invocat ***excepţia tardivităţii formulării plângerii S.C. B. SRL împotriva Deciziei Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor*** ***nr. 2196/C8/2349, 2352 din 26.11***.2020.

Potrivit dispoziţiilor art.5 din Legea nr.101/2016, modificată, *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.*

*(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.*”.

Decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor a fost comunicată petentei S.C. B. SRL la data de 04.12.2020 iar plângerea a fost transmisă on-line pe adresa Curţii de Apel Suceava la data de 11.12.2020– înlăuntrul termenului de 10 zile prevăzut de art.29 din Legea nr.101/2016 - aşa încât excepţia tardivităţii este nefondată.

\* S.C. B. SRL a invocat ***excepţia lipsei de interes a SC A. SRL*** în condiţiile în care oferta acesteia nu se mai află în perioada de valabilitate (31.12.2020) şi nici nu a fost transmisă opţiunea ofertantului privind prelungirea acestei oferte în termenul legal (fila 35 dosar 723/39/2020.

Potrivit dispoziţiilor art.124 din HG nr.395/2016:

*„(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conţinutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă şi asumată de ofertant.*

*(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunţul/invitaţia de participare şi în documentaţia de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.*

*(3) Atunci când stabileşte perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza şi evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activităţi, precum şi perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestaţii. Autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita prelungirea valabilităţii ofertelor, precum şi, după caz, a garanţiei de participare, în situaţii excepţionale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă*.”

Prin documentaţia de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut ca termen limită de valabilitate a ofertelor – data de 24.10.2020, perioadă prelungită până la data de 31.12.2020 la solicitarea autorităţii contractante, motivat de depunerea contestaţiilor/plângerilor formulate de operatorii participanţi la procedura de achiziţie.

Din economia textului mai sus citat, nu rezultă nicio obligaţie în sarcina competitorilor de a întreprinde – din proprie iniţiativă – demersuri pentru prelungirea valabilităţii ofertelor depuse, singura sancţiune stabilită de textul normei constă în respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă pentru situaţia în care autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilităţii ofertelor şi a garanţiei de participare, iar operatorul economic nu se conformează acestei solicitări, ipoteză care nu se regăseşte în litigiul pendinte, astfel încât Curtea va respinge ca nefondată excepţia.

\****Curtea va constata ca fiind rămasă fără obiect excepţia conexităţii***, faţă de măsurile dispuse de Curte prin Încheierea din 13.01.2021.

***B) Analizând - pe fond - plângerile*** formulate prin raportare la probele existente la dosar, Curtea reţine următoarele:

Spitalul Judeţean de Urgenţă a iniţiat o procedură simplificată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru de achiziţie publică de prestări servicii de pază”, prin publicarea, în SICAP, a anunţului de participare simplificat nr. SCN 1070957 din 03.07.2020. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 2.359.103,04 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „preţul cel mai scăzut”.

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată SC B. SRL prin adresa nr. 3872 din 19.10.2020, în care se arată că oferta sa nu a fost desemnată câştigătoare, deoarece nu a avut cel mai mic preţ, fiind declarată astfel oferta depusa de SC A.SRL cu tariful orar de 15,89 lei/ora şi o valoare totală maximă de 1.949.330,74 lei.

Prin Decizia nr. 2196/C8/2349, 2352 din 26.11.2020, Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor a admis – în parte – contestaţia formulată de SC B. SRL, a anulat actele autorităţii contractante privind ofertele depuse de S.C. A. SRL şi S.C. C. SRL, precum şi adresele de comunicare a rezultatului procedurii şi a dispus obligarea autorităţii contractante ca în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor să reanalizeze ofertele depuse de cei doi ofertanţi în limitele reţinute în motivarea Deciziei Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor.

Curtea va analiza în cele ce urmează Decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor privind anularea – parţială – a evaluărilor autorităţii contractante sub aspectele reţinute în considerentele Deciziei Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor şi în raport de ***criticile formulate de petenta S.C. A.SRL.***

***a) O primă critică*** formulată de S.C. B. SRL – considerată întemeiată de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor – vizează subdimensionarea, de către ofertantul declarat câştigător al procedurii de achiziţie, S.C. A.SRL, a cheltuielilor indirecte în raport de specificul activităţilor care urmează să fie îndeplinite în baza contractului de achiziţie, precum şi faptul că dovada echipamentelor deţinute de ofertantul declarat câştigător (echipamente de protecţie şi uniforme) s-a făcut cu facturi proforma care nu fac dovada achiziţiei respectivelor materiale.

Răspunzând acestor critici, Curtea constată că, prin adresa nr.1659/15.09.2020, autoritatea contractantă a adresat ofertantului declarat câştigător o solicitare de clarificări în sensul ***pct.3,*** de a transmite „listă cu inventarul de uniforme şi echipamente de protecţie şi de lucru aflate în stoc şi evidenţiate în ultimul bilanţ contabil încheiat sau alte documente dacă achiziţia s-a efectuat după încheierea bilanţului (facturi etc.)”

Ofertantul declarat câştigător, prin adresa nr.642/16.09.2020, a răspuns solicitării autorităţii contractante prin ataşarea unor facturi proforme.

Din maniera în care s-a purtat corespondenţa între părţi, Curtea observă că S.C. A.SRL a înţeles să răspundă solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă, optând pentru varianta depunerii „altor documente dacă achiziţia s-a efectuat după încheierea bilanţului (facturi etc.)”

Din punct de vedere juridic, factura pro-forma (document depus de petentă) are caracterul unei oferte pe care emitentul trebuie să o respecte pe toată durata de valabilitate a acesteia, generând în sarcina vânzătorului obligaţii cum ar fi cea de păstrare a preţului anunţat pentru întreaga perioadă de valabilitate a ofertei cuprinse în factura proforma.

Pentru primitor, factura pe care este înscrisă menţiunea „proforma” are doar un caracter informativ, în sensul că nu generează niciun fel de obligaţii pentru acesta, respectiv nu atestă transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor menţionate în ea.

Din punct de vedere contabil, acesta nu este un document justificativ în baza căruia să se poată înregistra în contabilitate bunurile şi serviciile achiziţionate.

Din perspectiva celor mai sus evocate, este evident că autoritatea contractantă a înţeles – prin solicitarea de clarificări – să-i fie asigurate garanţii din partea ofertantului, dovedite cu documente care atestă dreptul său de proprietate asupra uniformelor şi echipamentelor de protecţie şi de lucru, or, facturile proforma precum şi procesul-verbal de constatare încheiat de poliţiştii specializaţi din cadrul Inspectoratului de Poliţie Judeţean datat 26.08.2020 ***nu îndeplinesc exigenţele impuse prin solicitările autorităţii contractante şi nu oferă – din partea ofertantului – garanţii pentru executarea contractului.***

Aşa fiind, critica formulată în acest sens de petenta S.C. A.SRL va fi respinsă ca nefondată.

***b) O altă critică*** formulată de S.C. A.SRL vizează soluţia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor de admitere a contestaţiei formulate de S.C. B. SRL care a criticat subdimensionarea cheltuielilor directe şi indirecte ofertate de S.C. A.SRL (Exemple: servicii de telefonie 20 lei şi cele de e-mail – 10 lei), precum şi lipsa documentelor justificative pentru cheltuielile cu serviciile de internet/telefonie mobilă pentru cele 7 posturi de pază şi unul destinat şefului de tură.

În analiza acestei critici, Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor a reţinut că autorităţii contractante îi revenea obligaţia de a transmite S.C. A.SRL o solicitare expresă pentru depunerea documentelor justificative în fundamentarea acestor tipuri de cheltuieli, obligaţie neonorată de autoritatea contractantă.

Răspunzând acestor critici, Curtea observă că prin adresa autorităţii contractante nr.1649/15.09.2020, ofertantului declarat câştigător i-a fost transmisă o solicitare de clarificări în sensul pct.4 „de a detalia cheltuielile directe şi indirecte (chirii, amortizări, utilităţi, telefon, e-mail, fax, combustibili, salarii personal administrativ şi de conducere etc.)”, solicitare faţă de care ofertantul a răspuns prin adresa nr.642/16.09.2020, detaliind respectivele cheltuieli.

Potrivit propunerii tehnice ofertate de S.C. A.SRL, acesta a arătat că serviciul de pază al obiectivului se va asigura în 7 posturi (5 posturi fixe şi 2 posturi mobile) dotate cu 8 sisteme de comunicare de tip emisie-recepţie (cu posibilitatea suplimentării pentru fiecare post de pază) şi cu 10 telefoane mobile.

Curtea nu a identificat la dosar documente justificative cu privire la cheltuielile aferente funcţionării telefon-e-mail, aşa încât critica formulată ***punctual*** în acest sens de petenta S.C. B. SRL apare ca întemeiată.

Cu privire la critica aceleiaşi petente care invocă lipsa documentelor justificative pentru celelalte cheltuieli indirecte, ***Curtea*** observă caracterul ei extrem de general, aşa încât, în lipsa unor date/indicii concrete oferite de petentă, cu referire la fiecare categorie de cheltuieli directe/indirecte, ***va înlătura considerentele din decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor care obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC A.SRL cu privire la toate tipurile de cheltuieli directe/indirecte, reevaluarea ofertei urmând a fi făcută doar cu privire la cheltuielile pentru telefon–e-mail***.

***Împotriva Deciziei Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor a formulat plângere şi S.C. B. SRL*** şi vizează evaluarea ofertelor depuse de S.C. A.SRL, S.C. C. SRL şi S.C. D. SRL.

***c) Astfel, o primă critică formulată***, vizează metoda de calcul greşită prezentată în oferta financiară a ofertantului S.C. A.SRL cu privire la plata orelor de noapte prestate în sărbătorile legale.

Petenta S.C. B. SRL a arătat că pentru munca prestată pe timp de noapte în sărbătorile legale calculul corect care ar fi trebuit prezentat în oferta financiară a S.C. A.SRL constă în 17,0375 lei (tarif pentru ore de noapte) la care ar fi trebuit aplicat sporul de 125% - critica fiind respinsă ca nefondată prin Decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor.

În acest sens, Curtea observă că – în acord cu legislaţia muncii - S.C. A.SRL a înţeles să acorde salariaţilor un spor de 25% pentru munca de noapte, 100% pentru munca prestată în sărbătorile legale şi 125% pentru munca prestată noaptea în sărbătorile legale – sporuri evidenţiate în oferta sa financiară.

Compensaţiile de natura sporurilor mai sus enumerate urmează să fie aplicate la tariful de bază – 13,63 lei/oră – astfel cum a fost prezentat în oferta financiară a S.C. A.SRL, formulă de calcul validată şi de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor şi care este în acord cu scopul legal urmărit pentru care sunt acordate respectivele compensații băneşti.

Munca de noapte îşi găseşte reglementarea în dispoziţiile art.125 - 128 din Codul Muncii, precum şi în legislaţia europeană în materie, Directiva 2003/88/CE a Parlamentului European şi a Consiliului.

Aplicarea unui procent de 125% pentru prestarea muncii pe timp de noapte şi în sărbătorile legale (cel mai mare sub aspectul cuantumului comparativ cu celelalte sporuri) reprezintă o compensare suficientă şi echitabilă pentru riscurile speciale, tensiunile fizice şi mintale deosebite la care este supus salariatul prin prestarea muncii în atari condiţii, compensaţie care se aplică, ca modalitate de calcul, la tariful de bază care constă în tariful/oră/ zi.

***d) O altă critică*** formulată de petenta S.C. B. SRL vizează modalitatea în care S.C. A.SRL a prezentat în oferta financiară fundamentarea cheltuielilor corespunzătoare plăţii concediului anual de odihnă – critică respinsă – ca nefondată – de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu argumentaţia potrivit cu care ofertantul criticat a prezentat în răspunsul la solicitarea de clarificări nr.642 din 16.09.2020 individualizarea valorilor aferente concediului de odihnă, respectiv suma de 69.130 lei.

Analizând critica formulată, Curtea constată că S.C. A.SRL a ofertat pentru cele 7 posturi de pază (5 posturi fixe şi 2 posturi mobile – a se vedea propunerea tehnică) un număr de 31 de salariaţi.

Potrivit susţinerilor acestui ofertant, formulate atât în procedura din faţa Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cât şi în faţa Curţii (a se vedea întâmpinări şi note de concluzii scrise), coroborate cu răspunsurile la clarificări din anexa 1 a adresei nr.642/16.09.2020, rezultă că pentru fundamentarea cheltuielilor destinate achitării concediului de odihnă, ofertantul s-a raportat la salariul minim brut pe economie – 2230 lei.

Calculele prezentate de ofertantul S.C. A.SRL pun în evidenţă faptul că suma ofertată cu acest titlu – 31 salariaţi x 2230 lei = 69.130 lei - reprezintă cheltuieli corespunzătoare pentru 1 an (12 luni) în condiţiile în care termenul contractual este de 24 luni, iar celelalte cheltuieli ofertate cu plata forţei de muncă au fost calculate referitor la perioada celor 24 luni de execuţie a contractului.

În acest context, ***Curtea constată ca fiind întemeiată critica*** formulată de petenta S.C. B. SRL în sensul în care autoritatea contractantă nu a făcut verificări cu privire la fundamentarea de către S.C. A.SRL a cheltuielilor ocazionate cu plata concediilor de odihnă pentru cei 31 de salariaţi pe durata a 24 de luni.

În acest sens, menținând soluţia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor de admitere în parte a contestaţiei S.C. B. SRL, de anulare a actelor autorităţii contractante privind oferta S.C. A.SRL, precum şi adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ***Curtea va dispune obligarea autorităţii contractante la reanalizarea ofertei S.C. A.SRL şi cu privire la fundamentarea cheltuielilor ocazionate cu plata concediului de odihnă – în sensul considerentelor prezentate de Curte la litera B lit.d) din prezenta Decizie.***

***e) O altă critică*** formulată de petenta S.C. B. SRL vizează faptul că în ofertele tehnică şi financiară depuse de S.C. A.SRL nu se regăseşte „şeful de tură” şi respectiv cheltuielile alocate salarizării şefului de tură, cerinţă impusă prin caietul de sarcini care face trimitere la respectarea prevederilor Legii nr.333/2003 şi la art.33 (2) din Normele metodologice de aplicare a acestei legi, aprobate prin HG nr.301/2012, critică respinsă ca nefondată de Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu motivarea – în esenţă – că existenţa „şefului de tură” nu se regăseşte ca cerință expresă în caietul de sarcini.

Un prim aspect la care Curtea înţelege să răspundă este acela dacă trimiterile cu caracter general din caietul de sarcini la respectarea de către ofertanţi a dispoziţiilor Legii nr.333/2003, respectiv Normele metodologice de aplicare a Legii reprezintă *per se* o cerinţă suficient de explicită şi obligatorie pentru ofertanţi sub aspectul tuturor obligaţiilor prevăzute de lege.

Potrivit dispoziţiilor art.154 din Legea nr.98/2016, modificată, „*autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire*”.

Lecturarea dispoziţiilor art.156 din Legea nr.98/2016 şi interpretarea lor prin adecvare la specificul obiectului contractului de achiziţie în litigiu, nu exclude posibilitatea ca autoritatea contractantă, în cerinţele stabilite în documentaţia de atribuire, să facă trimitere la respectarea unor dispoziţii legale însă, în lumina obligaţiilor de principiu impuse prin art.154 din Lege (mai sus citat) dispoziţiile legale la care se face trimitere trebuie să fie suficient de precise şi explicite pentru a permite ofertanţilor, pe de o parte, să-şi elaboreze ofertele iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă prin comisia de evaluare să procedeze la o evaluare corectă, lipsită de arbitrariu.

Petenta susţine că dispoziţiile art.33 (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr.333/2003 „*Paza obiectivului asigurat cu un dispozitiv format din mai mult de 5 posturi de pază este coordonată de către un şef de tură pe schimb, care efectuează instruirea şi repartizarea în posturi a personalului de pază, preluând atribuţiile unui post de pază în caz de nevoie.*” sunt redactate într-o formă suficient de precisă şi explicită încât pot fi calificate ca adevărate cerinţe ale documentației de atribuire, urmare a trimiterii la respectarea Legii nr.333/2003 din conţinutul documentaţiei de atribuire.

Din economia textului mai sus citat, Curtea interpretează că, într-adevăr, în situația unui dispozitiv format din 5 posturi de pază care asigură paza unui obiectiv, activităţile specifice sunt coordonate de către un şef de tură/schimb cu atribuţiile enumerate de textul normei.

Textul nu este suficient de explicit în sensul în care se poate interpreta că atribuţiile şefului de tură pot fi preluate şi îndeplinite de către oricare dintre persoanele care asigură paza.

În acest sens urmează a fi interpretată şi opţiunea autoritărţii contractante care – fără a fi obstrucţionată de o normă expresă – ***nu a înţeles să oblige, prin documentaţia de atribuire, operatorii economici să cuprindă în oferta tehnică/financiară „şeful de tură” cu toate consecințele financiare.***

Curtea înţelege să se limiteze doar la această analiză, în condiţiile în care documentaţia de atribuire nu a făcut obiectul contestaţiei/plângerii, la acest moment fiind consolidată şi obligatorie pentru toţi participanţii la procedura de achiziţie.

***f) O altă critică*** formulată de SC B. SRL vizează incidenţa dispoziţiilor art.134 (5) din HG nr. 395/2016 care face ca oferta SC A.SRL să fie inacceptabilă în raport de răspunsul transmis la solicitarea de clarificări a autorităţii contractante conform adresei nr. 1234/ 11.08.2020.

Din verificarea dosarului achiziţiei, Curtea constată că prin adresa autorităţii contractante nr.1234/11.08.2020 s-a solicitat ofertantului S.C. A. SRL „lista cu personalul atestat şi documente specifice pentru executarea şi evidenţa serviciului de pază conform pct.III din caietul de sarcini”.

S.C. A.SRL a prezentat autorităţii contractante listă cu personalul atestat precum şi modelele celor 5 tipuri de registre evidenţiate la pct.III din caietul de sarcini, aşa încât critica formulată în acest sens de petentă este nefondată.

***g) O altă critică*** formulată de S.C. B. SRL vizează incidenţa dispoziţiilor art.167 (1) lit.d din Legea nr.98/2016 cu consecinţa excluderii din procedura de atribuire a S.C. A.SRL, evaluare care trebuia făcută la data depunerii ofertelor.

Petenta a vizat situaţia S.C. E. SRL (retrasă din procedură), cu acţionariat comun cu S.C. A.SRL.

Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, prin Decizia contestată, a constatat ca lipsită de obiect critica petentei/contestatoarei întrucât S.C. E. SRL s-a retras din procedură, astfel cum rezultă şi din adresa nr.9966/19.08.2020 a Consiliului Concurenţei.

Potrivit dispoziţiilor art.167 (1) lit.d din Legea nr.98/2016, „*Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (...) d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informaţii concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alţi operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză”.*

Pentru a se putea prevala de dispoziţiile articolului sus citat, autoritatea contractantă trebuia să se afle în posesia unor dovezi solide care să pună în evidenţă comportamentul operatorului economic de maniera distorsionării concurenţei în atribuirea contractului şi să se afle în imposibilitatea de a remedia această situaţie prin alte măsuri mai puţin severe.

Retragerea S.C. E. SRL din procedura achiziţiei a condus la înlăturarea pericolului constând în distorsionarea concurenţei – scopul pentru care a fost instituită sancţiunea în discuţie - restul aspectelor evocate în susţinerea criticii petentei neavând relevanţă juridică.

***h) O altă critică*** formulată de petentă vizează pretinsa eroare de calcul strecurată în oferta financiară a ofertantului declarat câştigător, în sensul în care totalul cheltuielilor aferente plăţii orelor de muncă pe timp de zi/pe timp de noapte/pe timp de zi în sărbători legale şi pe timp de noapte în sărbători legale se circumscrie sumei de 1.953.644,00 lei şi nu 1.879.186,55 lei, astfel cum este prezentat în oferta financiară.

Prin decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, critica petentei a fost respinsă - ca nefondată - cu motivarea că suma totală prezentată de petentă este rezultatul unui calcul propriu, diferit de cel prezentat de titularul ofertei financiare.

Curtea va respinge – ca nefondată – critica petentei, sens în care constată că, potrivit ofertei financiare depuse de S.C. A.SRL, explicitată pe larg în notele de concluzii scrise depuse la dosar, calculele corespund întrutotul cu cele reţinute în procesul-verbal de evaluare, nefiind identificate erorile de calcul menţionate de petentă, de natură a modifica valoarea totală a ofertei financiare.

***i) Petenta S.C. B. SRL a formulat critici şi cu privire la oferta SC C. SRL.***

Astfel, o primă critică formulată vizează faptul că, în oferta financiară, operatorul economic criticat nu a acordat sporul de noapte reglementat de dispoziţiile art.126 din Codul muncii şi faţă de specificul activităţii care urmează a fi efectuată în baza contractului de achiziţie şi nici nu a precizat modalitatea în care va acoperi reducerea programului operată în favoarea celor care prestează activitatea pe timpul nopţii.

Răspunzând acestei critici, Curtea constată că potrivit dispoziţiilor art.126 lit.a şi b din Codul muncii, în vederea protecţiei sănătăţii şi securităţii lucrătorilor de noapte, legiuitorul a stabilit că aceştia beneficiază ***fie*** de un program de lucru redus cu o oră, fără ca aceasta să ducă la scăderea salariului de bază, ***fie*** de un spor pentru munca prestată.

Prin adresa nr.3/2020, operatorul economic criticat a ataşat „fişa privind fundamentarea preţului pentru un post permanent 24 ore” – sens în care a arătat că pentru munca de noapte a optat pentru compensaţia reglementată de dispoziţiile art.126 lit.a din Codul muncii (program redus de lucru) şi a prezentat şi fundamentat maniera în care va fi acoperită reducerea programului de lucru cu toate costurile pe care le implică.

Aşa fiind, critica formulată în acest sens de petentă va fi respinsă, ca nefondată.

***j) O altă critică*** formulată de petenta S.C. B. SRL vizează faptul că în ofertele tehnică şi financiară depuse de S.C. C. SRL nu se regăseşte „şeful de tură” şi respectiv cheltuielile alocate salarizării acestuia.

Curtea constată că – în integralitatea lor – criticile sunt identice cu cele formulate de petentă la adresa ofertei depuse de S.C. A. SRL, faţă de care Curtea a formulat răspusurile prezentate în secţiunea B.lit.e) din prezentele considerente, răspunsuri pe care le reiterează faţă de critica formulată.

k) Petenta S.C. B. SRL a formulat critici şi cu privire la oferta depusă de S.C. D. SRL.

Astfel, o primă critică formulată vizează faptul că petentei i-a fost refuzată solicitarea de acces la componentele ofertelor tehnică şi financiară ale S.C. D. SRL în condiţiile în care ofertantul nu a motivat declaraţia de confidenţialitate în condiţiile şi cu respectarea dispoziţiilor art.123 (1) din HG nr.395/2016.

Analizând criticile formulate, Curtea constată că, potrivit dispoziţiilor art.129 (1) din HG nr.394/2016, ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile.

Din prevederile sus-menţionate se desprinde concluzia potrivit cu care: operatorul economic ***are dreptul*** de a declara confidenţiale informaţiile/părţi din informaţii din cadrul propunerii tehnice şi/sau financiare, dar are ***şi*** ***obligația*** de a justifica caracterul confidenţial al acestora. Pe cale de consecinţă, în măsura în care sunt îndeplinite cerinţele mai sus precizate, autoritatea contractantă are obligaţia de a garanta confidenţialitatea respectivelor informaţii faţă de terţi.

În speţă, se observă că, la depunerea ofertelor, S.C. D. SRL a declarat că oferta financiară, oferta tehnică şi răspunsurile la solicitările de clarificări au caracter confidenţial, aducând ca argumente faptul că ofertele cuprind informaţii cu privire la strategia sa de ofertare, cuprind informaţii privind procedurile de lucru utilizate, modul propriu de îndeplinire a cerinţelor caietului de sarcini, dotări, licenţe/avize, reprezintă know-how-ul societăţii asupra cărora are drept de proprietate intelectuală, că în cadrul societăţii, începând cu data de 16.01.2017 a fost implementată norma 023 în conformitate cu prevederile Legii nr.182/2002 privind protecţia informaţiilor secret de serviciu, că are creată o structură de securitate destinată protecţiei informaţiilor clasificate, nivel secret de serviciu, iar documentaţiile tehnică şi financiară aferente ofertelor se regăsesc în lista de informaţii clasificate secret de serviciu avizate de Direcţia Judeţeană de Informaţii din cadrul SRI.

Curtea subliniază că transparenţa în procesul de achiziţie publică – principiu invocat de petentă – nu poate fi aplicat *de plano*, aceasta urmând a fi pusă în echilibru cu asigurarea şi menţinerea unei concurenţe loiale între agenţii economici care operează pe acelaşi segment de activităţi economice şi cu protecţia intereselor legitime ale operatorilor economici, evaluări pe care autoritatea contractantă le-a făcut în mod corect, având la bază justificările rezonabile aduse de S.C. D. SRL.

De altfel, Curtea observă că şi petenta a beneficiat de acelaşi tratament, urmare a declaraţiei sale privind asigurarea confidenţialităţii informaţiilor cuprinse în oferta sa.

***l) O altă critică*** formulată de petenta S.C. B. SRL vizează faptul că în ofertele tehnică şi financiară depuse de S.C. D. SRL nu se regăseşte „şeful de tură” şi respectiv cheltuielile alocate salarizării acestuia.

Curtea constată că – în integralitatea lor – criticile sunt identice cu cele formulate de petentă la adresa ofertei depuse de S.C. A.SRL şi respectiv S.C. C. SRL, faţă de care a formulat răspunsurile prezentate în secţiunea B lit.e) şi j) din prezentele considerente, răspunsuri pe care le reiterează faţă de critica formulată.

***Concluzionând, Curtea*** va admite – în parte – plângerile formulate, va modifica – în parte – decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor în sensul în care va dispune obligarea autorităţii contractante la reanalizarea ofertei S.C. A.SRL în conformitate cu normele legale şi cu considerentele prezentei Decizii şi dezvoltate la pct.B lit.b) şi d).

Vor fi menţinute celelalte dispoziţii ale Deciziei Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor.

**4. Efectele anulării dispoziţiilor cuprinse în Ordinul OMADR nr. 2425/2015 asupra valabilităţii procesului-verbal de constatare a neregulilor.**

***Rezumat:***

*Soluţia a fost întemeiată pe dispoziţiile Cap. IV pct. IV 6 din Ordinul OMADR nr. 2425/2015 care stipulează că” în cadrul controlului pe teren, se vor verifica datele contabile pe ultimii trei ani, respectiv venitul mediu realizat pentru cultura calamitată (producţia medie/ha/cultură x preţul mediu/cultură) pentru 2012, 2013 şi 2014 care se va compara cu cel al anului 2015 pentru cultura calamitată (prod. medie/ha x preţ 2015). Diferenţa dintre acestea reprezintă pierderea de venit per ha. Valoarea ajutorului de stat nu trebuie să depăşească rezultatul înmulţirii dintre: pierderea de venit per ha (calculată conform modelului precizat) şi suprafaţa (ha) calamitată pentru care s-a calculat ajutorul de stat în anul 2015”.Aceste dispoziţii legale au constituit și temeiul de drept al actelor contestate.*

*Dispoziţiile legale învederate au fost însă anulate printr-o hotărâre judecătorească definitivă pronunţată, reţinându-se în esenţă că ele contravin atât OUG nr. 45/2015, act cu forţă juridică superioară cât și dispoziţiilor dreptului comunitar.*

*Potrivit art.23 din Legea nr.554/2004, hotărârile judecătoreşti definitive şi irevocabile prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ sunt general obligatorii şi au putere numai pentru viitor, astfel fiind afectată valabilitatea procesului- verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare.*

(Decizia nr. 7 din 11 ianuarie 2021, dosar nr. 2560/40/2017)

**Hotărârea**:

Prin acţiunea înregistrată pe rolul Tribunalului Botoşani **-** Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal în data de 29.05.2017, reclamanta SC A. SRL, în contradictoriu cu pârâta A.P.I.A. – Centrul Judeţean, a solicitat anularea Procesului-verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare nr. 1585 din data de 03.02.2017, privind cererea de solicitare a ajutorului de stat nr. 980 din 02.12.2015, precum şi a deciziei de soluţionare a contestaţiei nr. 2954 din data de 10.04.2017.

Pârâta a formulat întâmpinareprin care a solicitat respingerea acţiunii ca neîntemeiată.

Prin sentinţa nr.2015 din 20 decembrie 2017 Tribunalul Botoşani - Secţia a II-a Civilă, de Contencios Administrativ şi Fiscal a respins, ca neîntemeiată, acţiunea.

Împotriva acestei sentinţe a declarat recurs reclamanta, criticând-o pentru nelegalitate.

În motivare, a considerat că hotărârea atacată a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greşită a normelor de drept material, caz de recurs prevăzut de art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă, respectiv normele prevăzute de art. 5 alin. 1 şi art. 11 din O.U.G. nr. 45/2015, art. 78 şi art. 81 alin. 1 din Legea nr. 24/2000, precum şi capitolul IV pct.lV.6 din Ordinul M.A.D.R. nr. 2425/26.11.2015.

A invocat următoarele aspecte :

1. Procesul verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare nr. 1585 din data de 03.02.2017, precum şi Decizia de soluţionare a contestaţiei nr. 2954 din data de 10.04.2017 sunt nelegale, în condiţiile în care potrivit art. 5 alin. 1 din O.U.G. 45/2015 în baza căreia s-a depus cererea de acordare a ajutorului, modul de calcul al pierderilor suferite de către recurentă s-a făcut prin raportarea datelor statistice pentru perioada anilor 2012 -2014, în funcţie de datele contabile ale solicitantului din anul 2015, iar controlul s-a efectuat în baza O.M.A.D.R. nr. 2425/2015, care prevede o altă modalitate de calcul, nelegală, contrară celei în baza căreia a fost formulată cererea de ajutor financiar.

A arătat că recurenta a depus cererea de acordare a ajutorului la data de 2.12.2015, în baza prevederilor OUG nr.45/2015, care stabileşte la art.5 alin.1 faptul că ”*pentru pierderile de venit, se utilizează datele publicate de* ***Institutul Naţional de Statistică****, de cercetarea statistică, precum şi datele operative ale Ministerului Agriculturii şi Dezvoltării Rurale, denumit în continuare MADR, pe fiecare cultură dintre cele prevăzute la*[*art. 4*](https://lege5.ro/Gratuit/haytqojrhe/ordonanta-de-urgenta-nr-45-2015-privind-instituirea-unei-scheme-de-ajutor-de-stat-pentru-compensarea-pagubelor-cauzate-de-fenomenul-meteorologic-de-seceta-severa-in-perioada-aprilie-septembrie-2015?pid=84239779&d=2021-01-17#p-84239779)*, prin utilizarea producţiei medii pe anii 2012, 2013 şi 2014, precum şi a preţului mediu din aceeaşi perioadă, conform prevederilor pct. 361 lit. a) secţiunea 1.2.1.2 din Orientările UE*”; că modul de calcul al pierderilor suferite de către recurentă se face prin raportarea datelor statistice pentru perioada anilor 2012-2014, în funcţie de datele contabile ale solicitantului din anul 2015, aspect întărit şi de menţiunea inserată în Anexa 2 la ordonanţă, unde în formularul ”*Declaraţii şi angajamente*” se instituie obligaţia solicitantului de a prezenta organelor de control doar documentele contabile aferente anului 2015; că în niciunul dintre documentele aferente cererii de acordare a ajutoarelor completate şi depuse de recurentă, nu se face referire la respectarea dispoziţiilor O.M.A.D.R. nr. 2425/2015, ci pe cele ale O.U.G. nr. 45/2015.

Or, la controlul efectuat asupra cererii formulate de către recurentă, A.P.I.A. a făcut aplicarea O.M.A.D.R. nr. 2425/2015, ordin care deşi a fost emis în temeiul art. 11 alin. 4 din OUG nr. 45/2015 privind instituirea unei scheme de ajutor de stat pentru compensarea pagubelor cauzate de fenomenul meteorologic de secetă severă în perioada aprilie - septembrie 2015, nu respectă subordonarea faţă de actele de nivel superior impusă unei norme de aplicare prin art. 81 alin. 1 din Legea nr. 24/2000 şi nici sfera reglementării prevăzută de art.78 din Legea nr.24/2000.

Aşadar, O.M.A.D.R. nr. 2425/2015 a modificat modul de calcul al pierderilor suferite de beneficiari stabilit prin O.U.G. nr. 45/2015, care permite analizarea acestora doar prin prisma unor indicatori obiectivi, respectiv cei statistici, neputând fi pus în aplicare şi sub aspectul faptului că adaugă nepermis la lege, OUG nr.45/2015 având o forţă superioară.

Or, în speţă, tocmai prin aplicarea O.M.A.D.R. nr. 2425/2015 la calculul pierderilor de venit s-a reţinut că fermierul nu înregistrează pierdere de venit şi s-a emis Procesul-verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare.

Astfel, din analiza calculului venitului mediu 2012 - 2015 şi al pierderii de venit realizată în cauză de către A.P.I.A., rezultă că nu s-au luat în calcul datele statistice astfel cum prevede art. 5 alin. 1 din O.U.G. 45/2015, ci s-au utilizat datele contabile ale societăţii, un asemenea mod de calcul fiind unul eronat ce nu poate întemeia emiterea unui proces-verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare.

De altfel, O.M.A.D.R. nr. 2425/2015, act administrativ cu caracter normativ, a fost anulat în parte, în ceea ce priveşte capitolul IV pct.lV.6 care prezintă relevanţă în cauză, prin sentinţa nr.201/06.12.2017 a Curţii de Apel Piteşti, pronunţată în dosarul nr. 418/46/2017.

2. Formula de calcul a pierderilor de profit nu este în concordanţă cu dispoziţiile OUG nr.45/2015, precum şi cu Orientările Uniunii Europene privind ajutoarele de stat în sectoarele agricol şi forestier şi în zonele rurale pentru perioada 2014-2020.

A invocat pct.358 din Orientările Uniunii Europene privind ajutoarele de stat în sectoarele agricol şi forestier şi în zonele rurale pentru perioada 2014-2020, în cuprinsul căruia se face referire la înmulţirea cantităţii anuale medii şi nu la înmulţirea cantităţilor anuale medii, astfel cum lasă să se înţeleagă prima instanţă, iar reperul ”hectar" la care face referire aceasta nu se regăseşte în aceste Orientări.

A susţinut că din interpretarea dispoziţiilor art.5 alin.1 din OUG nr.45/2015 şi pct.358 din Orientările Uniunii Europene, rezultă că atunci când se vorbeşte despre producţii medii, în fapt se referă la media cantităţilor totale produse pe parcursul celor trei ani anteriori anului calamitat, precum şi la cantitatea totală produsă în anul calamitat, iar nu prin raportare la reperul ”hectar", după cum reţine prima instanţă; că aceasta s-a dorit prin instituirea acestor măsuri rezultă cu claritate din Orientările UE, unde se vorbeşte despre cantităţi produse la pct. 358 pct. a) şi nu despre cantitate medie pe suprafaţă - hectar în speţă; că în speţă s-a calculat o producţie pe hectar, care a fost înmulţită cu preţul mediu, modalitate de calcul eronată din punctul său de vedere; că elementul principal vizat de OUG nr.45/2015 - veniturile agricultorilor, venituri care se calculează prin înmulţirea producţiei cu preţul mediu.

A precizat că în cauză, în baza de calcul au fost incluse şi suprafeţele de teren, suprafeţe care fluctuează de la an la an, în funcţie de suprafaţa totală care poate fi arendată/achiziţionată de agricultori; că în anul 2015 au fost cultivate cele mai mari suprafeţe de teren, iar includerea acestora în baza de calcul a condus la obţinerea unor numere mai mari pentru anul calamitat decât în anii precedenţi, însă deşi au fost suprafeţe mai mari de teren, acestea au fost calamitate în mare măsură şi producţia a fost mică.

A apreciat că venitul mediu se obţine în urma înmulţirii producţiei totale cu preţul mediu obţinut, aceasta fiind şi optica legiuitorului naţional şi european, iar prin introducerea în baza de calcul a suprafeţelor de teren şi calcularea unei producţii medii pe suprafaţa de teren se obţin rezultate diferite, fiind încălcată voinţa legiuitorului.

A solicitat admiterea recursului, casarea hotărârii recurate şi în rejudecare, admiterea acţiunii astfel cum a fost formulată, în sensul anulării Procesului verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare nr.1585 din 3.02.2017 privind cererea de solicitare a ajutorului de stat nr.980 din 2.12.2015, precum şi a Deciziei de soluţionare a contestaţiei nr. 2954 din data de 10.04.2017, ambele emise de Agenţia de Plăţi şi Intervenţie pentru Agricultură - Centrul Judeţean.

Prin întâmpinare, intimata a invocat excepţiile tardivităţii şi nulităţii cererii de recurs, excepţii asupra cărora instanţa s-a pronunţat prin încheierea de şedinţă din data de 11.09.2018.

Pe fond, a apreciat că recursul declarat nu este întemeiat, dat fiind că recurentei îi sunt aplicabile cu totul atât dispoziţiile OMADR 2425/2015 cât şi ale OUG nr. 45/2015 privind instituirea unei scheme de ajutor de stat pentru compensarea pagubelor cauzate de fenomenul meteorologic, acte normative care se completează unul cu altul.

A considerat că atât Procesul-verbal de control pe teren nr. 11623/22.12,2016, cât şi Procesul-verbal de constatare a neregulilor şi de stabilire a creanţelor bugetare nr. 1585/ 03.02.2017 au fost întocmite cu respectarea prevederilor legale în vigoare - OUG 45/2015 cu modificările şi completările ulterioare şi OMADR 2425/2015.

Cu privire la eventuala obligare a intimatei A.P.I.A. la plata cheltuielilor de judecată, a solicitat respingerea cererii şi în subsidiar, cenzurarea acestora, întrucât A.P.I.A. este o instituţie publică finanţată de la bugetul de stat şi este nelegitim ca resursele financiare ale statului să fie folosite pentru plata onorariilor avocaţilor sau pentru plata cheltuielilor de judecată, astfel că bugetul A.P.I.A. nu prevede sume care să aibă astfel de destinaţii.

Totodată, dacă pe parcursul procesului reclamanta va solicita acordarea de daune morale sau achitarea unor dobânzi legale, în condiţiile în care se va constata că actul administrativ dedus judecăţii respectă dispoziţiile legale aplicabile în raport cu data depunerii cererii de plată, fiind conform legislaţiei, actul administrativ nu poate fi considerat susceptibil să producă o vătămare unui drept sau interes legitim, vătămare concretizată în producerea unui prejudiciu.

**Recursul formulat este întemeiat.**

Prima instanţă și-a întemeiat soluţia pe dispoziţiile Cap. IV pct. IV 6 din Ordinul OMADR nr. 2425/2015 care stipulează că” în cadrul controlului pe teren, se vor verifica datele contabile pe ultimii trei ani, respectiv venitul mediu realizat pentru cultura calamitată (producţia medie/ha/cultură x preţul mediu/cultură) pentru 2012, 2013 şi 2014 care se va compara cu cel al anului 2015 pentru cultura calamitată (prod. medie/ha x preţ 2015). Diferenţa dintre acestea reprezintă pierderea de venit per ha. Valoarea ajutorului de stat nu trebuie să depăşească rezultatul înmulţirii dintre: pierderea de venit per ha (calculată conform modelului precizat) şi suprafaţa (ha) calamitată pentru care s-a calculat ajutorul de stat în anul 2015”. Aceste dispoziţii legale au constituit și temeiul de drept al actelor contestate.

Dispoziţiile legale învederate au fost însă anulate printr-o hotărâre judecătorească definitivă pronunţată în dosarul nr. 418/46/2017, reţinându-se în esenţă că ele contravin atât OUG nr. 45/2015, act cu forţă juridică superioară cât și dispoziţiilor dreptului comunitar.

*Potrivit art.23 din Legea nr.554/2004, hotărârile judecătoreşti definitive şi irevocabile prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ sunt general obligatorii şi au putere numai pentru viitor.*

De asemenea, prin Decizia nr. 10/11.05.2015 a ÎCCJ s-a statuat că dispoziţiile [art. 23](javascript:OpenDocumentView(214646,%203896458);) din Legea contenciosului administrativ nr.554/2004, cu modificările şi completările ulterioare, se interpretează în sensul că hotărârea judecătorească irevocabilă/definitivă prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ produce efecte şi în privinţa actelor administrative individuale emise în temeiul acestuia care, sunt contestate în cauze aflate în curs de soluţionare pe rolul instanţelor judecătoreşti.

În cuprinsul acestei decizii, ÎCCJ a reţinut următoarele :

“De asemenea, Înalta Curte are în vedere că soluţia contrară ar constitui o veritabilă încălcare a dreptului de acces la o instanţă, în sensul [art. 6](javascript:OpenDocumentView(216925,%203938794);)§1 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, pentru că aceasta ar fi golită de conţinut, *nemaiavând un caracter efectiv din perspectiva persoanei vătămate de un act administrativ individual emis în temeiul unui act administrativ cu caracter normativ, anulat într-o altă cauză.*

Astfel, această persoană nu va putea solicita pe cale principală în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 anularea actului administrativ normativ deja anulat, pentru că i se va opune excepţia lipsei de interes, şi nici nu va putea invoca excepţia de nelegalitate, câtă vreme art. 4 alin. (4) teza întâi din aceeaşi lege7) exclude actele normative de la acest control de legalitate incidental.

Pe de altă parte, la aceeaşi concluzie se ajunge *şi prin prisma puterii de lucru judecat8) a hotărârii judecătoreşti irevocabile/definitive de anulare a unui act administrativ cu caracter normativ, a cărei existenţă în realitatea juridică nu poate fi ignorată în cursul proceselor generate de aplicarea prevederii normative anulate.*

*Imperativul asigurării unei jurisprudenţe unitare care să răspundă aşteptărilor legitime ale justiţiabililor angrenaţi în proceduri judiciare legate de aplicarea aceluiaşi act administrativ cu caracter normativ este, de asemenea, un argument de luat în seamă.”*

**5. Comunicarea informaţiilor de interes public în temeiul Legii nr. 544/2001 în situaţia unor cereri complexe**

***Rezumat:***

*Din probatoriul aflat la dosar rezultă că recurenta nu se află în situația unui refuz nejustificat de comunicare a unor informații de interes public. Pârâta intimată a dat curs cererilor sale, fiindu-i furnizate datele solicitate în forma deținută la nivelul instituției, care a manifestat interes și disponibilitate pentru gestionarea problematicilor care intră în sfera sa de activitate.*

*Faptul ca recurenta nu a primit, așa cum a solicitat, un răspuns defalcat, nu echivalează cu un refuz nejustificat de comunicare a unor informații de interes public din moment ce Legea nr. 544/2001 nu impune unei instituții să prelucreze informațiile deținute pentru a furniza celor interesați anumite date, ci se referă doar la furnizarea informațiilor în format brut, respectiv în forma în care sunt acestea deținute de instituție. Interpretarea contrară ar face ca furnizarea de informații să devină mult prea împovărătoare pentru instituția publică, fără nicio justificare față de scopul pentru care a fost reglementat liberul acces al cetățenilor la informațiile de interes public.*

(Decizia nr. 21 din 12 ianuarie 2021, dosar nr. 1790/86/2020)

**Hotărârea:**

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal la data de 17.06.2020, sub nr. .../86/2020, reclamanta A., în contradictoriu cu pârâtul Inspectoratul de Poliţie Judeţean B. a solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunţa, să se dispună: 1. Obligarea pârâtei la comunicarea informaţiilor de interes public pe care le-a solicitat prin cererea de informaţii de interes public înregistrată sub nr. 323622 din 30.04.2020, precum şi prin cererea de informaţii de interes public înregistrată sub nr. 323625 din 15.05.20202. Stabilirea unui termen în care pârâta să îi comunice informaţiile de interes public solicitate. 3. Obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

Prin întâmpinare pârâtul a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată ca nefondată.

**Prin sentinţa nr. 671 din 15 octombrie 2020**,Tribunalul Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal a respins ca nefondată acţiunea formulată de reclamanta A. în contradictoriu cu pârâtul Inspectoratul de Poliţie Judeţean B.

**Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a declarat recurs A.**, criticând-o pentru nelegalitate.

Motivându-şi recursul **recurenta** a arătat că prin acţiunea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava a solicitat cerut, în contradictoriu cu intimatul-pârât, obligarea sa la comunicarea informaţiilor de interes public pe care le-a solicitat prin cererea de informaţii de interes public înregistrată sub nr. 323622 din 30.04.2020, precum şi prin cererea de informaţii de interes public înregistrată sub nr. 323625 din 15.05.2020 şi stabilirea unui termen în care pârâtul să comunice informaţiile de interes public solicitate.

A apreciat reclamanta că hotărârea instanţei de fond a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greşită a normelor de drept material (art. 488 alin. 1 pct.8 Cod procedură civilă), respectiv ale celor din Legea nr.544/2001.

De asemenea, a apreciat recurenta că hotărârea trebuie casată întrucât nu cuprinde motivele pe care se întemeiază (art. 488 alin. 1 pct. 6), instanţa de fond nu face deloc analiza situaţiei de fapt sau de drept, ci face o simplă trimitere la dispoziţii legale care nu au aplicabilitate în cauză (art. 2 din OG 27/2002 privind reglementarea activităţii de soluţionare a petiţiilor şi Legea 554/2004).

Hotărârea instanţei de fond face trimite la art. 2 din OG nr. 27/2002 privind reglementarea activităţii de soluţionare a petiţiilor şi art. 1, 2, 8 din Legea nr. 554/2004 - sugerând astfel că reclamanta-recurentă a făcut o petiţie în baza OG nr. 27/2002 şi îşi întemeiază cererea de chemare în judecată pe prevederile Legii 554/2004 cu privire la refuzul nejustificat.

Acţiunea a fost însă întemeiată pe prevederile Legii nr. 544/2001 privind accesul la informaţii de interes public şi nu pe OG. 27/2002 la care recurenta-reclamantă nu a făcut nicicând referire în cererea de chemare în judecată. De asemenea, Legea nr. 544/2001 este lege specială care nu instituie obligaţia formulării unei plângeri prealabile înaintea formulării cererii de chemare în judecată, aceasta fiind opţională. Astfel, art. 21 alin. (2) prevede că “împotriva refuzului prevăzut la alin. (1) se poate depune reclamaţie la conducătorul autorităţii sau al instituţiei publice respective în termen de 30 de zile de la luarea la cunoştinţă de către persoana lezată.ˮ

Astfel, cu privire la scopul pentru care a fost instituită Legea nr. 544/2001, trebuie în primul rând reţinut principiul enunţat de art. l, respectiv că “Accesul liber şi neîngrădit al persoanei la orice informaţii de interes public, definite astfel prin prezenta lege, constituie unul dintre principiile fundamentale ale relaţiilor dintre persoane şi autorităţile publice, în conformitate cu Constituţia României şi cu documentele internaţionale ratificate de Parlamentul României”. În consecinţă, orice interpretare potrivit căreia autorităţile şi instituţiile publice ar putea evita aplicarea acestui principiu fundamental, al transparenţei, inclusiv prin evitarea realizării unor operaţiuni de prelucrare a informaţiilor deţinute este contrară atât literei, cât şi spiritului legii. Accesul la informaţii de interes public este un drept constituţional al oricărei persoane, iar nu o favoare acordată de instituţiile şi autorităţile publice, în funcţie de cum înţeleg să îşi organizeze şi gestioneze informaţiile care privesc sau rezultă din activitatea lor, cu mai multă sau mai puţină diligență sau bună-credinţă.

Prima condiţie care trebuia analizată în speţă potrivit Legii nr.544/2001 era dacă informaţiile solicitate sunt informaţii de interes public. Instanţa de fond citează în acest sens dispoziţiile art.2 alin. 1 lit. b din Legea nr.544/2001, fără a analiza dacă informaţiile solicitate de recurenta-reclamant se încadrează în această definiţie. Or cu evidenţă, ceea ce a solicitat reclamanta, informaţii statistice despre sancţiunile contravenţionale aplicate de intimatul-pârât, priveşte şi rezultă din activitatea acestuia.

Odată stabilit caracterul de informaţii de interes public, potrivit Legii nr.544/2001, instituţiile şi autorităţile publice au obligaţia de a comunica informaţiile de interes public solicitate (art.7), putând refuza în mod justificat comunicarea informaţiilor care privesc sau rezultă din activitatea lor numai în situaţia în care informaţiile de interes public sunt exceptate de la comunicare în temeiul art. 12 din Legea nr.544/2001.

Printre excepţiile limitativ prevăzute de art. 12 din lege nu se regăseşte şi motivul că solicitarea de informaţii necesită prelucrarea unor date existente sau că acestea nu sunt deţinute într-o anumită formă. În acest context, trebuie subliniat că intimatul-pârât deţine informaţia în sine, ceea ce este recunoscut implicit şi de către instanţa de fond, care se referă doar la forma în care este solicitată informaţia.

Mai mult, aşa cum s-a arătat şi în acţiune, Legea nr.544/2001 este o lege a accesului la informaţii, nu una a accesului la documente. Orice răspuns la o cerere de informaţii de interes public presupune o prelucrare de informaţii, fapt care rezultă fără echivoc şi din dispoziţiile art.7 din Legea nr.544/2001, care stabileşte un termen diferit de răspuns în cazul informaţiilor complexe solicitate. În interpretarea instanţei de fond, accesul la informaţiile de interes public ar fi limitat nejustificat foarte mult, dincolo de prevederile legale, deoarece numai informaţiile care se găsesc deja în formatul solicitat şi care pot fi comunicate fără nicio prelucrare ar mai putea fi comunicate. Practic termenul de 30 de zile prevăzut de art.7 nu ar mai fi necesar aproape niciodată.

La pronunţarea soluţiei, în lipsa unei analize în drept făcute, instanţa de fond a considerat, în lumina definiţiei generale a refuzului nejustificat din art.2 alin.l lit. i) din Legea nr.554/2004, la care a făcut trimitere, că nu este vorba de un refuz nejustificat. Însă în privinţa refuzului de a comunica informaţii de interes public, primează dispoziţiile Legii nr.544/2001, care are caracter de lege specială. În temeiul acesteia, refuz nejustificat de a comunica informaţii de interes public este orice refuz de a comunica informaţii care privesc sau rezultă din activitatea autorităţii sau instituţiei publice destinatare a cererii şi care nu sunt exceptate de la acces potrivit art. 12 din Legea nr.544/2001. Regula este accesul la toate informaţiile de interes public, iar refuzul este excepţia de strictă interpretare.

De asemenea, trebuie remarcat că informaţiile solicitate puteau fi obţinute de intimatul-pârât pe baza unor calcule simple (de exemplu, sancţiunile aplicate în mediul urban puteau fi identificate cu uşurință operându-se o simplă scădere a valorilor aferente mediului rural din valorile totale la nivel de judeţ) sau prin interogarea unor baze de date existente (care cu siguranţă există atâta vreme cât intimatul-pârât ne-a putut pune la dispoziţie o parte din informaţii). În acest sens s-a indicat şi faptul că alte instituţii au dat curs solicitărilor reclamantei. Informaţia solicitată se poate comunica în urma unor operaţiuni mult mai simple decât analizarea, manual a numeroase procese-verbale. Mai mult, potrivit art.4 din Legea nr.544/2001, intimatul-pârât este obligat de a avea un departament sau o persoană desemnată pentru a da curs cererilor de informaţii de interes public, deci are deja resurse alocate pentru aplicarea art.7 din Legea nr.544/2001.

Astfel, a arătat reclamanta că într-unul din litigiile iniţiate ca urmare a refuzurilor inspectoratelor de poliţie de a răspunde cererilor de informaţii precum cele din prezenta cauză, pârâtul a şi executat sentinţa ce i-a fost favorabilă, în termen de 30 de zile de la pronunţarea soluţiei de primă instanţă, de către Tribunalul Olt, în dosarul nr. 797/14/2020, astfel cum rezultă din înscrisul anexat, ce i-a fost comunicat prin e-mail la 22.10.2020.

Comunicarea acestui răspuns dovedeşte încă o dată că nu există nicio piedică de natură legală de a comunica informaţii care presupun operaţiuni de prelucrare rezonabile, posibile în termenul maxim de 30 de zile prevăzut de lege. De altfel, trebuie remarcat că în speţa de faţă, pârâtul (Inspectoratul Judeţean Olt) nici măcar nu a uzat de termenul de 30 de zile, ceea ce arată că din start pur şi simplu nu a dorit să comunice informaţiile solicitate. O astfel de atitudine este contrară atât literei cât şi spiritului Legii nr.544/2001, care stabileşte în art. l că accesul liber şi neîngrădit al persoanei la orice informaţii de interes public constituie unul dintre principiile fundamentale ale relaţiilor dintre persoane şi autorităţile publice.

De asemenea, a arătat reclamanta că şi în alt litigiu, cu acelaşi obiect, iniţiat împotriva IPJ Mehedinţi, în care sentinţa nr.498/09.07.2020 a Tribunalului Mehedinţi, pronunţată în dosarul nr. 1347/101/20202, a rămas definitivă prin respingerea recursului la 13.10.2020, informaţiile i-au fost comunicate reclamantei, astfel cum rezultă din înscrisul ataşat. Aceasta demonstrează încă o dată că informaţiile solicitate sunt deţinute de inspectoratele de poliţie şi pot fi identificate şi comunicate în cel mult 30 de zile.

În consecinţă, atât timp cât informaţii solicitate se încadrează în definiţia informaţiilor de interes public, adică rezultă sau privesc activitatea intimatului-pârât, şi în cauză nu a fost reţinută aplicabilitatea vreunei excepţii prevăzute de art. 12 din Legea nr.544/2001, soluţia legală şi temeinică ce se impunea era de admitere a acţiunii.

În acest context, a menționat reclamanta că a adresat cereri de informaţii cu conţinut identic celor ce fac obiectul prezentului litigiu tuturor inspectoratelor judeţene de poliţie şi, în urma răspunsurilor incomplete, le-a acţionat pe toate în judecată. Până în prezent au fost soluţionate în primă instanţă 35 dintre aceste dosare: în 17 acţiunea a fost admisă, în alte 16 acţiunea a fost respinsă, iar în alte două acţiunea a fost admisă în parte. Rezultă că, departe de a fi tranşată, chestiunea de drept ce a fost pusă în discuţie prin cererea de recurs din prezentul dosar primeşte interpretări contrare, inclusiv din partea unor tribunale din raza aceloraşi curţi de apel şi este una de actualitate.

În concluzie, pentru motivele mai sus arătate, a solicitat reclamanta admiterea recursului, casarea hotărârii atacate şi, pe cale de consecinţă, admiterea acţiunii astfel cum fost formulată.

Prin **întâmpinarea depusă la data de 15 decembrie 2020 intimatul** a arătat că la data de 28.04.2020, la nivelul I.P.J. B. s-a primit pe adresa de e-mail o cerere formulată în baza Legii nr. 544/2001 de către A. prin care solicita date privind sancţiunile contravenţionale aplicate de către I.P.J. pe perioada stării de urgenţă. Solicitarea a fost înregistrată cu nr. 323.622/30.04.2020. Ulterior, la data de 14.05.2020 A. a formulat o nouă cerere prin care solicita diferenţiat numărul sancţiunilor contravenţionale prin care s-a dispus măsura avertismentului, această cerere fiind înregistrată la nivelul IPJ cu nr. 323.625/15.05.2020. Ambele cereri au fost rezoluţionate spre soluţionare responsabilului cu Legea nr. 544/2001 din cadrul I.P.J.

Pentru soluţionarea celor două cereri au fost utilizate bazele de date aflate la dispoziţia I.P.J. Centrul Operaţional, aceste date făcând obiectul unor raportări zilnice către forurile superioare.

Toate datele aflate la dispoziţie au fost transmise în mod obiectiv către solicitant şi în termenele impuse de lege.

Astfel, prin adresa nr. 323.622/07.05.2020 s-a răspuns la prima solicitare în sensul că în perioada 15-31 martie a.c. la nivelul Inspectoratului de Poliţie Judeţean au fost aplicate 1065 sancţiuni contravenţionale, cu amenzi în valoare de 1.986.723 de lei, potrivit ordonanţelor militare aflate în vigoare, pentru nerespectarea măsurilor de izolare/carantină, pentru fapte de natură economică şi alte contravenţii în context.

În perioada 1-14 aprilie a.c. au fost aplicate alte 2052 sancţiuni contravenţionale, cu amenzi în valoare de 5.022.900 de lei, pentru nerespectarea măsurilor de izolare/carantină, pentru fapte de natură economică şi alte contravenţii în context.

De asemenea, în perioada 15-21 aprilie a.c. la nivelul Inspectoratului de Poliţie Judeţean au fost aplicate alte 580 de sancţiuni contravenţionale, cu amenzi în valoare de 1.171.880 de lei, potrivit ordonanţelor militare aflate în vigoare, pentru nerespectarea interdicţiilor privind deplasarea liberă, pentru fapte de natură economică şi alte contravenţii în context.

Totodată, s-a făcut precizarea că Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informaţiile de interes public, cu modificările şi completările ulterioare, stabileşte obligaţia autorităţilor/ instituţiilor publice de a pune la dispoziţie informaţiile existente în materialitatea lor şi nu aceea de a prelucra anumite date pentru a obţine ca produs final informaţiile în forma solicitată.

În acest sens, a fost invocată şi Decizia Curţii de Apel Bucureşti nr. 2495/2009.

Având în vedere aceste aspecte s-a comunicat petentului că nu este posibilă comunicarea datelor solicitate departajat pe locul în care au fost aplicate, respectiv în mediul rural sau urban.

Totodată, prin răspunsul cu nr. 323.625/16.05.2020 s-a comunicat petentului că cele 3697 sancţiuni contravenţionale aplicate în perioada 15 martie - 21 aprilie cuprind atât sancţiunile pecuniare cât şi cele cu măsura avertismentului, criteriile de centralizare electronică nefăcând distincţie între categoriile de sancţiuni diferenţiat în funcţie de cuantumul acestora, ci doar în referire la natura abaterii sancţionate.

Recurentului i-au fost furnizate prin răspunsurile înaintate datele solicitate în forma deţinută la nivelul instituţiei pârâte, fiind respectate toate termenele legale, instituţia manifestând disponibilitate şi interes pentru gestionarea problematicilor care intră în sfera sa de activitate.

De asemenea recurentul nu a făcut dovada interesului public în altă formă decât cea comunicată de pârât, locul săvârşirii faptelor se consemnează în procesele verbale contravenţie acte de constatare care după expirarea termenului, dacă nu a fost achitată amenda, se înaintează în debit organului fiscal competent, astfel că nici nu ave de unde culege aceste informaţii, poliţiştii acţionând atât în mediul rural cât şi în mediul urban în funcţie de necesarul de forţe şi personalul aflat la dispoziţie.

A considerat pârâtul că sentinţa este legală şi temeinică, dată în baza probatoriului administrat, astfel că prin pronunţarea unei hotărâri aşa cum solicită petentul, ar face imposibilă executarea ei şi comunicarea exactă a informaţiilor solicitate.

Pe cale de consecinţă, a solicitat pârâtul respingerea recursului ca neîntemeiat şi menţinerea sentinţei atacate ca fiind legală şi temeinică, iar la pronunţare instanța să aibă în vedere şi apărările formulate în faţa instanţei de fond.

Prin **răspunsul la întâmpinare depus la data de 5 ianuarie 2021 reclamanta** a solicitat respingerea apărărilor formulate de intimatul-pârât prin întâmpinare, precum şi admiterea recursului astfel cum a fost formulat.

***Analizând recursul, ale cărui motive se subsumează prevederilor art. 488 pct. 6 și 8 C.p.c, Curtea constată că este nefondat pentru următoarele considerente:***

Sub un prim aspect, recurenta critică sentința de fond pentru lipsa de motivare prin raportare la dispozițiile art. 488 pct. 6 C.p.c. care prevăd că se poate cere casarea unei hotărâri atunci când aceasta ”*nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau când cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine de natura cauzei”*. Or, tribunalul a grupat apărările reclamantei și a expus succint considerentul pentru care a respins cererea, anume că pârâtul a comunicat informațiile de interes public solicitate. Prin urmare, deoarece hotărârea a cuprins argumentul decisiv, motivul de casare nu este dat.

În ceea ce privește motivul de casare prevăzut de art. 488 pct. 8 C.p.c., recurenta a invocat faptul că în privința refuzului de a comunica informații de interes public primează dispozițiile Legii 544/2001, care are caracter de lege specială și în temeiul căreia este refuz nejustificat de a comunica informații de interes public orice refuz de a comunica informații care privesc sau care rezultă din activitatea autorității sau instituției publice destinatare a cererii și care nu sunt exceptate de la acces potrivit art. 12 din Legea 544/2001.

Contrar apărărilor formulate, Curtea reține, din probatoriul aflat la dosar, că recurenta nu se află în situația unui refuz nejustificat de comunicare a unor informații de interes public. Pârâta intimată a dat curs cererilor sale, fiindu-i furnizate datele solicitate în forma deținută la nivelul instituției, care a manifestat interes și disponibilitate pentru gestionarea problematicilor care intră în sfera sa de activitate.

Faptul ca recurenta nu a primit, așa cum a solicitat, un răspuns defalcat, nu echivalează cu un refuz nejustificat de comunicare a unor informații de interes public din moment ce Legea nr. 544/2001 nu impune unei instituții să prelucreze informațiile deținute pentru a furniza celor interesați anumite date, ci se referă doar la furnizarea informațiilor în format brut, respectiv în forma în care sunt acestea deținute de instituție. Interpretarea contrară ar face ca furnizarea de informații să devină mult prea împovărătoare pentru instituția publică, fără nicio justificare față de scopul pentru care a fost reglementat liberul acces al cetățenilor la informațiile de interes public.

Față de cele ce preced, cum pentru a se reține un motiv nejustificat de comunicare a informațiilor de interes public solicitate se impune a se constata o atitudine arbitrară a autorității și cum reclamanta a primit informațiile pretinse, nemulțumirea sa vizând forma neprelucrată de comunicare a acestora, Curtea constată că recursul este nefondat, urmând a fi respins ca atare.

**6. Inadmisibilitate. Acţiune promovată în temeiul Legii contenciosului administrativ, având ca obiect obligarea la încadrare cu contract individual de muncă.**

***Rezumat:***

*Conform art. 8 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 „persoana vătămată într-un drept recunoscut de lege sau într-un interes legitim printr-un act administrativ unilateral, nemulțumită de răspunsul primit la plângerea prealabilă, sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. h), poate sesiza instanța de contencios administrativ competentă, pentru a solicita anularea în tot sau în parte a actului, repararea pagubei cauzate și, eventual, reparații pentru daune morale. De asemenea, se poate adresa instanței de contencios administrativ și cel care se consideră vătămat într-un drept sau interes legitim al său prin nesoluționarea în termen sau prin refuzul nejustificat de soluționare a unei cereri, precum și prin refuzul de efectuare a unei anumite operațiuni administrative necesare pentru exercitarea sau protejarea dreptului sau interesului legitim.”*

*Astfel, pentru a fi aplicabile aceste dispoziții legale, este necesar ca atingerea dreptului pretins a fi încălcat să se realizeze printr-un act administrativ. Or, refuzul de încheiere a contractului individual de muncă nu poate fi cenzurat pe calea contenciosului administrativ, acest contract nefiind un act administrativ.*

(Decizia nr. 117 din 8 martie 2021, dosar nr. 2094/40/2019\*)

**Hotărârea:**

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Botoşani – Secţia de contencios administrativ şi fiscal la data de 24.03.2020 sub nr. ../40/2019\*, reclamantele A. şi B. au solicitat în contradictoriu cu pârâta Primăria Comunei C., obligarea pârâtei la încadrarea cu contract individual de muncă în funcţia de asistent personal a reclamantei A. pentru persoana cu handicap grav, respectiv reclamanta B., începând cu data înregistrării cererii depuse în acest sens la Primăria comunei C., respectiv 20.09.2019; obligarea pârâtei la plata salariului corespunzător contractului individual de muncă în funcţia de asistent personal, cu efect retroactiv, de la data formulării solicitării, respectiv 20.09.2019; obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

Prin sentinţa nr. 233 din 09.07.2020, Tribunalul Botoşani - Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal a respins acţiunea formulată de reclamantele A. şi B. în contradictoriu cu pârâta Primăria Comunei C., ca inadmisibilă.

Împotriva acestei sentinţe au declarat recurs reclamantele*,* solicitând admiterea recursului şi casarea hotărârii primei instanţe.

Au arătat că, în drept, îşi întemeiază recursul pe dispoziţiile art. 498 alin. 1 raportat la art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă, respectiv greşita aplicare a normelor de drept material. Cu privire la admisibilitatea cererii şi pe fondul acesteia invocă dispoziţiile art. 4, 5, 6, 7 , 9, 31, 33, 35, 36, 39 şi 40 din Legea nr. 448/2006.

Reclamantele recurente susţin că, în fapt conform dispoziţiilor legale anterior invocate, autoritatea publică competentă, în cazul de faţă Primăria com. C., are obligaţia să asigure fructificarea drepturilor recunoscute de lege persoanelor încadrate în grad de handicap, inclusiv sub forma încheierii unui contract individual de muncă pentru asistentul personal, conform art. 35, 36, în maxim 30 de zile de la înregistrarea cererii. Precizează că dreptul în sine nu poate fi contestat atât timp cât reclamanta apelanta B. beneficiază de încadrare în grad de handicap cu însoțitor, nerevizuibil. Apreciază că, prin hotărârea recurată, instanţa de fond nu a analizat fondul cauzei, ci a respins cererea ca inadmisibilă, pe considerentul că art. 2 lit. o şi art. 8 alin. 1 din Legea 554/2004 condiționează existenta raportului administrativ de existenţa unei vătămări produse printr-un act administrativ, iar contractul individual de muncă nu este un act administrativ. Consideră că problema care se pune în cauza de faţă constă în clasificarea raportului juridic născut prin efectul art. 35 şi 36 din Legea 448/2006, respectiv dacă litigiul prin care se urmăreşte fructificarea acestui drept intra sub jurisdicţia dreptului muncii sau dacă el este un litigiu de contencios administrativ. Susţine că este de necontestat faptul că, conform art. 39 alin. 2 din Legea nr. 448/2006, modalitățile şi condiţiile de încheiere, modificare şi încetare a contractului individual de muncă al asistentului personal se completează cu prevederile Legii nr. 53/2003 deoarece drepturile şi obligaţiile părţilor sunt cele specifice unui raport de muncă, iar forma contractului va fi cea specifică unui contract de muncă. Învederează că speţa de faţă este atipică deoarece încheierea contractului individual de muncă nu este lăsată la latitudinea părţilor, ci aceasta are un caracter imperativ, derivat din art. 35 si 36 din Legea 448/2006 care instituie în sarcina autorităţii publice obligaţia încheierii acestui contract. Contrar celor susţinute la finalul considerentelor sentinţei recurate, voinţa autorităţii publice este substituită de legiuitor, care instituie obligaţia imperativă de încheiere a contractului, dacă celelalte condiţii cerute de lege sunt îndeplinite, indiferent de voinţa autorităţii publice în cauză. Arată că noţiunea de "act administrativ" avută în vedere de art. 2 lit. o din legea contenciosului administrativ nu trebuie înțeleasă în sensul restrâns de înscris şi nu are în vedere înscrisul care urmează a fi încheiat ca urmare a exercitării obligaţiei legale, ci se referă la raportul juridic de natură legală premergător încheierii contractului, în virtutea căruia autoritatea publică are obligaţia de a încheia contractul, iar reclamanţii au dreptul legitim de a pretinde încheierea acestui contract. Susţin că abia după epuizarea acestui raport juridic, care este de contencios administrativ, urmează într-adevăr a se încheia un contract de muncă ce este reglementat de Legea nr. 53/2004. Învederează că obligaţia autorităţii publice de a încheia contractul este de natură legală şi este corespondentă unui interes legitim al reclamantelor apelante, făcând parte din sfera raporturilor juridice de drept administrativ, litigiul de faţă fiind deci de natura contencios administrativă şi nu un litigiu de muncă. Precizează că abia după recunoaşterea dreptului/obligaţiei de încheiere a contractului individual de munca, urmează într-adevăr să se nască un raport de dreptul muncii care este guvernat de legislaţia specifică.

În concluzie, aprceiază că excepţia inadmisibilității trebuia respinsă ca nefondată şi cauza trebuia soluţionată pe fond, soluţia legală din recurs fiind aceea de casare a sentinţei recurate în temeiul art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă, ca urmare a aplicării greşite în cauza a normelor de drept reglementate de art. 35 si 36 din Legea 448/2006 şi a art. 2 lit. o si art. 8 alin. 1 din Legea 554/2004.

Pe fondul cererii, solicită sa se aibă în vedere atât argumentele din cererea iniţială, cât şi motivarea în drept a recursului, din care rezultă faptul că, beneficiind de încadrare în grad de handicap grav cu asistent personal prin certificatul nr. 4430/03.09.2019, B. are dreptul de a beneficia de asistent personal angajat prin contract individual de muncă, iar autoritatea publică are obligaţia de a încheia acest contract cu persoana aflată în gradul de rudenie prevăzut de art. 36 lit. e (A. fiind fiica persoanei în nevoie) şi care îndeplineşte celelalte condiţii cerute de art. 36 din Legea nr. 448/2006. Menţionează că, indiferent de susţinerile părţilor, după calificarea raportului juridic ca fiind unul de dreptul muncii, instanţa de fond avea obligaţia de a trimite cauza spre competentă soluţionare Secţiei I-a Civilă din cadrul Tribunalului Botoşani, spre competentă soluţionare în complet specializat de litigii de muncă, respingerea ca inadmisibilă fiind expresia unei judecăți formale, ce a evitat atingerea fondului cauzei.

*Intimata pârâtă Primăria Comunei C. a formulat întâmpinare* solicitând respingerea recursului ca neîntemeiat şi menţinerea sentinţei instanţei de fond ca fiind temeinică şi legală.

Examinând sentinţa recurată prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului precum şi a motivelor de recurs formulate, Curtea constată recursul ca fiind neîntemeiat.

Prin cererea de recurs s-a invocat că în mod greșit prima instanță nu a analizat fondul cauzei și a respins cererea ca inadmisibilă, reţinând că art. 2 lit. o) și art. 8 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 condiționează existența raportului administrativ de existența unei vătămări produse printr-un act administrativ, iar contractul individual de muncă nu este un act administrativ.

Contrar celor susținute de către recurente, Curtea observă că prin cererea de chemare în judecată acestea au solicitat „obligarea pârâtei la încadrarea cu contract individual de muncă în funcția de asistent personal” și „obligarea la plata salariului corespunzător contractului individual de muncă în funcția de asistent personal, cu efect retroactiv (...)”. Raportat la petitul acțiunii, Curtea constată că recurentele solicită protejarea unui drept ce este reglementat de legislația muncii, criticând refuzul instituției de încheiere a contractului individual de muncă.

Potrivit art. 2 lit. i) din Legea nr. 554/2004 reprezintă „refuz nejustificat de a soluționa o cerere, exprimarea explicită, cu exces de putere, a voinței de a nu rezolva cererea unei persoane; este asimilată refuzului nejustificat și nepunerea în executare a actului administrativ emis ca urmare a soluționării favorabile a cererii sau, după caz, a plângerii prealabile.”

De asemenea, conform art. 2 lit. o) din Legea nr. 554/2004 prin drept vătămat se înțelege „orice drept prevăzut de Constituție, de lege sau de alt act normativ, căruia i se aduce atingere printr-un act administrativ.”

Prin act administrativ se înțelege actul unilateral cu caracter individual sau normativ emis de o autoritate publică, *în regim de putere publică*, în vederea organizării executării legii sau a executării în concret a legii, care dă naștere, modifică sau stinge raporturi juridice.

Conform art. 8 alin. 1 din Legea nr. 554/2004 „persoana vătămată într-un drept recunoscut de lege sau într-un interes legitim printr-un act administrativ unilateral, nemulțumită de răspunsul primit la plângerea prealabilă, sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. h), poate sesiza instanța de contencios administrativ competentă, pentru a solicita anularea în tot sau în parte a actului, repararea pagubei cauzate și, eventual, reparații pentru daune morale. De asemenea, se poate adresa instanței de contencios administrativ și cel care se consideră vătămat într-un drept sau interes legitim al său prin nesoluționarea în termen sau prin refuzul nejustificat de soluționare a unei cereri, precum și prin refuzul de efectuare a unei anumite operațiuni administrative necesare pentru exercitarea sau protejarea dreptului sau interesului legitim.”

Astfel, pentru a fi aplicabile aceste dispoziții legale, este necesar ca atingerea dreptului pretins a fi încălcat să se realizeze printr-un act administrativ.

Curtea constată că refuzul de încheiere a contractului individual de muncă nu poate fi cenzurat pe calea contenciosului administrativ, acest contract nefiind un act administrativ.

Astfel cum în mod corect a reţinut prima instanţă, reclamantele au solicitat obligarea pârâtei la încheierea unui contract de muncă, act juridic civil care nu implică exercitarea autorităţii publice („în regim de putere publică”), ceea ce imprimă şi prezentei acţiuni natura juridică civilă, de litigiu de jurisdicţia muncii.

În aceste condiții, în mod corect instanța de fond a admis excepția inadmisibilității și a respins acțiunea ca inadmisibilă.

Pentru considerentele învederate, în temeiul art. 496 alin. 1 raportat la art. 488 alin. 1 pct. 8 din Codul de procedură civilă – Legea nr. 134/2010 , art. 2 şi 8 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ şi art. 266 din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, reținând că nu există motive de casare de ordine publică pe care instanța să le poată invoca din oficiu, instanţa va respinge ca nefondat recursul reclamantelor.

**7. Acordarea dreptului de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecţie/activităţi de investigare socială prevăzut de art. 8 din OUG nr. 82/2016, în limita fondurilor bugetare.**

***Rezumat:***

*Art. 8 lit. f din OUG nr. 82/2016 instituie în favoarea reclamanţilor dreptul de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecţie/activităţii de investigare socială, prevăzute de statut. Acelaşi text normativ prevede însă că elementele care compun echipamentul specific şi condiţiile de utilizare ale acestuia se aprobă prin ordin al ministrului muncii, familiei, protecției sociale.*

*Art. 6 din Ordinul nr. 963/2017 emis de către MMJS prevede că asigurarea echipamentului specific pentru inspectorii sociali se va face treptat, în limita fondurilor bugetare aprobate anual prin legea bugetului de stat, dar nu mai târziu de un an de la intrarea în vigoare a prezentului ordin.*

*Deși recurenții pretind că dreptul invocat este un drept pur și simplu neafectat de vreo condiție, din cuprinsul dispoziției legale învederate rezultă cu claritate că acordarea lui este subsumată condiției cuprinderii în bugetul anual al instituției, condiție care nu este dată în cauză. Termenul de un an despre care face vorbire art. 6 din Ordinul nr. 963/2017 nu exclude condiția existenței sumelor necesare în bugetul anual al instituției, din formularea textului de lege rezultând că acordarea drepturilor pretinse depinde în continuare de existența sumelor de bani aferente în bugetul anual al instituției. Instanța de judecată nu se poate substitui atribuțiilor administrative ale instituției pârâte referitoare la organizarea bugetului anual de venituri și cheltuieli.*

(Decizia nr. 129 din 8 martie 2021, dosar nr. 2322/86/2020)

**Hotărârea*:***

Prin cererea adresată Tribunalului Suceava - Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal la data de 31.07.2020 şi înregistrată sub numărul ../86/2020, reclamanţii .... în contradictoriu cu pârâta Agenţia Judeţeană pentru Plăţi şi Inspecţie Socială, au solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunţa să se dispună obligarea pârâtei la stabilirea, acordarea şi achitarea în favoarea fiecărui reclamant a contravalorii drepturilor prevăzute la art. 8 alin. 1 lit. f) OUG 82/2016, rap. la art. 3 alin. 1 lit. a) şi alin. 2 Ordinul 963/2017 din 04.07.2017 a MMJS, pentru perioada anilor 2017 - 1.180 lei pentru reclamanţii 1 - 9 şi 11 şi 2.500 lei pentru reclamanta 10, respectiv 2018, 2019 şi 2020 - câte 2.500 lei flecare reclamant, cu cheltuieli de judecată.

Prin sentinţa nr. 802 din 19.11.2020 Tribunalul Suceava - Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal a respins ca nefondată acţiunea formulată de reclamanţii ... în contradictoriu cu pârâta Agenţia Judeţeană pentru Plăţi şi Inspecţie Socială.

***Împotriva acestei sentinţe au declarat recurs reclamanţii ....***

În motivare au arătat că hotărârea atacată este nelegală, fiind greşit interpretate prevederile OUG nr. 82/2016 şi ale Ordinului nr. 963/2017 al MMJS.

Invocă prevederile art. 8 din OUG 82/2016:

(1) Inspectorul social beneficiază de toate drepturile prevăzute de Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcţionarilor publici, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, la care se adaugă următoarele:

f) de a beneficia, în mod gratuit, de echipamente specifice misiunii de inspecţie/ activităţii de investigare socială, prevăzute de prezentul statut. Elementele care compun echipamentul specific şi condiţiile de utilizare ale acestuia se aprobă prin ordin al ministrului muncii, familiei, protecției sociale şi persoanelor vârstnice, în termen de 90 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei ordonanţe de urgenţă.

Menţionează că potrivit Ordinului nr. 963/2017 al MMJS privind elementele care compun echipamentul specific şi condiţiile de utilizare a acestuia de către inspectorii sociali în misiuni de inspecţie/activităţi de investigare socială, în vigoare de la 02 august 2017, publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 629 din 02 august 2017:

Art. 2: în sensul prezentului ordin, termenii şi expresiile de mai jos au următoarele semnificaţii:

a) echipamentul specific reprezintă ansamblul elementelor necesare pentru echiparea inspectorilor sociali pentru desfăşurarea în condiţii optime a misiunilor de inspecţie/activităţii de investigare socială şi reprezintă totalitatea obiectelor de îmbrăcăminte, încălţăminte şi accesorii, aparatura tehnică, precum şi însemnele de identificare.

Art. 3: (1) Echipamentul specific este utilizat în exercitarea atribuţiilor de serviciu şi este compus din următoarele elemente:

a) obiecte de îmbrăcăminte, încălțăminte şi accesorii corespunzătoare sezonului de vară şi iarnă, care să cuprindă ecuson detașabil, sacou/geacă, fustă/pantaloni, cămașă, pantofi/ghete;

(2) Contravaloarea drepturilor prevăzute la alin. (1) lit. a) se acordă o dată pe an în numerar şi se achită integral sau eșalonat în două tranșe, în cuantum total de 2.500 lei, de către Agenție sau agențiile teritoriale unde inspectorul social îşi desfăşoară activitatea.

Art. 5: (3) Cererile scrise ale inspectorilor sociali pentru obţinerea echipamentului specific prevăzut la:

a) art. 3 alin. (l)lit. a) şi c) se aprobă de către directorul general al Agenţiei/directorul executiv al agenției teritoriale unde îşi desfăşoară activitatea inspectorul social.

Art. 6: (1) Asigurarea echipamentului specific pentru inspectorii sociali se va face treptat, în limita fondurilor bugetare aprobate anual prin legea bugetului de stat, dar nu mai târziu de un an de la intrarea în vigoare a prezentului ordin.

Menţionează că astfel cum reţine şi prima instanţă, reclamanţi au încasat în anul 2018 sumele de 750 lei (în aprilie 2018) şi de 570 lei (în decembrie 2018), în total 1.320 lei, contravaloarea parţială aferent anului 2017 a dreptului la asigurarea echipamentului specific prevăzut de art. 3 alin. 1 lit. a Ordinul 963/2017, rămânând de plată o diferenţă de 1.180 lei (2.500 lei în cazul reclamantei ...).

Arată că aferent anilor 2018,2019 şi 2020 nu au încasat nicio sumă cu acest titlu, deşi a expirat din data de 02.08.2018 termenul de 1 an prevăzut de art. 6 alin. 1 din Ordinul 963/2017, cu precizarea că şi-au îndeplinit obligaţia de a solicita obţinerea echipamentul specific prevăzut de art. 3 alin. 1 lit. a) din Ordin, potrivit cererilor anexate acţiunii introductive, răspunsul fiind negativ, cu motivarea că nu există fonduri bugetare aprobate cu această destinaţie, argument în raport de care li s-a şi respins acţiunea.

În opinia lor, dreptul la decontarea contravalorii echipamentului specific costând în obiecte de îmbrăcăminte, încălțăminte şi accesorii corespunzătoare sezonului de vară şi iarnă, care să cuprindă ecuson detașabil, sacou/geacă, fustă/pantaloni, cămașă, pantofi/ghete este exigibil din data de 02.08.2018 (potrivit art. 6 alin. 1 din Ordinul MMJS 963/2017), condiționarea acordării si a plătii sale de inexistenta fondurilor bugetare contravenind prevederilor legale – „dar nu mai târziu de un an de la intrarea în vigoare a prezentului ordin".

Consideră că din această perspectivă, soluţia primei instanţe este eronată.

Astfel, susţine că greşit se reţine de către instanţa de fond că, pentru încadrarea în termenul de un an, în prealabil trebuie să existe fonduri bugetare aprobate anual prin legea bugetului de stat.

Dimpotrivă, independent de existenţa sau nu a alocațiilor bugetare, din data de 02.08.2018 dreptul la încasarea contravalorii echipamentului specific este exigibil, acesta fiind un drept pur şi simplu şi nu afectat de vreo condiţie.

Pe de altă parte, dacă ar admite că este corect raţionamentul primei instanţe, solicită, în soluţionarea acţiunii, a se reţine că, tocmai în considerarea calităţii sale de instituţie publică, pârâta avea îndatorirea, ca reprezentant al autorităţii publice, de a veghea la respectarea principiului legalităţii şi de a executa obligaţiile instituite în sarcina sa prin lege.

Susţine că nu a existat niciun demers din partea pârâtei pentru procurarea de fonduri în vederea achitării contravalorii drepturilor prevăzute la art. 8 alin. 1 lit. f) OUG 82/2016, raportat la art. 3 alin. 1 lit. a) şi alin. 2 Ordinul 963/2017 din 04.07.2017 a MMJS, iar, în lipsa demersurilor necesare pentru obţinerea fondurilor, simpla lipsă de lichidități învederată nu putea conduce, automat, la respingerea acţiunii.

Învederează că, practic se permite prin soluţia de primă instanţă refuzul aplicării dispoziţiilor legale, ceea ce este inadmisibil.

***Intimata pârâtă Agenţia Judeţeană pentru Plăţi şi Inspecţie Socială formulat întâmpinare*** prin care a solicitat să se respingă recursul declarat de recurenții-reclamanţi şi să se menţină sentinţa nr. 802 din 19.11.2020 pronunţată de Tribunalului Suceava, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, ca fiind temeinică şi legală.

În motivare a arătat că sentinţa nr. 802 din 19.11.2020 pronunţată de Tribunalul Suceava, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, este temeinică şi legală.

Consideră că instanţa de fond în mod corect a reţinut că în cauză este incident art. 6 din Ordinul nr. 963/2017 conform căruia, asigurarea echipamentului specific pentru inspectorii sociali se face treptat, în limita fondurilor bugetare aprobate anual prin legea bugetului de stat

Menţionează că recurenții - reclamanţi au încasat în anul 2018 sumele de 750 lei (în aprilie 2018) şi de 570 lei (în decembrie 2018) în total 1320 lei contravaloarea parţială aferentă anului 2017 a dreptului la asigurarea echipamentului specific rămânând de plată o diferenţă de 1180 lei, mai puţin inspectorul social .. care pentru anul 2017 nu figurează în listă, deoarece în acest an nu a desfăşurat activitate zilnică în cadrul compartimentului de inspecţie socială, conform Instrucțiunilor primite de la Agenţia Naţională pentru Plăţi şi Inspecţie Socială.

Precizează că, în anul 2019, deşi AJPIS a prevăzut sumele necesare în rectificările bugetare solicitate de ordonatorul de credite, atât pentru anul 2019, cât şi pentru restantele anilor 2017. 2018, nu au fost prevederi bugetare aprobate pentru aceste echipamente.

Învederează că în anul 2020, în fila de buget, AJPIS nu are prevederi bugetare pentru echipamente.

Arată că AJPIS a asigurat echipamentul specific pentru inspectorii sociali în limita fondurilor bugetare aprobate şi a făcut demersurile necesare pentru obţinerea fondurilor, dar în prealabil trebuie să existe fonduri bugetare aprobate anual prin legea bugetului de stat.

Conform art. 6 alin. (2) din Ordinul nr. 963/2017, până la primirea de fonduri bugetare aprobate, inspectorii sociali utilizează ținuta civilă.

Susţine că AJPIS nu are fonduri bugetare aprobate aferente sumelor solicitate de inspectorii sociali şi se află în imposibilitatea achitării acestor sume.

***Recursul formulat nu este întemeiat.***

Art. 8 lit. f din OUG nr. 82/2016 instituie în favoarea reclamanţilor dreptul de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecţie/activităţii de investigare socială, prevăzute de statut. Acelaşi text normativ prevede însă că elementele care compun echipamentul specific şi condiţiile de utilizare ale acestuia se aprobă prin ordin al ministrului muncii, familiei, protecției sociale.

Art. 6 din Ordinul nr. 963/2017 emis de către MMJS prevede că asigurarea echipamentului specific pentru inspectorii sociali se va face treptat, *în limita fondurilor bugetare* aprobate anual prin legea bugetului de stat, dar nu mai târziu de un an de la intrarea în vigoare a prezentului ordin.

Deși recurenții pretind că dreptul invocat este un drept pur și simplu neafectat de vreo condiție, din cuprinsul dispoziției legale învederate rezultă cu claritate că acordarea lui este subsumată condiției cuprinderii în bugetul anual al instituției, condiție care nu este dată în cauză. Termenul de un an despre care face vorbire art. 6 din Ordinul nr. 963/2017 nu exclude condiția existenței sumelor necesare în bugetul anual al instituției, din formularea textului de lege rezultând că acordarea drepturilor pretinse depinde în continuare de existența sumelor de bani aferente în bugetul anual al instituției. Instanța de judecată nu se poate substitui atribuțiilor administrative ale instituției pârâte referitoare la organizarea bugetului anual de venituri și cheltuieli.

**8. Încetarea de drept a mandatului de consilier local în cazul pierderii calităţii de membru al partidului politic sau al organizaţiei minorităţilor naţionale pe a cărei listă a fost ales.**

***Rezumat****:*

*Potrivit art. 204 alin. 2 lit. j din O.U.G. nr. 57/2019, calitatea de consilier local încetează de drept, înainte de expirarea duratei normale a mandatului, în cazul pierderii calităţii de membru al partidului politic sau al organizaţiei minorităţilor naţionale pe a cărei listă a fost ales.*

*Art. 204 alin. 5 din acelaşi act normativ prevede că: „Data încetării de drept a mandatului în cazul prevăzut la alin. (2) lit. j) este data comunicării către prefect, secretarul general al unităţii/subdiviziunii administrativ-teritoriale şi către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, în situaţia în care legalitatea acesteia nu a fost contestată”.*

*Potrivit art. 204 alin. 12 din OUG nr. 57/2019 „în cazul prevăzut la alin. (2) lit. j), în termen de 30 de zile de la data comunicării hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, prefectul constată, prin ordin, încetarea mandatului consilierului local sau judeţean înainte de expirarea duratei normale a acestuia şi declară vacant locul consilierului local sau judeţean. Ordinul prefectului se transmite de îndată judecătoriei competente să valideze mandatul supleantului, în condiţiile art. 122, consilierului local şi secretarului general al unităţii /subdiviziunii administrativ-teritoriale”.*

*Din cuprinsul dispozițiilor normative învederate rezultă că pentru emiterea ordinului de încetare a mandatului consilierului local sau judeţean, înainte de expirarea duratei normale a acestuia, trebuie îndeplinită o condiţie esenţială, respectiv ca decizia prin care alesul local pierde calitatea de membru de partid să fie definitivă.*

*Chiar dacă pârâta a întreprins demersuri legale în vederea verificării existenţei, pe rolul instanţei, a vreunei contestaţii asupra legalităţii deciziei asupra excluderii, aceasta a ignorat faptul că din documentaţia înaintată de către PNL, în vederea emiterii ordinului contestat, lipsea dovada comunicării celor două decizii către reclamant.*

*Cum reclamantul a făcut dovada în faţa instanţei de fond, la termenul de judecată din data de 25.08.2020, că a contestat în instanţă cele două decizii emise de PNL, prin care s-a dispus excluderea sa din partid, Curtea constată că Ordinul a fost emis înainte ca deciziile în discuţie să fie definitive, fiind încălcate prevederile art. 204 alin. 5 din Ordonanţa de urgenţă nr. 57/2019, care permit emiterea ordinului doar dacă legalitatea deciziei de excludere nu a fost contestată.*

(Decizia nr. 181 din 23 martie 2021, dosar nr. 1147/40/2020)

**Hotărârea:**

Prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Botoşani – Secţia de contencios administrativ şi fiscal, la data de 10.07.2020, sub nr. ../40/2020, reclamantul A. a solicitat, în contradictoriu cu pârâtul Instituţia Prefectului Judeţului B., anularea Ordinului nr. 241 din 11.06.2020 privind constatarea încetării de drept, înainte de expirarea duratei normele, a mandatului de consilier local al Comunei C. a reclamantului A. şi declararea ca vacant a locului de consilier local al Comunei C. şi suspendarea respectivului ordin până la rămânerea definitivă a soluţiei instanţei.

În cauză, pârâta Instituţia Prefectului Judeţului B. a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea acţiunii ca fiind introdusă împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă.Pe fondul cauzei a solicitat respingerea acţiunii ca fiind nefondată şi netemeinică.

**Prin sentinţa nr. 327 din 23 septembrie 2020**,Tribunalul Botoşani – Secţia de contencios administrativ şi fiscal a admis acțiunea formulată de reclamantul A. în contradictoriu cu pârâtul Instituţia Prefectului Judeţului B.

A anulat Ordinul Prefectului Judeţului B. nr. 241/2020.

A obligat pârâta la plata cheltuielilor de judecată în sumă de 2070 lei către reclamant.

**Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a declarat recurs pârâta Instituţia Prefectului Judeţului** B.,criticând-o pentru nelegalitate.

Motivându-şi recursul **pârâta** a arătat că hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greşită a normelor de drept material.

În fapt, prin adresa nr. 74/05.06.2020, înregistrată la Instituţia Prefectului judeţul B. sub nr. 7937/09.06.2020, Partidul .. - Filiala B. a comunicat Prefectului judeţului B. Decizia nr. 1 din 02.06.2020 a Biroului Politic Local C. precum şi Decizia nr. 11 din data de 03.06.2020 a Partidului B. - Biroul Politic Judeţean, având ca obiect radierea din evidenţele Filialei Botoşani a domnului A..

Anterior emiterii ordinului, s-au întreprins demersurile legale în vederea verificării existenţei, pe rolul instanţei, a vreunei contestaţii asupra legalităţii hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii.

A apreciat pârâta că, instanţa de fond în pronunţarea sentinţei civile sus-menţionată nu a ţinut cont de faptul că la data emiterii Ordinului Prefectului nr. 241/2020, potrivit certificatului de grefă nr. 366 din 10.06.2020 eliberat de Tribunalul Botoşani, înregistrat la Instituţia Prefectului judeţului sub nr. 8102 din 11.02.2020, s-a certificat faptul că pe rolul Tribunalului Botoşani nu era înregistrat nici un dosar care să aibă ca obiect anulare act şi să privească pe domnul A., respectiv Partidul...B.

Astfel, conform art. 204 alin (2) lit. j) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, calitatea de consilier local încetează de drept înainte de expirarea duratei normale a mandatului, în cazul pierderea calităţii de membru al partidului politic sau al organizaţiei minorităţilor naţionale pe a cărei listă a fost ales.

Potrivit art. 204 alin. (5) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ: *“Data încetării de drept a mandatului în cazul prevăzut la alin. (2) lit. j) este data comunicării către prefect, secretarul general al unităţii/subdiviziunii administrativ-teritoriale şi către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, în situaţia în care legalitatea acesteia nu a fost contestată.”*

În acest context, Prefectul judeţului, având în vedere dispoziţiile art. 204 alin (2) lit. j) şi alin. (5) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, anterior invocate şi luând în considerare hotărârea forului competent să decidă asupra excluderii domnului A., consilier local al comunei C., din calitatea de membru al Partidului ..., respectiv Decizia nr. 11 din 03.06.2020 a Partidului ...B. - Biroul Politic Judeţean, în temeiul prevederilor art. 204 alin (12) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, a procedat la emiterea ordinului prefectului privind constatarea încetării de drept, înainte de expirarea duratei normale, a mandatului de consilier local al domnului A., consilier local al Comunei C. şi declararea ca vacant a locului consilierului local în Consiliul local al comunei C.

INSTANŢA de fond, prin hotărârea nr. 327/2020*, „apreciază în acord cu pârâta, faptul că în ceea ce priveşte termenul de 30 de zile reglementat de art. 204 alin. 12 din OUG nr. 57/2019, nu trebuia să se aştepte împlinirea acestuia, însă acest aspect nu schimbă datele problemei întrucât, atât comunicarea hotărârii de excludere, cât şi emiterea ordinului sunt dependente de rămânerea definitivă a hotărârii de excludereˮ.*

Faţă de aceasta, a solicitat pârâta reținerea următoarelor aspecte: conform art. 204 alin. (12) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ *“În cazul prevăzut la alin. (2) lit. j), în termen de 30 de zile de la data comunicării hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, prefectul constată, prin ordin, încetarea mandatului consilierului local sau judeţean înainte de expirarea duratei normale a acestuia şi declară vacant locul consilierului local sau judeţean”.*

Din interpretarea sistematică a textului legi inserat anterior rezultă, fără putinţă de tăgadă, faptul că prefectul este abilitat să emită ordinul de încetare a mandatului înlăuntrul termenului de 30 de zile, calculat de la data la care a fost comunicată hotărârea forului competent să decidă asupra excluderii.

Ca urmare, actul administrativ privind constatarea încetării mandatului poate fi emis începând cu prima zi în care a fost comunicată hotărârea forului competent să decidă asupra excluderii şi până cel târziu în a treizeci - a zi de la această comunicare;

La emiterea Ordinului nr. 241 din data de 11.06.2020 a fost respectat termenul stipulat de art. 204 alin. (12) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ.

Este de remarcat fătul că instituţia pârâtă a făcut demersuri în vederea implementării unei practice unitare şi a clarificării unor aspect privind aplicarea prevederilor art. 204 alin (2) lit. j), art. 204 alin. (5) şi art. 204 alin (12) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, solicitând un punct de vedere iniţiatorului proiectului de lege respectiv Ministerului Lucrărilor Publice şi Administraţiei conform adresei nr. 8347/16.0.2020.

Din cuprinsul adresei de răspuns nr. 94079 din data de 08.07.2020, înregistrată la Instituţia Prefectului judeţului sub nr. 331 CS din 14.07.2020, rezultă cu certitudine următoarele aspecte:

a) obligația de diligenșă a prefectului de verificare a contestării hotărârii de excludere a consilierului trebuie raportată doar la demersurile îndeplinite în raport cu instanţa competentă, fapt dovedit cu certificatul de grefă nr. 366 din 10.06.2020 eliberat de Tribunalul Botoşani, înregistrat la Instituţia Prefectului judeţului sub nr. 8102 din 11.02.2020, prin care se certifică faptul că pe rolul Tribunalului Botoşani nu este înregistrat nici un dosar care să aibă ca obiect anulare act și să privească pe domnul A., respectiv Partidul ...B.;

b) obligaţia comunicării către prefect, secretarul general al unităţii/ subdiviziunii administrativ - teritoriale şi către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, îi revine exclusiv partidului politic/organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale, fără acircumstanția momente diferite de comunicare a hotărârii de excludere pentru fiecare dintre cei trei destinatari ante - menţionaţi sau fără a stabili în sarcina vreunuia dintre aceştia a obligaţiei de verificare a îndeplinirii obligației de comunicare de către partidul politic/ organizației cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale.

A subliniat pârâtacă, potrivit practicii judiciare în materie, în situaţia în care prefectul emite un ordin de constatare a încetării de drept, înainte de expirarea duratei normale, a mandatului de consilier local, acesta are rolul exclusiv de a “constata” respectiv de “a lua actˮ, îndeplinind în temeiul legii doar o formalitate necesară în vederea funcţionării autorităţii administraţiei publice, în condiţii de reprezentativitate şi legitimitate necesare îndeplinirii programului politic pentru care alegătorii au optat (Decizia nr. 45/2017 a Î.C.C.J.).

Analizând motivele invocate mai sus, a solicitat pârâta admiterea recursului astfel cum a fost formulat, casarea hotărârii nr. 327 din 23.09.2020 pronunţată de Tribunalul Botoşani şi, pe cale de consecinţă, respingerea acţiunii ca fiind nefondată şi netemeinică.

Prin **întâmpinarea depusă la data de 12 ianuarie 2021 reclamantul** a solicitat respingerea recursului în principal ca nemotivat, **motiv asupra căruia instanța s-a pronunțat prin practicaua prezentei decizii,** şi în subsidiar ca nefondat, cu obligarea recurentei la plata cheltuielilor de judecată pentru următoarele considerente:

În mod corect instanţa de fond a reţinut dispoziţiile art. 204 alin. 5 din OUG nr. 57/2019 respectiv data încetării de drept a mandatului în cazul prevăzut la alin. (2) lit. j) este data comunicării către prefect, secretarul general al unităţii/subdiviziunii administrativ-teritoriale şi către consilierul local a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, în situaţia în care legalitatea acesteia nu a fost contestată.

Deşi s-a comunicat recurentei prin adresa din data de 09.06.2020, înregistrată la Instituţia Prefectului sub nr. 353RP că hotărârea de radiere din listele Partidului din care a făcut parte reclamantul nu i-a fost comunicată acestuia, astfel încât acesta nu a avut posibilitatea să o conteste, că reclamantul a solicitat comunicarea acesteia şi că urmează să o conteste, acest lucru nu a fost avut în vedere de loc.

La termenul de judecată din 25.08.2020, reclamantul a făcut dovada că a contestat în instanţă cele două Decizii emise de Partidul ...B., Biroul Politic C. şi Biroul Politic prin care s-a dispus radierea reclamantului din evidenţele partidului, acestea făcând obiectul dosarului nr. 1172/40/2020, iar la data de 13.11.2020 prin sentinţa civilă nr. 872/2020 instanţa a admis acţiunea şi a dispus anularea celor două decizii.

Or, în mod evident că instanţa de fond a analizat în mod corect dispoziţiile legale în materie, reţinând că legiuitorul a avut în vedere că hotărârea prin care alesul local pierde calitatea de membru de partid (orice forma ar îmbrăca această pierdere a calităţii de membru de partid) trebuie să fie definitivă la data la care este sesizat prefectul cu o cerere de constatare a încetare a calităţii de ales local.

În acest sens instanţa de fond a reținut: Astfel, art. 204 alin. 5 reglementează doar situaţia în care legalitatea hotărârii de excludere nu a fost contestată, stabilind că data încetării de drept a mandatului este data comunicării către prefect a hotărârii de excludere. Însă, pentru a cunoaşte dacă hotărârea de excludere a fost sau nu contestată, este necesar ca aceasta să fie comunicată persoanei căreia i se adresează. Folosind argumentul per a contrario, rezultă că, dacă hotărârea forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic este contestată, atunci trebuie să se aştepte definitivarea situaţiei litigioase, neputând interveni încetarea de drept a mandatului de consilier local înainte de rămânerea definitivă a hotărârii respective.

Această dispoziţie a legii trebuie aplicată în deplină concordanţă cu voinţa legiuitorului şi a principiilor legalităţii şi egalităţii prevăzute în art. 6 şi 7 din OUG nr. 5712019 precum şi a principiului respectării dreptului la apărare.

În cazul de faţă, în ciuda faptului că actele forului competent să decidă asupra excluderii reclamantului, în speţă Decizia nr. 1 a Biroului Politic Local C. şi Decizia nr. 11 a Partidului ...B. - Biroul Politic Judeţean nu i-au fost niciodată comunicate reclamantului, fiind emise la rândul lor cu încălcarea oricărui drept la apărare, deoarece nici până la acest moment reclamantul nu cunoaște motivul pentru care a fost exclus, (nici în cadrului litigiului cu organele partidului aceştia nemotivând în nici un fel excluderea sa) a fost emis Ordinului privind constatarea încetării de drept, înainte de expirarea duratei normale, a mandatului de consilier local al comunei C., a numitului A. începând cu data de 9.06.2020 şi declararea ca vacant a locului de consilier local în consiliul local al comunei C., lucru contrar dispoziţiilor art. 204 alin. 5 coroborat cu art. 204 alin. 12 din OUG nr. 57/2019.

Simpla verificare la Tribunalul Botoşani a existenţei unei cereri de anulare a Deciziei de excludere, fără a verifica dacă acea decizie a fost comunicată celui pentru care a fost emisă, reprezintă doar o încercare de a o aparenţă de legalitate Ordinului contestat, dar nu produce nici un efect juridic atâta vreme cât reclamantului nu i-au fost comunicate nici actele forului competent din cadrul Partidului, nici motivele excluderii sale, astfel încât în mod evident că aceasta nu a avut nici posibilitatea teoretică de a le contesta, deoarece nu poţi contesta ceva ce nu ai primit încă.

Soluţia instanţei de fond este în concordanţă şi cu Decizia nr. 530/2013 a Curţii Constituţionale a României referitoare la admiterea excepţiei de neconstituţionalitate a prevederilor art. 16 alin. (3) din Legea partidelor politice nr. 14/200, publicată in Monitorul Oficial, Partea I nr 23 din 13/01/2014.

În motivarea acesteia, CCR a reţinut în mod imperativ că, *„Cu toate acestea, din perspectiva consecinţelor juridice grave pe care măsura excluderii din partid le produce asupra mandatului aleşilor locali, constând în încetarea acestuia, şi a numărului semnificativ de astfel de cauze cu care instanţa de contencios constituţional a fost sesizată, Curtea consideră că se impune o distincţie clară între normele de deontologie proprii partidelor politice şi normele care, instituind drepturi şi obligaţii ale membrilor partidului şi ale organelor statutare, sancţiuni pentru abaterile de la prevederile statutare şi procedurile de urmat în aceste cazuri, au evident natură juridică. Aceste norme au forţă juridică obligatorie şi se înscriu în noţiunea de „lege”, astfel cum aceasta a fost conturată potrivit jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului, ca noţiune autonomă. De asemenea, aceste norme constituie temeiul adoptării unor acte cu natură juridică, iar nu al unor “hotărâri care au caracter de acte politice”.ˮ*

*Curtea reţine, totodată, că legea prevede reguli procedurale privind soluţionarea diferențelor dintre membrii unui partid politic sau dintre aceştia şi conducerile organizaţiilor partidului, precum şi organele competente pentru soluţionarea acestor diferende (comisiile de arbitraj la nivelul partidului şi al organizaţiilor sale teritoriale, care reprezintă, în realitate, organe proprii cu atribuţii jurisdicţionale). Astfel, potrivit art. 15 alin. (3) din Legea nr. 14/2003, comisia de arbitraj este organizată şi funcţionează conform unui regulament aprobat de organul statutar, care trebuie să asigure părţilor dreptul la opinie şi dreptul de a se apăra, precum şi proceduri echitabile de decizie.*

*În aceste condiţii, Curtea constată că prevederile art. 16 alin. (3) din Legea nr. 14/2003, instituind competenţa exclusivă a organelor cu atribuţii jurisdicţionale ale partidului politic de a aprecia asupra respectării normelor statuare de către membrii de partid, elimină, în fapt, controlul judecătoresc în ceea ce priveşte respectarea de către aceste organe a propriului statut şi împiedică astfel accesul liber la justiţie. De altfel, Curtea reţine că problema constituţionalităţii prevederilor art. 16 alin. (3) din Legea nr. 14/2003 trebuie privită cu maximă exigenţă în condiţiile în care pierderea calităţii de membru al unui partid poate fi expresia unor premise subiective ori a arbitrariului.”*

Or, prin emiterea ordinului înainte ca actele forului decizional din partid să îi fie comunicate reclamantului, s-a urmărit scurtarea mandatului reclamantului cât mai mult, de către organele partidului, iar recurenta, prin modalitatea în care şi-a exercitat atribuţiile nu a făcut altceva decât să le permită comiterea acestui abuz.

Dacă s-ar fi dat curs notificării reclamantului, verificându-se dacă i-au fost sau nu comunicate actele de excludere, acest întreg demers nu ar mai fi fost necesar.

Prin **răspunsul la** **întâmpinare depus la data de 5 februarie 2021 pârâta** a solicitat admiterea recursului astfel cum a fost formulat și respingerea acțiunii, reiterând, în esență, argumentele din memoriul de recurs.

Examinând recursul, ale cărui motive se subsumează prevederilor art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă, Curtea constată că este nefondat pentru următoarele considerente:

Ordinul nr. 241/2020, a cărui anulare constituie obiectul prezentei cauze, a fost emis în baza adresei nr. 74/5.06.2020 a Partidului .., înregistrată sub nr. 7937/9.06.2020 (prin care s-a comunicat Decizia nr. 1 din 02.06.2020 a Biroului Politic Local C. precum şi Decizia nr. 11 din 3.06.2020 a Partidului ...- Biroul Politic Judeţean având ca obiect radierea din evidenţele Filialei ... a reclamantului) şi a Referatului constatator nr. 8115/11.06.2020.

Recurenta afirmă în esenţă că, în raport de prevederile art. 204 alin. 2 lit. j şi de art. 204 alin. 5 din O.U.G. nr. 57/2019, Prefectul judeţului a depus diligenţele necesare pentru a face aplicarea dispoziţiilor art. 204 alin. 12 din acelaşi act normativ, respectiv a verificat dacă pe rolul Tribunalului Botoşani era înregistrat un dosar având ca obiect anularea deciziilor Partidului ...B. – Biroul Local C. şi Biroul Politic Judeţean. Nefiind înregistrată o asemenea cerere, Prefectul judeţului apreciază că ordinul de constatare a încetării de drept a mandatului reclamantului, termenul de 30 de zile fiind unul înlăuntrul căruia trebuie emis ordinul şi nu după care se putea emite aceasta.

Potrivit art. 204 alin. 2 lit. j din O.U.G. nr. 57/2019, calitatea de consilier local încetează de drept, înainte de expirarea duratei normale a mandatului, în cazul pierderii calităţii de membru al partidului politic sau al organizaţiei minorităţilor naţionale pe a cărei listă a fost ales. Art. 204 alin. 5 din acelaşi act normativ prevede că: „Data încetării de drept a mandatului în cazul prevăzut la alin. (2) lit. j) este data comunicării către prefect, secretarul general al unităţii/subdiviziunii administrativ-teritoriale şi către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, în situaţia în care legalitatea acesteia nu a fost contestată”.

Potrivit art. 204 alin. 12 din OUG nr. 57/2019 „în cazul prevăzut la alin. (2) lit. j), în termen de 30 de zile de la data comunicării hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizaţiei cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul judeţean a fost ales, prefectul constată, prin ordin, încetarea mandatului consilierului local sau judeţean înainte de expirarea duratei normale a acestuia şi declară vacant locul consilierului local sau judeţean. Ordinul prefectului se transmite de îndată judecătoriei competente să valideze mandatul supleantului, în condiţiile art. 122, consilierului local şi secretarului general al unităţii/ subdiviziunii administrativ-teritoriale”.

Din cuprinsul dispozițiilor normative învederate rezultă că pentru emiterea ordinului de încetare a mandatului consilierului local sau judeţean, înainte de expirarea duratei normale a acestuia, trebuie îndeplinită o condiţie esenţială, respectiv ca decizia prin care alesul local pierde calitatea de membru de partid să fie definitivă.

Chiar dacă pârâta a întreprins demersuri legale în vederea verificării existenţei, pe rolul instanţei, a vreunei contestaţii asupra legalităţii deciziei asupra excluderii, aceasta a ignorat faptul că din documentaţia înaintată de către Partidul ..., în vederea emiterii ordinului contestat, lipsea dovada comunicării celor două decizii către reclamant.

Cum reclamantul a făcut dovada în faţa instanţei de fond, la termenul de judecată din data de 25.08.2020, că a contestat în instanţă cele două decizii emise de Partidul ..., prin care s-a dispus excluderea sa din partid, Curtea constată că Ordinul nr. 241/2020 a fost emis înainte ca deciziile în discuţie să fie definitive, fiind încălcate prevederile art. 204 alin. 5 din Ordonanţa de urgenţă nr. 57/2019, care permit emiterea ordinului doar dacă legalitatea deciziei de excludere nu a fost contestată.

Având în vedere aspectele reținute anterior, se constată că hotărârea instanței de fond este legală şi temeinică, astfel că, în temeiul art. 496 C.pr.civ. raportat la art. 488 alin. 1 pct. 8 C.pr.civ., Curtea urmează să respingă recursul, ca nefondat.

**9. Obligaţia de plată a dobânzii penalizatoare în temeiul art. 8 din Legea nr. 72/2013** **privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, în situaţia în care nu a fost prevăzută o clauză în acest sens în cuprinsul contractului încheiat de părţi*.***

***Rezumat:***

*Este adevărat că prevederile contractuale reprezintă legea părţilor, însă legiuitorul are posibilitatea de a stabili care sunt regulile aplicabile chiar şi în situaţia în care părţile nu au inserat în contract clauze referitoare la penalităţi, având în vedere natura contractului încheiat şi necesitatea protejării interesului public. Indiferent de conţinutul contractului, prevederi legale sunt obligatorii şi pentru părţile contractante.*

*Or, pentru situaţia în care părţile nu au înţeles să stipuleze obligativitatea achitării dobânzii penalizatoare, legiuitorul a stabilit că se impune plata acesteia la art. 8 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, care prevede că:*

*„(1) În raporturile dintre autorităţile contractante şi profesionişti, creanţa de plată constând în preţul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute la art. 3 alin. (1).*

*(2) Dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract sau, în cazul în care nu a fost stipulat în contract, de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1), în condiţiile dispoziţiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare. Prevederile art. 4 se aplică în mod corespunzător.”*

(Decizia nr. 131 din 9 martie 2021, dosar nr. 53/314/2018)

**Hotărârea**:

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava sub nr. .../314/2018 din data de 04.01.2018, reclamanta Transport Public Local SA, în contradictoriu cu UAT B., a solicitat instanței ca, prin hotărârea pe care o va pronunța, să se dispună obligarea pârâtei la plata sumei de 160.123,37 lei reprezentând daune moratorii (dobânzi penalizatoare) aferente subvențiilor bugetare facturate și încasate cu întârziere pentru anul 2015, cu cheltuieli de judecată.

La data de 11.04.2018, pârâtul Municipiul B. – prin primar a depus la dosar întâmpinare prin care a invocat excepţia necompetenței materiale a Judecătoriei Suceava în soluţionarea prezentei cereri, considerând că este competentă Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal a Tribunalului Suceava.

Totodată, pârâtul a invocat şi excepţia inadmisibilităţii acţiunii în raport cu prevederile art. 7 din Legea nr. 554/2004 şi excepţia prescripţiei dreptului la acţiune al reclamantei în temeiul prevederilor art. 11 din Legea contenciosului administrativ.

Pe fondul cauzei, pârâta a solicitat respingerea acţiunii, ca neîntemeiată.

Prin sentinţa nr. 1704 din 11.04.2019, Judecătoria Suceava a admis excepţia necompetenţei sale materiale şi a declinat competenţa de soluţionare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal la data de 26.08.2019, sub nr. ../314/2018, iar prin încheierea nr. 792 din 14.11.2019 s-a admis excepţia necompetenţei sale materiale şi a declinat competenţa de soluţionare a cauzei în favoarea Judecătoriei Suceava, constatând ivit conflictul negativ de competenţă între Tribunalul Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal şi Judecătoria Suceava.

Prin sentinţa nr. 11 din 25.02.2020 pronunţată în dosarul nr. .../39/2020, Curtea de Apel Suceava a stabilit competenţa de soluţionare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal.

Cauza a fost reînregistrată pe rolul Tribunalului Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal la data de 22.05.2020 sub nr. .../314/2018.

**Prin sentinţa nr. 590 din 24 septembrie 2020**,Tribunalul Suceava – Secţia de contencios administrativ şi fiscal a respins excepţia inadmisibilităţii cererii ca neîntemeiată.

A respins excepţia prescripţiei dreptului la acţiune ca neîntemeiată.

A admis cererea formulată de reclamanta Transport Public Local S.A. în contradictoriu cu pârâta U.A.T. B., având ca obiect „despăgubire”.

A obligat pârâta la plata în favoarea reclamantei a sumei de 160.123,37 lei reprezentând contravaloare dobânzi penalizatoare conform facturii nr.6337/29.12.2016.

A obligat pârâta la plata în favoarea reclamantei a sumei de 4303 lei reprezentând cheltuieli de judecată.

**Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a declarat recurs pârâta U.A.T. B.**,criticând-o pentru nelegalitate.

Motivându-şi recursul, pârâtaa arătat că soluţia instanţei de fond este dată cu aplicarea eronată a normelor de drept material.

În concret, s-a arătat instanţei de fond că între părţi a fost încheiat, în temeiul HCL nr. 19/2015 contractul nr. 2911/30.01.2015 de acordare a subvenţiei pentru transportul public local de călători în municipiul B. A învederat pârâta că obligaţia autorităţii locale de a acorda aceste subvenţii bugetare rezidă din dispoziţiile art. 17 lit. I din OG nr. 97/1999 privind garantarea furnizării de servicii publice subvenţionate de transport rutier intern şi de transport pe căile navigabile interioare, republicată, în timp ce regimul sumelor ce urmează a fi acordate cu titlu de subvenţie este reglementat expres la art. 41 alin. 3 din Legea nr. 92/2007 - Codul Fiscal în vigoare la nivelul anului 2014.

A solicitat pârâta a se observa că nu există în contractul încheiat între părţi termene stipulate în vederea îndeplinirii obligaţiilor de către beneficiar sau finanţator. Mai mult decât atât, s-a depus la dosarul cauzei facturile care au fost emise de reclamantă în cursul anului 2015, facturi care nu au înscrisă data scadenţei.

Dispunând în sensul obligării instituţiei pârâta la plata dobânzii penalizatoare, instanţa de fond a invocat dispoziţiile art. 4 din Legea nr. 72/2013 alea art. 3 alin. 2 din aceiaşi lege. Se poate observa cu uşurinţă că ambele texte invocate de instanţă în susţinerea deciziei sale fac trimitere la data scadenţei şi la situaţia depăşirii acesteia. Ori, înscrisurile depuse la dosarul cauzei atestă clar că nu a fost stabilit, prin contract, un termen de plată şi nici facturile emise de reclamanta intimată nu conţin informaţii cu privire la data scadentă.

Contractul dintre părţi - legea părţilor, face dovada clară a faptului că nu s-a dorit nici stabilirea de termene de plată şi cu atât mai puţin, a unor penalităţi.

Prezenta acţiune a fost doar rezultatul unui control al curţii de conturi. Ori, dincolo de constatările auditorilor, contractul dintre părţi este cel care exprimă voinţa reală a părţilor, iar analiza contractului dedus judecăţii face dovada clară a acordului de voinţă al părţilor în ceea ce priveşte intenţia clară de a nu indica un termen de plată sau posibilitatea de achitare a unor accesorii ale debitelor principale.

A solicitat pârâta a se observa că, deşi contractul încheiat de părţi este un contract administrativ, nu are caracter “tip adeziune” în sensul că în cuprinsul său clauzele referitoare la obligaţiile părţilor nu au fost impuse unilateral de una dintre părţi, ci au fost rezultatul acordului de voinţă al părţilor.

Caracterul administrativ al contractului invocat de reclamantă în susţinerea cererii sale nu înlătură caracterul consensual al clauzelor înserate.

Absenţa din contract a unor elemente considerate de reclamantă esenţiale, se datorează în primul rând lipsei de diligență a acesteia, beneficiara finanţării, care invocă drept scuză *“Reclamanta a considerat că pârâta este de bună credinţă și va achita la timp subvenţiile motiv pentru care nu a calculat, urmărit și nici nu a încasat dobânzi penalizatoare pentru întârzierea plăţii subvenţiilorˮ*.

Această afirmaţie a reclamantei (pag. 2, penultimul alineat din cererea de chemare în judecată) face dovada clară a lipsei de diligență a acesteia la încheierea contractului.

În plus, din analiza înscrisurilor depuse la dosarul cauzei, respectiv facturile emise de reclamantă în cursul anului 2015, se poate observa că în aceste facturi nu există precizat un termen de plată sau o scadenţă a acestei obligaţii. Cu alte cuvinte, lipsa de diligență a reclamantei la încheierea contractului a fost prezentă pe toată durata de executare a contractului pentru ca, după patru ani de la executarea acestuia, să solicite plata penalităţilor.

În concluzie, în condiţiile lipsei din contract a obligaţiei înserată în sarcina finanţatorului de a plăţi subvenţiile într-un termen determinat, în lipsa unei obligaţii contractuale referitoare la plata penalităţilor, având în vedere lipsa termenului de plată din facturi, precum şi propria culpă invocată de reclamantă la încheierea şi executarea contractului, a apreciat pârâta că sunt elemente suficiente pentru a proba netemeinicia cererii de chemare în judecată, motiv pentru care a solicitat admiterea recursului, casarea sentinţei şi, în rejudecare, respingerea acţiunii reclamantei - intimate ca nefondată.

Prin **întâmpinarea depusă la data de 31 decembrie 2020, reclamanta** a invocat excepția nulității recursului, **excepție asupra căreia instanța s-a pronunțat prin practicaua prezentei decizii.**

Pe fondul cauzei, a solicitat respingerea recursului pentru următoarele motive:

11.1. Dispoziţiile instanţei

Tribunalul Suceava, contrar susţinerilor recurentei pârâtei din întâmpinare conform cărora reclamanta nu poate invoca lipsa de diligență în modalitatea de întocmire a contractului, reţine că reclamanta avea obligaţia de a calcula şi percepe penalităţi pentru plata cu întârziere a sumelor stabilite prin contract potrivit dispoziţiilor cuprinse în Legea nr. 72/2013, dispunând în acest sens obligarea pârâtei la plata către reclamantă a sumei de 160.123,37 lei reprezentând contravaloarea dobânzi penalizatoare conform facturii nr. 6337/29.12.2016 aferente subvenţiilor bugetare stabilite prin contractul nr. 2911/30.01.2015.

Instanţa de fond în mod corect a reţinut că potrivit art. 8 din legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, 1) în raporturile dintre autorităţile contractante şi profesionişti, creanţa de plată constând în condiţiile prevăzute la art. 3 alin. (1).

De asemenea, instanţa a reţinut că textul legal reglementează expres situaţia în care contractul încheiat nu s-a stabilit o clauză referitoare la penalităţile de întârziere, cum este cea din speţa de faţă.

11.2. Argumentele recurentei-pârâte şi contraargumentele intimatei-reclamante

Aşa cum s-a menţionat şi în acţiunea introductivă între recurenta pârâtă şi intimata reclamanta a fost încheiat contractul nr. 2911/30.01.2015 privind acordarea subvenţiei pentru transportul public de călători în municipiul B. pentru anul 2015.

În baza acestui contract UAT B. în calitate de finanţator - autoritate contractantă avea obligaţia de a plăti în fiecare lună subvenţia serviciului de transport public, în termen de 30 de zile de la data primirii facturii aferente.

Având în vedere că în acest contract nu au fost prevăzute clauze cu privire la termenele de plată a subvenţiilor şi la penalităţi pentru nerespectarea condiţiilor contractuale, că intimata reclamantă a efectuat serviciile publice de transport şi că UAT B. nu a achitat subvenţiile pentru transportul public călătorilor beneficiari de facilităţi la transportul public local, intimata reclamantă în baza prevederilor Legii nr. 72/2013 şi a Directivei 2011/7/UE a calculat şi înregistrat în evidenţa contabilă dobânzi penalizatoare pentru neplata în termen a subvenţiei datorate de către UAT B. pentru anul 2015 în valoare de 160.123,37 lei.

Conform alin. 2 al articolului 8 din O.U.G. nr. 97/1999 privind garantarea furnizării de servicii publice subvenţionate de transport rutier intern şi de transport pe căile navigabile interioare trebuiau să fie inserate în mod obligatoriu clauze cu privire la termenele de plată şi la penalităţi pentru nerespectarea condiţiilor contractuale.

Întrucât nu s-a prevăzut nimic în contract cu privire la aceste aspecte, intimata reclamantă a calculat şi înregistrat în evidenţa contabilă dobânzi penalizatoare pentru neplata în termen a subvenţiei datorate de către UAT B. în baza prevederilor Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, act normativ care a fost dat în scopul transpunerii Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăţilor în tranzacţiile comerciale.

Recurenta pârâtă apreciază că absenţa din contract a unor elemente considerate de reclamantă esenţiale, se datorează în primul rând lipsei de diligentă a acesteia, beneficiara finanţării. Potrivit dreptului comun, dacă părţile nu au prevăzut în contract data plăţii, iar aceasta nu poate fi determinată potrivit prevederilor contractuale, practicilor statornicite între părţi sau conform uzanţelor, obligaţia trebuie executată de îndată, în funcţie de natura prestaţiei şi de locul unde trebuie făcută plata, la cererea părţii interesate, determinarea datei plăţii poate fi făcută de către instanţa de judecată.

În raporturile dintre profesionişti, conform art. 3 alin. 3 din Legea nr. 72/2013, se instituie un veritabil termen legal de plată întrucât obligaţia trebuie executată în cel mult 30 de zile calendaristice de la primirea facturii sau a altei cereri echivalente de plată, de la efectuarea recepţiei mărfurilor, respectiv de la prestarea serviciilor ori de la data efectuării procedurii de recepţie sau de la verificare.

Nexecutarea obligaţiei de plată la termenul prevăzut în contract ori stabilit prin lege cauzează în patrimoniul creditorului un prejudiciu, fapt pentru care debitorul este obligat să plătească dobânzi penalizatoare.

Legea nr. 72/2013 se aplică creanţelor certe, lichide şi exigibile constând în obligaţia de plată a unor sume de bani care rezultă din contracte încheiate între profesionişti sau între aceştia şi o autoritate contractantă.

Legea sancţionează nerespectarea termenului legal sau convenţional de plată şi instituie măsuri pentru combaterea întârzierii în efectuarea plăţii.

Clauzele contractuale sau practicile care exclud plata dobânzilor sau a cheltuielilor ocazionate de recuperarea creanţei ori modificări inechitabile ale termenului de executare a obligaţiei de plată sunt caracterizate în lege ca fiind abuzive.

Astfel, conform art. 8 alin. 1 din Legea nr. 72/2013 în raporturile dintre autorităţile contractante şi profesionişti, creanţa de plată constând în preţul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute la art. 3 alin. (1), iar art. 3 prevede că în raporturile dintre profesionişti, creanţa constând în preţul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt întrunite condiţiile menţionate de acesta.

De asemenea, art. 4 din Legea nr. 72/2013 prevede că atunci când părţile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare, calculate potrivit art. 3 din Ordonanţa Guvernului nr. 13/2011.

Totodată trebuie avute în vedere şi prevederile art. 4 din Directiva 2011/7/UE conform cărora statele membre se asigură că, în tranzacţiile comerciale în care debitorul este o autoritate publică, creditorul este îndreptăţit, la expirarea termenului de plată, să perceapă dobândă legală pentru efectuarea cu întârziere a plăţilor, fără a fi necesară o notificare.

Mai mult decât atât, conform alin. 17 din Directiva 2011/7/UE efectuarea plăţii de către debitor ar trebui să fie considerată întârziată, în scopul stabilirii dreptului de a percepe dobânzi pentru efectuarea cu întârziere a plăţilor, în cazul în care creditorul nu are la dispoziţie suma datorată la scadenţă, cu condiţia să-şi fi îndeplinit obligaţiile contractuale şi legale. Prin urmare, directive generează posibilitatea perceperii acestor dobânzi, scopul acesteia fiind tocmai combaterea plăţilor efectuate cu întârziere.

Aşa cum a reţinut şi instanţa de fond din analiza acestor articole rezultă că orice creanţă privind plata preţului rezultat dintr-un contract încheiat într-o autoritate contractantă şi profesionişti va produce dobânzi penalizatoare indiferent dacă părţile au prevăzut sau nu în contract această obligaţie.

În concluzie, din coroborarea dispoziţiilor legale mai sus menţionate, contrar aprecierilor recurentei pârâte rezultă că reclamanta avea obligaţia să calculeze şi să înregistreze în evidenţa contabilă dobânzi penalizatoare pentru neplata la termen a subvenţiei datorate de UAT B. după expirarea termenului de 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii precum şi obligaţia evidenţierii în contabilitate a veniturilor, respectiv a creanţelor şi de raportare a acestora în situaţiile financiare aferente anului 2015, venituri şi creanţe rezultate ca urmare a aplicării unei dobânzi penalizatoare pentru neplata în termenul legal.

În consecinţă, a solicitat reclamanta respingerea căi de atac formulate de către recurenta pârâtă și menţinerea dispoziţiile sentinţei civile nr. 590 pronunţată de către Tribunalul Suceava la data de 24.09.2020 în dosarul nr. .../314/2018.

Prin răspunsul la întâmpinare depus la data de 20 ianuarie 2021, pârâtaa solicitatrespingerea argumentelor prezentate de reclamantă prin întâmpinare.

***Analizând recursul ale cărui motive de critică se subsumează prevederilor art. 488 pct. 8 Cod procedură civilă, Curtea constată următoarele:***

Recurentul Municipiul B.a invocat motivul de casare prevăzut de art. 488 alin.1 pct. 8 Cod procedură civilă, apreciind că hotărârea instanței de fond a fost dată cu aplicarea greșită a normelor de drept material.

Astfel, recurentul a susţinut că instanţa de fond a apreciat în mod greşit că se impunea obligarea sa la plata dobânzii penalizatoare deoarece în contractul încheiat de părţi nu au fost prevăzute penalităţi, nu au fost stipulate termene în vederea îndeplinirii obligaţiilor, iar facturile emise nu cuprind data scadenţei, motiv pentru care nu ar fi aplicabile prevederile art. 4 şi art. 3 alin.2 din Legea nr. 72/2013, care fac referire la scadenţa obligaţiei.

Examinând susţinerile recurentului, Curtea constată că acestea nu sunt întemeiate. Este adevărat că prevederile contractuale reprezintă legea părţilor, însă legiuitorul are posibilitatea de a stabili care sunt regulile aplicabile chiar şi în situaţia în care părţile nu au inserat în contract clauze referitoare la penalităţi, având în vedere natura contractului încheiat şi necesitatea protejării interesului public. Indiferent de conţinutul contractului, prevederi legale sunt obligatorii şi pentru părţile contractante.

Or, pentru situaţia în care părţile nu au înţeles să stipuleze obligativitatea achitării dobânzii penalizatoare, legiuitorul a stabilit că se impune plata acesteia la art. 8 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligaţiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesionişti şi între aceştia şi autorităţi contractante, care prevede că:

„*(1) În raporturile dintre autorităţile contractante şi profesionişti, creanţa de plată constând în preţul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condiţiile prevăzute la art. 3 alin. (1).*

*(2) Dobânda penalizatoare pentru plata cu întârziere curge de la termenul stipulat în contract sau, în cazul în care nu a fost stipulat în contract, de la expirarea termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1), în condiţiile dispoziţiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare. Prevederile art. 4 se aplică în mod corespunzător.”*

Pe cale de consecinţă, în mod corect a fost obligat reclamantul la plata dobânzilor penalizatoare, chiar dacă părţile nu au prevăzut aceste dobânzi şi nici termene de plată a obligaţiilor, întrucât sunt aplicabile prevederile Legii nr. 72/2013.

Faţă de aspectele reţinute anterior, se constată că hotărârea instanţei de fond a fost dată cu respectarea normelor de drept material, nefiind întemeiat motivul de casare prev. de art. 488 alin.1 pct. 8 Cod procedură civilă, astfel că, în temeiul art. 496 Cod procedură civilă, Curtea urmează să respingă recursul, ca nefondat.

**10. Ajustare TVA. Realitatea operaţiunii. Art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal.**

***Rezumat:***

*Este clară ideea legiuitorului de a statua obligaţia ajustării TVA având la baza o operaţiune reală, fără a contraveni ideii de conţinut economic al tranzacţiei, lipsa acestuia fiind sancţionată de art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, care precizează că: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe in înţelesul prezentului cod, autorităţile fiscale pot sa nu ia in considerare o tranzacţie care nu are un scop economic. Prin tranzacţii artificiale se înţelege tranzacţiile sau seriile de tranzacţii care nu au un continui economic si care nu pot fi utilizate in mod normal in cadrul unor practici economice obişnuite, scopul esenţial al acestora fiind acela de a evita impozitarea ori de a obţine avantaje fiscale care altfel nu ar putea fi acordate”.*

*Astfel, chiar dacă cele 2 societăţi au încheiate acte de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare de echipamente tehnologice, de comun acord, care respectă prevederile pct. 20 alin.12 din Normele metodologice de aplicare ale Codului Fiscal, aprobate prin H.G. 44/2004, pentru aplicarea art. 138: „În sensul art. 138, lit. a) si b) din Codul Fiscal, desfiinţarea unui contract reprezintă orice modalitate prin care părţile renunţă la contract de comun acord sau ca urmare a unei hotărâri judecătoreşti sau a unui arbitraj”, simpla întocmire a facturilor de storno avansuri, în lipsa restituirii efective a avansurilor încasate, nu înseamnă decât o operaţiune de formă, lipsită de conţinut. Avansurile încasate de recurentă au avut o destinaţie precisă atestată prin contracte, iar din cuprinsul acestora nu rezultă că în cazul nerealizării obiectului contractului sau a desfiinţării acestuia sumele achitate cu titlu de avans pot rămâne în contul altor produse livrate sau care urmează a fi livrate ori care vor fi prestate în viitor.*

(Decizia nr. 103 din 24 februarie 2021, dosar nr. 2201/40/2019\*)

**Hotărârea**:

Prin cererea înregistrată la data de 27 noiembrie 2019 pe rolul Tribunalului Botoşani - Secţia a II-a Civilă, de Contencios Administrativ şi Fiscal, sub nr. .../40/2019\*, reclamanta SC A. SRL, reprezentată de lichidator judiciar B. SPRL a chemat în judecată pe pârâta Agenţia Naţională de Administrare Fiscală - Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice -Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice, solicitând anularea în totalitate a Deciziei nr. 1375/27.06.2019, a Deciziei de impunere nr. F – BT 294 din 25 iulie 2014 şi a Dispoziţiei de măsuri nr. IV 6652/3 din 25 iulie 2014 emise în baza Raportului de Inspecţie Fiscala înregistrat sub nr. F-BT 239 din 25.07.2014, cu obligarea la plata cheltuielilor de judecată.

Totodată, a solicitat să se constate, urmare a anulării actelor administrativ- fiscale mai sus menţionate, că în mod nelegal şi netemeinic pârâta nu a acordat drept de deducere societăţii pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei.

*În cauză, legal citată, pârâta Direcţia Generală Regionala a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice* a depus întâmpinare în temeiul art. 205 alin 1 Cod procedura civilă *solicitând respingerea contestaţiei ca netemeinică şi nelegală*.

Prin sentinţa nr. 212 din 2 iulie 2020, Tribunalul Botoşani a respins, ca nefondată, acţiunea privind pe contestatoarea SC A. SRL, reprezentată legal de lichidator judiciar B. SPRL, în contradictoriu cu intimatele Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice,şi Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice.

*Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a promovat recurs SC A. SRL reprezentată legal de lichidator judiciar B. SPRL.*

În motivarea căii de atac promovate, întemeiată în drept pe dispoziţiile art. 488 alin. 1, pct. 8 Cod procedură civilă, a susţinut recurenta instanţa de fond a aplicat greşit prevederile Legii nr. 554/2004, adăugând la lege argumentând împotriva situaţiei de fapt stabilită de Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoşani. De asemenea, instanţa de fond nu a analizat şi nu s-a pronunţat asupra motivelor invocate de societatea prin cererea de chemare în judecată şi a aplicat greşit prevederile art. 1342 alin.2 lit. b) din Codul fiscal (Legea nr.571/2003, aplicabilă în cauză).

A arătat că în cadrul procedurii prealabile, faţă de contestaţia sa înregistrată la Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice cu nr. 68805/11.08.2014, Administraţia Finanţelor Publice Judeţeană a răspuns prin Decizia nr. 1375/27.06.2019, prin care a respins contestaţia ca nemotivată.

Această întârziere de 5 ani în emiterea unui răspuns la contestaţia formulată de societate a fost rezultatul suspendării procedurii de soluţionare a contestaţiei de către pârâta Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice - Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice, ca urmare a cercetărilor penale efectuate de Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoşani, urmare a unei sesizări penale depuse chiar de pârâtă. Sesizarea s-a dovedit a fi complet eronată.

Prin Ordonanţa nr. 700/P/2015 din 08.05.2018, Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoşani a dispus clasarea cauzei, arătând că toate faptele pentru care au fost cercetaţi C., SC D. SRL şi SC A. SRL nu există.

Obiectul cererii de chemare în judecată este reprezentat de diferenţa de taxă pe valoare adăugată în sumă de 571.056,42 lei pentru care inspecţia fiscală nu a acordat drept de deducere întrucât ar reprezenta TVA colectată stabilita în sarcina SC A. SRL aferentă avansurilor stornate prin facturile nr. de la 2501 la 2508 din data de 05.05.2014, emise către SC D. SRL, în sumă totala de 3.216.500 lei, din care TVA 605.411,26 lei. Sumele de bani încasate cu titlu de avansuri nu au fost restituite clientului, din suma de 605.411,26 lei acceptându-se stornarea pentru suma de 34.354,84 lei aferentă cuantumului avansurilor facturate în perioada februarie 2010 - iunie 2012 şi care nu au fost efectiv încasate de la SC D. SRL

În fapt, prin Raportul de inspecţie fiscală nr. F-BT 239 din 25.07.2014 întocmit în urma inspecţiei fiscale desfăşurate la societate în perioada 01.07.2014 - 25.07.2014 s-a consemnat constatarea unor diferenţe de taxă pe valoare adăugată pentru care inspecţia nu a acordat dreptul de deducere.

Diferenţa arătata mai sus se compune din: - 571.056,42 lei pentru care inspecţia fiscala nu a acordat drept de deducere şi reprezintă de fapt TVA colectată stabilita în sarcina SC A. SRL aferent avansurilor stornate prin facturile nr. de la 2501 la 2508 din data de 05.05.2014, emise către SC D. S.R.L

Consideră recurenta că diferenţa de taxă arătata mai sus este nelegal stabilita din următoarele motive:

În data de 05.05.2014, SC A. SRL, în baza actelor adiţionale nr.3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr.3/15.02.2010, actul adiţional nr.3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 5/18.01.2011 şi actul adiţional nr.3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr.8/25.10.2011, acte adiţionale de reziliere a contractelor încheiate cu SC D. SRL emite către aceasta un număr de 8 facturi de storno cu o valoare totala de -3.216.500 lei din care -2.611.088,74 lei baza şi - 605.411,26 lei TVA (cota de 24% şi 19 % ) şi reprezentând stornări de facturi de avansuri emise în perioada 17.02.2010-30.06.2012.

A susţinut recurenta că nu s-a consemnat şi nu s-a ţinut cont în Raportul de inspecţie fiscală că la momentul emiterii facturilor fiscale de avans SC A. a achitat în totalitate TVA aferentă acestor facturi către bugetul de stat, conform Raportului de inspecţie fiscala F-BT nr.305 din 31.08.2012 cu Anexa nr. 3 - Situaţia facturilor de avans emise către SC D. S.R.L, şi modul de încasare al sumelor înscrise în facturi. În Raportul de inspecţie fiscală este menţionat că emiterea acestor facturi a fost efectuată în baza art. 1342 din Codul fiscal.

Mai mult decât atât, s-a emis în data de 31.08.2012 în baza actelor adiţionale încheiate referitor la aceleaşi contracte comerciale factura fiscală nr. FM BT nr.2210 din 31.08.2012 cu o valoare a TVA de 706.056 lei reprezentând „TVA colectată stornată aferentă avansurilor facturate şi neîncasate până la 31.08.2012 de către SC A. SRL către clientul SC D. SRL” aşa cum este menţionat şi în Raportul de inspecţie fiscală nr. F-BT 364/31.10.2012 pentru care s-a acceptat restituirea TVA aferent facturilor de avans stornate, sumă încasată de către SC A. SRL

În aceasta situaţie nu poate fi explicat motivul pentru care organele de inspecţie fiscală consideră că stornarea unor facturi de avansuri în baza actelor adiţionale de reziliere a unor contracte comerciale reprezintă „operaţiune fictivă-disimularea realităţii prin crearea aparenţei existenţei unei operaţiuni care în fapt nu există”, când la emiterea facturilor de avans SC A. a înregistrat şi achitat contravaloarea TVA în totalitate, respectând prevederile Codului Fiscal menţionat în Rapoartele de Inspecţie Fiscală anterioare menţionate mai sus.

De asemenea, intrarea în insolvenţă a SC D. SRL nu reprezintă un motiv pentru care organul de inspecţie fiscală a considerat că „momentul alegerii stornării facturilor nu a fost ales întâmplător.”

Aşa cum şi în conţinutul Raportului de inspecţie Fiscală este menţionat, importante sunt prevederile art. 138 lit. a) din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal cu modificările şi completările ulterioare în care se prevede că: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situaţii: a) în cazul desfiinţării totale sau parţiale a contractului pentru livrarea de bunuri sau prestarea de servicii, înainte de efectuarea acestora dar pentru care au fost emise facturi de avans” - prevedere în baza cărora s-a efectuat stornarea Facturilor de avans prin rezilierea contractelor de vânzare - cumpărare.

Nu poate fi acceptata interpretarea organelor de inspecţie fiscală în sensul că reducerea bazei de impozitare în cazul desfiinţării nu coincide cu termenul în momentul desfiinţării totale sau parţiale a contractului pentru livrarea de bunuri. De asemenea nici justificarea organelor de inspecţie fiscală precum că „sintagma în cazul” nu înlătură obligaţia părţilor dintr-un contract ce se desfiinţează de a restitui foloasele deja obţinute de părţi pe parcursul derulării contractului (în speţă SC A. SRL a obţinut bani cu titlu de avans pentru livrarea de linii tehnologice), această obligaţie fiind atestată şi de prevederile art. 1254 din Codul Civil: „În cazul în care contractul este desfiinţat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte în natură sau prin echivalent, prestaţiile primite, potrivit prevederilor art.1639 -1647, chiar dacă acestea au fost executate succesiv sau au avut caracter continuu”. Aceste argumente nu sunt – în opinia recurentei – justificate din următoarele considerente :

Nu s-a menţionat în Raportul de Inspecţie Fiscală ce sumă o avea de încasat  
SC A. S.R.L de la SC D. SRL (sau datoria SC D. SRL către SC A. SRL) la data stornării facturilor de avans, pentru alte livrări de bunuri sau prestări de servicii efectuate şi verificate de organele de inspecţie fiscală.

La data de 05.05.2014 s-a înregistrat în evidenţa contabilă a SC A. SRL facturile de stornare a avansurilor (în minus faţă de cum au fost înregistrate iniţial). Din punct de vedere contabil se observă clar că după această situaţie s-a diminuat soldul contului 411.00001 D. şi în această situaţie nu există posibilitatea legală de a se restitui către SC D. SRL sumele înscrise în facturile de stornare a avansurilor. În urma înregistrărilor în evidenţa contabilă a tuturor operaţiunilor economice până la sfârşitul lunii mai 2014 (stornarea facturilor de avans, anularea datoriilor către D., achiziţionare deşeuri etc), „fişa clientului D. SRL din evidenţa contabilă a SC A. SRL, creanţele asupra acestui client sunt în sumă de 0 lei, de altfel 0 lei fiind şi soldul contului 401 cu analitic distinct pentru SC D. SRL” aşa cum este menţionat şi în Raportul de inspecţie fiscală.

Nu s-a prezentat şi nu a fost luată în considerare în Raportul de Inspecţie fiscală  
(cu toate că a fost anexată şi la punctul de vedere al proiectului de Raport de inspecţie  
fiscală) adresa nr. 217 din 27.04.2014 emisă de către SC D. SRL către SC A. SRL în care se arată că în cazul în care este acceptată rezilierea contractelor, sumele achitate cu titlu de avans să fie acceptate ca sume pe care SC D. S.R.L le are de achitat către SC A. S.R.L, aspect firesc şi din punct de vedere contabil prin diminuarea soldului contului 411 - D. SRL în momentul înregistrării facturilor de stornare a avansului.

Faptul că SC D. SRL a hotărât din cauza situaţiei economice rezilierea contractelor menţionate nu reprezintă o compensare, ci, prin înregistrarea facturilor de stornare a avansurilor, o diminuare a sumelor pe care SC A. SRL le avea de încasat de la SC D. SRL

SC A. avea datorii către SC D. SRL numai în sumă de 236 880,61 lei astfel încât în acest caz nu se poate folosi termenul de compensare. Rezilierea contractelor de vânzare-cumpărare şi stornarea facturilor s-a efectuat în baza adresei primite de la SC D. SRL, aceasta hotărâre de reziliere a contractelor având în vedere faptul că nu mai existau posibilităţile financiare pentru realizarea unor noi investiţii (finalizarea contractelor încheiate precum şi plata diferenţei şi achiziţionarea echipamentelor tehnologice).

Toate aspectele arătate mai sus au fost prezentate şi în punctul de vedere la proiectul Raportului de Inspecţie Fiscală depus în data de 25.07.2014, dar nu au fost luate în considerare din moment ce toate documentele contestate au aceeaşi dată, respectiv 25 iulie 2014.

A arătat recurenta că organul fiscal a suspendat timp de 5 ani soluţionarea contestaţiei, apreciind că între stabilirea obligaţiilor bugetare prin decizia de impunere contestată şi stabilirea caracterului infracţional al faptei ar exista o interdependenţă, având în vedere constatările organelor de inspecţie fiscală conform cărora societatea a stornat o serie de avansuri pentru care nu a putut face dovada realităţii acestora, operaţiunile fiind considerate fictive.

Pârâta nu a luat un considere un aspect deosebit de important şi anume că în perioada octombrie 2012 - ianuarie 2013, societăţii i-a fost aprobată rambursarea sumei totale de 707.102 lei (638.053 lei în urma RIF 364/31.10.2012 şi respectiv 69.049 lei în urma RIF 17/24.01.2013). Aceste sume au rezultat implicit din stornarea parţială a unor facturi emise de SC D. SRL în baza Contractelor 3/2010 şi respectiv 5/2011 şi în condiţiile în care şi atunci se desfășurau cercetări penale şi situaţia administratorului era aceeaşi.

Mai mult, această situaţie era cunoscută de organul de control şi de cel de soluţionare a contestaţiei pentru că societatea însăşi a furnizat toate datele necesare şi a făcut cunoscute toate aceste chestiuni într-un memoriu pe care l-a depus la data de 08.10.2014 la DGRFP şi care a fost depus la dosarul cauzei.

Chiar dacă în anul 2012 s-au demarat acte de urmărire penală împotriva administratorilor unor societăţi comerciale cu care şi societatea recurentă a avut relaţii de afaceri, este important de observat că fuseseră efectuate controale încrucişate tematice pe această chestiune a facturilor de avans la toate aceste societăţi şi nu s-au descoperit nici un fel nereguli în activitatea acestor societăţi (conform rapoartelor de inspecţie fiscală încheiate), mai ales în privinţa modului de operare al TVA, care interesează speţa de faţă, astfel încât la momentul soluţionării contestaţiei organul fiscal ar fi avut toate datele pentru ca în considerarea normelor de drept aplicabile, să stabilească dacă a fost obţinut sau nu un avantaj fiscal şi care anume ar fi fost acesta.

În ceea ce priveşte lipsa/precaritatea documentelor justificative susţinută de pârâtă, a apreciat recurenta că actele adiţionale care au fost încheiate, cu explicaţiile şi înscrisurile aferente lămuresc pe deplin toate aspectele legate de relaţiile comerciale dintre părţi, fiind suficiente pentru ca organul de soluţionare să fi putut analiza pe fond raportul fiscal cu a cărei soluţionare a fost investit.

„Suspiciunile” pârâtei s-au dovedit, în totalitate, nefondate. Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoşani a procedat la analizarea detaliată a tuturor aspectelor invocate de pârâtă, inclusiv prin efectuarea unui raport de constatare, concluzionând că „organele fiscale au calificat greşit starea de fapt fiscală şi au stabilit în mod eronat obligaţii suplimentare de plată către bugetul general consolidat al statului.” Mai arată procurorul, cu privire la deductibilitatea sumei reprezentând TVA care face obiectul prezentei cauze: „în cazul în care se emite o factură, chiar şi pentru un avans că nu se achită, emitentul facturii are obligaţia de înregistra TVA aferentă ca şi colectată iar beneficiarul are obligaţia de înregistra TVA ca şi deductibilă. Aceste înregistrări permit colectarea TVA la buget, iar persoanele respective sunt obligate a declara taxa prin deconturile aferente perioadei respective. Dacă cei doi parteneri comerciali îşi îndeplinesc obligaţiile, anume înregistrarea şi declararea taxei aferente, bugetul statului nu este prejudiciat, intervenind în acest caz o exigibilitate a taxei anticipate, din moment ce prin înregistrarea TVA colectată la furnizor, taxa deductibilă înregistrată de client a fost stinsă.”

Parchetul a dispus aşadar clasarea, cu motivarea că faptele sesizate de pârâtă nu există. Întrucât pârâta nu a acordat în 2014 drept de deducere societăţii noastre pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei, blocând apoi timp de 5 ani posibilitatea cenzurării de către instanţă a corectitudinii acestei decizii prin sesizarea organelor de urmărire penală şi suspendarea procedurii de judecare a contestaţiei, această sumă nu a mai putut fi folosită de SC A. SRL, ceea ce a contribuit în cele din urmă la ajungerea societăţii în stare de insolvenţă.

Instanţa consideră însă în mod cu totul eronat că „procurorul nu a analizat deloc fapta ce face obiectul Deciziei de impunere contestate în prezenta cauză.” Dimpotrivă, aşa cum s-a arătat, procurorul s-a pronunţat exact cu privire la situaţia de fapt ce face obiectul acestei cauze.

Pentru a respinge contestaţia pe care a formulat-o, instanţa de fond a procedat la o amplă analiză a situaţiei societăţii, concluzia instanţei fiind aceea că „stornarea facturilor de avans este o operaţiune fictivă.” Această concluzie este eronată, instanţa argumentând practic împotriva prevederilor legale. Codul fiscal, consideră astfel instanţa, ar trebui aplicat numai în situaţia în care intimata este pe deplin convinsă de „realitatea” operaţiunilor economice efectuate. Dacă intimata are însă o îndoială, o suspiciune, chiar dovedită nejustificată de către organele de cercetare penală, prevederile legale nu se mai aplică.

Confirmarea acestui argument de către instanţa de fond reprezintă o aplicare greşită a prevederilor legale, aşa cum s-a arătat în precedent.

A solicitat admiterea recursului, casarea sentinţei atacate, urmând ca în rejudecare să se admită contestaţia formulată împotriva Deciziei nr. 1375/27.06.2019, a Deciziei de impunere nr. F-BT 294 din 25.07.2014 şi a Dispoziţiei de măsuri nr. IV 6652/3/ din 25.07.2014 emise în baza Raportului de Inspecţie Fiscală înregistrat sub nr. F-BT 239 din 25.07.2014 şi să se dispună anularea actelor administrativ-fiscale atacate; să se constate, urmare a anularii actelor administrativ-fiscale mai sus arătate, că în mod nelegal şi netemeinic pârâta nu a acordat drept de deducere societăţii pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei. A solicitat şi obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

*Prin întâmpinarea depusă la 23 octombrie 2020, intimata Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice – Administraţia Judeţeană a Finanţelor Publice* a solicitat respingerea recursului ca nefondat şi menţinerea sentinţei recurate ca legală şi temeinică.

În motivarea acestui punct de vedere, intimata a susţinut următoarele:

În apărare, s-a arătat că prin Decizia de impunere privind obligaţiile fiscale suplimentare de plată nr. F-BT 294/25.07.2014, emisă în baza Raportului de inspecţie fiscală nr. F- 239/25.07.2014, organele de control au stabilit următoarele: 592.294 lei - TVA solicitată la rambursare; 573.620 lei - TVA respinsă la rambursare; 18.674 lei - TVA aprobată la rambursare. Pentru neachitarea la scadenţă a TVA în sumă de 573.620 lei s-au calculat pentru perioada 25.12.2013-25.06.2014 dobânzi/majorări de întârziere în sumă de 79 lei şi penalităţi în sumă de 51 lei. Din totalul acestor diferenţe suplimentare, agentul economic a contestat doar suma de 571.056,42 lei TVA deductibilă, motivarea fiind aceea ca pârâta în mod nelegal şi netemeinic nu a acordat drept de deducere societăţii pentru aceasta suma.

Astfel, învederează că în urma inspecţiei fiscale efectuate, organele de inspecţie fiscală au stabilit suplimentar în sarcina societăţii TVA colectată în sumă de 571.056 lei, aferentă avansurilor stornate prin facturile nr. 2501-2508/05.05.2014, emise către SC D. SRL, în sumă totală de 3.216.500 lei, din care TVA în sumă de 605.411,26 lei, întrucât sumele de bani încasate cu titlu de avansuri nu au fost restituite clientului, din suma de 605.411,26 lei acceptându-se stornarea pentru suma de 34.354,84 lei, aferentă avansurilor facturate în perioada februarie 2010-iunie 2012 şi care nu au fost efectiv încasate de la SC D. SRL.

În Raportul de Inspecţie Fiscala nr. F-BT 239/25.07.2014, s-a arătat: contestatoarea nu avea dreptul de rambursare a TVA pentru sumele stornate, ca şi taxă colectată, prin facturile de la nr. 2501 la nr. 2508, emise în data de 05.05.2014, către SC D. SRL, reprezentând stornări de avansuri încasate pentru livrări de linii tehnologice, fără restituirea sumelor încasate, fără existenta vreunui transfer de bani de la SC A. SRL către SC D. SRL, tranzacţiile cuprinse in aceste facturi neavând un continui economic, fiind îndeplinita doar condiţia de forma, nu si de conţinut.

În temeiul prevederilor art. 137 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, petenta nu are dreptul la stornarea facturilor de avansuri, întrucât aceasta nu a restituit efectiv sumele de bani. Trebuie să existe o contrapartidă pe care să o obţină SC D. SRL de la petentă. În baza acestei operaţiuni de transfer de bani, petenta avea dreptul de a emite factura de stornare.

Conform art. 6 din Legea contabilităţii nr. 82/1991, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, orice operaţiune economico-financiară care a fost efectuată se consemnează în momentul efectuării ei într-un document care stă la baza înregistrărilor în contabilitate, şi care dobândeşte astfel calitatea de document justificativ. Ori, în cazul de faţă nu există operaţiunea în cauză.

S-a reţinut astfel, că este necesar ca operaţiunea să existe, să fie reală, să fie efectuată, iar la baza ei să se regăsească o serie de documente justificative.

Speţei în cauză nu i se aplică prevederile art. 138 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările şi completările ulterioare şi ale pct. 20 din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, întrucât se procedează la ajustarea TVA aferentă facturilor de livrări de bunuri şi prestări de servicii, în situaţia în care livrarea nu se mai efectuează, dar a fost emisă iniţial factura de livrare.

În cazul de faţă nu a fost emisă o factură de livrare de bunuri sau de prestare de servicii, pentru a se proceda la anularea/stornarea acesteia.

În cazul de faţă, petenta a facturat contravaloarea avansurilor încasate şi nu a livrărilor.

Prin urmare, va avea dreptul la ajustarea TVA aferentă acestor avansuri în momentul în care va achita/va restitui banii din avansuri către SC D. SRL, respectiv la data la care acea societate va primi banii.

Până la data restituirii banilor nu se poate vorbi despre ajustarea bazei de impozitare, acest fapt neputând avea loc doar pe hârtie, fără suport real.

Trebuie să existe o corelaţie între realitate şi documente. Când va avea loc operaţiunea de restituire a banilor, în acel moment se va crea şi dreptul societăţii de a storna avansurile.

În prezent, factura nu este document justificativ de înregistrare în contabilitate, întrucât nu reflectă o operaţiune economico-financiară.

În speţă sunt aplicabile şi prevederile pct. 46 din Ordinul ministrului finanţelor publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, cu modificările şi completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 14 din Ordonanţa Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările şi completările ulterioare. Din aceste prevederi legale se reţine astfel faptul că la înregistrarea în contabilitate trebuie să se prezinte cât mai fidel operaţiunile economico-financiare, în conformitate cu realitatea economică.

Totodată, organul fiscal a apreciat situaţiile relevante din punct de vedere fiscal după conţinutul lor economic.

Intimata a precizat că, în speţă nu sunt aplicabile prevederile art. 1342 din Codul fiscal şi ale pct. 161 din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004, întrucât avansurile care au fost stornate nu au fost restituite nici după data emiterii facturilor de stornare şi nici până la data încheierii inspecţiei fiscale. Prin urmare, nu a existat nici o operaţiune economică.

Relevanţă în acest caz are şi decizia Curţii Europene de Justiţie dată în cazul C-255/02-Halifax &Others conform căreia, orice artificiu care are drept scop esenţial doar obţinerea unui avantaj, operaţiunea neavând conţinut economic, va fi ignorat, situaţia “normală” care ar fi existat în absenţa acestui artificiu fiind restabilită. Tot jurisprudenţa statuează că, atât timp cât avansul nu este restituit de furnizor, baza de impozitare datorată de acesta din urmă în temeiul încasării acestui avans nu poate fi redusă în temeiul dispoziţiilor coroborate ale articolelor 65, 90 şi 193 din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, potrivit cărora SC A. SRL nu a respectat principiul prevalentei economicului asupra juridicului, respectiv al substanţei asupra formei, ori este foarte important să se constate că atât în perioada supusă inspecţiei fiscale, cât şi ulterior, în perioada iunie 2014-31.12.2018 conţinutul economic al tranzacţiilor care au condus la diferenţe de TVA nu a fost dovedit.

În legătură cu considerentele întocmirii facturilor de storno de la nr. 2501- la nr. 2508 din data de 05.05.2014, care stornează în tot sau în parte facturile nr. 2101, 2102, 2104, 2106, 2110, 2117 si 2209, au fost solicitate explicaţii scrise administratorului societăţii, dl. C., care, în nota explicativă din data de 10.07.2014, precizează următoarele: „Considerentele întocmirii facturilor de storno menţionate mai sus sunt actele adiţionale de reziliere, respectiv actul adiţional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 3/15.02.2010, actul adiţional nr. 3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 5/18.01.2011 şi actul adiţional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 8/25.10.2011.”

Totodată, echipa de inspecţie fiscală a solicitat precizări referitoare la încasarea de la SC D. SRL a sumelor înscrise în facturile iniţiale de avansuri, nr. 2101, 2102, 2104, 2106, 2110, 2117 si 2209, respectiv în ce cuantum au fost încasările totale şi dacă, în momentul întocmirii facturilor de storno din data de 05.05.2014, de la nr. 2501 la nr. 2508, sumele încasate au fost restituite către SC D. SRL

Administratorul SC A. SRL, dl. C., în răspunsul la întrebarea nr. 4 din nota explicativă din data de 10.07.2014, a declarat că „Facturile de avansuri menţionate au fost încasate de la SC D. SRL parţial, pentru suma neîncasată s-a întocmit factura fiscală nr. 2210/31.08.2012 cu suma de - 3.647.953,88 lei. Cuantumul sumei încasate de 3.216.500 lei de A. de la D. (echivalent a facturilor de storno) a fost considerat ca plată a unor obligaţii ale lui D. SRL pentru A. SRL, pentru livrările de mărfuri şi prestările de servicii.”

De asemenea, echipa de inspecţie fiscală a solicitat administratorului societăţii să precizeze dacă deţine alte documente/înscrisuri, în afară de facturile de storno din data de 05.05.2014, relevante pentru stornarea sumei de 3.216.500 lei, şi în caz afirmativ, acestea să fie enumerate şi anexate la răspuns. Dl. C. a precizat în răspunsul la întrebarea nr. 5, că „SC A. SRL deţine actele adiţionale de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare încheiate cu D., detaliate la răspunsul de la întrebarea nr. 3.” Întrucât contractele de vânzare-cumpărare sus-menţionate au fost reziliate de către părţi, înainte de livrarea efectiva a liniilor tehnologice ce au făcut obiectul acestor contracte, organele de inspecţie fiscală au solicitat informaţii scrise şi cu privire la demersurile întreprinse de SC A. SRL pentru obţinerea acelor linii tehnologice ce urmau a fi vândute ulterior către SC D. SRL, dacă SC A. SRL a achitat avansuri în vederea procurării acestor utilaje şi care a fost finalitatea acestor demersuri (dacă s-au realizat achiziţiile de linii tehnologice, iar daca nu, există încă acţiuni în derulare?), precum şi argumentarea cu documente.

şi casarea sentinţei atacate, urmând ca în rejudecare să admiteţi contestaţia pe care am formuiat-o împotriva Deciziei nr. 1375/27.06.2019, a Deciziei de impunere nr. F-BT 294 din 25.07.2014 şi a Dispoziţiei de masuri nr. IV 6652/3/ din 25.07.2014 emise în baza Raportului de Inspecţie Fiscala înregistrat sub nr. F-BT 239 din 25.07.2014 şi să dispuneţi anularea actelor administrativ-fiscale atacate.

Vă rugăm să constataţi, urmare a anularii actelor administrativ-fiscale mai sus arătate, că în mod nelegal şi netemeinic pârâta nu a acordat drept de deducere societăţii noastre pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei.

Vă rugăm să dispuneţi obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În răspunsul la întrebarea nr. 6 din nota explicativă din data de 10.07.2014, administratorul societăţii, dl. C., a precizat următoarele: „Demersurile întreprinse....sunt: au fost solicitate oferte de la diferiţi furnizori, a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu SC E. SRL pentru linie tehnologică pentru fabricat pellet model FASTPELLET 1000 CT/FIX şi înţelegeri verbale cu ceilalţi parteneri de unde a primit oferte, respectiv F. SRL pentru linie producţie banzic vertical F. si G. SRL pentru linie tehnologica pentru fabricat brichete.SC A. SRL nu a achitat nici un avans în vederea procurării acestor linii tehnologice la nici un furnizor. Nu s-au realizat achiziţiile de linii tehnologice, contractul cu E. a fost anulat (anexat contr. nr. 168/20.10.2011 şi actul adiţional). Ofertele primite au trecut de data valabilităţii lor; anexam pentru confirmare ofertele primite de la F. şi G.-15 pagini. Contractele cu D. s-au anulat întrucât avem promisiuni bancare să executam aceste achiziţii din credit bancar pentru a finaliza proiectul pe care îl are A. cu APDRP pe Măsura123 (achiziţii utilaje SAPARD).”

Având în vedere ca SC A. SRL a stornat avansurile facturate către D. SRL şi încasate de la aceasta societate, precum şi faptul ca au fost anulate contractele de vânzare-cumparare încheiate intre cele 2 părţi pentru livrări de linii tehnologice, echipa de inspecţie fiscala a solicitat d-lui. C. o explicaţie cu privire la faptul daca exista alte demersuri întreprinse de SC A. SRL pentru vânzarea aceloraşi linii tehnologice către alţi clienţi sau potenţiali clienţi, iar în caz afirmativ, să argumenteze cu documente.

În răspunsul la întrebarea nr. 7 din nota explicativă din data de 10.07.2014, domnul administrator precizează ca *„*SC A. SRL nu va face alte demersuri pentru livrarea liniilor tehnologice menţionate la întrebarea nr.3, întrucât nu a achitat nici o suma de bani altor furnizori, rezilierea făcându-se pe cale amiabilă. ”

Cu privire la facturile de storno nr. de la 2501 pana la 2508 din data de 05.05.2014, echipa de inspecţie fiscală nu şi-a însuşit punctul de vedere al administratorului societăţii, motivat de faptul că SC A. SRL nu a restituit până la data de 31.05.2014 ( ba chiar mai mult, până la data inspecţiei fiscale) sumele de bani achitate de către SC D. SRL cu titlu de avansuri pentru linii tehnologice. Nu poate fi acceptată nici atribuirea sumelor de bani încasate ca avansuri cu destinaţie precisă, respectiv pentru linii tehnologice, în baza celor 3 contracte prezentate anterior, în contul altor facturi emise în intervalul 2010-mai 2014 de către SC A. SRL pentru SC D. SRL, respectiv pentru material lemnos ori avansuri pentru masă lemnoasă şi pentru brichete din rumeguş.

În motivarea acestui punct de vedere, echipa de inspecţie fiscală a făcut trimitere, în primul rând, la prevederile art. 137, alin 1, lit. a) din Legea nr. 571 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, conform căruia: „Baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugata este constituită din: a) pentru livrări de bunuri şi prestări de servicii, altele decât cele prevăzute la lit. b) şi c), din tot ceea ce constituie contrapartida obţinută sau care urmează a fi obţinută de furnizor ori prestator din partea cumpărătorului, beneficiarului sau a unui terţ, inclusiv subvenţiile direct legate de preţul acestor operaţiuni.”

În temeiul acestui articol, s-a reţinut că, în cazul avansurilor facturate de către SC A. SRL (total de 6.864.453,88 lei, în intervalul 17.02.2010-30.06.2012), diminuate prin factura în roşu nr. 2210/31.08.2012 prin care s-a stornat c/v avansurilor neîncasate (total de 3.647.953,88 lei), baza de impozitare a TVA s-a constituit din contrapartida obţinută, adică suma fără TVA aferentă sumelor de bani încasate de la SC D. SRL (încasări în cuantum total de 3.216.500 lei, după calculele agentului economic).

Astfel, este evident că trebuie respectat conţinutul acestui articol şi când vorbim de relaţia inversă, a stornării avansurilor, contrapartida obţinută trebuind restituită, adică sumele de bani încasate cu titlu de avansuri trebuind restituite către SC D. SRL

În lipsa transferului de bani de la SC A. SRL către SC D. SRL, nu putem vorbi despre ajustarea bazei de impozitare, acest fapt având loc doar pe hârtie, fără suport real.

În susţinerea faptului că restituirea sumelor de bani este o condiţie necesară pentru a justifica întocmirea facturilor de storno şi implicit, pentru a storna taxa colectata, stă şi art. 155, alin. 15 din Codul Fiscal care precizează că: „De asemenea, persoana impozabilă trebuie să emită o factură pentru suma avansurilor încasate în legătură cu o livrare de bunuri sau o prestare de servicii, cel târziu până în cea de-a 15-a zi lucrătoare a lunii următoare celei în care a încasat avansurile, cu excepţia cazului în care factura a fost deja emisă.” Astfel, dacă pentru încasarea unui avans este obligatorie întocmirea facturii în negru, o factură în roşu referitoare la avansuri, atunci când nu sunt aplicabile prevederile pct. 72, alin. 2 din Normele metodologice de aplicare ale Codului Fiscal, aprobate prin H.G.44/2004, referitoare la regularizarea facturilor emise pentru avansuri prin stornarea facturii de avans la data emiterii facturii pentru contravaloarea integrală a livrării de bunuri şi/sau prestării de servicii, nu poate fi întocmită decât pe baza restituirii efective a sumelor de bani încasate cu titlu de avans. Se recunoaşte operaţiunea de stornare a taxei pe valoarea adăugată colectată la furnizor doar în măsura în care are loc transferul de bani în sensul invers, adică al restituirii către plătitorul iniţial.

În susţinere, s-a invocat şi Sentinţa nr. 348/24.10.2012 pronunţată de Curtea de Apel Suceava în dosarul ../39/2012 rămasă irevocabilă prin Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie nr. 5606/06.06.2013, în cazul contestării de către SC D. SRL a Deciziei de impunere nr. 356/31.08.2012, emisă de către organele de inspecţie fiscală din cadrul Direcţiei Generale a Finanţelor Publice a Judeţului, care a statuat clar că avansurile reprezintă sume de bani achitate (la partener încasate) şi că dreptul de deducere al TVA la beneficiar din facturi emise pentru avansuri se poate exercita doar pe măsură ce avansurile facturate au fost şi achitate. Acest fapt vine în susţinerea ideii că, pentru relaţia inversă, a stornării avansurilor, se recunoaşte operaţiunea de stornare a TVA colectată la furnizor doar în măsura în care are loc transferul de bani în sensul invers, adică al restituirii către plătitorul iniţial.

De asemenea, echipa de inspecţie fiscală a subliniat faptul ca art. 138, lit. a) din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare prevede că: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situaţii: a) în cazul desfiinţării totale sau parţiale a contractului pentru livrarea de bunuri sau prestarea de servicii, înainte de efectuarea acestora, dar pentru care au fost emise facturi în avans.”

Acest articol precizează că baza de impozitare se reduce în cazul desfiinţării, nu în momentul desfiinţării totale sau parţiale a contractului pentru livrarea de bunuri, adică la data actului de desfiinţare. Sintagma „in cazul” nu înlătură obligaţia părților dintr-un contract ce se desfiinţează de a restitui foloasele deja obţinute de părţi pe parcursul derulării contractului (în speţă, SC A. SRL a obţinut bani cu titlu de avans pentru livrare de linii tehnologice), această obligaţie fiind atestată şi de prevederile art. 1254 din Codul civil, potrivit căruia: „În cazul în care contractul este desfiinţat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte, în natură sau prin echivalent, prestaţiile primite, potrivit prevederilor art. 1639-1647, chiar dacă acestea au fost executate succesiv sau au avut un caracter continuu.”

Este clară ideea legiuitorului de a statua obligaţia ajustării TVA având la baza o operaţiune reală, fără a contraveni ideii de conţinut economic al tranzacţiei, lipsa acestuia fiind aspru sancţionată de art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, care precizează că: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe in înţelesul prezentului cod, autorităţile fiscale pot sa nu ia in considerare o tranzacţie care nu are un scop economic...Prin tranzacţii artificiale se înţelege tranzacţiile sau seriile de tranzacţii care nu au un continui economic si care nu pot fi utilizate in mod normal in cadrul unor practici economice obişnuite, scopul esenţial al acestora fiind acela de a evita impozitarea ori de a obţine avantaje fiscale care altfel nu ar putea fi acordate”.

Astfel, chiar dacă cele 2 societăţi au încheiate acte de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare de echipamente tehnologice, de comun acord, care respectă prevederile pct. 20 alin.12 din Normele metodologice de aplicare ale Codului Fiscal, aprobate prin H.G. 44/2004, pentru aplicarea art. 138: „În sensul art. 138, lit. a) si b) din Codul Fiscal, desfiinţarea unui contract reprezintă orice modalitate prin care părţile renunţă la contract de comun acord sau ca urmare a unei hotărâri judecătoreşti sau a unui arbitraj”, simpla întocmire a facturilor de storno avansuri, în lipsa restituirii efective a avansurilor încasate, nu înseamnă decât o operaţiune de formă, lipsită de conţinut. Avansurile încasate de recurentă au avut o destinaţie precisă atestată prin contracte, iar din cuprinsul acestora nu rezultă că în cazul nerealizării obiectului contractului sau a desfiinţării acestuia sumele achitate cu titlu de avans pot rămâne în contul altor produse livrate sau care urmează a fi livrate ori care vor fi prestate în viitor.

Având în vedere prevederile legale invocate, rezultă că organul de inspecţie fiscala corect şi legal nu a recunoscut realitatea operaţiunilor de stornare a taxei colectate, înscrise în facturile nr. de la 2501 la 2508 din data de 05.05.2014, având în vedere şi drepturile conferite de art. 6 din O.G. 92/2003 privind Codul de Procedură Fiscală, cu modificările şi completările ulterioare: „Organul de inspecţie fiscală este îndreptăţit să aprecieze, în limitele atribuţiilor şi competenţelor ce ii revin, relevanţa stărilor de fapt fiscale şi să adopte soluţia admisa de lege, întemeiată pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză*”,* motiv pentru care şi organul de soluţionare a contestaţiilor a respins ca neîntemeiată contestaţia formulată cu privire la TVA în sumă de 571.056 lei.

***Examinând sentinţa atacată prin prisma actelor şi lucrărilor dosarului precum şi a motivelor de recurs invocate, Curtea constată că recursul este nefondat, urmând a-l respinge, având în vedere următoarele considerente:***

Deşi prin petiţia de recurs formulată în cauză se reia în mare măsură situaţia de fapt din actele administrativ-fiscale contestate în cauză şi din considerentele hotărârii primei instanţe – prezentată într-o interpretare proprie a recurentei – şi se invocă preponderent motive de netemeinicie şi nu de nelegalitate ale sentinţei recurate, Curtea urmează a răspunde criticilor recurentei printr-o prezentare succintă a situaţiei de fapt şi prin sistematizarea argumentelor celor două părţi.

Astfel, prin Decizia de impunere privind obligaţiile fiscale suplimentare de plată nr. F-BT 294/25.07.2014, emisă în baza Raportului de inspecţie fiscală nr. F- 239/25.07.2014, organele de control au stabilit următoarele: 592.294 lei - TVA solicitată la rambursare; 573.620 lei - TVA respinsă la rambursare; 18.674 lei - TVA aprobată la rambursare;

Pentru neachitarea la scadenţă a TVA în sumă de 573.620 lei s-au calculat pentru perioada 25.12.2013-25.06.2014 dobânzi/majorări de întârziere în sumă de 79 lei şi penalităţi în sumă de 51 lei.

Din totalul acestor diferenţe suplimentare, agentul economic a contestat doar suma de 571.056,42 lei TVA deductibilă, motivarea fiind aceea ca pârâta în mod nelegal şi netemeinic nu a acordat drept de deducere societăţii pentru aceasta suma.

Curtea reţine că în urma inspecţiei fiscale efectuate, organele de inspecţie fiscală au stabilit suplimentar în sarcina societăţii TVA colectată în sumă de 571.056 lei, aferentă avansurilor stornate prin facturile nr. 2501-2508/05.05.2014, emise către SC D. SRL, în sumă totală de 3.216.500 lei, din care TVA în sumă de 605.411,26 lei, întrucât sumele de bani încasate cu titlu de avansuri nu au fost restituite clientului, din suma de 605.411,26 lei acceptându-se stornarea pentru suma de 34.354,84 lei, aferentă avansurilor facturate în perioada februarie 2010-iunie 2012 şi care nu au fost efectiv încasate de la SC D. SRL.

În Raportul de Inspecţie Fiscala nr. F-BT 239/25.07.2014, s-a arătat: contestatoarea nu avea dreptul de rambursare a TVA pentru sumele stornate, ca şi taxă colectată, prin facturile de la nr. 2501 la nr. 2508, emise în data de 05.05.2014, către SC D. SRL, reprezentând stornări de avansuri încasate pentru livrări de linii tehnologice, fără restituirea sumelor încasate, fără existenta vreunui transfer de bani de la SC A. SRL către SC D. SRL, tranzacţiile cuprinse in aceste facturi neavând un conţinut economic, fiind îndeplinita doar condiţia de forma, nu si de conţinut.

În temeiul prevederilor art. 137 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, în mod corect s-a reţinut că reclamanta nu avea dreptul la stornarea facturilor de avansuri, întrucât aceasta nu a restituit efectiv sumele de bani reprezentând avansul încasat. Numai în urma operaţiunii de restituire a banilor, petenta avea dreptul de a emite factura de stornare.

Conform art. 6 din Legea contabilităţii nr. 82/1991, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, orice operaţiune economico-financiară care a fost efectuată se consemnează în momentul efectuării ei într-un document care stă la baza înregistrărilor în contabilitate, şi care dobândeşte astfel calitatea de document justificativ. Ori, în cazul de faţă nu există operaţiunea în cauză.

În ceea ce priveşte susţinerea recurentei în sensul că actele adiţionale de reziliere a contractelor iniţiale ar reprezenta astfel de documente justificative, Curtea nu poate achiesa la o astfel de interpretare, întrucât actele adiţionale de reziliere nu pot face dovada din punct de vedere contabil a restituirii sumelor de bani încasate cu titlu de avans.

De altfel, poziţia recurentei sub acest aspect a fost în sensul că „prin înregistrarea facturilor de stornare a avansurilor a avut loc o diminuare a sumelor pe care SC A. SRL le avea de încasat de la SC D. SRL, însă în mod corect s-a reţinut de instanţa de fond că nu sunt îndeplinite condiţiile legale pentru compensarea debitelor dintre cele două societăţi.

Contrar susţinerilor recurentei, speţei în cauză nu i se aplică prevederile art. 138 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările şi completările ulterioare şi ale pct. 20 din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, întrucât se procedează la ajustarea TVA aferentă facturilor de livrări de bunuri şi prestări de servicii, în situaţia în care livrarea nu se mai efectuează, dar a fost emisă iniţial factura de livrare.

În cazul de faţă nu a fost emisă o factură de livrare de bunuri sau de prestare de servicii, pentru a se proceda la anularea/stornarea acesteia.

În speţă, recurenta a facturat contravaloarea avansurilor încasate şi nu a livrărilor.

Prin urmare, avea dreptul la ajustarea TVA aferentă acestor avansuri în momentul în care ar fi restituit banii din avansuri către SC D. SRL, respectiv la data la care acea societate ar fi primit banii, ceea ce nu s-a întâmplat până la finalizarea inspecţiei fiscale.

În cauză factura de stornare a avansurilor nu este document justificativ de înregistrare în contabilitate, întrucât nu reflectă o operaţiune economico-financiară.

În speţă sunt aplicabile şi prevederile pct. 46 din Ordinul ministrului finanţelor publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, cu modificările şi completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 14 din Ordonanţa Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările şi completările ulterioare. Din aceste prevederi legale se reţine astfel faptul că la înregistrarea în contabilitate trebuie să se prezinte cât mai fidel operaţiunile economico-financiare, în conformitate cu realitatea economică.

Curtea reţine că atât organul fiscal, cât şi instanţa de fond, au apreciat în mod legal situaţiile relevante din punct de vedere fiscal după conţinutul lor economic.

Contrar opiniei recurentei, care susţine interpretarea şi aplicarea greşită în speţă a prevederilor art. 1342 din Codul fiscal şi ale pct. 161 din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004, Curtea apreciază, în acord cu apărările intimatei, că aceste prevederi legale nu sunt aplicabile speţei, întrucât avansurile care au fost stornate nu au fost restituite nici după data emiterii facturilor de stornare şi nici până la data încheierii inspecţiei fiscale. Prin urmare, nu a existat nici o operaţiune economică.

Relevanţă în acest caz are şi decizia Curţii Europene de Justiţie dată în cazul C-255/02-Halifax &Others conform căreia, orice artificiu care are drept scop esenţial doar obţinerea unui avantaj, operaţiunea neavând conţinut economic, va fi ignorat, situaţia “normală” care ar fi existat în absenţa acestui artificiu fiind restabilită. Tot jurisprudenţa statuează că, atât timp cât avansul nu este restituit de furnizor, baza de impozitare datorată de acesta din urmă în temeiul încasării acestui avans nu poate fi redusă în temeiul dispoziţiilor coroborate ale articolelor 65, 90 şi 193 din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, potrivit cărora SC A. SRL nu a respectat principiul prevalentei economicului asupra juridicului, respectiv al substanţei asupra formei, ori este foarte important să se constate că atât în perioada supusă inspecţiei fiscale, cât şi ulterior, în perioada iunie 2014-31.12.2018 conţinutul economic al tranzacţiilor care au condus la diferenţe de TVA nu a fost dovedit.

În legătură cu considerentele întocmirii facturilor de storno de la nr. 2501- la nr. 2508 din data de 05.05.2014, care storneaza în tot sau în parte facturile nr. 2101, 2102, 2104, 2106, 2110, 2117 si 2209, au fost solicitate explicaţii scrise administratorului societăţii, dl. C., care, in nota explicativa din data de 10.07.2014, precizează următoarele: „Considerentele întocmirii facturilor de storno menţionate mai sus sunt actele adiţionale de reziliere, respectiv actul adiţional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 3/15.02.2010, actul adiţional nr. 3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 5/18.01.2011 şi actul adiţional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 8/25.10.2011.”

Curtea consideră că prezintă relevanţă în analiza criticilor recurentei schimbul de relaţii şi de solicitări dintre echipa de inspecţie fiscală şi administratorul societăţii recurente.

Astfel, organele de inspecţie fiscală au solicitat precizări referitoare la încasarea de la SC D. SRL a sumelor înscrise în facturile iniţiale de avansuri, nr. 2101, 2102, 2104, 2106, 2110, 2117 si 2209, respectiv în ce cuantum au fost încasările totale şi dacă, în momentul întocmirii facturilor de storno din data de 05.05.2014, de la nr. 2501 la nr. 2508, sumele încasate au fost restituite către SC D. SRL

Administratorul SC A. SRL, dl. C., în răspunsul la întrebarea nr. 4 din nota explicativă din data de 10.07.2014, a declarat că „Facturile de avansuri menţionate au fost încasate de la SC D. SRL parţial, pentru suma neîncasată s-a întocmit factura fiscală nr. 2210/31.08.2012 cu suma de - 3.647.953,88 lei. Cuantumul sumei încasate de 3.216.500 lei de A. de la D. (echivalent a facturilor de storno) a fost considerat ca plată a unor obligaţii ale lui D. SRL pentru A. SRL, pentru livrările de mărfuri şi prestările de servicii.”

De asemenea, echipa de inspecţie fiscală a solicitat administratorului societăţii să precizeze dacă deţine alte documente/înscrisuri, în afară de facturile de storno din data de 05.05.2014, relevante pentru stornarea sumei de 3.216.500 lei, şi în caz afirmativ, acestea să fie enumerate şi anexate la răspuns. Dl. C. a precizat în răspunsul la întrebarea nr. 5, că „SC A. SRL deţine actele adiţionale de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare încheiate cu D., detaliate la răspunsul de la întrebarea nr. 3.” Întrucât contractele de vânzare-cumpărare sus-menţionate au fost reziliate de către părţi, înainte de livrarea efectiva a liniilor tehnologice ce au făcut obiectul acestor contracte, organele de inspecţie fiscală au solicitat informaţii scrise şi cu privire la demersurile întreprinse de SC A. SRL pentru obţinerea acelor linii tehnologice ce urmau a fi vândute ulterior către SC D. SRL, dacă SC A. SRL a achitat avansuri în vederea procurării acestor utilaje şi care a fost finalitatea acestor demersuri (dacă s-au realizat achiziţiile de linii tehnologice, iar daca nu, există încă acţiuni în derulare?), precum şi argumentarea cu documente.

şi casarea sentinţei atacate, urmând ca în rejudecare să admiteţi contestaţia pe care am formuiat-o împotriva Deciziei nr. 1375/27.06.2019, a Deciziei de impunere nr. F-BT 294 din 25.07.2014 şi a Dispoziţiei de masuri nr. IV 6652/3/ din 25.07.2014 emise în baza Raportului de Inspecţie Fiscala înregistrat sub nr. F-BT 239 din 25.07.2014 şi să dispuneţi anularea actelor administrativ-fiscale atacate.

Vă rugăm să constataţi, urmare a anularii actelor administrativ-fiscale mai sus arătate, că în mod nelegal şi netemeinic pârâta nu a acordat drept de deducere societăţii noastre pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei.

Vă rugăm să dispuneţi obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

În răspunsul la întrebarea nr. 6 din nota explicativă din data de 10.07.2014, administratorul societăţii, dl. C., a precizat următoarele: „Demersurile întreprinse....sunt: au fost solicitate oferte de la diferiţi furnizori, a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu SC E. SRL pentru linie tehnologică pentru fabricat pellet model FASTPELLET 1000 CT/FIX şi înţelegeri verbale cu ceilalţi parteneri de unde a primit oferte, respectiv F. SRL pentru linie producţie banzic vertical F. si G. SRL pentru linie tehnologica pentru fabricat brichete.SC A. SRL nu a achitat nici un avans în vederea procurării acestor linii tehnologice la nici un furnizor. Nu s-au realizat achiziţiile de linii tehnologice, contractul cu E. a fost anulat (anexat contr. nr. 168/20.10.2011 şi actul adiţional). Ofertele primite au trecut de data valabilităţii lor; anexam pentru confirmare ofertele primite de la F. şi G.-15 pagini. Contractele cu D. s-au anulat întrucât avem promisiuni bancare să executam aceste achiziţii din credit bancar pentru a finaliza proiectul pe care îl are A. cu APDRP pe Măsura123 (achiziţii utilaje SAPARD).”

Având în vedere ca SC A. SRL a stornat avansurile facturate către D. SRL şi încasate de la aceasta societate, precum şi faptul ca au fost anulate contractele de vânzare-cumparare încheiate intre cele 2 părţi pentru livrări de linii tehnologice, echipa de inspecţie fiscala a solicitat d-lui. C. o explicaţie cu privire la faptul daca exista alte demersuri întreprinse de SC A. SRL pentru vânzarea aceloraşi linii tehnologice către alţi clienţi sau potenţiali clienţi, iar în caz afirmativ, să argumenteze cu documente.

În răspunsul la întrebarea nr. 7 din nota explicativă din data de 10.07.2014, domnul administrator precizează ca *„*SC A. SRL nu va face alte demersuri pentru livrarea liniilor tehnologice menţionate la întrebarea nr.3, întrucât nu a achitat nici o suma de bani altor furnizori, rezilierea făcându-se pe cale amiabilă. ”

Curtea apreciază că instanţa de fond a reţinut în mod corect că nu s-a făcut dovada realităţii operaţiunii economice ce a stat la baza diferenţei de TVA pentru care inspecţia fiscală a refuzat acordarea dreptului de deducere în condiţiile în care nu s-a dovedit cu documente justificative restituirea sumelor de bani reprezentând avansuri încasate şi nici atribuirea sumelor de bani încasate ca avansuri cu destinaţie precisă, respectiv pentru linii tehnologice, în baza celor 3 contracte prezentate anterior, în contul altor facturi emise în intervalul 2010-mai 2014 de către SC A. SRL pentru SC D. SRL, respectiv pentru material lemnos ori avansuri pentru masă lemnoasă şi pentru brichete din rumeguş.

Astfel conform prevederilor art. 137, alin 1, lit. a) din Legea nr. 571 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare: „Baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugata este constituită din: a) pentru livrări de bunuri şi prestări de servicii, altele decât cele prevăzute la lit. b) şi c), din tot ceea ce constituie contrapartida obţinută sau care urmează a fi obţinută de furnizor ori prestator din partea cumpărătorului, beneficiarului sau a unui terţ, inclusiv subvenţiile direct legate de preţul acestor operaţiuni.”

În temeiul acestui articol, s-a reţinut în mod corect că, în cazul avansurilor facturate de către SC A. SRL (total de 6.864.453,88 lei, în intervalul 17.02.2010-30.06.2012), diminuate prin factura în roşu nr. 2210/31.08.2012 prin care s-a stornat c/v avansurilor neîncasate (total de -3.647.953,88 lei), baza de impozitare a TVA s-a constituit din contrapartida obţinută, adică suma fără TVA aferentă sumelor de bani încasate de la SC D. SRL (încasări în cuantum total de 3.216.500 lei, după calculele agentului economic).

Interpretând prevederea legală anterior menţionată, rezultă cu evidenţă că, în cazul operaţiunii inverse, a stornarii avansurilor, contrapartida obţinută trebuie restituită, adică sumele de bani încasate cu titlu de avansuri era necesar a fi achitate către SC D. SRL

În lipsa transferului de bani de la SC A. SRL către SC D. SRL, nu se poate vorbi despre ajustarea bazei de impozitare, acest fapt având loc doar pe hârtie, fără suport real.

În susţinerea faptului că restituirea sumelor de bani este o condiţie necesară pentru a justifica întocmirea facturilor de storno şi implicit, pentru a storna taxa colectata, stă şi art. 155, alin. 15 din Codul Fiscal care precizează ca: „De asemenea, persoana impozabilă trebuie să emită o factură pentru suma avansurilor încasate în legătură cu o livrare de bunuri sau o prestare de servicii, cel târziu până în cea de-a 15-a zi lucrătoare a lunii următoare celei în care a încasat avansurile, cu excepţia cazului în care factura a fost deja emisă.” Astfel, dacă pentru încasarea unui avans este obligatorie întocmirea facturii în negru, o factură în roşu referitoare la avansuri, atunci când nu sunt aplicabile prevederile pct. 72, alin. 2 din Normele metodologice de aplicare ale Codului Fiscal, aprobate prin H.G.44/2004, referitoare la regularizarea facturilor emise pentru avansuri prin stornarea facturii de avans la data emiterii facturii pentru contravaloarea integrală a livrării de bunuri şi/sau prestării de servicii, nu poate fi întocmită decât pe baza restituirii efective a sumelor de bani încasate cu titlu de avans. Se recunoaşte operaţiunea de stornare a taxei pe valoarea adăugată colectată la furnizor doar în măsura în care are loc transferul de bani în sensul invers, adică al restituirii către plătitorul iniţial.

Aşa cum în mod corect a reţinut şi instanţa de fond, relevantă în cauză este şi Sentinţa nr. 348/24.10.2012 pronunţată de Curtea de Apel Suceava în dosarul ../39/2012 rămasă irevocabilă prin Decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie nr. 5606/06.06.2013, având ca obiect contestarea de către SC D. SRL a Deciziei de impunere nr. 356/31.08.2012, emisă de către organele de inspecţie fiscală din cadrul Direcţiei Generale a Finanţelor Publice, care a statuat clar că avansurile reprezintă sume de bani achitate (la partener încasate) şi că dreptul de deducere al TVA la beneficiar din facturi emise pentru avansuri se poate exercita doar pe măsură ce avansurile facturate au fost şi achitate. Acest fapt vine în susţinerea ideii că, pentru relaţia inversă, a stornării avansurilor, se recunoaşte operaţiunea de stornare a TVA colectată la furnizor doar în măsura în care are loc transferul de bani în sensul invers, adică al restituirii către plătitorul iniţial.

De asemenea, echipa de inspecţie fiscală a subliniat faptul ca art. 138, lit. a) din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare prevede că: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situaţii: a) în cazul desfiinţării totale sau parţiale a contractului pentru livrarea de bunuri sau prestarea de servicii, înainte de efectuarea acestora, dar pentru care au fost emise facturi în avans.”

Acest articol precizează că baza de impozitare se reduce în cazul desfiinţării, nu în momentul desfiinţării totale sau parţiale a contractului pentru livrarea de bunuri, adică la data actului de desfiinţare. Sintagma „in cazul” nu înlătură obligaţia părților dintr-un contract ce se desfiinţează de a restitui foloasele deja obţinute de părţi pe parcursul derulării contractului (în speţă, SC A. SRL a obţinut bani cu titlu de avans pentru livrare de linii tehnologice), această obligaţie fiind atestată şi de prevederile art. 1254 din Codul civil, potrivit căruia: „În cazul în care contractul este desfiinţat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte, în natură sau prin echivalent, prestaţiile primite, potrivit prevederilor art. 1639-1647, chiar dacă acestea au fost executate succesiv sau au avut un caracter continuu.”

Este clară ideea legiuitorului de a statua obligaţia ajustării TVA având la baza o operaţiune reală, fără a contraveni ideii de conţinut economic al tranzacţiei, lipsa acestuia fiind aspru sancţionată de art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările şi completările ulterioare, care precizează că: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe in înţelesul prezentului cod, autorităţile fiscale pot sa nu ia in considerare o tranzacţie care nu are un scop economic...Prin tranzacţii artificiale se înţelege tranzacţiile sau seriile de tranzacţii care nu au un continui economic si care nu pot fi utilizate in mod normal in cadrul unor practici economice obişnuite, scopul esenţial al acestora fiind acela de a evita impozitarea ori de a obţine avantaje fiscale care altfel nu ar putea fi acordate”.

Astfel, chiar dacă cele 2 societăţi au încheiate acte de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare de echipamente tehnologice, de comun acord, care respectă prevederile pct. 20 alin.12 din Normele metodologice de aplicare ale Codului Fiscal, aprobate prin H.G. 44/2004, pentru aplicarea art. 138: „În sensul art. 138, lit. a) si b) din Codul Fiscal, desfiinţarea unui contract reprezintă orice modalitate prin care părţile renunţă la contract de comun acord sau ca urmare a unei hotărâri judecătoreşti sau a unui arbitraj”, simpla întocmire a facturilor de storno avansuri, în lipsa restituirii efective a avansurilor încasate, nu înseamnă decât o operaţiune de formă, lipsită de conţinut. Avansurile încasate de recurentă au avut o destinaţie precisă atestată prin contracte, iar din cuprinsul acestora nu rezultă că în cazul nerealizării obiectului contractului sau a desfiinţării acestuia sumele achitate cu titlu de avans pot rămâne în contul altor produse livrate sau care urmează a fi livrate ori care vor fi prestate în viitor.

În altă ordine de idei, instanţa de fond a apreciat în mod corect conţinutul şi semnificaţia reală a operaţiunilor cercetate în cauză, având în vedere raporturile dintre cele două societăţi implicate în derularea relaţiilor comerciale, faptul că acestea sunt societăţi afiliate şi că beneficiarul final alactivităţii economice al fiecăreia dintre ele este aceeaşi persoană: administratorul comun al societăţilor. În acest context, prin stornarea facturilor de avans, combinată cu o creare artificială a unei datorii a SC D. către SC A. SRL şi compensarea artificială a datoriilor dintre cele două societăţi, respectiv intrarea în insolvenţă a SC D., a fost posibilă obţinerea unui avantaj fiscal constând în rambursarea TVA-ului către societatea recurentă, fără a se achita şi TVA-ul pe care SC D. îl datorează către stat şi pe care aceasta l-a evidenţiat în decontul de TVA.

Referitor la critica recurentei prin care se susţine că prin Ordonanţa Parchetului de pe lângă Tribunalul Botoşani s-ar fi rezolvat definitiv şi chestiunea legalităţii dreptului de a cere rambursarea TVA – ului aferentă celor 8 facturi emise la data de 05.05.2014, Curtea nu poate fi de acord cu această susţinere, în condiţiile în care procurorul nu a procedat la o analiză efectivă a faptei ce face obiectul deciziei de impunere contestată în prezenta cauză şi nu concluzionează în mod decizoriu cu privire la legalitatea stornării de facturi de avans din 5.05.2014.

În consecinţă, Curtea reţine că, atât instanţa de fond, cât şi organul de inspecţie fiscala corect şi legal nu au recunoscut realitatea operaţiunilor de stornare a taxei colectate, înscrise în facturile nr. de la 2501 la 2508 din data de 05.05.2014. Instanţa are în vedere şi drepturile conferite de art. 6 din O.G. 92/2003 privind Codul de Procedură Fiscală, cu modificările şi completările ulterioare: „Organul de inspecţie fiscală este îndreptăţit să aprecieze, în limitele atribuţiilor şi competenţelor ce îi revin, relevanţa stărilor de fapt fiscale şi să adopte soluţia admisa de lege, întemeiată pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză*”,* astfel că în mod corect şi organul de soluţionare a contestaţiilor a respins ca neîntemeiată contestaţia formulată cu privire la TVA în sumă de 571.056 lei.

În consecinţă, criticile recurentei nefiind întemeiate, Curtea urmează a respinge recursul ca nefondat.

**SECŢIA PENALĂ ŞI PENTRU CAUZE CU MINORI**

**1. Principiul neagravării situaţiei juridice în propria cale de atac. Interpretare. Obiectul cauzei – art. 6 Cod penal**

***Rezumat***:

*Situaţia de fapt şi de drept din speţă vizează ipoteza în care, în aplicarea art. 6 Cod penal, prima instanţă de judecată a admis cererea petentului, a redus pedeapsa la un maxim special prevăzut de legea nouă prin efectuarea unei corespondenţe greşite sub aspectul încadrării juridice a faptei în Noul Cod penal (în sensul că a prevăzut ca şi corespondent al infracţiunii de înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave, prev. de art. 215 alin. 1, 3 şi 5 Cod penal anterior (pentru care petentul fusese condamnat) – în art. 244 alin. 1 şi 2 Noul Cod penal (reducând pedeapsa de 10 ani închisoare pronunţată faţă de petent prin sentinţa de condamnare, la 5 ani închisoare – maximul prevăzut de textul de lege indicat) în condiţiile în care varianta corespunzătoare din Noul Cod penal este cea reglementată de art. 244 alin. 1 cu aplicarea art. 2561 din Noul Cod penal (şi care are ca efect reducerea pedepsei de 10 ani închisoare la 4 ani şi 6 luni ani închisoare – maximul prevăzut de noul text de lege indicat).*

*Problema de drept ridicată de Curtea de Apel Suceava vizează interpretarea principiului negravării situaţiei juridice a petentului în propria cale de atac, în sensul dacă acest principiu este încălcat în situaţia realizării de către instanţa de control judiciar a corespondenţei juridice corecte a infracţiunii în Noul Cod penal, prin raportare la articolul care reglementează o altă agravantă decât cea reţinută de către prima instanţă (art. 2561 din Noul Cod penal în loc de alineatul 2 al art. 244 Cod penal), în condiţiile în care aceasta are ca efect reducerea pedepsei câştigate de către petent în primă instanţă şi, pe cale de consecinţă, admiterea contestaţiei.*

***Într-o opinie,*** *în cadrul operaţiunii de efectuare a corespondenţei între încadrarea juridică dată în mod definitiv condamnatului potrivit legii vechi şi încadrarea juridică pe care instanţa învestită cu aplic. art. 6 Cod penal trebuie să o stabilească potrivit legii noi, dacă instanţa de fond învestită cu contestaţia la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal stabileşte o încadrare juridică corespondentă în noua legislaţie greşită (prin adăugarea unei noi agravante şi omisiunea reţinerii unei alte agravante, cum este cazul în speţă), instanţa de control judiciar învestită cu verificarea legalităţii soluţiei dată în contestaţia la executare este obligată să îndrepte nelegalitatea instanţei de fond, însă cu respectarea principiului neagravării în propria cale de atac (în speţă neagravarea situaţiei în propria contestaţie), astfel încât va înlătura circumstanţa agravantă a infracţiunii reţinută în mod greşit, dar nu va putea reţine circumstanţa agravantă omisă a fi reţinută de instanţa de fond, o astfel de circumstanţă având efect de agravare a limitelor de pedeapsă pentru infracţiunea supusă analizei din perspectiva art. 6 Cod penal.*

*Faptul că în urma corectării nelegalităţii sentinţei apelate ca urmare a efectuării greşite de către instanţa de fond a operaţiunii de contopire a pedepsei pentru infracţiunea pentru care s-a făcut aplicarea art. 6 Cod penal cu infracţiunea pentru care nu s-au modificat limitele de pedeapsă conform art. 6 Cod penal, s-ar ajunge la o pedeapsă mai uşoară decât cea stabilită de instanţa de fond învestită cu aplicarea art. 6 Cod penal, nu justifică reţinerea în încadrarea juridică a faptei de înşelăciune a disp. art. 256¹ Cod penal, întrucât principiul neagravării situaţiei în propria cale de atac vizează nu doar rezultatul final la care se ajunge în urma corectării nelegalităţilor sentinţei contestate, ci fiecare aspect de nelegalitate a cărui corectare ar conduce la agravarea situaţiei persoanei care a declarat calea de atac.*

***Într-o altă opinie****, în interpretarea dispoziţiilor art. 6 alin. (1) din Codul penal, principiul neagravării situaţiei juridice în propria cale de atac nu este încălcat în situaţia realizării de către instanţa de control judiciar a corespondenţei juridice corecte a infracţiunii în Noul Cod penal, prin raportare la articolul care reglementează o altă agravantă decât cea reţinută de către prima instanţă (art. 2561 din Noul Cod penal în loc de alineatul 2 al art. 244 Cod penal), în condiţiile în care aceasta are ca efect reducerea pedepsei câstigate de către petent în primă instanţă şi, pe cale de consecinţă, admiterea contestaţiei.*

*În argumentarea acestei opinii se arată că, în speţă, în cazul pedepsei definitive aplicată condamnatului pentru infracţiunea de înşelăciune care a produs consecinţe deosebit de grave potrivit Codului penal anterior – art. 215 alin. 1, 3 şi 5 Cod penal anterior, determinarea maximului special prevăzut de legea nouă se realizează prin raportare la varianta agravată a infracţiunii de înşelăciune enumerată în art. 2561 din Noul Cod penal (cu trimitere la art. 244 alin. 1 noul Cod penal). Urmare a realizării corecte a corespondenţei dintre dispoziţiile legale incriminatorii de pe Vechiul Cod penal cu dispoziţiile legale incriminatorii din Noul Cod penal, respectiv art. 2561 din Noul Cod penal raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal, contestatorul condamnat beneficiază de reducerea pedepsei de 10 ani închisoare, la care a fost condamnat sub aspectul infracţiunii de înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave – prev de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, la pedeapsa de 4 ani şi 6 luni închisoare – acesta fiind maximul special legal prevăzut de textele de lege corespunzătoare din Noul Cod penal, respectiv art. 2561 raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal cu aplicare art. 35 alin. 1 Noul Cod penal.*

*În condiţiile în care prima instanţă de judecată, în soluţionarea contestaţiei la executare, sub aspectul infracţiunii de înşelăciune, prin efectuarea unei corespondenţe greşite a dispoziţiilor legale incriminatorii pe Noul Cod penal, i-a redus pedeapsa de 10 ani închisoare la care a fost condamnat, la un maxim special de 5 ani închisoare, iar prin raţionamentul juridic expus mai sus, reducerea pedepsei are loc la 4 ani şi 6 luni închisoare (în loc de 5 ani închisoare, cât a primit în primă instanţă), se apreciază că nu se poate pretinde că s-ar încălca principiul neagravării situaţiei juridice a contestatorului în propria cale de atac. Şi aceasta întrucât din perspectiva art. 6 Cod penal (singurul obiect al contestaţiei la executare şi, pe cale de consecinţă, şi a contestaţiei ca şi cale de atac) criteriile de stabilire a legii mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei, au fost reduse la unul singur: compararea pedepsei aplicate în baza legii în temeiul căreia s-a pronunţat hotărârea definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, modificarea sancţiunii limitându-se la reducerea ei la maximul prevăzut de legea nouă.*

*Încadrarea juridică stabilită faptei pentru care s-a dispus condamnarea a intrat în autoritate de lucru judecat iar efectuarea de către prima instanţă de judecată a unei corespondenţe greşite a textului de lege incriminator din vechiul Cod penal în dispoziţii din Noul Cod penal poate fi remediată şi se impune a fi remediată în propia cale de atac a contestatorului atâta timp cât, urmare a reţinerii greşite a unor dispoziţii legale incriminatorii prima instanţă a aplicat pedeapsa de 5 ani închisoare, pe când, în calea de atac a contestaţiei, urmare a remedierii acestei greşeli şi reţinerii corecte a textului de lege incriminator prev. de Noul Cod penal, se ajunge la o pedeapsă mai mică decât cea aplicată de prima instanţă, respectiv de 4 ani şi 6 luni închisoare – acesta fiind maximul special legal prevăzut de Noul Cod penal pentru infracţiunea pentru care contestatorul din prezenta cauză a fost condamnat. Situaţia juridică a contestatorului nu se agravează iar scopul articolului 6 Noul Cod penal este atins, şi anume înlăturarea sporului de pedeapsă ce nu mai are suport legal (principiul legalităţii pedepsei).*

*Se apreciază că nu se poate pretinde că prezentul contestator a câştigat în primă instanţă o încadrare juridică (art. 244 alin. 1 şi alin. 2 Noul Cod penal). Nu se poate pretinde ca instanţa de control judiciar să fie ţinută de această încadrare juridică necorespunzătoare şi, pe cale de consecinţă, să fie obligată să înlăture doar partea nelegală din această încadrare (în speţă alin. 2 din art. 244 Cod penal) urmând ca cel condamnat să beneficieze de rezultatul astfel produs – art. 244 alin. 1 Cod penal, respectiv de pedeapsa prevăzută de acest text de lege incriminator – 3 ani închisoare. Şi aceasta deoarece situaţia de fapt şi de drept analizate au fost stabilite cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare, singura derogare de la principiul autorităţii de lucru judecat din perspectiva art. 6 Cod penal fiind permisă doar sub aspectul legalităţii pedepsei.*

*În această opinie se concluzionează că, a realiza în calea de atac a contestatorului o corespondenţă corectă a normelor legale incriminatorii care are ca efect aplicarea unei pedepse mai mici decât cea stabilită de prima instanţă de judecată urmare a reţinerii de către aceasta, sub aspectul încadrării juridice a faptei, a unor dispoziţiile legale greşite din Noul Cod penal, nu duce la încălcarea principiului neagravării situaţiei juridice în propria cale de atac.*

*Prin încadrarea corectă a faptei de înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave în art. 2561 raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal cu aplicare art. 35 alin. 1 Noul Cod penal (din art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 41 alin. 2 Cod penal 1969) instanţa de control judiciar nu reţine o circumstanţă agravantă nouă în propria cale de atac a contestatorului, varianta agravată a infracţiunii de înşelăciune fiind stabilită cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare.*

(Decizia nr. 35 din 23 februarie 2021, dosar nr. 2721/93/2019\*)

**Hotărârea:**

Prin Sentinţa penală nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoşani– Secţia Penală pronunţată în dosarul nr. .../93/2019\*s-a admis *contestaţia la executare* formulată de contestatorul **A.**

În temeiul art. 595 alin 1 teza a II-a Cod proc. penală cu referire la art. 6 şi Decizia Curţii Constituţionale nr. 368/2017 s-a descontopit pedeapsa rezultantă cea mai grea de 10 ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani aplicată inculpatului prin decizia penală nr. 935 din 8.12.2017 pronunțată de Curtea de Apel Iaşi în pedepsele componente aplicate de Tribunalul Iaşi prin Sentinţa penală nr.108/03.02.2015 pe care le-a repus în individualitatea lor rezultând:

- pedeapsa închisorii de 6 ani și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de spălare de bani prev. de art. 29 alin.1 lit. a din Legea nr. 656/2002 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012, cu referire la infracțiunea de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a Cod penal 1969, prin schimbarea încadrării juridice din art. 23 alin.1 lit. a din Legea nr.656/2002 modificată, cu referire la art. 215 alin.1 , 3, 5 Cod penal1969, cu art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu art. 5 din Noul Cod penal,

- pedeapsa închisorii de 10 ani și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înşelăciune, prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal.

În baza art. 6 alin 1 Cod Penal s-a redus pedeapsa de 10 ani închisoare aplicată pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune în formă continuată la maximul pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 şi 2 Cod Penal, cu aplicarea art. 35 NCP, respectiv la 5 ani.

În baza art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, s-a aplicat inculpatului pedeapsa cea mai grea de 6 ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, sporită cu 3 ani închisoare, în final condamnatul urmând să execute pedeapsa rezultantă de 9 ani închisoare şi 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c VCP.

S-a făcut aplicarea art. 71 – 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c Cod penal din 1969 pe durata executării pedepsei principale.

S-a dedus din pedeapsa aplicată perioada executată, de la 06 octombrie 2009 la 4 noiembrie 2009, și de la 22 decembrie 2016 la zi .

S-a anulat MEPI nr. 116/2015 din 08.12.2017 emis de Tribunalul Iași – Secţia Penală şi s-a dispus emiterea unui nou mandat de executare a pedepsei închisorii.

Totodată a fost obligat contestatorul A. să plătească statului 50 lei cheltuieli judiciare.

S-a dispus că onorariul avocatului din oficiu în cuantum de 313 lei se achită Baroului Botoşani din fondul Ministerului Justiţiei.

***Pentru a pronunţa această sentinţă, Tribunalul Botoşani a reţinut următoarele:***

Prin cererea înregistrată, iniţial, la data de 18 septembrie 2019 pe rolul Tribunalului Ilfov sub nr ../93/2019, condamnatul A.a formulat contestaţie la executare solicitând aplicarea legii penale mai favorabile în raport de condamnarea aplicată prin Sentinţa penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. 9514/99/2011, rămasă definitivă prin Decizia penală a Curţii de Apel Iaşi nr. 931 din 22 decembrie 2016.

În motivarea contestaţiei s-a arătat că prin sentinţa penală menţionată acesta a fost condamnat la pedeapsa de 10 ani pentru infracţiunea de înşelăciune şi la pedeapsa de 6 ani pentru infracţiunea de spălare de bani, iar la data rămânerii definitive a sentinţei, cu toate că a intrat în vigoare Noul Cod Penal, datorită prevederilor art. 35 alin. 1 care conţinea sintagma „şi împotriva aceluiaşi subiect pasiv” nu i s-a putut aplica legea penală mai favorabilă.

Acesta a invocat şi a făcut trimitere la considerentele unor decizii date de Curtea Constituţională şi de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie prin care s-au stabilit condiţiile aplicării legii penale mai favorabilă, aspectele fiind detaliate în conţinutul cererii.

A mai considerat condamnatul că, în raport de toate cele arătate în cererea sa, îndeplinește toate condiţiile legale în ceea ce priveşte aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei, conform art. 6 alin. 1 și alin. 3 Cod penal care prevede că după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare si până la executarea pedepsei a intervenit o lege penală mai favorabilă, pedeapsa închisorii sau amenzii se reduce la maximum prevăzut de legea nouă, dacă sancţiunea aplicată este mai mare decât acest maxim. Referindu-se la situaţia sa juridică, prevăzută prin sentinţa penală de condamnare se poate constata că infracţiunea de înşelăciune pentru care a fost condamnat conform art. 215 alin. 1, alin. 3 si alin. 5 cu aplicarea art. 41 alin. 2, toate prevăzute de Cod penal din 1969, are corespondent în art. 244 alin. 1 si alin. 2 din Noul Cod penal unde pedeapsa maximă prevăzută de lege este de 5 ani. Totodată, datorită neconstituţionalităţii sintagmei: „şi împotriva aceluiaşi subiect pasiv” infracţiunea continuată prevăzută de art. 35 alin. 1 din Noul Cod penal se regăseşte în integralitatea ei prevăzută de art. 41 alin. 2 Cod penal din 1969.

A mai considerat condamnatul în cuprinsul cererii sale că, ţinând cont de faptul că în condamnarea sa pentru infracţiunea de înşelăciune s-au reţinut disp. art. 41 alin. 2, se impune aplicarea legii mai favorabile cum este prevăzută în Noul Cod penal.

Prin urmare, contestatorul a arătat că mecanismul de aplicare al legii penale mai favorabile este limitat la asigurarea legalităţii pedepsei aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare conform legii penale anterioare, în raport cu legea penală nouă, mecanism ce implică eliminarea plusului de pedeapsă care avea temei legal în Codul penal anterior, dar care prin aplicarea şi intrarea în vigoare a Noului Cod penal rămâne lipsit de temei legal, asigurându-se astfel legalitatea pedepsei aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare, după intrarea în vigoare a legii penale şi fiind singura situaţie în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitiv aplicate mai poate fi înfrântă.

Pornind de la această situaţie, prin neaplicarea legii penale mai favorabile se poate constata că pedeapsa pentru infracţiunea de înşelăciune în forma continuată, menţinându-se la cuantumul de 7 ani necoborându-se la maximum de 5 ani, este lipsită de temei legal.

În ceea ce priveşte practica judiciară, contestatorul a arătat că într-o situaţie identică cu situaţia sa, Tribunalul Bihor, prin Sentinţa penală nr. 156 din 07 noiembrie 2017, a aplicat prevederile art. 6 alin. 1 Sentinţei penale nr 58 din 07 martie 2013pronunţată de Tribunalul Ialomiţa, rămasă definitivă prin decizia penală nr. 12 din 14 octombrie 2014 a Curţii de Apel Bucureşti- Secţia a II-a penală.

Tot în ceea ce priveşte practica unitară, a mai arătat că Tribunalul Ilfov, prin Sentinţa penală 176/2019, a aplicat prevederile art. 6 alin 1 la Sentinţa penala nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi şi rămasă definitivă prin decizia penală nr. 931 *din 22 decembrie* 2016 a Curţii de Apel Iaşi.

În consecință, condamnatul a solicitat admiterea prezentei cereri, asa cum a fost formulată şi motivată, în sensul de a se descontopi mandatul pe care îl execută în prezent, urmând să se repună în individualitatea lor toate pedepsele aplicate, să se facă aplicarea art. 6 alin. 1 Cod penal, reducându-se pedeapsa de 10 ani la maximum prevăzut de legea nouă, adică la 5 ani, să se contopească cele două pedepse de 6, respectiv 5 ani şi constatându-se că toate faptele sunt săvârşite sub imperiul legii vechi, având în vedere şi Decizia nr. 29 din 19 noiembrie 2015 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, să se stabilească ca lege mai favorabilă pentru mecanismul de contopire, ca fiind legea veche urmând să-i fie contopite cele două pedepse la maximum 6 ani. În acest sens, s-au indicat consideraţiile Deciziei nr. 1/2014 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie care arată că: „deoarece suntem în cazul unor pedepse definitive, aplicarea unor dispoziţii care s-au făcut deja în cursul procesului penal, nu mai poate fi făcută ulterior pentru că ar înfrânge autoritatea de lucru judecat.”

Prin ***Sentinţa penală nr. 375 din 31 octombrie 2019 a Tribunalului Ilfov*** s-a admis excepţia necompetenţei teritoriale şi s-a declinat competenţa de soluţionare în favoarea Tribunalului Botoşani.

**Primul ciclu procesual:**

Astfel învestit cu soluționarea cauzei, Tribunalul Botoșani a dispus citarea contestatorului, desemnarea unui apărător din oficiu pentru acesta şi a solicitat ataşarea sentinţei penale de condamnare nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi, însoţită de referat executări penale.

Prin ***Sentinţa penală nr. 67/14 mai 2020 a Tribunalului Botoşani*** s-a respins, ca nefondată, contestaţia la executare formulată de contestatorul A. şi a fost obligat contestatorul să plătească statului suma de 50 lei cheltuieli judiciare.

Pentru a se pronunţa astfel, instanţa a reţinut că petentul a solicitat, în conformitate cu disp. art. 6 Cod penal, aplicarea legii penale mai favorabile în raport de pedeapsa aplicată prin sentinţa de condamnare, având în vedere Decizia nr. 368/2017 a Curţii Constituţionale.

Or, respectiva decizie a Curţii Constituţionale, publicată în Monitorul Oficial nr. 566 din 17 iulie 2017, este anterioară datei de 8 decembrie 2017, la care s-a pronunţat decizia nr. 935 a Curţii de Apel Iaşi prin care s-a rejudecat pe fond apelul, inclusiv sub aspectul legii penale mai favorabile. În atare condiţii, s-a considerat că nu se poate reţine că aspectele invocate ca fiind mai favorabile au intervenit după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, pentru a fi aplicabile prevederile art. 6 Cod penal.

Practic, s-a susţinut că prin prezenta cerere condamnatul solicită exercitarea unui nou control asupra deciziei pronunţate în apel, în condiţiile în care la soluţionarea acestuia nici el nu a invocat şi nici instanţa nu a pus în discuţie incidenţa Deciziei Curţii Constituţionale.

Sentinţa penală sus menţionată a fost atacată de contestator şi, prin ***Decizia penală nr. 101/14.09.2020 a Curţii de Apel Suceava***, s-a admis contestaţia acestuia şi ***s-a desfiinţat în totalitate sentinţa penală contestată şi s-a trimis cauza spre rejudecare primei instanţe.***

Pentru a pronunţa această soluţie Curtea de Apel Suceava a *constatat că susţinerile contestatorului privind modificarea pedepsei pentru care a fost condamnat, în sensul reţinerii noului Cod penal cu privire infracţiunile pentru care a fost condamnat, având în vedere declararea ca neconstituțonală a sintagmei „şi împotriva aceluiaşi subiect pasiv” din cuprinsul dispoziţiilor*[*art. 35*](javascript:OpenDocumentView(246950,%204675664);)*alin. (1) din Codul penal, nu a fost analizată de prima instanță pe fondul ei,* astfel încât instanța de control judiciar aconstatat că se impune admiterea contestaţiei, desfiinţarea sentinţei penale atacate şi trimiterea cauzei spre rejudecare la aceeaşi instanţă în vederea unei analize concrete şi complete, în care contestatorul să beneficieze de toate drepturile şi garanţiile unui proces echitabil, aşa cum prevăd dispoziţiile art. 6 din Convenţia europeană a Drepturilor Omului şi a Libertăţilor Fundamentale. În considerarea acestor exigențe, unicul remediu pentru a asigura o judecată efectivă este trimiterea cauzei spre rejudecare astfel încât contestatorul să poată beneficia, în mod efectiv, de o cale de atac, conform art. 2 din Protocolul nr. 7 la Convenţie.

S-a arătat că procedura ce vizează contestația la executare are consecinţe directe, printre altele, şi asupra libertăţii persoanei care a formulat cererea, motiv pentru care contestatorul trebuie să beneficieze de toate drepturile şi garanţiile unui proces echitabil, aşa cum prevăd dispoziţiile art.6 din CEDO, respectiv de dreptul de a i se examina cauza penală în două grade de jurisdicţie, în conformitate cu art. 2 al Protocolului nr. 7 la Convenţie.

Drept urmare, s-a impus desfiinţarea sentinţei penale atacate şi trimiterea cauzei primei instanţe pentru a o soluţiona cu respectarea tuturor garanţiilor procesuale conferite părţilor şi prin clarificarea tuturor aspectelor de care depinde completa şi legala soluţionare a acesteia, după cum s-a arătat anterior în cuprinsul prezentei decizii.

**Al doilea ciclu procesual**

Astfel reînvestit cu soluționarea cauzei, Tribunalul Botoșani a dispus citarea contestatorului şi desemnarea unui apărător din oficiu pentru acesta.

În susţinerea contestaţiei la executare, contestatorul a depus la dosar înscrisuri constând în memorii, hotărâri judecătoreşti, precum şi jurisprudenţă în materie .

***Analizând cererea formulată de petentul-condamnat A., Tribunalul a reţinut următoarele:***

Prin ***Sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. ../99/2011\*,*** rămasă definitivă prin Decizia penală a Curţii de Apel Iaşi nr. 931 din 22 decembrie 2016, s-au dispus următoarele cu privire la contestator:

„Condamnă pe inculpatul A., pentru săvârșirea infracțiunilor de:

- ***înşelăciune***, prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 Noul Cod Penal, la **pedeapsa închisorii de 10 ani;**

- fals in înscrisuri sub semnătură privata, prev. de art. 290 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 33 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal, la pedeapsa închisorii de 10 luni;

- participație improprie la fals intelectual, prev. de art. 31 alin. 2 Cod penal 1969, cu referire la art. 289 alin. 1, art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a, art. 33 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal, la pedeapsa închisorii de 2 ani;

- uz de fals, prev. de art. 291 alin.1 Cod penal1969, art. 41 alin. 2, art. 33 alin.1 lit. a din acelaşi Cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal, la pedeapsa închisorii de 2 ani;

- spălare de bani, prev. de art. 29 alin.1 lit. a din Legea nr. 656/2002, cu referire la infracțiunea de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a Cod penal1969, prin schimbarea încadrării juridice din art. 23 alin.1 lit. a din Legea nr.656/2002, cu referire la art. 215 alin.1,3, 5 Cod penal1969, cu art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a din același Cod, la pedeapsa închisorii de 6 ani.

În baza art. 12 din Legea nr. 187/2012 coroborat cu art.65 alin.2 din Cod penal 1969, i s-a aplicat inculpatului, pe lângă pedeapsa principală aplicată pentru infracțiunea de înșelăciune, pedeapsa complementară constând în interzicerea drepturilor prevăzute de art.64 alin.1 lit. a teza a doua şi lit. b din Cod penal 1969, pentru o durată de 5 ani, ce va fi executata în condițiile art. 66 Cod penal 1969.

În baza art. 33 alin.1 lit. a si art. 34 alin.1 lit. b Cod penal 1969, au fost contopite pedepsele aplicate inculpatului prin prezenta sentința, inculpatul urmând să execute pedeapsa cea mai grea de **10 ani închisoare,** alături de aceasta urmând să execute şi pedeapsa complementară aplicată pentru infracțiunea de înșelăciune.

În baza art. 12 din Legea nr. 187/2012 coroborat cu art. 71 alin.1, 2, 3 Cod penal 1969, i s-a aplicat inculpatului pedeapsa accesorie constând în interzicerea drepturilor prevăzute de art. 64 alin.1 lit. a teza a doua si lit. b Cod penal 1969 ce va fi executată conform art. 71 alin. 2 Cod penal 1969.

În baza art. 88 Cod penal 1969 s-a dedus din pedeapsa aplicată inculpatului durata reținerii din 06 octombrie 2009 şi durata arestării preventive din 07 octombrie 2009 – 03 noiembrie 2009.”

Sentința pronunțată de Tribunalul Iași a fost apelată atât de către DNA, cât și de către inculpați, inclusiv de inculpatul A., iar prin ***Decizia penală nr. 931 din 22 decembrie 2016*** ***Curtea de Apel Iaşi*** a admis toate apelurile și a dispus cu privire la inculpatul A. următoarele:

A înlăturat disp. art. 33 alin. 1 lit. a Cod penal 1969 din încadrarea juridică a faptelor de ,,fals în înscrisuri sub semnătură privată” prev. de 290 Cod penal 1969, uz de fals prev. de art. 291 alin. 1 Cod penal 1969, şi participaţie improprie la infracţiunea de fals intelectual prev. de art. art. 31 alin. 2, art. 289 alin. 1 Cod penal 1969.

A reţinut la încadrarea juridică a faptei de spălare de bani prev. de art. 29 alin. 1 lit. a din Legea nr. 656/2002 cu referire la art. 215 alin. 1, 3, 5 Cod penal din 1969, menţiunea ,,Legea nr. 656/2002, în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012”.

A reţinut disp. art. 5 Cod penal la încadrarea juridică a faptei de spălare de bani prev. de art. 29 alin. 1 lit. a din Legea nr. 656/2002 cu referire la art. 215 alin. 1, 3, 5 Cod penal 1969.

A menţinut cuantumul pedepselor principale cu închisoarea aplicate inculpatului prin sentinţa penală apelată pentru săvârşirea infracţiunilor de înşelăciune prev. de art. 215 alin. 1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplic. art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a Cod penal 1969, cu aplic. art. 5 Cod penal, fals în înscrisuri sub semnătură privată prev. de art. 290 Cod penal 1969, cu aplic. art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, cu aplic. art. 5 Cod penal, uz de fals prev. de art. 291 alin. 1 Cod penal 1969, cu aplic. art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, cu aplic. art. 5 Cod penal, participaţie improprie la infracţiunea de fals intelectual prev. de art. 25 rap. la art. 31 alin. 2, art. 289 alin. 1 Cod penal 1969, cu aplic. art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a Cod penal 1969, cu aplic. art. 5 Cod penal şi spălare de bani prev. de art. 29 alin. 1 lit. a din Legea nr. 656/2002 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012, cu referire la art. 215 alin. 1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplic. art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a Cod penal 1969, cu aplic. art. 5 Cod penal.

În baza art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, a contopit pedepsele aplicate inculpatului în pedeapsa rezultantă cea mai grea, de 10 ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani.

Ulterior, împotriva deciziei pronunțate în apel a formulat contestație în anulare DNA- Serviciul Teritorial Iași întemeiată pe disp. art. 426 alin. 1 lit. b Cod de procedură penală, cale extraordinară de atac care a fost admisă prin Decizia penală nr. 935/8.12.2017 pronunțată de Curtea de Apel Iaşi și, în consecință, a fost desființată parțial decizia nr. 931 din 22.12.2016 a Curții de Apel Iaşi cu privire la menținerea soluțiilor pronunțate de Tribunalul Iași de condamnare a unor inculpați, între care și A., dispunându-se, în apelul admis al inculpatului A:

În temeiul dispozițiilor art. 396 aliniatul 6 Cod procedură penală rap. la art. 16 aliniatul 1 lit. f Cod procedură penală, raportate la art. 122 lit. d Cod penal 1969 și art. 124 Cod penal 1969, încetarea procesului penal față de A., sub aspectul săvârșirii infracțiunilor de fals în înscrisuri sub semnătură privată, prev. de art. 290 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2 din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal, participație improprie la fals intelectual, prev. de art. 31 alin. 2 Cod penal 1969, cu referire la art. 289 alin. 1, art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal și uz de fals, prev. de art. 291 alin.1 din Cod penal1969, art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal

S-au înlăturat din decizia penală nr. 931 din 22.12.2016 a Curţii de Apel Iaşi și din sentința penală nr. 108/NCPP din 03.02.2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. ../99/2011\* pedepsele principale, complementare și accesorii aplicate pentru săvârșirea acestor infracțiuni.

S-au repus în individualitatea lor pedepsele componente ale unicei rezultante de executat pentru A., respectiv **pedeapsa de 6 ani** închisoare și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de spălare de bani, prev. de art. 29 alin.1 lit. a din Legea nr. 656/2002 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012, cu referire la infracțiunea de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a Cod penal 1969, **precum și pedeapsa închisorii de 10 ani** și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înşelăciune, prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal.

În baza art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, s-au contopit pedepsele aplicate inculpatului, în pedeapsa rezultantă cea mai grea, **de 10 ani închisoare** şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani.

Analizând contestaţia la executare formulată, Tribunalul a reţinut că potrivit art. 595 alin. 1 Cod procedură penală, „când după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare sau a hotărârii prin care s-a aplicat o măsură educativă intervine o lege ce nu mai prevede ca infracţiune fapta pentru care s-a pronunţat condamnarea ori *o lege care prevede o pedeapsă sau o măsură educativă mai uşoară decât cea care se execută* ori urmează a se executa, instanţa ia măsuri pentru aducerea la îndeplinire, după caz, a dispoziţiilor art. 4 şi 6 din Codul penal.”

Totodată, s-a reţinut că prin *Decizia nr. 651 din 25 octombrie 2018, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1083 din 20 decembrie 2018, Curtea Constituţională a constatat că „soluţia legislativă cuprinsă în art. 595 alin. 1 Cod procedură penală care nu prevede* ***şi decizia Curţii Constituţionale*** *prin care se constată neconstituţionalitatea unei norme de incriminare ca un caz de înlăturare sau modificare a pedepsei/măsurii educative, şi soluţia legislativă cuprinsă în art. 4 Cod penal., care nu asimilează efectele unei decizii a Curţii Constituţionale prin care se constată neconstituţionalitatea unei norme de incriminare cu efectele unei legi penale de dezincriminare, afectează dispoziţiile constituţionale ale art. 16 alin. (1) privind egalitatea în drepturi a cetăţenilor, art. 23 alin. (12) referitor la stabilirea şi aplicarea pedepsei şi art. 147 alin. (1) şi alin. (4) referitor atât la încetarea efectelor juridice ale normelor de incriminare constatate ca fiind neconstituţionale, cât şi la caracterul general obligatoriu al deciziilor Curţii Constituţionale, precum şi dispoziţiile art. 7 - Nicio pedeapsă fără lege din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale.”*

Tribunalul a reţinut că este evident că la data pronunțării sentinței de condamnare, respectiv a Deciziei penale nr. 931 din 22 decembrie 2016 de către Curtea de Apel Iaşi, a fost analizată legea penală mai favorabilă în ansamblul ei, stabilindu-se că legea veche era mai favorabilă, însă la acel moment sintagma *„şi împotriva aceluiaşi subiect pasiv”* din cuprinsul dispoziţiilor [art. 35](javascript:OpenDocumentView(246950,%204675664);) alin. (1) din Codul penal nu era declarată neconstituţională astfel încât, în aplicarea legii penale mai favorabile, nu se putea lua în considerare acest aspect.

Așa cum se indică în decizia de casare, în ceea ce privește limitele între care se aplică *dispoziţiile art. 595 alin. (1) Cod de procedură penală, se reține că acest aspect a fost stabilit prin Decizia nr. 12 din 06 mai 2015 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, prin care s-au statuat următoarele: „în scopul respectării principiului legalităţii pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din C. pen. o excepţie de la efectul autorităţii de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situaţia în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancţiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim.*

*Fiind vorba de o excepţie de la principiul securităţii raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanţă să nu mai poată fi supusă rejudecării, prin aplicarea legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive nu se poate ajunge la o reanalizare a cauzei, inclusiv sub aspectul împrejurărilor faptice reţinute, al încadrării juridice date acestora şi al criteriilor de stabilire şi individualizare a sancţiunii, legiuitorul înţelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depăşeşte maximul special prevăzut de legea nouă (...)”*

*Aşadar, în aplicarea art. 6 din C. pen., comparaţia dintre pedepse şi cauzele legale de modificare a acestora nu se poate raporta decât la aceeaşi încadrare juridică dată faptei prin hotărârea de condamnare definitivă, fiind inadmisibilă o schimbare a respectivei încadrări juridice în cursul executării pedepsei.*

*O interpretare contrară ar conduce la încălcarea autorităţii de lucru judecat a hotărârii definitive, în condiţiile în care instituţia schimbării încadrării juridice operează doar în cursul judecăţii, aşa cum prevede art. 386 din C. proc. pen., şi ar fi în contradicţie cu prevederile art. 595 alin. (1) din C. proc. pen., ce reglementează doar modificarea pedepsei definitive.*

*De asemenea, în considerentele Deciziei nr. 13 din 25 aprilie 2017 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală s-a reţinut că „singurul criteriu pe care legiuitorul îl pune la dispoziţia judecătorului chemat să aprecieze dacă se impune înfrângerea autorităţii de lucru judecat a unei hotărâri cu privire la cuantumul pedepsei aplicate definitiv este acela al celei mai grele situaţii la care s-ar putea ajunge, în abstract, potrivit legii noi. (...)”*

Raportând aceste considerente la cauza dedusă judecăţii, Tribunalul a reținut că pedeapsa închisorii de 10 ani aplicată pentru săvârșirea infracțiunii de înşelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal, depășește maximul special de 5 ani închisoare prevăzut de art. 244 alin 1 şi 2 Cod Penal cu aplicarea art. 35 NCP, reținându-se că acest din urmă text de lege este mai favorabil inculpatului față de momentul condamnării sale deoarece limitele de pedeapsă ale infracțiunii sunt inferioare (și potrivit HP 7 din 36.05.2014 instanța nu poate avea în vedere decât maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită, fără luarea în considerare a cauzei de majorare a pedepsei prevăzută pentru infracțiunea continuată) iar pedeapsa maximă ce ar putea fi aplicată pentru infracțiunea săvârșită în forma continuată este de 8 ani (5 ani -pedeapsa maximă și 3 ani sporul maxim prev. de art. 36 pentru infracțiunea continuată).

S-a mai reţinut că principiul legalității pedepselor impune ca pedeapsa să aibă susținere legală și după aplicarea ei, nefiind admisă executarea unei pedepse mai mari decât cea prevăzută în legea nouă mai favorabilă. Mecanismul de aplicare a legii penale mai favorabile, în cazul pedepselor definitive, este limitat la asigurarea legalității pedepsei aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare conform legii penale anterioare, în raport cu legea penală nouă. Acest mecanism implică eliminarea plusului de pedeapsă care avea temei legal în Codul penal anterior, dar care, prin intrarea în vigoare a noului Cod penal, rămâne lipsit de temei legal, asigurându-se astfel legalitatea pedepsei aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare, după intrarea în vigoare a legii penale noi (...)“.

Incidența dispozițiilor art. 6 din Codul penal nu poate fi exclusă ori de câte ori pedeapsa aplicată depășește maximul special prevăzut de legea nouă și există un plus de pedeapsă deoarece nimeni nu poate fi supus executării unei pedepse sau unei părți din sancțiune care excedează maximului special prevăzut de legea nouă. Așa cum s-a arătat în doctrină, un plus de pedeapsă, pentru care nu mai există lege, este tot așa de inexistent în fața regulii nula poena sine lege ca și o pedeapsă întreagă pentru care nu mai există lege (Vintilă Dongoroz, Drept penal -reeditarea ediției din 1939, Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 111).

Caracterul imperativ al dispozițiilor art. 6 din Codul penal, derivat din menirea acestui text legal de a asigura caracterul legal al pedepsei, este consacrat de legiuitor prin reglementarea unor dispoziții de natură temporară, respectiv art. 23 din Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative, care cuprind dispoziții procesual penale, cu modificările ulterioare, care cuprinde dispoziții speciale de procedură privind soluționarea cererilor, contestațiilor și sesizărilor, introduse în termen de 6 luni de la intrarea în vigoare a noului Cod penal, având ca obiect aplicarea art. 6 din acest cod. Pentru aceeași rațiune a fost adoptată Hotărârea Guvernului nr. 836/2013 privind constituirea și atribuțiile comisiilor de evaluare a incidenței aplicării legii penale mai favorabile în cazul persoanelor aflate în executarea pedepselor și măsurilor educative privative de libertate din perspectiva noilor reglementări penale și procesual penale.

În virtutea aceluiași caracter obligatoriu al dispozițiilor art. 6 din Codul penal, legiuitorul a prevăzut la art. 595 din Codul de procedură penală că instanța are obligația să ia măsuri pentru ducerea la îndeplinire a dispozițiilor art. 6 din Codul penal când după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare sau a hotărârii prin care s-a aplicat o măsură educativă intervine o lege care prevede o pedeapsă sau o măsură educativă mai ușoară decât cea care se execută sau urmează a se executa.

De asemenea, s-a menţionat că că art. 598 alin. 1 lit. d din Codul de procedură penală reglementează contestația la executare pentru ipoteza în care se invocă amnistia, prescripția, grațierea sau orice altă cauză de stingere ori de micșorare a pedepsei, iar noua reglementare nu mai face referire la ivirea incidentului în cursul executării pedepsei, așa cum prevedea art. 461 din Codul de procedură penală din 1968. Legiuitorul, considerând că o astfel de procedură se referă la executarea pedepsei, și nu la fondul cauzei, a reglementat-o în cadrul fazei de executare a hotărârii penale definitive și nu în capitolul privitor la căile de atac extraordinare. Astfel, s-a ales calea cea mai ușoară de intervenție pentru asigurarea legalității pedepsei, dându-se posibilitatea condamnatului să acționeze imediat în favoarea sa, după caz, la instanța de executare sau instanța corespunzătoare instanței de executare în a cărei circumscripție se află locul de deținere.

S-a mai remarcat de către instanţa de fond că rațiunea dispozițiilor art. 6 din Codul penal nu este aceea de a repune în discuție criteriile de stabilire și individualizare a sancțiunii, de a-l aduce pe condamnat în aceeași situație în care s-ar fi aflat dacă succesiunea de legi ar fi intervenit în cursul procesului, ci doar de a înlătura de la executare partea din sancțiune care depășește maximul special prevăzut de legea nouă, cu scopul de a asigura respectarea principiului legalității pedepsei în raport cu dispoziția legală în vigoare.

În același sens s-a statuat prin considerentele Deciziei nr. 62/2015 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 237 din 7 aprilie 2015.

Și în doctrină s-a subliniat că: „în cazul când legea nouă intervine înainte de judecarea definitivă a cauzei, criteriile pentru determinarea caracterului mai favorabil sunt multiple: cuantumul sau conținutul pedepselor, condițiile de incriminare, cauzele care exclud sau înlătură responsabilitatea, influența circumstanțelor atenuante și de agravare, tentativă și recidivă etc. Atunci, însă, când legea nouă intervine după judecarea definitivă a cauzei, pentru determinarea caracterului mai favorabil se are în vedere numai cuantumul sau conținutul pedepsei - mitior poena“ (V. Dongoroz s.a. Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală, vol. I, Editura Academiei RSR, 1969, p. 92).

În cadrul mecanismului de aplicare a legii penale mai favorabile pedepselor definitive nu are loc o nouă individualizare judiciară a pedepsei, ci o individualizare legală. Aceasta, pentru că în privința legii vechi individualizarea a epuizat toate criteriile (legale și judiciare), pe când în privința legii noi se va face numai o individualizare legală (C. Barbu, Aplicarea legii penale în spațiu și timp, Editura Științifică, București, 1972, p. 243).

În consecință, s-a arătat că singurul criteriu pe care legiuitorul îl pune la dispoziția judecătorului chemat să aprecieze dacă se impune înfrângerea autorității de lucru judecat a unei hotărâri cu privire la cuantumul pedepsei aplicate definitiv este acela al celei mai grele situații la care s-ar putea ajunge, în abstract, potrivit legii noi.

Analizând dispozițiile art. 6 din Codul penal în raport cu principiul autorității de lucru judecat, prin Decizia nr. 8/2014 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 473 din 27 iunie 2014, s-a stabilit că: „(...) art. 6 din Codul penal realizează echilibrul dintre principiul autorității de lucru judecat și aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive. Dispoziția menționată justifică limitarea autorității de lucru judecat exclusiv prin necesitatea asigurării efectivității principiului legalității pedepsei (aceasta trebuind să aibă un suport legal atât în momentul pronunțării sale, cât și în cel al executării). Prin urmare, privitor la pedepsele definitive, prin aplicarea legii penale mai favorabile, legiuitorul nu a înțeles să repună în discuție criteriile de stabilire și individualizare a sancțiunii, ci numai să înlăture de la executare acea parte din sancțiune care excede maximului prevăzut de legea nouă, respectiv acea sancțiune mai grea care nu mai este prevăzută de legea nouă“.

Verificând dacă, potrivit art. 6 din Codul penal, se impune modificarea unei sancțiuni definitiv aplicate, Tribunalul a susţinut că se va realiza comparaţia numai între cuantumul pedepsei aplicate și maximul prevăzut de legea nouă. Reducerea va opera numai când cuantumul pedepsei aplicate este superior maximului prevăzut de legea nouă, în toate situațiile numai la maximul nou, niciodată la o limită inferioară acestui maxim, pentru a se asigura conformitatea cu legea penală nouă mai favorabilă.

În consecință, instanța de fond a admis contestaţia la executare şi a descontopit pedeapsa rezultantă cea mai grea de 10 (zece) ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani aplicată inculpatului prin prin Decizia penală nr. 935 din 8 decembrie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Iaşi în pedepsele componente aplicate de Tribunalul Iaşi prin Sentinţa penală nr. 108/03.02.2015 pe care le-a repus în individualitatea lor rezultând:

- pedeapsa închisorii de 6 ani și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de spălare de bani, prev. de art. 29 alin.1 lit. a din Legea nr. 656/2002 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012, cu referire la infracțiunea de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a Cod penal 1969, prin schimbarea încadrării juridice din art. 23 alin.1 lit. a din Legea nr.656/2002 modificată, cu referire la art. 215 alin.1 , 3, 5 Cod penal1969, cu art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu art. 5 din Noul Cod penal,

- pedeapsa închisorii de 10 ani și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înşelăciune, prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal.

În baza art. 6 alin 1 Cod Penal instanța de fond a redus pedeapsa de 10 ani închisoare aplicată pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune în formă continuată la maximul pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 şi 2 Cod Penal, cu aplicarea art. 35 NCP, respectiv la 5 ani, reținând aplicabilitatea HP 7 din 36.05.2014 ÎCCJ în conformitate cu care instanța nu poate avea în vedere decât maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită, fără luarea în considerare a cauzei de majorare a pedepsei prevăzută pentru infracțiunea continuată.

În baza art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, a fost aplicată inculpatului pedeapsa cea mai grea de 6 ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pe care a sporit-o cu 3 ani închisoare, pentru bogata activitate infracțională a inculpatului, în final acesta urmând să execute pedeapsa rezultantă de 9 ani închisoare şi 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c Cod penal din 1969.

Totodată Tribunalul a făcut aplicarea art. 71 – 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c VCP pe durata executării pedepsei principale şi a dedus durata din pedeapsă executată și se va anula mandatul de executare a pedepsei închisorii emis în baza Sentinței penale nr. 108 din 03.02.2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi, urmând ca un nou mandat de executare a pedepsei închisorii să fie emis.

***Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a formulat contestaţie condamnatul A. pentru motivele descrise pe larg în cererea depusă la dosarul cauzei şi reiterate oral, astfel cum au fost consemnate în încheierea de dezbateri din data de 22.02.2021 când instanţa de control judiciar, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunţarea pentru data de astăzi, 23.02.2021.***

***Analizând contestaţia prin prisma motivelor invocate, Curtea, cu opinie majoritară, o consideră întemeiată pentru următoarele argumente:***

Sub un prim aspect contestatorul A. a criticat sentinţa penală contestată raportat la greşita corespondenţă realizată de către instanţa de fond între infracţiunea de înşelăciune, aşa cum era reglementată de Codul penal din 1969, pentru care a fost condamnat la pedeapsa de 10 ani închisoare, şi infracţiunea de înşelăciune aşa cum aceasta este reglementată în actualul Cod penal.

Curtea, cu opinie majoritară, apreciază întemeiată critica contestatorului vizând greşita corespondenţă făcută de Tribunalul Botoşani între încadrarea juridică a faptei de înşelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul şi încadrarea juridică echivalentă acestei fapte potrivit actualului Cod penal, însă apreciază că încadrarea juridică corectă este diferită atât de cea reţinută de Tribunalul Botoşani cât şi de cea indicată de către contestator.

Curtea reţine că prin ***Sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. ../99/2011\*,*** rămasă definitivă prin Decizia penală nr. 931 din 22 decembrie 2016 a Curţii de Apel Iaşi, şi modificată prin ***Decizia penală nr. 935 din 8 decembrie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Iaşi*** în dosarul nr. ../45/2017, contestatorul A. a fost condamnat, printre altele, şi la pedeapsa de 10 ani închisoare pentru săvârşirea infracţiunii de ***înşelăciune în formă continuată*** prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. Cod penal din 1969, cu aplicarea art. 5 Cod Penal, constând în aceea că în perioada 03.06.2006 – 10.08.2009, la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiaşi rezoluţii infracţionale, împreună cu alte persoane, acţionând în numele şi în realizarea obiectului de activitate a două societăţi comerciale, a indus şi menţinut în eroare 73 de părţi vătămate cu ocazia negocierii/încheierii/executării unui număr de 66 de contracte de construire/vânzare cumpărare apartamente ce urmau a fi edificate la mansardele unor blocuri situate în diferite zone ale municipiului Iaşi, cu privire la deţinerea de către cele două societăţi a autorizaţiilor de construire, ori cu privire la stadiul demersurilor făcute pentru obţinerea autorizaţiilor de construire, precum şi cu privire la faptul că sumele de bani menţionate vor fi/au fost folosite, pe parcursul termenelor de executare a obligaţiilor contractuale asumate, în alte scopuri (achiziţii de bunuri imobile, creditarea unor firme) decât pentru construirea apartamentelor, respectiv pentru predarea la cheie a apartamentelor şi la termenele convenite, executarea integrală a lucrărilor exterioare/interioare şi de calitate corespunzătoare, împrejurări pe care, dacă părţile vătămate le-ar fi cunoscut, nu ar mai fi încheiat contractele menţionate ori nu ar mai fi făcut plata preţului/imobilului contractat, prejudiciul total cauzat în acest mod fiind de 6.546.333,67 lei.

Raportat la descrierea faptei, Tribunalul Iaşi şi Curtea de Apel Iaşi care au soluţionat fondul/apelul/contestaţia în anulare în cauza penală vizând acuzaţiile aduse inculpatului A., au stabilit, cu autoritate de lucru judecat, încadrarea juridică a faptei de înşelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul la pedeapsa de 10 ani închisoare ca fiind infracţiunea de ***înşelăciune în formă continuată*** prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. Cod penal din 1969, cu aplicarea art. 5 Cod Penal.

La momentul judecării inculpatului A., constatând că de la data săvârşirii faptelor şi până la momentul condamnării inculpatului a intervenit o nouă lege penală, respectiv Noul Cod penal intrat în vigoare la 1.02.2014, instanţa de fond şi instanţa de apel au făcut aplicarea art. 5 Cod penal, apreciind că legea penală mai favorabilă este legea veche, respectiv Codul penal din 1969, unul din criteriile folosite în stabilirea legii penale mai favorabile fiind şi împrejurarea că, potrivit Codului penal din 1969, în cazul concret al inculpatului putea fi reţinută infracţiunea continuată prev. de art. 41 alin. 2, în vreme ce, potrivit noului Cod penal, urmare a faptului că actele de înşelăciune nu fuseseră realizate împotriva aceluiaşi subiect pasiv, nu mai putea fi reţinută infracţiunea de înşelăciune unică săvârşită în mod continuat ci se impunea a fi reţinută pluraliatatea de infracţiuni sub forma concursului, cu consecinţa agravării pedepsei rezultante.

După rămânerea definitivă a sentinţei de condamnare a inculpatului A., în timpul executării de către acesta a pedepsei rezultante de 10 ani, a intervenit Decizia Curţii Constituţionale nr. 368/2017 prin care s-a stabilit că sintagma *„şi împotriva aceluiaşi subiect pasiv”* din cuprinsul dispoziţiilor [art. 35](javascript:OpenDocumentView(246950,%204675664);) alin. 1 din Codul penal este neconstituţională, consecinţa declarării ca neconstituţionale a acestei dispoziţiile legale fiind aceea că şi potrivit noului Cod penal se poate reţine forma continuată a infracţiunii, chiar dacă actele materiale nu sunt îndreptate împotriva aceluiaşi subiect pasiv.

Luând în considerare şi Decizia Curţii Constituţionale nr. 651/2018 prin care s-a stabilit că soluţia legislativă cuprinsă în art. 595 alin. 1 Cod procedură penală care nu prevede şi decizia Curţii Constituţionale prin care se constată neconstituţionalitatea unei norme de incriminare ca un caz de înlăturare sau modificare a pedepsei/măsurii educative este neconstituţională, cu consecinţa asimilării deciziei Curţii Constituţionale cu cea a unui legi de dezincriminare sau a unei legi care prevede o pedeapsă mai uşoară, prezenta instanţă apreciază că în mod corect s-a constatat de către Tribunalul Botoşani că în cauză se impune aplicarea disp. art. 6 Cod penal, respectiv se impune a se analiza dacă prin aplicarea disp. art. 35 alin. 1 Cod penal, în interpretarea dată de Curtea Constituţională prin Decizia nr. 368/2017, în cazul infracţiunii de înşelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul se ajunge la o pedeapsă mai uşoară decât cea pe care acesta o execută în prezent.

Pentru a se stabili acest lucru este necesar a se face corespondenţa între încadrarea juridică dată faptei de înşelăciune în formă continuată conform vechiului Cod penal prin hotărârea de condamnare şi încadrarea juridică a faptei de înşelăciune în formă continuată potrivit noului Cod penal şi noii interpretări a disp. art. 35 alin. 1 Cod penal dată de Curtea Constituţională prin Decizia nr. 368/2017.

Tribunalul Botoşani a apreciat că, potrivit legii noi, încadrarea juridică a faptei de înşelăciune în formă continuată pentru care a fost condamnat contestatorul A. este *art. 244 alin.1 şi 2 Cod penal, cu aplic. art. 35 Cod penal*.

Curtea apreciază că în mod greşit instanţa de fond a reţinut în încadrarea juridică a faptei de înşelăciune conform legii noi disp. art. 244 alin. 2 Cod penal care reglementează o formă agravată a infracţiunii de înşelăciune respectiv „înşelăciunea săvârşită prin folosirea de nume sau calităţi mincinoase ori de alte mijloace frauduloase”, sancţionată cu pedeapsa închisorii de la 1 la 5 ani.

Curtea constată că forma agravată a infracţiunii de înşelăciune prev. de art. 244 alin. 2 Cod penal exista în aceeaşi formă şi în Codul penal din 1969, fiind reglementată în disp. art. 215 alin. 2 Cod penal din 1969, însă contestatorul A. nu a fost condamnat pentru săvărşirea infracţiunii de înşelăciune în forma agravată prev. de art. 215 alin. 2 Cod penal din 1969, astfel încât în mod greşit Tribunalul Botoşani a apreciat că o astfel de agravată poate fi reţinută în încadrarea juridică a infracţiunii de înşelăciune conform actualului Cod penal.

Totodată Curtea constată că încadrarea juridică corectă a infracţiunii de înşelăciune în formă continuată pentru care a fost condamnat contestatorul A., conform legii noi, este cea prev. de ***art. 244 alin. 1 Cod penal rap. la art. 256¹ Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal şi art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal.***

Actualul Cod penal reglementează pe lângă infracţiunea de înşelăciune în forma tip prev. de art. 244 alin. 1 şi două forme agravate ale infracţiunii, respectiv cea prev. de art. 244 alin. 2 anterior menţionată, precum şi cea prev. de art. 256¹ Cod penal, respectiv infracţiunea de ***înşelăciune care a produs consecinţe deosebit de grave,*** sancţionată cu pedeapsa închisorii în limite majorate cu ½, respectiv închisoare de la 9 luni la 4 ani şi 6 luni. Şi în vechea reglementare era incriminată înfracţiunea de înşelăciune cu consecinţe deosebit de grave în art. 215 alin. 5 Cod penal din 1969.

Cum contestatorul a fost condamnat definitiv pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune săvârşită în formă continuată cu consecinţe deosebit de grave prev. de art. 215 alin. 1, 3 şi 5 Cod penal din 1969, în mod greşit instanţa de fond nu a reţinut în încadrarea juridică a faptei conform legii noi şi disp. art. 256¹ Cod penal.

Această omisiune a instanţei de fond nu poate fi însă îndreptată în prezenta cale de atac a contestaţiei întrucât, aflându-ne doar în calea de atac a contestatorului, nu se poate reţine în sarcina acestuia o circumstanţă agravantă care ar avea drept consecinţă majorarea cu ½ a limitelor de pedeapsă, fiind astfel încălcat principiul neagravării situaţiei în propria cale de atac reglementat de art. 425¹ rap. la art. 418 Cod procedură penală.

În cadrul operaţiunii de efectuare a corespondenţei între încadrarea juridică dată în mod definitiv condamnatului potrivit legii vechi şi încadrarea juridică pe care instanţa învestită cu aplic. art. 6 Cod penal trebuie să o stabilească potrivit legii noi, instanţa învestită cu soluţionarea contestaţiei la executare nu realizează o modificare a încadrării juridice a faptei pentru care a fost condamnat contestatorul, încadrare juridică stabilită în mod definitiv şi care nu mai poate fi supusă analizei, ci doar verifică care este reglementarea juridică în noua legislaţie conform încadrării juridice vechi deja stabilită. Dacă instanţa de fond învestită cu contestaţia la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal stabileşte o încadrare juridică corespondentă în noua legislaţie greşită (prin adăugarea unei noi agravante şi omisiunea reţinerii unei alte agravante, cum este cazul în speţă), instanţa de control judiciar învestită cu verificarea legalităţii soluţiei dată în contestaţia la executare este obligată să îndrepte nelegalitatea instanţei de fond, însă cu respectarea principiului neagravării în propria cale de atac (în speţă neagravarea situaţiei în propria contestaţie), astfel încât va înlătura circumstanţa agravantă a infracţiunii reţinută în mod greşit, dar nu va putea reţine circumstanţa agravantă omisă a fi reţinută de instanţa de fond, o astfel de circumstanţă având efect de agravare a limitelor de pedeapsă pentru infracţiunea supusă analizei din perspectiva art. 6 Cod penal.

Faptul că în urma corectării nelegalităţii sentinţei apelate ca urmare a efectuării greşite de către instanţa de fond a operaţiunii de contopire a pedepsei pentru infracţiunea pentru care s-a făcut aplicarea art. 6 Cod penal cu infracţiunea pentru care nu s-au modificat limitele de pedeapsă conform art. 6 Cod penal, s-ar ajunge la o pedeapsă rezultantă mai uşoară decât cea stabilită de instanţa de fond învestită cu aplicarea art. 6 Cod penal, nu justifică reţinerea în încadrarea juridică a faptei de înşelăciune a disp. art. 256¹ Cod penal, întrucât principiul neagravării situaţiei în propria cale de atac vizează nu doar rezultatul final la care se ajunge în urma corectării nelegalităţilor sentinţei contestate, ci fiecare aspect de nelegalitate a cărui corectare ar conduce la agravarea situaţiei persoanei care a declarat calea de atac.

De exemplu, nu s-ar putea reţine în calea de atac doar a persoanei care formulează calea de atac şi o altă circumstanţă agravantă decât cea reţinută de instanţa de fond, chiar dacă reţinerea acestei circumstanţe suplimentare nu ar avea ca efect o nouă majorare a pedepsei conform art. 78 alin. 2 Cod penal, nici nu ar putea fi supus contestatorul la executarea unei obligaţii – muncă în folosul comunităţii- chiar dacă în calea de atac se dispune reducerea pedepsei, după cum în sarcina persoanei care declară doar ea calea de atac nu s-ar putea reţine starea de recidivă sau de pluralitate intermediară chiar dacă pedeapsa rezultantă, ca urmare a corectării altor nelegalităţi ale sentinţei, nu suferă modificări.

Prin urmare, concluzionând că, deşi în încadrarea juridică a faptei de înşelăciune potrivit legii noi ar trebui să se regăsească şi disp. art. 256¹ Cod penal, în virtutea principiului de drept procesual al neagravării situaţiei în propria cale de atac această agravată nu este posibil a fi reţinută pentru prima oară în calea de atac exercitată exclusiv de contestator, Curtea, cu opinie majoritară, constată că pentru a compara pedeapsa aplicată contestatorului pentru infracţiunea de înşelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. Cod penal din 1969, cu aplicarea art. 5 Cod Penal, cu pedeapsa prevăzută de noul Cod penal pentru aceeaşi infracţiune trebuie să se raporteze la disp. prev. ***de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal şi art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal***.

Prin Decizia nr. 7/2014 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, s-a stabilit că „în aplicarea legii penale mai favorabile, potrivit art. 6 din Codul penal, în cazul infracţiunilor continuate, prin sintagma ”maxim special prevăzut de legea nouă pentru infracţiunea săvârşită” se înţelege maximul special prevăzut de lege pentru infracţiune, ***fără luarea în considerare a cauzei de majorare a pedepsei prevăzută pentru infracţiunea continuată”.***

Prin Decizia nr. 8/2014 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, s-a stabilit că „în aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei potrivit art. 6 alin. 1 Cod penal, la maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracţiunea săvârşită ***nu se vor lua în considerare circumstanţele atenuante sau agravante reţinute condamnatului şi care apar valorificate în pedeapsa concretă***, atunci când se compară pedeapsa aplicată cu maximul special prevăzut de legea nouă”.

Raportând cele două decizii ale Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept la încadrarea juridică stabilită pentru infracţiunea de înşelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul A., Curtea, cu opinie majoritară, constată că maximul de pedeapsă prevăzut de legea nouă pentru infracţiunea de înşelăciune prev. ***de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal şi art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal*** este de 3 ani închisoare.

Cum Tribunalul Botoşani a apreciat că maximul de pedeapsă pentru infracţiunea de înşelăciune potrivit legii noi este de 5 ani închisoare (raportat la încadrarea juridică a faptei în disp. art. 244 alin. 1 şi 2 Cod penal, cu aplic. art. 35 Cod penal), Curtea, cu opinie majoritară, în baza art. 425¹ alin. 7 pct. 2 lit. a Cod procedură penală rap. la art. 597 alin. 7 Cod procedură penală va ***admite contestaţia*** formulată de contestatorul A.împotriva ***Sentinţei penale nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoşani – Secţia Penală pronunţată în dosarul nr. ../93/2019\*****,* ***va desfiinţa în parte*** sentinţa penală contestată, şi, în rejudecare, va ***înlătura*** din sentinţa penală apelată dispoziţia dereducere a pedepsei de 10 ani închisoare aplicată pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune în formă continuată la maximul pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 şi 2 Cod Penal cu aplicarea art. 35 Cod penal respectiv la 5 ani, şi, în baza art. 6 alin. 1 Cod penal va ***reduce*** ***pedeapsa principală de 10 ani închisoare aplicată contestatorului pentru săvârșirea infracțiunii de înşelăciune în formă continuată*** prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. Cod penal din 1969, cu aplicarea art. 5 Cod Penal, la ***3 ani închisoare*** (maximul prevăzut de legea nouă pentru săvârşirea infracţiunii de ***înşelăciune în formă continuată prev. de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal şi art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal***).

În ceea ce priveşte pedepsele complementare aplicate pe lângă pedeapsa închisorii pentru infracţiunea de înşelăciune, constatând că acestea au corespondent în legea nouă, în baza art. 6 alin. 5 Cod penal Curtea va aplica pe lângă pedeapsa principală a închisorii de 3 ani pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune în formă continuată prev. de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal şi art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal, pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 66 lit. a , b şi g Cod penal pe o durată de 5 ani.

După aplicarea art. 6 Cod penal raportat la infracţiunea de înşelăciune în formă continuată pentru care a fost condamnat contestatorul A., cu consecinţa reducerii pedepsei pentru această infracţiune la 3 ani închisoare, se impune a fi efectuată operaţiunea de contopire a pedepsei astfel reduse cu pedeapsa de 6 ani închisoare aplicată în mod definitiv contestatorului prin sentinţa de condamnare.

Curtea, cu opinie majoritară, apreciază că în privinţa operaţiunii de contopire a celor două pedepse instanţa de fond a făcut o aplicare greşită a dispoziţiilor legale, considerând, pe de o parte, că mecanismul de contopire a pedepselor pentru faptele concurente aplicabil în speţă este cel prevăzut de Codul penal din 1969, iar pe de altă parte, apreciind că, faţă de ampla activitate infracţională a contestatorului, se impune aplicarea unui spor de pedeapsă de 3 ani.

Analizând primul aspect de nelegalitate menţionat, respectiv cel vizând legea aplicabilă pentru operaţiunea de contopire a pedepselor pentru faptele concurente, Curtea constată că prin ***Decizia 1/2014 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală*** s-a stabilit că:

*„În aplicarea legii penale mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei înainte de intrarea în vigoare a noului Cod penal, pentru ipoteza unui concurs de infracţiuni, într-o primă etapă se verifică incidenţa dispoziţiilor art. 6 din Codul penal, cu privire la pedepsele individuale.*

*În a doua etapă se verifică dacă pedeapsa rezultantă aplicată potrivit legii vechi depăşeşte maximul la care se poate ajunge în baza legii noi, conform art. 39 din Codul penal.*

*În cazul în care pedeapsa rezultantă, aplicată potrivit legii vechi, depăşeşte maximul la care se poate ajunge în baza art. 39 din Codul penal, pedeapsa rezultantă va fi redusă la acest maxim.*

*În caz contrar, pedeapsa rezultantă va rămâne astfel cum a fost stabilită potrivit legii vechi.”*

Aşadar, potrivit deciziei Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, decizie obligatorie pentru instanţe, după verificarea incidenţei art. 6 Cod penal cu privire la pedepsele individuale aplicate pentru un concurs de infracţiuni, instanţa învestită cu analiza aplicabilităţii art. 6 Cod penal trebuie să compare pedeapsa rezultantă aplicată contestatorului pentru concursul de infracţiuni potrivit legii vechi cu pedeapsa ce ar rezulta din contopirea pedepselor individuale reduse ca urmare a aplic. art. 6 Cod penal, ***conform legii noii.***

Pentru a explica raţiunea pentru care contopirea pedepselor trebuie să se facă potrivit legii noi, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a arătat în considerentele deciziei anterior menţionate următoarele: *„Prin urmare, pedeapsa rezultantă definitiv stabilită va fi supusă comparaţiei cu pedeapsa rezultantă care s-ar stabili conform legii noi, faţă de pedepsele obţinute în cadrul primei operaţiuni (descrisă la pct. 1).*

*Comparaţia nu se va face cu rezultanta ce s-ar putea obţine potrivit legii vechi, întrucât raţiunea art. 6 din noul Cod penal nu este, aşa cum am arătat, aceea de a aplica tratamentul cel mai favorabil privitor la fiecare dintre instituţiile autonome (această raţiune se regăseşte numai în art. 5 din noul Cod penal), ci doar aceea de a nu permite ca persoanele definitiv judecate să suporte un tratament sancţionator mai greu decât cel permis, în abstract, de legea nouă.*

*Faptul că instanţa nu poate recurge la o contopire efectuată potrivit mecanismului din legea veche pe baza pedepselor reduse potrivit legii noi, ci este ţinută să se raporteze la maximul rezultantei aplicabile nu înseamnă că se renunţă la aplicarea legii penale mai favorabile în raport cu fiecare instituţie autonomă şi că s-ar ajunge la o evaluare globală.*

*Imposibilitatea reducerii în toate cazurile a pedepsei rezultante ca efect al reducerii pedepselor individuale este consecinţa opţiunii legiuitorului de a înăspri tratamentul prevăzut pentru pluralitatea de infracţiuni în noul Cod penal.*

*În plus, deoarece suntem în cazul unor pedepse definitive, aplicarea unor dispoziţii care s-a făcut deja în cursul procesului penal nu mai poate fi făcută ulterior pentru că ar înfrânge autoritatea de lucru judecat.*

*De aceea, Înalta Curte constată că nu este posibil ca, după reducerea pedepselor stabilite pentru fiecare infracţiune componentă a pluralităţii respective potrivit legii noi, contopirea să se facă potrivit dispoziţiilor legii vechi, pentru că nu ne mai aflăm în cursul procesului penal, iar această contopire potrivit legii vechi a fost făcută deja, având caracter definitiv.*

*Ca atare, pedepsele rezultate în urma primei operaţiuni (reduse, dacă este cazul) vor fi ipotetic contopite conform regulilor prevăzute de art. 39 din noul Cod penal. Rezultatul obţinut va fi comparat cu pedeapsa rezultantă şi numai atunci când aceasta din urmă este mai mare, ea va fi redusă la pedeapsa obţinută conform art. 39 din noul Cod penal”.*

Cu privire la cel de-al doilea aspect de nelegalitate în operaţiunea de contopire a pedepselor realizată de Tribunalul Botoşani, respectiv sporul de 3 ani aplicat contestatorului după contopirea pedepselor conform Codului penal din 1969, Curtea constată că în condiţiile în care în operaţiunea de contopire a pedepselor conform Codului penal din 1969 instanţa de fond, instanţa de apel şi instanţa care a soluţionat contestaţia în anulare în cauza în care contestatorul a fost condamnat definitiv pentru infracţiunile de înşelăciune şi spălare de bani au apreciat că nu se impune aplicarea sporului facultativ prev. de art. 34 alin. 1 lit. b Cod penal din 1969, nici instanţa învestită cu soluţionarea contestaţiei la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal nu poate aplica acest spor întrucât în cadrul operaţiunii de aplic. a art. 6 Cod penal instanţa nu poate face o reevaluare a gravităţii faptelor săvârşite de persoana condamnată definitiv, ci doar o eliminare a acelei părţi de pedeapsă care depăşeşte maximul prevăzut de legea nouă.

În acest sens sunt şi considerentele Deciziei nr. 12 din 06 mai 2015 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, respectiv: *„în scopul respectării principiului legalităţii pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din C. pen. o excepţie de la efectul autorităţii de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situaţia în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancţiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim.*

*Fiind vorba de o excepţie de la principiul securităţii raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanţă să nu mai poată fi supusă rejudecării,* ***prin aplicarea legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive nu se poate ajunge la o reanalizare a cauzei, inclusiv sub aspectul*** *împrejurărilor faptice reţinute, al încadrării juridice date acestora şi al* ***criteriilor de stabilire şi individualizare a sancţiunii,*** *legiuitorul înţelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depăşeşte maximul special prevăzut de legea nouă (...)”*

Prin urmare, Curtea, cu opinie majoritară, apreciază că în aplicarea dispoziţiilor legale instanţa de fond ar fi trebuit să contopească pedeapsa redusă conform art. 6 Cod penal pentru infracţiunea de înşelăciune cu pedeapsa de 6 ani închisoare aplicată pentru infracţiunea de spălare de bani conform art. 39 alin. 1 lit. b Cod penal, respectiv pedeapsa cea mai grea de 6 ani închisoare la care se adaugă 1/3 din pedeapsa de 3 ani închisoare, rezultând pedeapsa finală de 7 ani închisoare.

Având în vedere însă că Tribunalul Botoşani a efectuat contopirea pedepselor potrivit Codului penal din 1969, mecanismul de contopire din legea veche fiind mai favorabil decât cel prevăzut de legea nouă, în sensul că impune doar aplicarea pedepsei celei mai grele (în condiţiile în care, aşa cum am arătat, în contestaţia la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal nu se poate reţine un spor facultativ neaplicat la momentul condamnării definitive a contestatorului), în vreme ce mecanismul de contopire potrivit noului Cod penal impune un spor obligatoriu de 1/3 din cealaltă pedeapsă, Curtea nu poate, doar în calea de atac a contestatorului, să procedeze la contopirea pedepselor potrivit legii noi, aşa cum impune Decizia 1/2014 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală întrucât s-ar încălca principiul neagravării în propria cale de atac.

Prin urmare, rămânând câştigată contestatorului modalitatea de contopire a pedepselor conform Codului penal din 1969, Curtea va înlătura din sentinţa contestată dispoziţia de contopire a pedepselor în baza art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, în pedeapsa cea mai grea de 6 (șase) ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, sporită cu 3 ani închisoare, în final condamnatul urmând să execute pedeapsa rezultantă de 9 ani închisoare şi 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c Cod penal 1969 şi dispoziţia de aplicare a art. 71 – 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c Cod penal din 1969 pe durata executării pedepsei principale.

Procedând la recontopirea pedepselor conform legii vechi, în baza art. 33 lit. a Cod penal din 1969, art. 34 alin. 1 lit. b Cod penal din 1969 Curtea va contopi pedeapsa principală de 6 ani închisoare aplicată contestatorului pentru săvârșirea infracțiunii de spălare de bani prev. de art. 29 alin.1 lit. a din Legea nr. 656/2002 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012, cu referire la infracțiunea de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 75 alin.1 lit. a Cod penal 1969, cu aplic. art. 5 Cod penal, cu pedeapsa principală de 3 ani închisoare aplicată contestatorului prin prezenta decizie pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune în formă continuată prev. de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal şi art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal, condamnatul urmând să execute ***pedeapsa finală de 6 ani închisoare.***

În baza art. 45 alin. 3 lit. a Cod penal se va aplica contestatorului pe lângă pedeapsa principală rezultantă de 6 ani închisoare pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 66 lit. a , b şi g Cod penal pe o durată de 5 ani.

În baza art. 45 alin. 5 Cod penal se va interzice contestatorului cu titlu de pedeapsă accesorie exercitarea drepturilor prev. de art. 66 lit. a , b şi g Cod penal.

Curtea mai constată că în prezenta cauză, deşi termenul de contestare a Sentinţei penale nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoşani – Secţia Penală pronunţată în dosarul nr. ../93/2019\* nu expirase, Tribunalul Botoşani a emis la data de 05.01.2021 mandatul de executare a pedepsei nr. 348/2020.

Astfel, aşa cum rezultă din dovada aflată la dosar Tribunal Botoşani, contestatorului A. i-a fost comunicată minuta Sentinţei penale nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoşani – Secţia Penală la data de 23.12.2020, contestaţia fiind depusă de contestator prin poştă la data de 28.12.2020 conform plicului aflat la dosarul Curţii de Apel, fiind respectat termenul de 3 zile de la comunicare, termenul începând să curgă la 24.12.2021 şi finalizându-se la sfârşitul zilei de 28.12.2020, zilele de 26 şi 27.12.2021 fiind zile nelucrătoare, fiind astfel incidente disp. art. 269 alin. 4 Cod procedură penală (când ultima zi a unui termen cade într-o zi nelucrătoare, termenul expiră la sfârşitul primei zile lucrătoare care urmează).

Prin urmare, constatând că Tribunalul Botoşani a emis mandatul de executare a pedepsei în prezenta cauză înainte ca Sentinţa penală nr. 204 din 15.12.2020 să rămână definitivă, Curtea va anula mandatul de executare a pedepsei nr. 348/2020 din 05.01.2021 emis de Tribunalul Botoşani în dosarul nr. ../93/2019\* şi va dispune emiterea unui nou mandat de executare a pedepsei în conformitate cu menţiunile din prezenta Decizie.

Se va deduce în continuare din durata pedepsei rezultante de 6 ani închisoare perioada executată de contestator de la data pronunţării Sentinţei penale nr. 204/15.12.2020 a Tribunalului Botoşani Secţia Penală pronunţată în dosarul nr.../93/2019\* până la zi.

Se vor menţine celelalte dispoziţii ale sentinţei contestate care nu sunt contrare prezentei decizii.

În baza art. 275 alin. 3 Cod procedură penală cheltuielile judiciare din contestaţie vor rămâne în sarcina statului, inclusiv suma de 313 lei reprezentând onorariu apărător din oficiu ..., conform delegaţiei nr. 179/20.01.2021, sumă ce se va avansa din fondurile speciale ale Ministerului Justiţiei în fondurile Baroului ...

**Motivare opinie separată:**

**Principiul supremaţiei dreptului**, astfel cum este consacrat în jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, se opune repunerii în discuţie a unei soluţii definitive dată în litigiu şi nu admite derogări decât dacă acestea sunt impuse de motive serioase şi substanţiale.

În procesul de interpretare şi aplicare a legii, **judecătorul are obligaţia de a identifica acel înţeles al normei juridice compatibil nu doar cu voinţa prezumată a legiuitorului, ci şi cu principiile de rang constituţional ori european.**

**Principiul constituţional al aplicării legii penale mai favorabile** impune reducerea la minimum necesar a atingerilor aduse **autorităţii de lucru judecat**, fiind incident numai în măsura în care are la bază tot un principiu de natură constituţională, cum este **principiul legalităţii pedepsei**. Prin dispoziţiile **art. 6 alin. (1) C. pen**., **legiuitorul a urmărit respectarea principiului legalităţii coroborat cu cel al legii penale mai favorabile, în sensul că persoanele condamnate aflate în executarea pedepselor să nu execute o pedeapsă mai mare decât maximul special care ar putea fi aplicat acestuia în baza legii noi ţinând cont de situaţia sa juridică corectă.**

Potrivit dispoziţiilor **art. 6 alin. 1 din Noul C. pen**. *"Când, după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare şi până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, sancţiunea aplicată, dacă depăşeşte maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracţiunea săvârşită, se reduce la acest maxim".*

**Aplicarea obligatorie a legii mai favorabile, în cazul pedepselor definitive, trebuie analizată prin prisma a două principii fundamentale şi anume principiul legalităţii pedepsei, respectiv principiul autorităţii de lucru judecat.**

**Potrivit primului principiu, nicio pedeapsă nu poate fi aplicată decât dacă era prevăzută de legea penală în momentul săvârşirii infracţiunii (nulla poena sine lege). De asemenea, nu pot fi aplicate alte pedepse decât cele prevăzute de lege pentru infracţiunea respectivă. Acest principiu impune obligaţia ca orice sancţiune să-şi găsească temei în lege nu numai în momentul pronunţării, dar şi pe întreaga durată a executării pedepsei.**

**Principiul autorităţii de lucru judecat produce două efecte de natură diferită: un efect pozitiv, şi anume acela că hotărârea care a dobândit autoritate de lucru judecat poate fi pusă în executare, şi un efect negativ care constă în faptul că hotărârea cu autoritate de lucru judecat, datorită faptului că dobândeşte valoare de adevăr în ceea ce priveşte fapta şi persoana judecată, creează un obstacol în readucerea în faţa instanţei a conflictului soluţionat definitiv.**

**Principiul intangibilităţii lucrului judecat poate fi influenţat doar prin apariţia unei legi noi unde maximul special prevăzut de aceasta este mai mic decât pedeapsa aplicată în baza legii vechi. Astfel, dacă legea nouă modifică cuantumul pedepselor în favoarea celui condamnat, rezultă un plus de pedeapsă pe care condamnatul ar continua să-l execute deşi nu mai este prevăzut de legea în vigoare. Ceea ce este valabil pentru întreaga pedeapsă - regula nulla poena sine lege - trebuie să fie valabil şi pentru o parte din aceasta. Raţiunea dispoziţiilor art. 6 C. pen. este aceea ca persoana condamnată să nu execute o pedeapsă peste maximul special prevăzut de legea nouă, stabilindu-se un echilibru între pedeapsa aplicată în baza legii vechi şi limitele de pedeapsă prevăzute de legea nouă pentru aceeaşi infracţiune.**

**Prezentul judecător reţine** ca lămuritoare pentru dezlegarea situaţiei juridice specifică speţei de faţă **Decizia nr. 1/2014 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie** pronunţatăîn materia aplicării legii mai favorabile care, dincolo de cadrul de abordare de fond a problematicii, **inserează inclusiv maniera procedurală pe care trebuie să o adopte instanţele de judecată ce se confruntă cu astfel de "contestaţii".** Astfel, se specifică expres că, "**problema de drept ce face obiectul prezentei cauze priveşte mecanismul de aplicare a legii penale mai favorabile în cazul faptelor definitiv judecate, în ipoteza unui concurs de infracţiuni.”**

Înalta Curte reţine că, în aplicarea corectă a dispoziţiilor legii penale mai favorabile în cauze definitiv judecate, privitor la orice instituţie a dreptului substanţial incidentă în această fază, trebuie să se pornească de la **specificul reglementării cuprinse în art. 6 din noul C. pen.,** stabilind în raport cu acesta modul în care litera şi raţiunea acestei reglementări se transpun în fiecare caz particular.Potrivit **art. 6 alin. (1) - (3) C. pen.**, *când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare şi până la executarea pedepsei, a intervenit o lege penală mai favorabilă, pedeapsa închisorii sau amenzii se reduce la maximul prevăzut de legea nouă, dacă sancţiunea aplicată este mai mare decât acest maxim, pedeapsa detenţiunii pe viaţă se înlocuieşte cu maximul închisorii de legea nouă pentru aceeaşi infracţiune, dacă închisoarea este singura pedeapsă prevăzută pentru aceasta, iar închisoarea se înlocuieşte cu amenda, care nu poate depăşi maximul prevăzut de legea nouă pentru aceeaşi infracţiune, când amenda este singura pedeapsă prevăzută de legea nouă pentru aceasta.*

În continuare Înalta Curte reţine că din cuprinsul art. 6 din noul C. pen. rezultă condiţiile în care operează **aplicarea obligatorie a legii mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei**, şi anume: să existe o hotărâre de condamnare la pedeapsa detenţiunii pe viaţă, a închisorii, a amenzii sau o hotărâre de aplicare a unei măsuri educative; înainte de executarea pedepsei sau a măsurii educative, în timpul executării acestora, dar înainte de executarea lor integrală să intervină o lege penală nouă; legea penală nouă să prevadă o pedeapsă sau măsură educativă mai uşoară decât pedeapsa ori măsura educativă prevăzută de legea în temeiul căreia s-a pronunţat hotărârea definitivă; pedeapsa sau măsura educativă aplicată prin hotărârea judecătorească definitivă să depăşească maximul pedepsei prevăzute de legea nouă sau să fie mai grea.

O primă observaţie ce se impune a fi făcută este aceea că, **privitor la pedepsele definitive, prin aplicarea legii penale mai favorabile,** legiuitorul nu a înţeles să repună în discuţie criteriile de stabilire şi individualizare a sancţiunii, ci **numai să înlăture de la executare acea parte din sancţiune care excede maximului prevăzut de legea nouă, respectiv acea sancţiune mai grea care nu mai este prevăzută de legea nouă.** Dacă în cazul aplicării legii penale mai favorabile, în cursul procesului, anterior rămânerii definitive a hotărârii, instanţa trebuie să opereze, în concret, o stabilire a sancţiunii în raport cu limitele de pedeapsă prevăzute de fiecare dintre legile succesive şi să aplice aceste criterii în limitele legii identificate ca fiind mai favorabilă, acest procedeu este total diferit în raport cu ipotezele avute în vedere în art. 6 din noul C. pen.

Aplicarea obligatorie a legii mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei, aşa cum rezultă din cele de mai sus, prezintă unele particularităţi faţă de aplicarea legii mai favorabile faptelor în curs de judecată. **Singura situaţie în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitiv aplicate mai poate fi înfrântă este aceea în care tratamentul sancţionator aplicat excedează limitei maxime prevăzute de legea nouă. Scopul reglementării art. 6 din noul C. pen. este de a oferi suport legal unei pedepse definitive în raport cu noua lege şi până la încetarea oricăror efecte ale condamnării ce vor interveni prin reabilitare.**

Aşadar, principiul legalităţii pedepselor impune ca pedeapsa să aibă susţinere legală şi după aplicarea ei, nefiind admisă executarea unei pedepse mai mari decât cea prevăzută în legea nouă mai favorabilă.Pe de altă parte, **criteriile de stabilire a legii mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei, au fost reduse la unul singur**, şi anume: **compararea pedepsei aplicate în baza legii în temeiul căreia s-a pronunţat hotărârea definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, modificarea sancţiunii limitându-se la reducerea ei la maximul prevăzut de legea nouă.**

Prin urmare, în cazul pedepselor definitive, nu mai interesează criteriile privind condiţiile de incriminare ori de tragere la răspundere penală, pentru determinarea legii mai favorabile urmând a fi avut în vedere maximul pedepsei prevăzut în legea nouă şi pedeapsa aplicată în baza legii vechi.

**În concluzie, verificând dacă se impune modificarea, potrivit art. 6, a unei sancţiuni definitiv aplicate, comparaţia se va realiza numai între cuantumul pedepsei aplicate (indiferent de limitele în cadrul cărora, în legea veche, se situa acest cuantum şi de raportul lui cu aceste limite) şi maximul prevăzut de legea nouă. Reducerea va opera numai când cel dintâi este superior celui de-al doilea, în toate situaţiile numai la maximul nou, niciodată la limita inferioară a acestui maxim.**

Aplicarea obligatorie a legii mai favorabile pedepselor definitive nu face decât să înlăture surplusul de pedeapsă care depăşeşte maximul prevăzut de legea nouă sau să înlocuiască o pedeapsă mai grea cu alta mai uşoară, legiuitorul prevăzând expres situaţiile nou-create prin apariţia legii penale noi şi modul lor de rezolvare.

Întrucât condamnarea are efecte şi după executarea pedepsei, aplicarea obligatorie a legii mai favorabile se impune, nu numai pe motive de consecvenţă şi echitate juridică, ci şi ca o consecinţă a **principiului legalităţii pedepselor**, ca partea de pedeapsă, care nu mai are corespondent în legea nouă, chiar dacă a fost executată, să nu mai producă alte consecinţe.

Prin urmare, mecanismul de aplicare a legii penale mai favorabile, în cazul pedepselor definitive, este limitat la asigurarea **legalităţii pedepsei** aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare conform legii penale anterioare, în raport cu legea penală nouă. **Acest mecanism implică eliminarea "plusului" de pedeapsă** care avea temei legal în C. pen. anterior, dar care, prin intrarea în vigoare a noului C. pen., rămâne lipsit de temei legal, asigurându-se astfel legalitatea pedepsei aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare, după intrarea în vigoare a legii penale noi, şi fiind **singura situaţie în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitiv aplicate mai poate fi înfrântă.**

Raţiunile care pot sta la baza modificării **pedepsei rezultante** aplicate printr-o hotărâre definitivă de condamnare, care are autoritate de lucru judecat, nu subzistă prin urmare, în cazul în care această pedeapsă răspunde exigenţelor principiului legalităţii şi în cazul în care legea nouă ar conduce la aplicarea unei pedepse mai severe.

Aşadar, în pofida reducerii pedepselor individuale în baza legii noi, faptul că rezultanta aplicată potrivit legii vechi poate ajunge să rămână la cuantumul iniţial nu conduce la concluzia potrivit căreia condamnatul ar fi privat de efectele aplicării dispoziţiilor art. 6 din noul C. pen., deoarece, dincolo de eventuala influenţă asupra pedepselor rezultante, de reducere a pedepselor individuale la maximul prevăzut de legea nouă, se leagă şi alte consecinţe cum ar fi calculul termenului de reabilitare, eventuala aplicabilitate a unei graţieri etc.

**În raport cu argumentaţia sus-prezentată se reţine că determinarea incidenţei legii penale mai favorabile, în cazul hotărârilor definitive de condamnare la pedeapsa închisorii, în ipoteza concursului de infracţiuni, se realizează în două etape succesive, potrivit următorului mecanism:**

**1. Într-o primă etapă**, în conformitate cu dispoziţiile art. 6 alin. (1) din noul C. pen., referitoare la aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei, se compară pedeapsa aplicată pentru fiecare dintre infracţiunile săvârşite, care compun pluralitatea de infracţiuni, cu maximul special prevăzut de legea penală nouă şi se reduce fiecare pedeapsă aplicată la maximul special prevăzut de legea nouă, în cazul în care se constată că depăşeşte acest maxim special.Această operaţiune este obligatorie, ea trebuie să aibă loc independent de soarta pedepsei rezultante, întrucât pedeapsa pentru fiecare infracţiune în parte poate avea semnificaţii de sine stătătoare, independent de pluralitate, în cazuri precum incidenţa unei alte legi mai favorabile, incidenţa unui act de graţiere etc.

**2. În a doua etapă**, separat de soarta pedepselor aplicate pentru infracţiunile concurente, se va proceda la analiza pedepsei rezultante. Astfel, şi în privinţa acesteia, se va porni de la premisa potrivit căreia cuantumul ei, intrat în autoritatea de lucru judecat şi care constituie sancţiunea pusă efectiv în executare, urmează a fi modificat numai prin raportare la criteriul enunţat în consideraţiile generale, respectiv acela privind tratamentul sancţionator cel mai greu pe care legea nouă îl prevede pentru pluralitatea din cauză.

**Prin urmare, pedeapsa rezultantă definitiv stabilită va fi supusă comparaţiei cu pedeapsa rezultantă care s-ar stabili conform legii noi, faţă de pedepsele obţinute în cadrul primei operaţiuni** (descrisă la pct. 1).

**Comparaţia nu se va face cu rezultanta ce s-ar putea obţine potrivit legii vechi, întrucât raţiunea art. 6 din noul C. pen. nu este, aşa cum am arătat, aceea de a aplica tratamentul cel mai favorabil privitor la fiecare dintre instituţiile autonome (această raţiune se regăseşte numai în art. 5 din noul C. pen.), ci doar aceea de a nu permite ca persoanele definitiv judecate să suporte un tratament sancţionator mai greu decât cel permis, în abstract, de legea nouă.**

Faptul că instanţa nu poate recurge la o contopire efectuată potrivit mecanismului din legea veche pe baza pedepselor reduse potrivit legii noi, ci este ţinută să se raporteze la maximul rezultantei aplicabile nu înseamnă că se renunţă la aplicarea legii penale mai favorabile în raport cu fiecare instituţie autonomă şi că s-ar ajunge la o evaluare globală. Imposibilitatea reducerii în toate cazurile a pedepsei rezultante ca efect al reducerii pedepselor individuale este consecinţa opţiunii legiuitorului de a înăspri tratamentul prevăzut pentru pluralitatea de infracţiuni în noul C. pen. În plus, deoarece suntem în cazul unor pedepse definitive, aplicarea unor dispoziţii care s-a făcut deja în cursul procesului penal nu mai poate fi făcută ulterior pentru că ar înfrânge autoritatea de lucru judecat. De aceea, Înalta Curte constată că nu este posibil ca, după reducerea pedepselor stabilite pentru fiecare infracţiune componentă a pluralităţii respective potrivit legii noi, contopirea să se facă potrivit dispoziţiilor legii vechi, pentru că nu ne mai aflăm în cursul procesului penal, iar această contopire potrivit legii vechi a fost făcută deja, având caracter definitiv. Ca atare, pedepsele rezultate în urma primei operaţiuni (reduse, dacă este cazul) vor fi ipotetic contopite conform regulilor prevăzute de art. 39 din noul Cod penal. Rezultatul obţinut va fi comparat cu pedeapsa rezultantă şi numai atunci când aceasta din urmă este mai mare, ea va fi redusă la pedeapsa obţinută conform art. 39 din noul Cod penal.

**Faţă de conţinutul deciziei sus menţionate, în continuare, prezentul judecator reiterează faptul că,** în scopul respectării principiului legalităţii pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din Codul penal **o excepţie de la efectul autorităţii de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive**, limitată însă la situaţia în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancţiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim.Fiind vorba de o excepţie de la principiul securităţii raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca **dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanţă să nu mai poată fi supusă rejudecării**, **prin aplicarea legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive nu se poate ajunge la o reanalizare a cauzei, inclusiv sub aspectul împrejurărilor faptice reţinute, al încadrării juridice date acestora şi al criteriilor de stabilire şi individualizare a sancţiunii, legiuitorul înţelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depăşeşte maximul special prevăzut de legea nouă.** Aşadar, în aplicarea art. 6 din Codul penal, comparaţia dintre pedepse şi cauzele legale de modificare a acestora **nu se poate raporta decât la aceeaşi încadrare juridică dată faptei prin hotărârea de condamnare definitivă, fiind inadmisibilă o schimbare a respectivei încadrări juridice în cursul executării pedepsei.** O interpretare contrară ar conduce la încălcarea autorităţii de lucru judecat a hotărârii definitive, în condiţiile în care instituţia schimbării încadrării juridice operează doar în cursul judecăţii, aşa cum prevede art. 386 din Codul de procedură penală, şi ar fi în contradicţie cu prevederile art. 595 alin. (1) din Codul de procedură penală, ce reglementează doar **modificarea pedepsei definitive**.

Consideraţiile dezvoltate anterior sunt aplicabile şi în cazul **determinării legii penale mai favorabile pentru infracţiunile care au produs consecinţe deosebit de grave potrivit Codului penal anterior**. Astfel, şi pentru această categorie de infracţiuni, criteriile de determinare a legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive sunt restrânse la limitele speciale de pedeapsă şi cauzele legale de modificare a acestora, **compararea între legile penale succesive făcându-se, întotdeauna, prin raportare la aceeaşi încadrare juridică a faptei**. O interpretare contrară ar implica schimbarea de încadrare juridică în faza executării hotărârii definitive de condamnare, ceea ce este inadmisibil a se realiza, întrucât o asemenea instituţie poate opera doar în cursul judecăţii, deci până la momentul dobândirii autorităţii de lucru judecat

De asemenea, este important de menţionat că **dispoziţiile art. 2561 din Codul penal** **nu reprezintă o cauză legală de majorare a pedepsei, ci** **o variantă agravată (calificată) a infracţiunilor enumerate în cuprinsul acestui text (printre care şi infracţiunea de înşelăciune prev. de art. 244 Cod penal),** aşa cum s-a stabilit cu efect obligatoriu prin Decizia nr. 1 din 19 ianuarie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 105 din 10 februarie 2015 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală cu referire la art. 308 din Codul penal (a se vedea mutatis mutandis considerentele ce au stat la baza dezlegării chestiuni de drept ce a format obiectul respectivului dosar şi care se aplică întocmai şi pentru art. 2561 Cod penal). **Deci, nefiind vorba de o cauză legală de agravare care are ca efect modificarea limitelor speciale de pedeapsă, art. 2561 din Codul penal nu constituie criteriu pentru determinarea legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive.**

Concluzionând, pentru considerentele dezvoltate anterior, prezentul judecator reţine că în interpretarea dispoziţiilor art. 6 alin. (1) din Codul penal, în cazul pedepsei definitive aplicată prezentului condamnat pentru infracţiunea de înşelăciune care a produs consecinţe deosebit de grave potrivit Codului penal anterior – **art. 215 alin. 1, 3 şi 5 Cod penal anterior**, determinarea maximului special prevăzut de legea nouă se realizează prin raportare la **varianta agravată a infracţiunii de înşelăciune enumerată în art. 2561 din Noul Cod penal (cu trimitere la art. 244 alin. 1 noul Cod penal).**

**Ori, în speţă, fără nici o justificare şi fără nici cea mai mică motivare, prima instanţă de judecată a reţinut doar atât**: „pedeapsa închisorii de 10 ani aplicată pentru săvârșirea infracțiunii de înşelăciune, prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu art. 41 alin.2, art. 75 alin. 1 lit. a din același cod, cu aplicarea art. 5 din Noul Cod Penal, **depășește maximul special de 5 ani închisoare prevăzut de art. 244 alin 1 şi 2 Cod Penal cu aplicarea art. 35 NCP**, reținându-se că acest din urmă text de lege este mai favorabil inculpatului față de momentul condamnării sale deoarece limitele de pedeapsă ale infracțiunii sunt inferioare”.

Ori, analizând textele de lege în baza cărora contestatorul din prezenta cauză a fost condamnat sub aspectul **infracţiunii de înşelăciune**, prezentul judecator reţine că acestea vizează **infracţiunea de înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave** – prev de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, ce are corespondent în Codul penal actual în **art. 2561 din Noul Cod penal raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal.** Potrivit a**rt. 2561 din Noul Cod penal** - *Dacă faptele prevăzute la art. 228, 229, 233, 234, 235, 239, 242, 244, 245, 247, art. 249 - 251 au produs consecinţe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu jumătate.* Potrivit **art. 244 alin. 1 Noul Cod penal** *Inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obţine pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust şi dacă s-a pricinuit o pagubă, se pedepseşte cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani.*

În consecinţă, urmare a realizării corecte a corespondenţei dintre dispoziţiile legale incriminatorii de pe Vechiul Cod penal cu dispoziţiile legale incriminatorii din Noul Cod penal, respectiv **art. 2561 din Noul Cod penal raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal, contestatorul condamnat beneficiază de reducerea pedepsei de 10 ani închisoare, la care a fost condamnat sub aspectul infracţiunii de** **înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave** – prev de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, la **pedeapsa de 4 ani şi 6 luni închisoare – acesta fiind maximul special legal prevăzut de textele de lege corespunzătoare din Noul Cod penal, respectiv art. 2561 raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal cu aplicare art. 35 alin. 1 Noul Cod penal.**

În condiţiile în care prima instanţă de judecată, în soluţionarea contestaţiei la executare, sub aspectul infracţiunii de înşelăciune, prin efectuarea unei corespondenţe greşite a dispoziţiilor legale incriminatorii pe Noul Cod penal, i-a redus pedeapsa de 10 ani închisoare la care a fost condamnat, la un maxim special de 5 ani închisoare, iar prin raţionamentul juridic expus mai sus de prezentul judecător, reducerea pedepsei are loc la **4 ani şi 6 luni închisoare** **(în loc de 5 ani închisoare, cât a primit în primă instanţă),** **nu se poate pretinde că s-ar încălca principiul neagravării situaţiei juridice a contestatorului în propria cale de atac.** Şi aceasta întrucât, aşa cum s-a mai menţionat, **din perspectiva art. 6 Cod penal** (singurul obiect al prezentei contestaţii la executare şi, pe cale de consecinţă, şi a contestaţiei ca şi cale de atac) **criteriile de stabilire a legii mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei, au fost reduse la unul singur**: **compararea pedepsei aplicate în baza legii în temeiul căreia s-a pronunţat hotărârea definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, modificarea sancţiunii limitându-se la reducerea ei la maximul prevăzut de legea nouă.**

**Încadrarea juridică stabilită faptei pentru care s-a dispus condamnarea a intrat în autoritate de lucru judecat iar efectuarea de către prima instanţă de judecată a unei corespondenţe greşite a textului de lege incriminator din vechiul Cod penal în dispoziţii din Noul Cod penal poate fi remediată şi se impune a fi remediată în propia cale de atac a contestatorului atâta timp cât, urmare a reţinerii greşite a unor dispoziţii legale incriminatorii prima instanţă a aplicat pedeapsa de 5 ani închisoare, pe când, în calea de atac a contestaţiei, urmare a remedierii acestei greşeli şi reţinerii corecte a textului de lege incriminator prev. de Noul Cod penal, se ajunge la o pedeapsă mai mică decât cea aplicată de prima instanţă, respectiv de 4 ani şi 6 luni închisoare – acesta fiind maximul special legal prevăzut de Noul Cod penal pentru infracţiunea pentru care contestatorul din prezenta cauză a fost condamnat. Situaţia juridică a contestatorului nu se agravează iar scopul articolului 6 Noul Cod penal este atins, şi anume înlăturarea sporului de pedeapsă ce nu mai are suport legal (principiul legalităţii pedepsei).**

**Nu se poate pretinde că prezentul contestator a câştigat în primă instanţă o încadrare juridică** (art. 244 alin. 1 şi alin. 2 Noul Cod penal). Nu se poate pretinde ca instanţa de control judiciar să fie ţinută de această încadrare juridică necorespunzătoare şi, pe cale de consecinţă, să fie obligată să înlăture doar partea nelegală din această încadrare (în speţă alin. 2 din art. 244 Cod penal) urmând ca cel condamnat să beneficieze de rezultatul astfel produs – art. 244 alin. 1 Cod penal, respectiv de pedeapsa prevăzută de acest text de lege incriminator – 3 ani închisoare. Şi aceasta deoarece **situaţia de fapt şi de drept** **analizate au fost stabilite cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare, singura derogare de la principiul autorităţii de lucru judecat din perspectiva art. 6 Cod penal fiind permisă doar sub aspectul legalităţii pedepsei. A realiza în calea de atac a contestatorului o corespondenţă corectă a normelor legale incriminatorii care are ca efect aplicarea unei pedepse mai mici decât cea stabilită de prima instanţă de judecată urmare a reţinerii de către aceasta, sub aspectul încadrării juridice a faptei, a unor dispoziţiile legale greşite din Noul Cod penal, nu duce la încălcarea principiului neagravării situaţiei juridice în propria cale de atac.**

**Prin încadrarea corectă a faptei de înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave** **în art. 2561 raportat la art. 244 alin. 1 Noul Cod penal cu aplicare art. 35 alin. 1 Noul Cod penal (**dinart. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 41 alin. 2 Cod penal 1969) **instanţa de control judiciar nu reţine o circumstanţă agravantă nouă în propria cale de atac a contestatorului. Varianta agravată a infracţiunii de înşelăciune a fost stabilită cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare. Inclusiv prima instanţă de judecată, în considerente reţine că petentul a fost condamnat pentru infracţiunea prev de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, deci a cunoscut reţinerea variantei agravate atrasă de consecinţele deosebit de grave prev. de alin. 5 al articolului 215 Vechiul Cod penal.** Însă, fără nici o explicaţie face corespondenţa cu art. 244 alin. 1 şi 2 Noul Cod penal, aplicând maximul special legal de pedeapsă prev. de alin. 2 al acestui articol – **5 ani închisoare**.

De asemenea, se observă că **însăşi prima instanţă de judecată a reţinut în motivare, dând citire considerentelor Deciziei nr. 12 din 06 mai 2015 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, următoarele***:„în scopul respectării principiului legalităţii pedepselor, legiuitorul a consacrat în* ***art. 6 alin. (1) din C. pen****. o excepţie de la efectul autorităţii de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situaţia în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancţiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim.* *Fiind vorba de* ***o excepţie de la principiul securităţii raporturilor juridice****,* ***care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanţă să nu mai poată fi supusă rejudecării****, prin aplicarea legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive* ***nu se poate ajunge la o reanalizare a cauzei, inclusiv sub aspectul împrejurărilor faptice reţinute, al încadrării juridice date acestora şi al criteriilor de stabilire şi individualizare a sancţiunii,*** *legiuitorul înţelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depăşeşte maximul special prevăzut de legea nouă (...) Aşadar, în aplicarea art. 6 din C. pen., comparaţia dintre pedepse şi cauzele legale de modificare a acestora nu se poate raporta decât la* ***aceeaşi încadrare juridică dată faptei prin hotărârea de condamnare definitivă****, fiind inadmisibilă o schimbare a respectivei încadrări juridice în cursul executării pedepsei.* *O interpretare contrară ar conduce la încălcarea autorităţii de lucru judecat a hotărârii definitive, în condiţiile în care instituţia schimbării încadrării juridice operează doar în cursul judecăţii, aşa cum prevede art. 386 din C. proc. pen., şi ar fi în contradicţie cu prevederile art. 595 alin. (1) din C. proc. pen., ce reglementează doar modificarea pedepsei definitive.”*

În concluzie, prezentul judecător apreciază că în speţă, urmare a înlăturării din sentinţa penală apelată a dispoziţiei potrivit căreia – „*În baza art. 6 alin 1 Cod Penal reduce pedeapsa de 10 ani închisoare aplicată pentru săvârşirea infracţiunii de înşelăciune în formă continuată la maximul pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 şi 2 Cod Penal cu aplicarea art. 35 NCP, respectiv la 5 ani.”,* în rejudecare, prin decizia pronunţată în contestaţie cale de atac trebuia să se dispună astfel: În temeiul art. 6 alin 1 Cod Penal raportat la Decizia Curţii Constituţionale nr. 368/2017 şi Decizia Curţii Constituţionale nr. 651/2018, **reduce pedeapsa de 10 ani închisoare la care a fost condamnat A.** prin sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. 9514/99/2011\*, rămasă definitivă prin decizia penală a Curţii de Apel Iaşi nr. 931 din 22 decembrie 2016, astfel cum au fost modificate prin decizia penala nr. 935 din data de 8 decembrie 2017 pronunţată de Curtea de Apel Iaşi în dosar nr. 230/45/2017, **sub aspectul infracţiunii de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 şi art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a Cod penal 1969, la maximul special al pedepsei de 4 ani şi 6 luni închisoare (raportat la art. 244 alin. 1 cu aplicarea art. 2561, art. 35 alin. 1 şi art. 77 alin. 1 lit. a Noul Cod penal).**

**Procedând astfel, atât principiul legalităţii pedepsei (ca şi principiu de drept penal substanţial – urmărit de art. 6 Noul Cod penal) cât şi principiul neagravării în propria cale de atac (ca şi principiu de drept procesual penal) ar fi fost pe deplin respectate şi garantate în speţă. În aplicarea art. 6 Noul Cod penal, care reglementează aplicarea legii penale mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii, condamnatul contestator nu câştigă noi încadrări juridice ci doar reduceri de pedeapsă. Ori, în speţă, condamnatul contestator a beneficiat în primă instanţă de o reducere a unei pedepse individuale de la 10 ani închisoare la 5 ani închisoare iar, în calea de atac, aplicând raţionamentele sus expuse de prezentul judecător, ar fi beneficat de reducerea pedepsei individuale de la 10 ani închisoare la 4 ani şi 6 luni închisoare. Astfel principiul neagravării situaţiei judicie în propia cale de atac nu ar fi fost cu nimic înfrânt.**

De asemenea, dând eficienţă în continuare dispoziţiilor din Decizia1/2014 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală – sub aspectul contopirii pedepselor în caz de concurs de infracţiuni, **prezentul judecător constată că numitul A. ar avea de executat pedeapsa finală de 7 ani şi 6 luni închisoare (în loc de pedeapsa rezultantă de 10 ani închisoare aplicată** prin sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. ../99/2011\*, rămasă definitivă prin decizia penală a Curţii de Apel Iaşi nr. 931 din 22 decembrie 2016, astfel cum au fost modificate prin decizia penala nr. 935 din data de 8 decembrie 2017 pronunţată de Curtea de Apel Iaşi în dosar nr. ../45/2017**). Aceasta rezultă din aplicarea pedepsei de 6 ani închisoare pentru infracţiunea de spălare de bani, prev. de art. 29 alin.1 lit. a din Legea nr. 656/2002 în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012, pentru care a fost condamnat şi a cărei limită nu se impune a fi redusă, la care se adaugă o treime de 1 an şi 6 luni închisoare din pedeapsa de 4 ani şi 6 luni închisoare aplicată condamnatului pentru infracţiunea de înşelăciune în convenţii cu consecinţe deosebit de grave, în conformitate cu art. 39 alin. 1 lit. b Noul Cod penal.**

**Or, în condiţiile în care prima instanţă de judecată a dispus executarea de către condamnat a unei pedepse rezultante de 9 ani închisoare, prin aplicarea în mod greşit a dispoziţiilor de la contopirea pedepselor în caz de concurs de infracţiuni din Vechiul Cod penal** (*art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, aplicând condamnatului pedeapsa cea mai grea de 6 (șase) ani închisoare pe care o sporeşte cu 3 ani închisoare),* iar prin aplicarea corespunzătoare, în prezenta cale de atac, a dispoziţiilor din Noul Cod penal în materie de contopire de pedepse în caz de concurs de infracţiuni, astfel cum obligă Decizia 1/2014 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală, **se ajunge la o pedeapsă finală de** **7 ani şi 6 luni închisoare, prezentul judecator apreciază că nici în acest caz nu este încălcat principiul neagravării situaţiei juridice în propria cale de atac.**

**În primă instanţă condamnatului contestator i s-au aplicat în mod nelegal dispoziţiile art. 34 alin. 1 lit. b Cod penal 1969, prin reţinerea celei mai grele dintre cele două pedepse individuale la care s-a adăugat un spor facultativ, ajungându-se astfel la pedeapsa de 9 ani închisoare, iar în calea de atac, prin remedierea acestei nelegalităţi în conformitate cu Decizia 1/2014 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, acesta ar beneficia de o pedeapsă mai mică de 7 ani şi 6 luni închisoare. Finalitatea îi este favorabilă. Şi în acest caz atât atât principiul legalităţii pedepsei (ca şi principiu de drept penal substanţial – urmărit de art. 6 Noul Cod penal) cât şi principiul neagravării în propria cale de atac (ca şi principiu de drept procesual penal) ar fi fost pe deplin respectate şi garantate în speţă.**

În consecinţă, prezentul judecător apreciază că, urmare a înlăturării dispoziţiei din sentinţa penală apelată potrivit căreia – „*În baza art. 33 alin. 1 lit. a, art. 34 alin. 1 lit. b, art. 35 alin. 3 Cod penal 1969, aplică inculpatului pedeapsa cea mai grea de 6 (șase) ani închisoare şi pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b şi lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pe care o sporeşte cu 3 ani închisoare, în final condamnatul urmând să execute pedeapsa rezultantă de 9 ani închisoare şi 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b şi c VCP.”,* în rejudecare, prin decizia pronunţată în contestaţie cale de atac trebuia să se dispună astfel: În conformitate cu Decizia 1/2014 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală şi art. 39 alin. 1 lit. b Cod penal, **condamnatul A. va executa pedeapsa finală de 7 ani şi 6 luni închisoare (în loc de pedeapsa rezultantă de 10 ani închisoare aplicată** prin sentința penală nr. 108 din 3.02.2015 pronunţată de Tribunalul Iaşi în dosarul nr. ../99/2011\*, rămasă definitivă prin decizia penală a Curţii de Apel Iaşi nr. 931 din 22.12.2016, astfel cum au fost modificate prin decizia penala nr. 935 din data de 8.12.2017 pronunţată de Curtea de Apel Iaşi în dosar nr. ../45/2017**).**

**2. Recunoaşterea pe cale incidentală a unei hotărâri judecătoreşti străine în cadrul unei cereri de reabilitate. Soluţii**

***Rezumat****:*

*Conform* ***minutei întâlnirii președinților secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, ce a avut loc la Curtea de Apel București, în datele de 16-17 mai 2019****, s-a discutat şi s-a concluzionat, printre altele, şi asupra următoarei probleme de drept:*

***Reabilitarea****: posibilitatea reţinerii reabilitării de drept, pentru o condamnare din România, în cazul în care, în cursul termenului de reabilitare de drept, condamnatul săvârşeşte o altă infracţiune, în străinătate, pentru care se pronunţă o condamnare, soluţie ce se comunică serviciului de cazier judiciar, dar care nu este încă recunoscută în România.*

*Materia: penal; Subcategoria: alte tipuri de cauze; Acte normative incidente: art. 165 C. pen.; art. 135 alin. (3), art. 1401alin. (2) și (3) din Legea nr. 302/2004*

***În cuprinsul minutei s-a reţinut astfel:***

*S-a pus problema, în practica judiciară, cu privire la efectele unei hotărâri judecătorești străine de condamnare, nerecunoscute în România, în privința termenului de reabilitare.*

***Într-o opinie****, s-a arătat că în ipoteza de mai sus reabilitarea de drept va opera întotdeauna, condiţiile de la art. 165 C. pen. fiind îndeplinite, cât timp hotărârea de condamnare pentru săvârşirea, în termenul de reabilitare de drept, a unei alte infracţiuni, nu a fost recunoscută în România.*

***Într-o altă opinie****, s-a arătat că într-o astfel de situaţie, reabilitarea de drept nu va opera deoarece textul art. 165 C.pen. presupune ca, în cursul termenului de reabilitare de drept, condamnatul să nu săvârşească o altă infracţiune, fără a distinge dacă pentru aceasta a fost condamnat în ţară sau străinătate.*

***În opinia INM****,* ***prima soluție este cea corectă.***

*Astfel, din dispozițiile art. 135 alin. (3) din Legea nr. 302/2004 rezultă că finalitatea procedurii de recunoaştere a hotărârii judecătoreşti străine o constituie atribuirea hotărârii judecătoreşti străine de efecte juridicepe teritoriul României, o hotărâre de condamnare recunoscută producând, pe teritoriul României, aceleaşi efecte ca şi o hotărâre de condamnare pronunţată de instanţele naţionale, cu atât mai mult cu cât, în momentul recunoaşterii hotărârii, instanţa este datoare să verifice existenţa corespondenţei infracţiunii care a stat la baza condamnării în străinătate şi reincriminarea aceleiaşi fapte în legislaţia naţională. Dispozițiile art. 165 C.pen. condiționează intervenirea reabilitării de drept de lipsa săvârșirii unei infracțiuni în termenul de reabilitare. Per a contrario, săvârșirea unei infracțiuni în termenul reabilitării de drept îl va întrerupe și va împiedica intervenirea ei, ceea ce presupune reținerea tuturor trăsăturilor esențiale ale infracțiunii, respectiv tipicitate, vinovăție, antijuridicitate și imputabilitate. Or, în opinia noastră, chiar dacă atât dispozițiile art. 165 C.pen. cât și cele ale art. 168 lit. a) C.pen. fac referire la săvârșirea unei infracțiuni, lipsa unui act judiciar prin care să se constate întrunite cele patru trăsături esențiale nu va împiedica împlinirea termenului de reabilitare. Unificarea sub aspect terminologic a condiției analizate în Noul cod penal pentru ambele forme ale reabilitării, respectiv referirea la infracțiune și nu la condamnare, în contextul cerinței negative pentru a opera reabilitarea, a fost determinată de intenția legiuitorului de a exclude împlinirea termenului de reabilitare în cazul soluțiilor de renunțare la aplicarea pedepsei și de amânare a aplicării pedepsei care, deși nu au natura unor soluții de condamnare, presupun întrunirea tuturor trăsăturilor esențiale ale infracțiunii, precum și în cazul soluțiilor de încetare a procesului penal ori a soluțiilor procurorului, prin care se constată că aceleași trăsături sunt întrunite (de pildă, în caz de împăcare, retragere a plângerii prealabile sau a unei cauze de nepedepsire, ori în cazul soluțiilor de renunțare la urmărire penală). Cu toate acestea, stabilirea situațiilor menționate nu poate fi realizată decât printr-un act judiciar care să constate întrunirea condițiilor prevăzute de art. 15 C.pen., respectiv fie o hotărâre judecătorească, fie un act al procurorului prin care se dispune în acest sens. În aceste condiții, în lipsa recunoașterii hotărârii judecătorești străine, aceasta nu va produce efecte juridice pe teritoriul României, conform dispozițiilor legale menționate, ceea ce înseamnă că nu vor putea fi constatate ca fiind întrunite trăsăturile esențiale ale infracțiunii pretins săvârșite și care face obiectul acesteia, consecința fiind aceea a neîntreruperii termenului de reabilitare. Pe de altă parte, având în vedere că pentru ipoteza menționată de autorul întrebării, respectiv cea a reabilitării de drept, recunoașterea ulterioară a hotărârii judecătorești străine nu va putea produce efectul anulării ei, dispozițiile art. 171 C.pen. referindu-se exclusiv la reabilitarea judecătorească, apreciem că în acest caz instanța învestită cu cererea de constatare a reabilitării de drept trebuie să realizeze recunoașterea pe cale incidentală a hotărârii străine menționată în cazierul judiciar, conform art. 140 indice 1 alin. (2) din Legea nr. 302/2004. Acesta întrucât recunoașterea este neîndoielnic, în acest caz, necesară soluționării cauzei penale, putând fi realizată chiar și în lipsa unui tratat, conform alin. (3) al aceluiași articol. De asemenea, aceeași soluție se impune și în ipoteza în care problema intervenirii reabilitării de drept nu face obiectul principal al cauzei, cum ar fi cazul în care instanța verifică îndeplinirea condițiilor termenilor unei recidive. Și în această ipoteză recunoașterea pe cale incidentală a hotărârii judecătorești străine este fundamentală pentru stabilirea formei de pluralitate incidentă în cauză, fiind așadar necesară pentru soluționarea cauzei penale, devenind incidente dispozițiile imperative ale art. 140 indice 1 alin. (2) și (3) din Legea nr. 302/2004 pentru atribuirea de efecte juridice acesteia.*

*Participanții la întâlnire, în unanimitate, au agreat punctul de vedere al INM.*

***Problema de drept ridicată de Curtea de Apel Suceava:***

*Conform celor anterior menţionate, este acceptată posibilitatea ca, în cadrul unei cereri principale de reabilitare, fie de drept, fie judecătorească, să se realizeze, pe cale incidentală, recunoaşterea unei hotărâri penale străine.*

*Potrivit actualului* ***art. 147 alin. 2 şi 4 din Legea 302/2004 - Recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de alte efecte decât cel al executării în regim de detenţie a pedepsei, precum şi a altor acte judiciare emise de autorităţile străine:*** *“….(2) Recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti străine,* ***în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenţie a pedepsei****, se face* ***şi pe cale incidentală****, în cadrul unui proces penal în curs, de către procuror, în faza de urmărire penală, sau de către instanţa de judecată pe rolul căreia se află cauza spre soluţionare…. (4) În situaţiile prevăzute la alin. (1) şi (2), lipsa unui tratat nu împiedică* ***recunoaşterea hotărârii judecătoreşti străine, dacă aceasta se dovedeşte necesară soluţionării unei cauze penale sau poate contribui la îmbunătăţirea situaţiei inculpatului sau a persoanei condamnate ori la reintegrarea sa****. Dispoziţiile art. 137 alin. (1), art. 138, 141 şi ale art. 142 alin. (2) se aplică în mod corespunzător.”*

(Decizia penală nr. 314 din 31 martie 2021, dosar nr. 4658/314/2020)

**Hotărârea*:***

***Prin Sentinţa penală nr. 19 din 07 ianuarie 2021 a Judecătoriei Suceava***, în temeiul art. 147 alin. 1 din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală, republicată, s-a respins ca fiind neîntemeiată cererea petentului A. privind recunoaşterea următoarelor sentinţe penale străine: sentinţa penală din 17.11.2015, pronunţată în dosarul nr. 15/1723/132255C de Tribunalul Manchester and Salford Magistrates Court din Marea Britanie; sentinţa penală din 06.06.2016, pronunţată în dosarul nr. 16/2571/79901U de Tribunalul Cenral London Magistrates Court din Marea Britanie; sentinţa penală din 28.03.2017 pronunţată în dosarul nr. 17/2570/51195C a Tribunalului Central London Magistrates Court din Marea Britanie. În temeiul art. 275 alin. 2 Cod procedură penală a fost obligat petentul la plata sumei de 200 lei cu titlu de cheltuieli judiciare către stat.

***Pentru a pronunţa această sentinţă, Judecătoria Suceava a reţinut următoarele:***

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava la data de 15.06.2020 sub nr. .../314/2020, petentul A. a solicitat instanţei să constate că a intervenit reabilitarea sa de drept raportat la prevederile art. 165 Cod penal şi, în subsidiar, să dispună reabilitarea judecătorească raportat la prevederile art. 168 Cod penal, cu referire la următoarele pedepse: pedeapsa de 1 an închisoare pronunţată în dosarul nr. .../285/2012 al Judecătoriei Rădăuţi, aplicată prin sentinţa penală nr. 441/26.06.2012; pedeapsa de 8 luni închisoare pentru infracţiunea prevăzută de art. 337 Cod penal stabilită prin sentinţa penală nr. 411 din 21.12.2015 în dosar nr. ../314/2015 al Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 pronunţată de Curtea de Apel Suceava.

A solicitat petentul recunoaşterea hotărârilor penale şi a actelor judiciare emise de către Marea Britanie raportat la prevederile Legii 302/2004 în vederea constatării intervenirii reabilitării sale de drept, respectiv hotărârea penală emisă de Curtea din Westminster la data de 28.03.2017.

În motivarea cererii s-a arătat că prin sentinţa penală nr. 441 din 26.06.2012 petentul a fost condamnat la pedeapsa închisorii de 1 an în dosarul nr. ../285/2012 şi că prin sentinţa penală nr. 411 a Judecătoriei Suceava pronunţată la 21.12.2015 în dosarul nr. ../314/2015, definitivă prin decizia penală nr. 417/A/1998 a Tribunalului Suceava a fost condamnat la pedeapsa de 1 an şi 8 luni închisoare pentru infracţiunea prevăzută de art. 337 Cod penal. S-a arătat prin cerere că a fost emis mandatul european de arestare privind executarea pedepsei de 1 an şi 8 luni, pedeapsă pe care a executat-o în Marea Britanie, fiind eliberat sub control judiciar. A mai arătat petentul că a executat în întregime în Marea Britanie pedepsele pentru faptele comise în Marea Britanie, respectiv 5 luni şi 1 săptămână, a achitat cuantumul amenzilor şi cheltuielilor reţinute în sarcina sa de statul britanic şi solicită recunoaşterea acestora precum şi a efectelor acestora. Totodată, petentul a mai arătat că a achitat cheltuielile judiciare şi că nu figurează cu datorii, conform certificatului de atestare fiscală eliberat la data de 02.12.2019. A menţionat petentul că în prezent se află în Marea Britanie, este încadrat în muncă şi se află în imposibilitate de a se deplasa în România din cauza pandemiei cauzate de virusul COVID-19.

***La data de 21.09.2020 instanţa de fond a dispus disjungerea şi judecarea separată a cererii privind recunoaşterea hotărârilor străine (sub nr. ../314/2020) şi a cererii de reabilitare (sub nr. ../314/2020).***

***Analizând cererea de recunoaştere a hotărârilor penale străine, instanţa de fond a reţinut următoarele:***

Potrivit dispoziţiilor din materia reabilitării, respectiv art. 167 Cod penal, termenele de reabilitare prevăzute de art. 165, art. 166 Cod penal se socotesc de la data când a luat sfârşit executarea pedepsei principale sau de la data când aceasta s-a prescris.

Din menţiunile făcute de Compartimentul Executări Penale din cadrul Judecătoriei Suceava şi fişa de cazier judiciar a rezultat că petentul a fost condamnat la pedeapsa de 1 an şi 8 luni închisoare prin sentinţa penală nr. 411/21.12.2015 a Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 a Curţii de Apel Suceava. La data de 04.05.2016 pe numele petentului a fost emis mandatul european de arestare. Prin adresa nr. 180824/05.02.2020 a IPJ s-a comunicat că petentul este urmărit la nivel naţional prin dispoziţia I.G.P.R. nr. 137415 din 24.04.2016 şi că a fost arestat la data de 28.03.2017 de către autorităţile judiciare din Anglia. S-a menţionat că până în prezent nu s-au obţinut noi date cu privire la o eventuală localizare a acestuia, sens în care se continuă activităţile specifice pentru aducerea la îndeplinire a mandatului de executare.

Instanţa de fond a avut în vedere că reabilitarea poate fi solicitată şi dispusă cu privire la toate condamnările pe care le-a suferit o persoană, nu doar pentru o parte a acestora (caracterul indivizibil al reabilitării), pronunţate în ţară sau străinătate. Astfel, în cazul condamnărilor succesive, este necesar ca pentru toate condamnările să opereze reabilitarea.

În condiţiile în care pe numele petentului a fost emis un mandat de executare pentru condamnarea din România, pedeapsa fiind executabilă şi nu a fost iniţiată şi încheiată o procedură prin care să se constate fie executarea pedepsei, fie prescripţia executării acesteia, reabilitarea nu poate opera, întrucât prin raportare la dispoziţiile art. 167 Cod procedură penală, termenul de reabilitare începe să curgă doar după ce a luat sfârşit executarea pedepsei sau după ce aceasta s-a prescris.

Potrivit dispoziţiilor art. 147 alin. 1 din Legea nr. 302/2004, recunoaşterea, pe cale principală, a hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenţie a pedepsei, se face la sesizarea persoanei interesate sau a procurorului, în condiţiile tratatului aplicabil între România şi statul emitent, de către judecătoria în a cărei circumscripţie aceasta domiciliază. Astfel, reţine instanţa fondului că solicitarea recunoaşterii şi desfăşurarea unei proceduri de recunoaştere a hotărârilor străine este strâns legată de scopul urmărit, respectiv producerea de efecte juridice.

În prezenta cauză petentul este cel care a sesizat instanţa în vederea recunoaşterii hotărârilor străine menţionate la capitolul „date ataşate” din fişa de cazier judiciar, iar scopul exclusiv al recunoaşterii, aşa cum este precizat în cerere, este de a obţine reabilitarea. Întrucât reabilitarea nu poate opera în acest moment, faţă de efectul unic urmărit prin cererea de recunoaştere, instanţa de fond a apreciat că această cerere este în acest moment lipsită de temei.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 147 alin. 1 din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară în materie penală, republicată, a respins ca fiind neîntemeiată cererea petentului A. privind recunoaşterea următoarelor sentinţe penale străine: sentinţa penală din 17.11.2015, pronunţată în dosarul nr. 15/1723/132255C de Tribunalul Manchester and Salford Magistrates Court din Marea Britanie; sentinţa penală din 06.06.2016, pronunţată în dosarul nr. 16/2571/79901U de Tribunalul Cenral London Magistrates Court din Marea Britanie; sentinţa penală din 28.03.2017 pronunţată în dosarul nr. 17/2570/51195C a Tribunalului Central London Magistrates Court din Marea Britanie. În temeiul art. 275 alin. 2 Cod procedură penală a obligat petentul la plata sumei de 200 lei cu titlu de cheltuieli judiciare către stat.

***Împotriva acestei sentinţe, în termen legal, a formulat apel petentul A. pentru motivele dezvoltate pe larg de către apărătorul ales al acestuia cu ocazia dezbaterilor, astfel cum au fost consemnate în încheierea de dezbateri din data de 17 martie 2021 când instanţa de control judiciar, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunţarea pentru data de astăzi, 31 martie 2021.***

***Analizând apelul prin prisma motivelor invocate, precum şi cauza sub toate aspectele de fapt şi de drept, în conformitate cu prevederile art. 417 alin.1, 2, art. 420 Cod procedură penală, Curtea reţine următoarele:***

Potrivit art. 147 din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penala ***–*** intitulat „***Recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de alte efecte decât cel al executării în regim de detenţie a pedepsei, precum şi a altor acte judiciare emise de autorităţile străine*” -** *(1)* ***Recunoaşterea, pe cale principală****, a hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenţie a pedepsei, se face la sesizarea persoanei interesate sau a procurorului, în condiţiile tratatului aplicabil între România şi statul emitent, de către judecătoria în a cărei circumscripţie aceasta domiciliază. (2)* ***Recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti străine****, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenţie a pedepsei,* ***se face şi pe cale incidentală,*** *în cadrul unui proces penal în curs, de către procuror, în faza de urmărire penală, sau de către instanţa de judecată pe rolul căreia se află cauza spre soluţionare. (3) Recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea deducerii perioadei executate în detenţie pe teritoriul altui stat, se face dacă pedeapsa a fost executată în întregime sau a fost considerată ca fiind executată în statul străin, iar aceste aspecte au fost confirmate de statul străin, urmând a fi dedusă perioada executată efectiv. (4)* ***În situaţiile prevăzute la alin. (1) şi (2), lipsa unui tratat nu împiedică recunoaşterea hotărârii judecătoreşti străine, dacă aceasta se dovedeşte necesară soluţionării unei cauze penale sau poate contribui la îmbunătăţirea situaţiei inculpatului sau a persoanei condamnate ori la reintegrarea sa.******Dispoziţiile art. 137 alin. (1), art. 138, 141 şi ale art. 142 alin. (2) se aplică în mod corespunzător.***

Aşadar, din interpretarea dispoziţiilor legale enunţate instanţa de control judiciar concluzionează că recunoaşterea hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de alte efecte decât executarea în regim de detenţie a pedepsei, se poate realiza fie pe cale principală, fie pe cale incidentală.

În prezenta cauză, Curtea observă că prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava la data de 15.06.2020 sub nr. 4658/314/2020, **petentul A. a solicitat instanţei, în principal, să constate că a intervenit reabilitarea** **sa, fie de drept**, raportat la prevederile art. 165 Cod penal, **fie judecătorească**, raportat la prevederile art. 168 Cod penal (*cu referire la pedeapsa de 1 an închisoare pronunţată în dosarul nr. ../285/2012 al Judecătoriei Rădăuţi, aplicată prin sentinţa penală nr. 441/26.06.2012 şi la pedeapsa de 8 luni închisoare pentru infracţiunea prevăzută de art. 337 Cod penal stabilită prin sentinţa penală nr. 411 din 21.12.2015 în dosar nr. ../314/2015 al Judecătoriei Suceava, defintivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 pronunţată de Curtea de Apel Suceava*). A s**olicitat totodată ca, pe cale incidentală, instanţa să procedeze la recunoaşterea hotărârilor penale emise de Marea Britanie** (*făcând referire iniţial, în cererea introductivă, la hotărârea emisă de Curtea din Westminster din Marea Britanie, la data de 28.03.2017)* raportat la prevederile Legii 302/2004, în vederea obţinerii reabilitării.

În motivarea cererii s-a arătat că prin sentinţa penală nr. 441 din 26.06.2012 petentul a fost condamnat la pedeapsa închisorii de 1 an în dosarul nr. ../285/2012 şi că prin sentinţa penală nr. 411 a Judecătoriei Suceava pronunţată la 21.12.2015 în dosarul nr. ../314/2015, definitivă prin decizia penală nr. 417/A/1998 a Tribunalului Suceava, a fost condamnat la pedeapsa finală de 1 an şi 8 luni închisoare (inclusă fiind şi pedeapsa de 1 an din sentinţa penală anterioară). ***S-a arătat prin cerere că a fost emis mandatul european de arestare privind executarea pedepsei de 1 an şi 8 luni, pedeapsă pe care a executat-o în Marea Britanie, fiind eliberat sub control judiciar.******A mai arătat petentul că a executat în întregime în străinătate pedepsele pentru faptele comise în Marea Britanie, respectiv 5 luni şi 1 săptămână*,** a achitat cuantumul amenzilor şi cheltuielilor reţinute în sarcina sa de statul britanic şi solicită recunoaşterea acestora. Totodată, petentul a mai arătat că a achitat cheltuielile judiciare şi că nu figurează cu datorii, conform certificatului de atestare fiscală eliberat la data de 02.12.2019.

Deşi solicitarea petentului A. a fost de recunoaştere a hotărârilor penale străine pe cale incidentală, în cadrul cererii de reabilitare şi în scopul obţinerii reabilitării, instanţa de fond astfel sesizată, prin încheierea din data de 21.09.2020, a dispus disjungerea cererii principale de reabilitare şi judecarea separată, în prezenta cauză, a cererii de recunoaştere a unor hotărâri judecătoreşti străine.

În motivarea acestui act decizional Judecătoria a reţinut că, având în vedere ceea ce a statuat ÎCCJ într-o decizie mai veche, respectiv faptul că un proces penal în curs presupune a se afla în una din cele trei faze: de urmărire penală, de judecată sau de executare, precum și faptul că instituția reabilitării nu se încadrează în niciuna dintre aceste faze, fiind o procedură distinctă, apreciază că în procedura reabilitării nu se poate solicita, pe cale incidentală, recunoașterea unei hotărâri străine, aceasta putând fi solicitată doar pe cale separată.

Curtea apreciază actul de dispoziţie al instanţei de fond, în sensul disjungerii celor două cereri şi judecarea lor separată, drept greşit, dispoziţie ce a dus de altfel la compromiterea întregului demers urmărit de către petentul A. prin introducerea cererii în conţinutul anterior enunţat.

Astfel, instanţa de control judiciar reţine că prin **Decizia nr. 9 din 2010 pronunţată de Înalta Curtea de Casaţie şi Justiţie în recurs în interesul legii**, pe care instanţa de fond şi-a bazat motivarea actului decizional de disjungere, s-a dispus asupra interpretării noţiunii de “proces penal în curs”, noţiune cuprinsă la acel moment în art. 119 din Legii 302/2004 cu următorul conţinut: „***Art. 119 - Procedura de recunoaştere pe cale incidentală*** *- Recunoaşterea se poate face pe cale incidentală în cadrul unui proces penal în curs, de către procuror în faza de urmărire sau de către instanţa de judecată în faţa căreia cauza este pendinte”.* Alăturat acestui articol, ***art.******118 reglementa procedura specială de recunoaştere pe cale principală*** astfel:*(1) Recunoaşterea hotărârilor penale pronunţate de instanţele judecătoreşti din străinătate sau a altor acte judiciare străine se poate face şi pe cale principală, de către instanţa de judecată sesizată în acest scop de către condamnat sau de către procuror. (2) În acest caz, competenţa aparţine judecătoriei în a cărei circumscripţie teritorială se află condamnatul. (3) Dispoziţiile art. 117 alin. (3) - (6) se aplică în mod corespunzător.*

Se observă că la data pronunţării deciziei de către Înalta Curtea de Casaţie şi Justiţie nu era reglementată special instituţia recunoaşterii hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de alte efecte decât cel al executării în regim de detenţie a pedepsei, astfel cum este reglementată în prezent prin art. 147 din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penală.

De asemenea, se observă că problema supusă dezlegării în cauza respectivă consta în aceea dacă recunoaşterea, pe cale incidentală, a unei hotărâri judecătoreşti străine se poate realiza şi în faza privind punerea în executare a hotărârilor penale definitive, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie răspunzând afirmativ. În considerente Înalta Curte reţine de altfel că:

*“În practica instanțelor judecătorești nu există un punct de vedere unitar în aplicarea dispozițiilor art. 119 din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, cu modificările și completările ulterioare, în legătură cu înțelesul sintagmei* ***"proces penal în curs"*** *atunci când se solicită pe cale incidentală, cu ocazia soluționării contestației la executare sau a unei cereri întemeiate pe dispozițiile art. 449 din Codul de procedură penală, recunoașterea unei hotărâri penale străine.*

*Astfel,* ***unele instanțe*** *învestite cu judecarea unei asemenea cauze au disjuns cererea de recunoaștere pe cale incidentală a hotărârii penale străine, iar în temeiul art. 42 alin. 1 din Codul de procedură penală, cu referire la art. 118 alin. (2) din Legea nr. 302/2004, cu modificările și completările ulterioare, și-au declinat competența de soluționare a acestei cereri judecătoriei în a cărei circumscripție teritorială se află condamnatul. Aceste instanțe au considerat că prin expresia "proces penal în curs", la care se face referire în cuprinsul art. 119 din Legea nr. 302/2004, cu modificările și completările ulterioare, s-ar înțelege numai cauzele aflate în faza urmăririi penale ori în faza judecății în primă instanță sau în căile de atac, iar nu și cererile privind situații ivite în cursul executării unei hotărâri penale.*

***Alte instanțe,*** *dimpotrivă, au apreciat că atât contestația la executare sau o altă cerere ce privește situații ivite în cursul executării hotărârii penale definitive, cât și cererea de recunoaștere a hotărârii penale străine constituie cereri principale, procedând, pe cale de consecință, la soluționarea lor ca atare, în conformitate cu dispozițiile art. 118 alin. (1) și (2) din Legea nr. 302/2004, cu modificările și completările ulterioare.*

*În fine,* ***alte instanțe*** *s-au pronunțat în sensul că* ***pot fi sesizate, pe cale incidentală, cu cereri de recunoaștere a unei hotărâri penale definitive străine și cu ocazia soluționării contestației la executare sau a altei cereri privind situații ivite în examinarea unei hotărâri penale definitive.***

***Concluzionează Înalta Curte că aceste din urmă instanțe au interpretat și aplicat corect dispozițiile legii****.”*

Aşadar Curtea apreciază concluzia instanţei de fond drept eronată, printr-o interpretare greşită a Deciziei nr. 9 din 2010 pronunţată de Înalta Curtea de Casaţie şi Justiţie în recurs în interesul legii. De altfel, după cum s-a arătat, legislaţia în vigoare, astfel cum a fost între timp modificată, permite o astfel de recunoaştere pe cale incidentală pentru obţinerea altor efecte decât executarea pedepsei în regim de detenţie, deci inclusiv pentru obţinerea reabilitării.

În acest sens s-au pronunţat şi magistraţii la nivel national, prin **minuta întâlnirii președinților secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel din data de 16-17 mai 2019, minută în cadrul căreia,** analizând problemaprivind posibilitatea reţinerii reabilitării de drept, pentru o condamnare din România, în cazul în care, în cursul termenului de reabilitare de drept, condamnatul săvârşeşte o altă infracţiune, în străinătate, pentru care se pronunţă o condamnare care nu este încă recunoscută în România, participanţii au reţinut, printre altele, că: **“***instanța învestită cu cererea de constatare a reabilitării de drept trebuie să realizeze recunoașterea pe cale incidentală a hotărârii străine menționată în cazierul judiciar, conform art. 140 indice 1 alin. (2) din Legea nr. 302/2004. Acesta întrucât recunoașterea este neîndoielnic, în acest caz, necesară soluționării cauzei penale, putând fi realizată chiar și în lipsa unui tratat, conform alin. (3) al aceluiași articol.”.* Această opinie a fost însuşită şi de către **procurorii șefi de secție din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Direcției Naționale Anticorupție, Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism şi al parchetelor de pe lângă curţile de apel, prin minuta întâlnirii din data de 9-10 martie 2020.**

Prezenta instanţă de control judiciar observă că, desi cele două cereri au fost disjunse de judecătorul fondului şi tratate ca două cereri separate, fără legătură între ele, motivarea în ambele cauze se bazează pe întrepătrunderea celor două instituţii, cea a reabilitării şi cea a recunoaşterii hotărârilor penale străine, pe legătura intrinsecă dintre ele. A argumentat judecătorul fondului că *petentul este cel care a sesizat instanţa în vederea recunoaşterii hotărârilor străine menţionate la capitolul „date ataşate” din fişa de cazier judiciar, iar scopul exclusiv al recunoaşterii, aşa cum este precizat în cerere, este de a obţine reabilitarea. Întrucât reabilitarea nu poate opera în acest moment, faţă de efectul unic urmărit prin cererea de recunoaştere, instanţa de fond a apreciat că această cerere este în acest moment lipsită de temei.*

Mai mult Curtea reţine că, deşi judecată cererea de recunoaştere a hotărârilor penale străine ca şi cauză distinctă, instanţa de fond nu a iniţiat nici un demers în vederea obţinerii de relaţii, de la autorităţile penale străine, cu privire la hotărârile în discuţie, la modalitatea de executare a pedepselor de către inculpat şi data executării, astfel cum obligă dispoziţiile art. 147 alin. 1 şi următoarele din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internaţională în materie penala potrivit cărora: *(1)* ***Recunoaşterea, pe cale principală****, a hotărârilor judecătoreşti străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenţie a pedepsei, se face* ***la sesizarea persoanei interesate*** *sau a procurorului, în condiţiile tratatului aplicabil între România şi statul emitent, de către judecătoria în a cărei circumscripţie aceasta domiciliază…….* ***Dispoziţiile art. 137 alin. (1), art. 138, 141 şi ale art. 142 alin. (2) se aplică în mod corespunzător.”*** Ori a**rt. 138 prevede că:** *În vederea recunoaşterii şi punerii în executare a hotărârilor judecătoreşti sau a ordonanţelor penale străine sunt necesare, după caz, următoarele înscrisuri şi informaţii:**a) numele, prenumele, pseudonimul, aliasul folosit, numai în cazul cunoaşterii acestora, precum şi sexul, cetăţenia, numărul cărţii de identitate sau al paşaportului, data şi locul naşterii, fotografia, ultima adresă sau reşedinţă cunoscută, limbile pe care persoana le înţelege; …..****c) durata totală a pedepsei, data începerii executării pedepsei, data la care pedeapsa ar fi executată în întregime sau ar urma să fie considerată ca executată, perioada deja executată, dacă este cazul, numărul de zile care urmează să fie deduse din totalul de pedeapsă ca urmare a efectelor produse de amnistia sau graţierea acordată anterior, precum şi, dacă este cazul, numărul de zile deduse din totalul de pedeapsă ca urmare a oricăror altor măsuri dispuse conform legislaţiei statului emitent; d) informaţii cu privire la liberarea condiţionată sau anticipată, după caz; e) o copie, certificată pentru conformitate, după caz, a ordonanţei penale sau a hotărârii judecătoreşti date în primă instanţă şi, dacă este cazul, în exercitarea căilor de atac; f) dispoziţiile legale aplicabile;……***

Petentul are dreptul de a obţine recunoaşterea hotărârilor penale străine chiar şi pe cale principală în vederea valorificării ulterioare a unei cereri de reabilitare. Faptul că, în aprecierea judecătorului de fond, nu sunt îndeplinite la acest moment condiţiile pentru acordarea reabilitării, nu îl degrevează pe acesta de obligaţiile impuse de lege pentru a proceda la judecarea şi soluţionarea, pe fond, a cererii de recunoaştere a hotărârilor penale străine. Că aceste hotărâri penale străine există, este dovedit de menţiunile din fişa de cazier judiciar privind pe petentul A. care fac referire la: sentinţa penală din 17.11.2015, pronunţată în dosarul nr. 15/1723/132255C de Tribunalul Manchester and Salford Magistrates Court din Marea Britanie, sentinţa penală din 06.06.2016, pronunţată în dosarul nr. 16/2571/79901U de Tribunalul Cenral London Magistrates Court din Marea Britanie, sentinţa penală din 28.03.2017 pronunţată în dosarul nr. 17/2570/51195C a Tribunalului Central London Magistrates Court din Marea Britanie.

De altfel petentul a depus la dosar, prin apărător, o hotărâre emisă de autorităţile din Marea Britanie privind liberarea sa condiţionată şi notificarea de supraveghere, hotărâre cu privire la care instanţa nu a făcut un minim de verificări pentru a concluziona asupra pedepsei din executarea căreia petentul fusese liberat condiţionat. Ori, prin cererea introductivă petentul a susţinut că tocmai pedeapsa de 1 an şi 8 luni închisoare aplicată prin sentinţa penală nr. 411 a Judecătoriei Suceava pronunţată la 21.12.2015 în dosarul nr. ../314/2015, definitivă prin decizia penală nr. 417/A/1998 a Tribunalului Suceava, **a executat-o în Marea Britanie, în baza mandatului european de arestare, fiind eliberat sub control judiciar ce a expirat la data de 25.09.2016.**

Instanţa de fond a tratat cu formalism cererea petentului, limitându-se a reţine că din menţiunile făcute de Compartimentul Executări Penale din cadrul Judecătoriei Suceava şi fişa de cazier judiciar a rezultat că petentul a fost condamnat la pedeapsa de 1 an şi 8 luni închisoare prin sentinţa penală nr. 411/21.12.2015 a Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 a Curţii de Apel Suceava; că la data de 04.05.2016 pe numele petentului a fost emis mandatul european de arestare; că prin adresa nr. 180824/05.02.2020 a IPJ Suceava s-a comunicat că petentul este urmărit la nivel naţional prin dispoziţia I.G.P.R. nr. 137415 din 24.04.2016 şi că a fost arestat la data de 28.03.2017 de către autorităţile judiciare din Anglia; că până în prezent nu s-au obţinut noi date cu privire la o eventuală localizare a acestuia, sens în care se continuă activităţile specifice pentru aducerea la îndeplinire a mandatului de executare.

Ori, cu atât mai mult, având în vedere aceste relaţii, judecătorul fondului trebuia să facă demersuri la autorităţile judiciare din Marea Britanie pentru a verifica dacă susţinerile petentului se confirmă, dacă a executat sau nu în străinătate pedeapsa de 1 an şi 8 luni la care a fost condamnat în România şi în baza căreia s-a emis mandatul european de arestare.

Pentru toate argumentele anterior menţionate, în temeiul art. 421 pct. 2 lit. b Cod procedură penala, Curtea va **admite apelul** formulat de apelantul petent A. împotriva sentinţei penale nr. 19 din data de 07.01.2021 pronunţată de Judecătoria Suceava în dosar nr. 4658/314/2020, va desfiinţa **în totalitate sentinţa penala sus menţionată precum şi dispoziţia din încheierea din data de 21.09.2020 de disjungere a cererii principale de reabilitare şi judecare separată, în prezenta cauză, a cererii incidentale de recunoaştere a unor hotărâri judecătoreşti străine, cauza urmând a fi trimisă spre rejudecare la Judecătoria Suceava.**

În temeiul art. 275 alin. 3 Cod procedură penala, cheltuielile judiciare din apel vor rămâne în sarcina statului.

**3. Contestaţia în anulare întemeiată pe** **dispoziţiile** **art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală. Competenţa materială.**

***Rezumat:***

*Contestaţia în anulare întemeiată pe art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală aparţine primei instanţe în situaţia în care hotărârea judecătorească a rămas definitivă prin neapelare, soluţia fiind identică şi pentru situaţia în care s-a formulat un apel peste termenul legal de promovare a căii de atac, apelul fiind astfel respins ca tardiv.*

(Decizia penală nr. 403 din 14 mai 2021, dosar nr. 2153/314/2020)

**Hotărârea:**

Prin ***Sentinţa penală nr. 42 din data de 26 ianuarie 2021, pronunţată de Judecătoria Suceava în dosarul nr. 2153/314/2020***, în temeiul art. 429 C.p.p. rap. la art. 47 alin.1 C.p.p. s-a admis excepţia necompetenţei materiale a Judecătoriei Suceava, invocată din oficiu. În temeiul art. 50 C.p.p. a fost declinată competenţa de soluţionare a cauzei având ca obiect contestaţie în anulare – art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., privind pe condamnatul **A.**, în favoarea Curţii de Apel Suceava. În baza art. 275 alin. 3 C.pr.pen., cheltuielile judiciare avansate de stat au rămas în sarcina acestuia, onorariul apărătorului din oficiu în cuantum de 627 lei conform delegaţiei pentru asistenţă judiciară obligatorie .. dispunându-se a fi avansat din fondurile Ministerului Justiţiei ...

***Pentru a hotărî astfel, instanţa de fond a reţinut următoarele:***

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava la data de 05.03.2020, sub nr. 2153/314/2020, contestatorul A. a formulat contestaţie în anulare împotriva Sentinţei penale nr. 176 din 12.04.2018 pronunţată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, definitivă prin Decizia penală nr. 705/01.08.2018 a Curţii de Apel Suceava.În motivarea cererii, contestatorul a arătat că prezenţa la citirea actului de sesizare era obligatorie, astfel încât înţelege să invoce nulitatea absolută a sentinţei atacate şi anularea mandatului emis în baza acesteia.S-a reţinut că, în drept, a invocat dispoziţiile **art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p.**

La dosarul cauzei a fost ataşată copie după Sentinţa penală nr. 176 din 12.04.2018 pronunţată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava.

La primul termen de judecată din data de 03.06.2020, contestatorul A., prin apărător din oficiu, a solicitat acordarea unui termen pentru studierea dosarului şi pentru a indica cu exactitate temeiul de drept al prezentei cereri, fiindu-i admisă cererea formulată. Contestatorul A. nu a putut fi prezentat în instanţă pentru studierea dosarului, deşi au fost acordate mai multe termene în acest sens, dat fiind contextul pandemic.

La termenul de judecată din data de 20.01.2021, contestatorul a arătat că îşi menţine contestaţia în anulare întemeiată pe dispoziţiile art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., astfel cum a fost formulată în cererea scrisă înregistrată iniţial pe rolul Judecătoriei Suceava.

La acelaşi termen de judecată din data de 20.01.2021, instanţa, din oficiu, a invocat excepţia necompetenţei materiale a Judecătoriei Suceava în soluţionarea contestaţiei în anulare formulate de contestatorul A..

**Examinând actele şi lucrările dosarului, în raport de excepţia necompetenţei materiale a Judecătoriei Suceava, Judecătoria Suceava a reţinut următoarele:**

Prin Sentinţa penală nr. 176/12.04.2018 pronunţată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, s-a dispus: *„În baza art. 278 Codul penal, cu aplic. art. 44 alin. l Codul penal condamnă inculpatul A. la pedeapsa de 1 lună închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de „încălcarea solemnităţii şedinţei”.* *În baza art. 44 alin. 2 raportat la art. 39 alin. 1 lit. b Codul penal contopește pedeapsa aplicată inculpatului A. în prezenta cauză cu pedeapsa de 10 ani închisoare aplicată prin Sp.213/2010 a Tribunalului Botoşani și aplică pedeapsa rezultantă de 10 ani și 10 zile închisoare, formată din pedeapsa principală de 10 ani închisoare, la care s-a adăugat sporul obligatoriu de o treime, respectiv 10 zile.* *În baza art. 72 Codul Penal deduce din pedeapsa aplicată inculpatului perioada executată de la 15.12.2009 la zi.”*

Sentinţa penală menţionată anterior a rămas definitivă prin Decizia penală nr. 705 din data de 01.08.2018 a Curţii de Apel Suceava prin care s-a respins, ca nefondat, apelul inculpatului A.

În drept, s-a reţinut că, în conformitate cu dispoziţiile art. 426 C.p.p., „*Împotriva hotărârilor penale definitive se poate face contestație în anulare în următoarele cazuri: a) când judecata în apel a avut loc fără citarea legală a unei părți sau când, deși legal citată, a fost în imposibilitate de a se prezenta și de a înștiința instanța despre această imposibilitate;* ***b) când inculpatul a fost condamnat, deși existau probe cu privire la o cauză de încetare a procesului;*** *c) când hotărârea în apel a fost pronunțată de un alt complet decât cel care a luat parte la dezbaterea în fond a procesului; d) când instanța de apel nu a fost compusă potrivit legii ori a existat un caz de incompatibilitate; e) când judecată în apel a avut loc fără participarea procurorului sau a inculpatului, când acesta era obligatorie potrivit legii; f) când judecată în apel a avut loc în lipsa avocatului, când asistența juridică a inculpatului era obligatorie, potrivit legii; g) când ședința de judecată în apel nu a fost publică, în afară de cazurile când legea prevede altfel; h) când instanța de apel nu a procedat la audierea inculpatului prezent, dacă audierea era posibilă; i) când împotriva unei persoane s-au pronunțat două hotărâri definitive pentru aceeași faptă.*”

În ceea ce privește procedura de judecată a contestației în anulare, Judecătoria Suceava a reţinut că aceasta presupune două etape: admiterea în principiu și judecata după admiterea în principiu.

În cadrul procedurii de admitere în principiu nu are loc o judecată asupra temeiniciei contestației în anulare, care să presupună administrarea de probe în fața instanței sesizate, ci o judecată asupra îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege pentru introducerea cererii de contestație în anulare. În cadrul procedurii reglementate de art. 431 C.p.p., instanța examinează îndeplinirea condițiilor de admitere în principiu a contestației în anulare care rezultă din prevederile art. 426 C.p.p., art. 427 C.p.p. și art. 431 alin. 2 C.p.p.. Astfel, instanța examinează dacă cererea de contestație în anulare este de competenţa sa, dacă privește hotărâri penale definitive, dacă este introdusă de o persoană care are calitatea cerută de lege pentru a exercita calea de atac, dacă este introdusă în termenul prevăzut de lege, dacă motivul pe care se sprijină contestația este unul din cele prevăzute de art. 426 C.p.p., precum şi împrejurarea dacă în sprijinul contestației sunt depuse dovezi ori sunt invocate dovezi care sunt depuse la dosar.

În aceste sens, verificându-şi, în primul rând, propria competenţă raportat la competenţa de soluţionare a contestaţiei în anulare, Judecătoria Suceava a constatat că art. 429 C.p.p. prevede că „*1)* ***Contestaţia în anulare se introduce la instanţa care a pronunţat hotărârea a cărei anulare se cere.*** *2) Contestaţia în anulare pentru cazul în care se invocă autoritatea de lucru judecat se introduce la instanţa la care a rămas definitivă ultima hotărâre*.”

S-a reţinut că rezultă astfel că, competenţa judecării contestaţiei în anulare întemeiate pe **cazul prevăzut de art. 426 lit. b C.p.p. aparţine primei instanţe** (*a cărei hotărâre a rămas definitivă prin neapelare sau prin retragerea apelului*) ori **instanţei de apel** *care a pronunţat hotărârea definitivă a cărei anulare se cere.*

**Constatând că sentinţa penală cu privire la care a fost formulată contestaţia în anulare, în speţă Sentinţa penală nr. 176/12.04.2018 pronunţată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, a rămas definitivă în apel, respectiv prin Decizia penală nr. nr. 705 din data de 01.08.2018 a Curţii de Apel Suceava, Judecătoria Suceava a constatat că instanţa competentă să soluţioneze contestaţia în anulare care formează obiectul prezentei cauze este Curtea de Apel Suceava.**

Pentru aceste motive, în temeiul art. 429 C.p.p. rap. la art. 47 alin.1 C.p.p., Judecătoria Suceava a admis excepţia necompetenţei materiale a Judecătoriei Suceava, invocată din oficiu. În temeiul art. 50 C.p.p., s-a declinat competenţa de soluţionare a cauzei având ca obiect contestaţie în anulare – art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., privind pe condamnatul **A.** în favoarea Curţii de Apel Suceava. În baza art. 275 alin. 3 C.pr.pen., cheltuielile judiciare avansate de stat vor au rămas în sarcina acestuia, onorariul apărătorului din oficiu .. în cuantum de 627 lei conform delegaţiei pentru asistenţă judiciară obligatorie ... dispunându-se a fi avansat din fondurile Ministerului Justiţiei ....

***Declinată fiind astfel cauza la Curtea de Apel Suceava, la termenul de judecată fixat pentru 14 mai 2021, din oficiu, prezenta instanţă a invocat excepţia necompetenţei materiale a Curţii de Apel Suceava a soluţiona contestaţia în anulare formulată de condamnatul A.***

Curtea reţine ca real faptul că potrivit art. 429 C.p.p. „*1)* ***Contestaţia în anulare se introduce la instanţa care a pronunţat hotărârea a cărei anulare se cere.*** *2) Contestaţia în anulare pentru cazul în care se invocă autoritatea de lucru judecat se introduce la instanţa la care a rămas definitivă ultima hotărâre*.”

În speţă contestatorul şi-a întemeiat cererea pe **art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p. - *când inculpatul a fost condamnat, deși existau probe cu privire la o cauză de încetare a procesului.***

Se observă că prin Sentinţa penală nr. 176/12.04.2018 pronunţată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, s-a dispus astfel: *„În baza art. 278 Codul penal, cu aplic. art. 44 alin. l Codul penal condamnă inculpatul A. la pedeapsa de 1 lună închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de „încălcarea solemnităţii şedinţei”.* *În baza art. 44 alin. 2 raportat la art. 39 alin. 1 lit. b Codul penal contopește pedeapsa aplicată inculpatului A. în prezenta cauză cu pedeapsa de 10 ani închisoare aplicată prin Sp.213/2010 a Tribunalului Botoşani și aplică pedeapsa rezultantă de 10 ani și 10 zile închisoare, formată din pedeapsa principală de 10 ani închisoare, la care s-a adăugat sporul obligatoriu de o treime, respectiv 10 zile.* *În baza art. 72 Codul Penal deduce din pedeapsa aplicată inculpatului perioada executată de la 15.12.2009 la zi.”*

***Deşi instanţa iniţial învestită a reţinut că sentinţa penală menţionată anterior a rămas definitivă prin Decizia penală nr. 705 din data de 01.08.2018 a Curţii de Apel Suceava prin care s-a respins, ca nefondat, apelul inculpatului A., prezenta instanţă observă că Decizia penală nr. 705 din data de 01.08.2018 pronunţată de Curtea de Apel Suceava nu a soluţionat pe fond apelul formulat de inculpatul A. (astfel cum în mod greşit a reţinut Judecătoria Suceava), apelul acestuia fiind respins ca tardiv formulat. Aceasta înseamnă că Sentinţa penală nr. 176/12.04.2018 pronunţată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava a rămas definitivă la expirarea termenului de declarare a căii de atac.***

Ori, **contestaţia în anulare întemeiată pe** **art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală aparţine primei instanţe în situaţia în care hotărârea judecătorească a rămas definitivă prin neapelare, soluţia fiind identică şi pentru situaţia în care s-a formulat un apel peste termenul legal de promovare a căii de atac, apelul fiind astfel respins ca tardiv.**

Pentru aceste considerente, în temeiul art. 429 raportat la art. 426 lit. b C.p.p. rap. la art. 47 alin.1 C.p.p., prezenta instanţă va admite excepţia necompetenţei materiale a Curţii de Apel Suceava, invocată din oficiu. În temeiul art. 50 C.p.p., va declina competenţa de soluţionare a cauzei având ca obiect contestaţie în anulare – art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., privind pe condamnatul **A.** în favoarea Judecătoriei Suceava. Va constata ivit conflictul negativ de competenţă între Curtea de Apel Suceava şi Judecătoria Suceava. Va sesiza Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie pentru soluţionarea conflictului negativ de competenţă.

În baza art. 275 alin. 3 şi 6 C.p.p., cheltuielile judiciare avansate de stat vor rămâne în sarcina acestuia, inclusiv onorariul apărătorului desemnat din oficiu, în cuantum de 627 lei, conform delegaţiei pentru asistenţă judiciară obligatorie .., ce se va avansa din fondul Ministerului Justiţiei .

**4. Infracţiunea de tăiere fără drept de arbori. Condiţii prevăzute de Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru existenţa elementului material al laturii obiective.**

***Rezumat****:*

*Potrivit prevederilor art. 107 alin. 1 lit. d din Legea nr. 46/2008 constituie infracţiune silvică, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puţin 50 de ori mai mare decât preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, „tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieţi sau lăstari din fondul forestier naţional şi din vegetaţia forestieră situată pe terenuri din afara acestuia, indiferent de forma de proprietate”. Prin Legea nr. 197 /2020 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, art. 107 Cod silvic a suferit o serie de modificări. Astfel, faţă de forma actuală a art.107 Cod Silvic, curtea constată că, începând cu data intrării în vigoare a Legii nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, tăierea fără drept de arbori constituie infracţiune numai dacă aceştia sunt situaţi în fondul forestier naţional, nemaifiind însă incriminată tăierea fără drept de arbori din vegetaţia forestieră situată pe terenuri din afara acestuia.*

*Potrivit art. 3 alin. 1 din Legea nr. 187/2012, „Dispoziţiile art. 4 din Codul penal privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile şi în situaţia în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracţiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracţiunii, inclusiv a formei de vinovăţie, cerută de legea nouă pentru existenţa infracţiunii”.*

*În ce priveşte infracţiunea de tăiere fără drept de arbori, în forma sa anterioară datei de 11.09.2020, pentru existenţa elementului material al laturii sale obiective nu era suficientă săvârşirea acţiunii interzise, ci era deopotrivă necesară şi îndeplinirea, în mod alternativ, a două condiţii-cerinţe esenţiale prevăzute de textul incriminator şi ataşate acestuia. Astfel, se impunea ca activitatea de tăiere a arborilor să aibă loc fie de pe o suprafaţă de teren aparţinând fondului forestier naţional, fie ca aceştia să facă parte din vegetaţia forestieră situată pe terenuri din afara sa.*

*Ulterior modificărilor intervenite prin Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020, singura condiţie impusă de legiuitor este aceea ca fapta să fie comisă prin tăierea fără drept de arbori din fondul forestier naţional.*

(Decizia nr. 92 din data de 1 februarie 2021, dosar nr. 1266/227/2020)

**Hotărârea**:

Prin sentinţa penală nr.298 din data de 18.09.2020 pronunţată de Judecătoria Fălticeni în dosar nr. .../227/2020, în baza art. 396 alin. 10 Cod procedură penală, a fost condamnat inculpatul A. pentru săvârşirea infracţiunilor de: tăiere fără drept de arbori, prev. de art. 107 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008, la pedeapsa de 1an şi 6 luni închisoare; furt de arbori, prev. de art. 109 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008, la pedeapsa 1an şi 6 luni închisoare.

În temeiul art. 38 alin. 1 Cod penal, art. 39 alin. 1 lit. b Cod penal, la pedeapsa de 1an şi 6 luni închisoare se adaugă 6 luni o treime din cealaltă pedeapsă cu închisoarea, pedeapsa aplicată fiind de 2 ani închisoare.

În baza art. 91 Cod penal, s-a suspendat executarea pedepsei sub supraveghere şi s-a stabilit un termen de supraveghere de 3 ani.

În baza art. 93 alin. 1 Cod penal, a fost obligat inculpatul la respectarea următoarelor măsuri de supraveghere: a) să se prezinte la Serviciul de Probaţiune, la datele fixate de acesta; b) să primească vizitele consilierului de probaţiune desemnat cu supravegherea sa; c) să anunţe, în prealabil, schimbarea locuinţei şi orice deplasare care depăşeşte 5 zile; d) să comunice schimbarea locului de muncă; e) să comunice informaţii şi documente de natură a permite controlul mijloacelor sale de existenţă.

În temeiul art. 93 alin. 2 Cod penal, pe durata termenului de încercare inculpatul are obligaţia să frecventeze programele de reintegrare socială derulate de către serviciul de probaţiune sau organizate în colaborare cu instituţii din comunitate apreciate ca adecvate de către Serviciul de Probaţiune.

În baza art. 93 alin. 3 Cod penal, s-a stabilit ca inculpatul să presteze timp de 120 de zile o activitate neremunerată în cadrul Primăriei Comunei ..sau Primăriei Comunei ..; programul de executare al acestei activităţi va fi stabilit de către Serviciul de Probaţiune .

S-a constatat că UAT M. prin reprezentant legal nu s-a constituit parte civilă în cauză.

S-a confiscat de la inculpat suma de 8671,58 lei reprezentând c/val material lemnos.

A fost obligat inculpatul la plata sumei de 300 lei cu titlu de cheltuieli judiciare avansate de stat: 200 lei de la urmărirea penală şi 100 lei de la cercetarea judecătorească.

Pentru a hotărî astfel, a reţinut prima instanţă că prin rechizitoriul Parchetului de pe lângă Judecătoria Fălticeni nr. 1951/P/2015 din 16 ianuarie 2020, înregistrat la această instanţă sub nr. .../227/2020 din 22 mai 2020, a fost trimis în judecată inculpatul A. pentru săvârşirea infracţiunilor de „tăiere fără drept de arbori, prev. de art. 107 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008 şi furt de arbori, prev. de art. 109 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008”, constând în aceea că, în luna august 2015, a tăiat fără drept şi sustras un număr de 8 arbori, specia molid, din pădurea aparţinând comunei M., situată la locul numit "Muncelu", u.a. 22, de pe raza satului V., cauzând astfel un prejudiciu în valoare 8.671,58 lei.

Din actul de sesizare a instanţei a rezultat următoarea situaţie de fapt:

La data de 01.05.2015, între Asociaţia Agricolă M. şi inculpatul A. a intervenit o convenţie privind exploatarea pășunilor aflate în proprietatea comunei M., înţelegere în baza căreia acesta a luat în folosinţă suprafaţa de 35 ha la locul numit "Muncelu", situată în extravilanul satului V. Potrivit clauzelor contractuale, inculpatul avea obligaţia, printre altele, să evite producerea de pagube fondului forestier. Totodată, în baza înţelegerii inculpatul A. şi-a edificat o stână pe suprafaţa luată în folosinţă, construcţia fiind în apropierea pădurii (fondul forestier administrat de Ocoalele Silvice M. şi ..).

Profitând de amplasarea stânei – un loc izolat şi în apropierea pădurii – în cursul lunii august 2015, inculpatul A. a tăiat fără drept un număr de 8 arbori, specia molid, acoperind cioatele cu resturi de cetină. Ulterior, cantitatea de material lemnos tăiată, respectiv 27,968 m.c. (cu o valoare de 8.671,58 lei) a fost transportată şi comercializată de inculpat în comuna M. Fapta a fost descoperită de martorul .., funcţionar în cadrul Primăriei M., acesta formulând la data de 09.09.2015 un denunț prin care a sesizat comiterea infracţiunilor silvice.

Fiind audiat în cauză în prezenţa avocatului ales, inculpatul nu a recunoscut săvârşirea faptelor reţinute în sarcina sa şi nici nu a oferit explicaţii în pofida faptului că distanţa dintre locul în care au fost tăiaţi arborii şi stână este foarte mică.

Din declaraţiile martorilor .... (persoane care au descoperit cioatele arborilor tăiaţi), reiese că inculpatul A., cu ocazia controlului şi a verificărilor efectuate în perioada 31.08.2015-04.09.2015, a recunoscut comiterea faptelor şi anume tăierea şi sustragerea unui număr de 8 arbori, susţinând neverosimil că a avut acordul pădurarului. Mai mult decât atât, cu ocazia audierii martorului .., cioban la stâna inculpatului, acesta a arătat că inculpatul A. a doborât în luna septembrie 2015 un număr de 8 arbori, specia molid, din pădurea situată în apropierea stânei, materialul lemnos fiind transportat în localitatea M.

Pe de altă parte, martorii .. au relatat că în cursul anului 2015, inculpatul A. i-a solicitat pentru a transporta material lemnos fasonat şi depozitat la stâna pe care o deţinea în zona "M".

Probatoriul administrat a mai relevat faptul că la stână inculpatul deţinea un ferăstrău mecanic (drujbă), unealtă cu care a tăiat cei 8 arbori, aspect care se coroborează cu procesul-verbal de cercetare la faţa locului.

Deşi a existat suspiciunea că inculpatul A. a mai tăiat şi sustras din acelaşi loc, în cursul lunii septembrie 2015, încă 11 arbori, specia molid, cu un volum de 33,983 m.c., în valoare de 10.181,09 lei, în raport de actele de urmărire penală efectuate s-a constatat că nu a fost atins standardul probei dincolo de orice îndoială rezonabilă (întrucât în mare parte se fundamentează pe prezumţia că inculpatul A. este şi autorul tăierilor ulterioare), motiv pentru care, cu privire la această ultimă faptă nu s-a dispunes trimiterea în judecată.

Astfel, spre deosebire de denunţul formulat în luna octombrie 2015, din denunţul iniţial formulat de martorul .., înregistrat sub nr. 6405/09.09.2015, dar şi din declaraţia acestuia reiese fără echivoc că la data de 04.09.2015 inculpatul a recunoscut (doar) tăierea unui număr de 8 arbori. Aspectele relatate de martorul-denunţător sunt concordante cu declaraţiile martorilor ..., în sensul că inculpatul a fost observat în apropierea locului faptei, recunoscând comiterea faptelor în sensul celor arătate. De asemenea, este de subliniat faptul că aceşti martori au relatat aspectele percepute precizând că au avut loc "în luna septembrie 2015", fără însă să poată preciza dacă era la începutul sau la sfârşitul lunii, având în vedere că prima faptă a fost descoperită la data de 31.08.2015.

Prezent în instanţă, inculpatul a declarat că recunoaşte şi regretă faptele pentru care a fost trimis în judecată şi a solicitat ca judecata să aibă loc în baza probelor administrate la urmărirea penală, fiind de acord să presteze ore de muncă în folosul comunităţii.

La individualizarea pedepselor, instanţa a avut în vedere poziţia procesuală a acestuia, care a solicitat aplicarea prevederilor art. 375 alin. 1, raportate la dispoziţiile art. 396 alin. 10 Cod procedură penală, recunoscând şi regretând fapta, dorind ca judecarea cauzei să se facă prin procedura simplificată pe baza probelor administrate în cursul urmăririi penale, astfel că limitele de pedeapsă vor fi reduse cu o treime în cazul pedepsei închisorii.

Funcţie de aceste criterii, instanţa a apreciat că reeducarea inculpatului se poate realiza prin aplicarea unor pedepse cu închisoarea, cuantumul acestora fiiind stabilit în raport şi de gravitatea faptelor, de starea de pericol creată, de consecinţele acestora şi de conduita inculpatului în cursul procesului penal, scopul reeducativ al acestuia putând fi atins fără ca acestea să fie executate în regim de detenţie, procedându-se în consecinţă.

Instanţa a constatat că UAT M. prin reprezentant legal nu s-a constituit parte civilă în cauză.

S-a confiscat de la inculpat suma de 8671,58 lei reprezentând c/val material lemnos.

***Împotriva acestei sentinţe au declarat apel partea civilă inculpatul***, pentru motivele reţinute în încheierea de dezbateri din data de 27.01.2021.

Analizând apelurile prin prisma motivelor invocate, precum şi cauza sub toate aspectele de fapt şi de drept, în conformitate cu prevederile art. 417 alin. 1,2, art. 420 Cod procedură penală, curtea constată că acestea sunt întemeiate, pentru următoarele considerente:

Prima instanţă a reţinut corect situaţia de fapt, dând o justă interpretare probatoriului administrat în cauză.

Astfel, în luna august 2015, inculpatul a tăiat fără drept şi sustras un număr de 8 arbori, specia molid, din pădurea aparţinând comunei M., situată la locul numit "Muncelu", u.a. 22, de pe raza satului V., cauzând astfel un prejudiciu în valoare 8.671,58 lei.

Potrivit adresei nr.8990/2020 din data de 18.01.2021 emisă de primăria com. M., terenul de pe care s-au făcut tăierile ilegale de arbori nu aparţine fondului forestier naţional, acesta făcând parte, conform Amenajementului Pastoral, din păşunile împădurite ale com.M.

Acelaşi punct de vedere a fost exprimat şi de Ocolul Silvic Privat .., în a cărei administrate se află terenul.

Potrivit prevederilor art. 107 alin. 1 lit. d din Legea nr. 46/2008, în forma în vigoare la data comiterii faptelor, constituie infracţiune silvică se pedepseşte cu închisoare de la 2 ani la 7 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puţin 50 de ori mai mare decât preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei „tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieţi sau lăstari din fondul forestier naţional şi din vegetaţia forestieră situată pe terenuri din afara acestuia, indiferent de forma de proprietate”.

Prin Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, publicată în Monitorul Oficial nr. 823 din 8 septembrie 2020 şi intrată în vigoare la data de 11.09.2020, art. 107 Cod silvic a suferit o serie de modificări.

Astfel, potrivit art. I pct. 34-37:

„34. La articolul 107, partea introductivă a alineatului (1) se modifică şi va avea următorul cuprins:

„Art. 107 - (1) Ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieţi sau lăstari din fondul forestier naţional, indiferent de forma de proprietate, constituie infracţiune silvică şi se pedepseşte după cum urmează:”

35. La articolul 107, după alineatul (1) se introduce un nou alineat, alineatul (11), cu următorul cuprins:

„(11) Tăierea fără drept de arbori din fondul forestier naţional, indiferent de forma de proprietate, constituie infracţiune silvică şi se pedepseşte după cum urmează:

a) cu închisoare de la 6 luni la un an sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs este de până la 5 ori preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data constatării faptei;

b) cu închisoare de la un an la 3 ani, dacă valoarea prejudiciului produs este cuprinsă între limita prevăzută la lit. a) şi de cel mult 20 de ori mai mare decât preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data constatării faptei;

  c) cu închisoare de la 2 la 7 ani, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puţin 20 de ori mai mare decât preţul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data constatării faptei.”

Astfel, faţă de forma actuală a art.107 Cod Silvic, curtea constată că, începând cu data intrării în vigoare a Legii nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic,tăierea fără drept de arbori constituie infracţiune numai dacă aceştia sunt situaţi în fondul forestier naţional, nemaifiind însă incriminată tăierea fără drept de arbori din vegetaţia forestieră situată pe terenuri din afara acestuia.

Potrivit art. 3 alin. 1 din Legea nr. 187/2012, „Dispoziţiile art. 4 din Codul penal privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile şi în situaţia în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracţiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracţiunii, inclusiv a formei de vinovăţie, cerută de legea nouă pentru existenţa infracţiunii”.

În ce priveşte infracţiunea de tăiere fără drept de arbori, în forma sa anterioară datei de 11.09.2020, pentru existenţa elementului material al laturii sale obiective nu era suficientă săvârşirea acţiunii interzise, ci era deopotrivă necesară şi îndeplinirea, în mod alternativ, a două condiţii-cerinţe esenţiale prevăzute de textul incriminator şi ataşate acestuia. Astfel, se impunea ca activitatea de tăiere a arborilor să aibă loc fie de pe o suprafaţă de teren aparţinând fondului forestier naţional, fie ca aceştia să facă parte din vegetaţia forestieră situată pe terenuri din afara sa.

Ulterior modificărilor intervenite prin Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020, singura condiţie impusă de legiuitor este aceea ca fapta să fie comisă prin tăierea fără drept de arbori din fondul forestier naţional.

Aşa cum mai sus s-a reţinut, inculpatul a tăiat arbori de pe o suprafaţă de păşune împădurită, situată în afara fondului forestier naţional.

Raportat la cele mai sus expuse, curtea constată că fapta imputată inculpatului există în materialitatea ei, însă nu este dată cerinţa elementului material al laturii ei obiective care impune ca arborii tăiaţi să facă parte din fondul forestier naţional, impusă la prezentul moment de către legiuitor prin modificările aduse Codului silvic pe parcursul soluţionării apelului declarat de acesta.

Aşa fiind, curtea, în conformitate cu dispoziţiile art. 396 alin. 1, 5 Cod procedură penală coroborate cu cele ale art. 17 alin. 2 Cod procedură penală şi art. 16 alin. 1 lit. b teza I Cod procedură penală, cu trimitere la art. 4 Cod penal, va dispune achitarea inculpatului pentru săvârşirea infracţiunii de tăiere fără drept de arbori, prev. de art. 107 alin. 1 lit. d din Legea nr. 46/2008, întrucât fapta nu este prevăzută de legea penală.

Relativ la pedeapsa aplicată inculpatului pentru săvârşirea infracţiunii de furt de arbori, prev. de art. 109 alin. 1 lit. d din Legea nr. 46/2008, aceasta este în măsură să asigure scopurile acesteia, atât cel coercitiv, cât şi preventiv-educativ, dând posibilitatea unei conştientizări a consecinţelor faptei comise şi o reintegrare socială viitoare pozitivă a acesteia.

Faţă de circumstanţele reale ale comiterii infracţiunii şi urmările importante pe care le-a produs, aspectele invocate în cuprinsul motivelor de apel de inculpat (lipsa antecedentelor penale, situaţia familială deosebită, prezentarea în faţa instanţei, comportamentul în societate, dar şi după comiterea faptei, prezentarea la chemările organelor judiciare) nu se înfăţişează, în opinia curţii ca fiind suficient de relevante pentru a permite reţinerea dispoziţiilor art. 75 alin. 2 Cod penal, cu consecinţa atenuării tratamentului sancţionator stabilit de judecătorul fondului, cu atât mai mult cu cât toate aceste împrejurări au fost valorificate de prima instanţă, în mod corespunzător, prin aplicarea unei pedepse orientate spre minimul special prevăzut de lege redus ca urmare a reţinerii disp.art.396 alin.10 Cod procedură penală.

Se justifică însă reducerea termenului de supraveghere, respectiv a perioadei în care acesta urmează să presteze muncă neremunerată în folosul comunităţii, apreciind curtea că prin respectarea obligațiilor timp de 2 ani şi de executare a obligaţiei prevăzute de art.93 alin.3 Cod penal pe o perioadă de 60 zile, există posibilitatea ca acesta să își adapteze comportamentul la normele de conduită unanim acceptate de comunitatea în care trăieşte.

Impunerea unei sau mai multor obligaţii inculpatului în temeiul art. 93 alin. 1 şi 2 Cod penal este obligatorie pentru instanţa care face aplicarea art. 91 Cod penal, textul fiind imperativ sub acest aspect. Ceea ce legea lasă la latitudinea instanţei este alegerea numărului şi a naturii obligaţiilor ce se impun.

În ceea ce priveşte solicitarea inculpatului privind înlocuirea obligaţiei instituite în sarcina sa, respectiv de frecventare programe de reintegrare, cu cea prevăzută la lit.a a aceluiaşi articol, respectiv de urmare curs de pregătire ori de calificare profesională, curtea o apreciază ca fiind neîntemeiată.

Curtea reţine că cererea este argumentată de faptul că noua obligaţie ar fi în măsură să îl determine pe acesta să aibă o atitudine responsabilă faţă de valorile sociale pe care legea le protejează, ajutându-l chiar să dobândească cunoştinţe pentru a practica o meserie, ceea ce i-ar spori nivelul de trai. Apreciază că obligaţia impusă nu este oportună în raport de persoana sa, care este bine integrat în societate.

Curtea, faţă de datele concrete ale cauzei, apreciază că obligaţia impusă de instanţa de fond este o măsură corespunzătoare pentru a asigura persoanei supravegheate şanse sporite de îndreptare, menţinerea acesteia fiind necesară. În plus, inculpatul va putea desfăşura în continuare activităţi de natura celor pe care la desfăşoară în prezent în vederea asigurării mijloacelor de trai şi va fi interesat în adoptarea unei atitudini corecte faţă de valorile sociale, aspect de natură a diminua perspectivele reiterării comportamentului infracţional.

Relativ la această obligaţie instituită în sarcina inculpatului, în condiţiile în care legea permite stabilirea în sarcina inculpatului a unuia sau mai multe astfel de programe de urmat, curtea, observând rolul avut în îndreptarea conduitei viitoare, va menţine cele dispuse în acest sens de instanţa fondului, însă cu limitarea numărului acestora la unul, suficient pentru a contribui la modificarea comportamentului său social.

Cât privesc criticile aduse modului de soluţionare a laturii civile a cauzei, acestea sunt întemeiate.

Curtea observă că partea civilă a solicitat încă din cursul urmăririi penale obligarea inculpatului la plata contravalorii materialului lemnos, depunând în acest sens la dosar şi fişa de calcul a prejudiciului. Cu privire la terenurile de pe care s-au făcut tăierile de copaci, acestea se află în proprietatea comunei M., iar primăria are încheiat un contract de asigurare servicii silvice cu Ocolul Silvic Privat ....

În condiţiile în care Primăria com.M. a înţeles să solicite contravaloarea pagubei suferite ca urmare a comiterii infracţiunii a cărei persoană păgubită este şi în raport de principiile ce se degajă din dispoziţiile art. 19 şi 20 Cod procedură penală, în mod greşit a reţinut prima instanţă faptul că nu există constituire de parte civilă în cauză. Deosebit de aceasta, cu ocazia dezbaterilor în fond, inculpatul a recunoscut în tot pretenţiile civile, declarând că este de acord cu plata lor.

În concluzie, instanţa de control judiciar reţine că se impunea reţinerea calităţii de parte Primăriei com. M. şi, întrunite fiind condiţiile răspunderii civile delictuale, obligarea inculpatului la plata contravalorii materialului lemnos în cuantum de 8671,58 lei.

A susţinut inculpatul că faţă de prevederile art. 8 alin. 1 lit. b, alin. 2 lit. b şi alin. 3 cu raportare la art. 7 alin. 2 din OUG nr. 85/2006 privind stabilirea modalităţii de evaluare a pagubelor produse vegetaţiei forestiere din păduri, contravaloarea pagubelor se încasează de către ocolul silvic care asigură administrarea sau serviciile silvice ale pădurii. Potrivit alin. 2 din aceeaşi ordonanţă, sumele care ar fi încasate cu titlu de prejudiciu s-ar distribui 50% pentru fondul de conservare şi regenerare al pădurilor, şi 50 % proprietarului.

Astfel, UAT M., în cazul în care instanţa de control judiciar va aprecia că aceasta are calitate de parte civilă, ar urma să primească un procent de 50 % din suma cu care susţine că s-a constituit parte civilă. Cum aceasta nu are asigurate servicii de pază şi administrare, nici pentru cei 50% nu s-ar fi putut constitui parte civilă.

Curtea, analizând prevederile legale mentionate, alăturat celor din Codul silvic care recunoaşte dreptul titularului pădurii private la despăgubire, reţine că distribuirea sumelor conform OUG nr.85/2006 nu poate leza dreptul material al proprietarului de pădure, fiind vorba doar o chestiune de distribuire şi virare a sumelor, ce se poate realiza ulterior pronunţării unei hotărâri de acordare a lor, şi nu de respingere a acţiunii civile promovate.

Aşa fiind, curtea, constatând întemeiate apelurile declarate, în conformitate cu prevederile art. 421 pct. 2 lit. a Cod procedură penală, le va admite.

Va desfiinţa în parte sentinţa penală mai sus menţionată şi, în rejudecare, va proceda în sensul celor de mai sus.

Inculpatul urmează a executa pedeapsa de 1 an şi 6 luni închisoare (pentru săvârşirea infracţiunii de furt de arbori, prev. de art. 109 alin. 1 lit. d din Legea nr. 46/2008).

În baza art. 91 Cod penal, va suspenda executarea pedepsei sub supraveghere şi va stabili un termen de supraveghere de 2 (doi) ani (în loc de 3 ani).

În temeiul art. 93 alin. 2 Cod penal, pe durata termenului de încercare, inculpatul are obligaţia să frecventeze un program de reintegrare socială derulat de către serviciul de probaţiune sau organizat în colaborare cu instituţii din comunitate apreciate ca adecvate de către Serviciul de Probaţiune (în loc de programele de reintegrare socială derulate de către serviciul de probaţiune sau organizate în colaborare cu instituţii din comunitate apreciate ca adecvate de către Serviciul de Probaţiune).

În baza art. 93 alin. 3 Cod penal, stabileşte ca inculpatul să presteze timp de 60 zile (în loc de 120 de zile) o activitate neremunerată în cadrul Primăriei Comunei M. sau Primăriei Comunei ...

În temeiul art. 397 alin. 1 Cod procedură penală raportat la art. 1357 Cod civil, va admite acţiunea civilă promovată de partea civilă Primăria com.M. şi va obliga inculpatul să plătească acesteia suma de 8671,58 lei.

Având în vedere soluţia de achitare ce urmează a se pronunţa în cauză, curtea va reduce cuantumul cheltuielilor judiciare din primă instanţă la plata cărora inculpatul a fost obligat la 50 lei.

Va menţine celelalte dispoziţii ale sentinţei care nu sunt contrare prezentei decizii.