

DECIZII RELEVANTE - TRIMESTRUL I/2021

Secția I civilă

1.	Termenul de prescripție 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 obligației 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 inscripției ipotecare și nu un termen de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii.....	3
----	--	---

Secția a II-a civilă

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

Secția de contencios administrativ și fiscal

1.	Aplicarea sancțiunilor prevăzute de art. 24 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 modif. Lămurirea titlului executoriu ulterior promovării acțiunii referitoare la aplicarea sancțiunilor.....	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.	Excepția lipsei de interes în promovarea unei plângeri împotriva deciziei Consiliului Național de Soluționarea Contestațiilor în situația în care oferta petentei nu se mai află în perioada de valabilitate.....	93
4.	Efectele anulării dispozițiilor cuprinse în Ordinul OMADR nr. 2425/2015 asupra valabilității procesului-verbal de constatare a neregulilor.....	108
5.	Comunicarea informațiilor de interes public în temeiul Legii nr. 544/2001 în situația unor cereri complexe	112

6.	Inadmisibilitate. Acțiune 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 inspecție/activități 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 calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe a cărei listă a fost ales.	123
9.	Obligația de plată a dobânzii penalizatoare în temeiul art. 8 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, în situația în care nu a fost prevăzută o clauză în acest sens în cuprinsul contractului încheiat de părți.....	128
10.	Ajustare TVA. Realitatea operațiunii. Art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal.	134

Secția penală și pentru cauze cu minori

1.	Principiul neagravării situației juridice în propria cale de atac. Interpretare. Obiectul cauzei – art. 6 Cod penal	149
2.	Recunoașterea pe cale incidentală a unei hotărâri judecătorești străine în cadrul unei cereri de reabilitate. Soluții	175
3.	Contestația în anulare întemeiată pe dispozițiile art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală. Competența materială	183
4.	Infrațiunea de tăiere fără drept de arbori. Condiții prevăzute de Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru existența elementului material al laturii obiective a infracțiunii	186

SECȚIA I CIVILĂ

1. Termenul de prescripție 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 obligației 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 înscripției ipotecare și nu un termen de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a ipotecii.

Rezumat:

Termenul de prescripție a dreptului de ipotecă rezultând din contractul de împrumut încheiat la data de 25.05.2006 este reglementat de dispozițiile art. 405 alin. 1 teza I din Codul de procedură civilă de la 1865, și nu de dispozițiile art. 405 alin. 1 teza a II-a din același act normativ. Dispozițiile art. 405 alin. 1 teza a II-a de la 1865 au caracterul unor dispoziții speciale, derogatorii de la norma generală cuprinsă în art. 405 alin. 1 teza I, astfel că sunt de strictă interpretare, referindu-se în mod clar doar la titlurile obținute în urma exercitării unei acțiuni civile având ca obiect valorificarea unui drept real asupra unui imobil.

Prescripția dreptului de a cere executarea silită a obligației principale nu stinge obligația. Însă, în contextul în care a intervenit prescripția dreptului de a cere executarea silită a obligației principale, dreptul de ipotecă, care a fost instituit tocmai pentru garantarea executării acestei obligații, 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 creanță căruia îi este atașat. Dreptul de ipotecă conferă creditorului dreptul de a urmări bunul în mâinile oricui s-ar afla pentru satisfacerea creanței sale. Însă, în contextul în care nu mai poate obține executarea silită a creanței, 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 prescripție pentru executarea silită a contractului de ipotecă, ci este termenul de conservare a efectelor înscrierii inițiale a ipotecii. Dacă înscrierea nu este reînnoită înainte de expirarea termenului de 15 ani, aceasta se perimă, ceea ce înseamnă că își pierde efectul de opozabilitate față de terți și rangul de preferință, dar nu are niciun efect în privința prescripției dreptului de a cere executarea silită.

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

Hotărârea:

Prin acțiunea civilă înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava sub nr. .../314/2019 din data de 20.03.2019, reclamanții A. și B. au solicitat în contradictoriu cu pârâtul C., ca prin hotărârea ce se va pronunța să se constate intervenită prescripția dreptului de a cere executarea silită, precum și a dreptului material la acțiune privind restituirea sumei de 16.000 lei, fără dobândă, cu titlu de împrumut și a penalităților 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 reclamanților, constând în suprafața de 1242 m.p. teren curți construcții, împreună cu construcția C1 - casă și șură 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 reclamanții A. și B. și 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. .. și a dispus radierea ipotecii înscrisă în favoarea pârâtului în CF nr. 31002 D. (nr. vechi CF 201) pentru imobilul în suprafață de 1242 m.p. teren curți construcții împreună cu construcția CI casă și șura 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 și trimiterea spre rejudecare la prima instanță.

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

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

Decizia recurată a fost dată cu aplicarea greșită a legii și cu încălcarea regulilor de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității, în cauză fiind incidente motivele de casare prevăzute de art. 488 pct. 5 și 8 cod procedură civilă.

Instanța de apel a interpretat și aplicat greșit dispozițiile art. 405 cod procedură civilă anterior, reținând fără temei că dreptul de a cere executarea silită a ipotecii instituite în favoarea pârâtului prin contractul autentificat sub nr. 2498/2006 este supus prescripției 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 același act normativ.

Dezlegarea instanței de apel cu privire la durata termenului de prescripție 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 prescripție extintivă a dreptului de a cere executarea silită a contractului de împrumut ar fi aplicabil și 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 și de principiul specialia generalibus derogant dar și prin prisma faptului că sintagma "titluri emise în materia acțiunilor 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 pronunțate în materia acțiunilor reale imobiliare.

Aceste statuări sunt nelegale, fiind consecința greșitei interpretări a dispozițiilor art. 405 Cod procedură civilă anterior.

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

Dacă instanța de apel a reținut că norma sus menționată este o normă specială, derogatorie, care instituie o excepție de la regulile generale privind prescripția extintivă consacrate, la momentul nașterii dreptului de a cere executarea silită, de Decretul nr. 167/1958, atunci instanța trebuia să facă și aplicarea principiului de drept exceptio est strictissimae interpretationis (excepția este de strictă interpretare), principiu consacrat expres de art. 10 cod civil, potrivit căruia legile care derogă de la o dispoziție generală se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege. În temeiul principiului sus menționat, legea specială (în speță art. 405 alin. 1 cod procedură civilă anterior) este de strictă interpretare, nu este susceptibilă de extrapolare și nu poate fi aplicată prin analogie, ceea ce înseamnă că dispoziția de excepție, derogatorie nu poate fi aplicată altor ipoteze decât cele expres prevăzute în cuprinsul său.

Modul în care instanța de apel a interpretat dispoziția cuprinsă în art. 405 alin. 1 teza a doua cod procedură civilă anterior nesocotește în mod evident principiul potrivit căruia excepțiile sunt de strictă interpretare în condițiile în care, deși a evocat caracterul de excepție, derogatoriu al acestei dispoziții, tribunalul a extins sfera ei de aplicare de la "titlurile emise în materia acțiunilor reale imobiliare" la orice titlu în materie imobiliară, cu motivarea că nu trebuie să se facă distincție între cele două categorii de titluri din moment ce ele au aceeași finalitate. În mod evident însă, această motivare este nelegală întrucât interdicția aplicării legii speciale prin analogie este una absolută și nu poate fi înlăturată pe considerente de ordin teleologic (care vizează scopul reglementării respective).

Noțiunea de "titluri emise în materia acțiunilor reale imobiliare" din cuprinsul art. 405 alin. 1 teza a doua Cod procedură civilă anterior se referă în mod neîndoiește la acele titluri/hotărâri judecătorești prin care au fost soluționate acțiuni 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 noțiune neputând fi incluse titlurile în materie imobiliară de natura contractelor autentice din moment ce asemenea titluri nu pot fi asociate în mod necesar unor acțiuni reale imobiliare, ele fiind susceptibile de executare silită fără ca titularul dreptului real să fie nevoit să se adreseze în prealabil instanței de judecată pentru recunoașterea/ 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 și împrejurarea că noua reglementare din cuprinsul art. 706 alin. 1 din Legea nr. 134/2010 privind noul cod de procedură civilă nu mai preia noțiunea de "titlu emis în materia acțiunilor 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 prescripție de 10 ani tuturor titlurilor ce consfințesc drepturi reale, indiferent dacă ele sunt materializate prin hotărâri judecătorești de soluționare a unor acțiuni reale, prin contracte autentice sau prin alte tipuri de titluri executorii.

Pe de altă parte, fără nici o justificare a reținut 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 și cea cuprinsă în art. 706 alin. 1 din noul cod de procedură civilă. Contrar acestei aprecieri, distincția dintre cele două norme este una clară și reală și rezultă din folosirea unor sintagme ce definesc domenii de aplicare diferite ("titluri în materia acțiunilor reale imobiliare" și "titluri în materia drepturilor reale"), iar această distincție evidențiază o schimbare a concepției legislative în sensul extinderii domeniului de aplicare a termenului de prescripție de 10 ani la toate titlurile care consfințesc drepturi reale, indiferent dacă ele au fost obținute prin soluționarea unor acțiuni reale sau sunt materializate prin acte autentice ori prin alte înscrisuri cu caracter executoriu și indiferent dacă este vorba despre drepturi reale mobiliare sau imobiliare (aceasta în contextul în care reglementarea anterioară se referea strict la domeniul acțiunilor reale imobiliare).

Prin urmare, nu există nici un temei pentru a se reține că dispozițiile 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 acțiunilor reale imobiliare, așa cum prevede expres norma în discuție, concluzia contrară a instanței de apel fiind consecința extinderii nejustificate, printr-o analogie interzisă expres de dispozițiile art. 10 cod civil, a sferei de aplicare a textului de lege sus menționat.

Pe cale de consecință, 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 acțiunilor reale imobiliare", faptul că ipoteca are caracter accesoriu în raport de creanța principală pentru garantarea căreia a fost instituită, precum și principiul "accessorium sequitur principale", se impunea a se reține că dreptul de a cere executarea silită atât în privința obligației principale de

restituire a împrumutului, cât și în privința ipotecii accesorii este supus prescripției extinctive în termenul de 3 ani prevăzut de art. 405 alin. 1 teza întâi cod procedură civilă anterior și că, în raport de data scadenței înscrisă în contractul autenticat 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 instanței de apel privind incidența termenului de prescripție de 10 ani în privința dreptului de a cere executarea silită a ipotecii, în mod greșit a refuzat tribunalul să soluționeze pretenția având ca obiect constatarea prescripției dreptului de a cere executarea silită din perspectiva acestui termen, cu motivarea că atât acțiunea introductivă, cât și analiza primei instanțe s-au raportat doar la termenul de prescripție de 3 ani, că în apel nu pot fi invocate alte motive decât cele care au fost arătate în fața primei instanțe, în motivarea apelului și în întâmpinare și nici nu se poate schimba cauza cererii de chemare în judecată și că analizarea cauzei în apel din perspectiva termenului de 10 ani ar surprinde în mod nepermis adversarul și ar conduce la încălcarea dreptului său la apărare.

Din perspectiva acestei critici, esențial este faptul că, în mod necontestat, termenul de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a început să curgă, atât în ceea ce privește creanța principală, cât și în ceea ce privește garanția accesorie (ipoteca), la data de 30 septembrie 2006 (data scadenței obligației de restituire), sub imperiul codului de procedură civilă anterior și că, potrivit art. 201 din Legea nr. 71/2011, regimul juridic al prescripției este supus dispozițiilor legale sub imperiul cărora prescripția a început să curgă, respectiv dispozițiilor art. 405 și urm. cod procedură civilă anterior și ale Decretului nr. 167/1958.

Dispozițiile art. 405 - art.405 ind. 3 cod procedură civilă anterior reglementează doar durata termenelor de prescripție a dreptului de a cere executarea silită, respectiv cauzele de suspendare, întrerupere și repunere în termen pentru o astfel de prescripție, fără a reglementa și regimul juridic al prescripției din perspectiva modului în care poate fi invocată și a subiecților procesuali care o pot invoca, așa încât, sub acest din urmă aspect, dispozițiile codului de procedură civilă anterior se completează cu dispozițiile de drept comun în vigoare la data la care a început să curgă prescripția în cauzat de față, respectiv cu prevederile Decretului nr. 167/1958.

În conformitate cu art. 18 din Decretul nr. 167/1958, instanța judecătorească și organul arbitral sunt obligate ca, din oficiu, să cerceteze dacă dreptul la acțiune sau la executarea silită este prescris. În raport de această reglementare, prescripția reglementată de art. 405 cod procedură civilă anterior și de Decretul nr. 167/1958 este de ordine publică, ea putând fi invocată atât de părți, cât și de instanță, care are obligația 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 și din oficiu în apel.

Pe de altă parte, potrivit art. 22 alin. 2 și 4 cod procedură civilă, cu privire la situația de fapt și motivarea în drept pe care părțile o invocă, judecătorul este în drept să ceară explicații, să pună în dezbateră părților orice împrejurări de fapt sau de drept, chiar dacă nu sunt menționate în cerere sau întâmpinare, el fiind cel care dă sau restabilește calificarea juridică a faptelor, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire.

Față de faptul că cererea introductivă a fost motivată în drept pe dispozițiile 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, față de caracterul imperativ, de ordine publică, al normelor ce guvernează regimul prescripției extinctive incidente în cauză, dar și față de dispozițiile art. 18 din Decretul nr. 167/1958, art. 22 alin. 2 și art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă, instanța de apel avea obligația să pună în discuție, din oficiu, natura termenului de prescripție a dreptului de a cere executarea silită aplicabil în speță, respectiv durata acestuia (3 ani sau 10 ani), să stabilească dacă sunt incidente dispozițiile 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 înțeles să o dea termenului de prescripție aplicabil.

Dispozițiile art. 478 cod procedură civilă nu erau de natură a înlătura obligația instanței de apel de a proceda în acest mod din moment ce textul art. 479 alin. 1 teza finală cod procedură civilă consacră o excepție de la principiul "tantum devolutum quantum judicatum", permițând instanței de apel să invoce din oficiu motivele de ordine publică, cum sunt și cele referitoare la prescripția reglementată de art. 405 și urm. cod procedură civilă anterior, iar dreptul la apărare al părților este respectat într-o astfel de ipoteză prin punerea în discuția lor contradictorie a calificării juridice corecte a duratei termenului de prescripție și prin acordarea posibilității de a-și exprima punctul de vedere cu privire la această chestiune.

În raport de toate aceste argumente, instanța de apel trebuia să pună în discuția părților corecta calificare a termenului de prescripție 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 substanța sa pretenția dedusă judecătii din perspectiva acestui termen și să constate că, în raport de data scadenței, el s-a împlinit la 30 septembrie 2016, substituind în mod corespunzător motivarea soluției de admitere a acțiunii sub aspectul prescripției dreptului de a cere executarea silită.

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

În mod nelegal a reținut instanța de apel că ipoteca instituită prin actul juridic dedus judecătii nu s-a stins în condițiile art. 1800 pct. 1 Cod civil anterior, această concluzie fiind greșit argumentată prin prisma dispozițiilor art. 1 și art. 20 din Decretul nr. 167/1958, din care tribunalul a dedus că prescripția extinctivă nu stinge dreptul subiectiv de creanță al creditorului și obligația corelativă, ci doar dreptul la acțiune în sens material.

Contrar statuării sus menționate, 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 obligației principale, iar potrivit art. 1091 din același cod, care sunt aplicabile în speță tot prin prisma art. 102 din Legea nr. 71/2011, obligațiile se sting prin plată, prin novățione, prin remitere voluntară, prin compensație, prin confuziune, prin pierderea lucrului, prin anulare sau resciziune, prin efectul condiției rezolutorii și prin prescripție.

Prin urmare, textul art. 1091 teza finală cod civil anterior consacră în mod explicit stingerea obligației prin prescripție, iar în raport de faptul că art. 1800 alin. 1 pct. 1 cod civil anterior vorbește despre "stingerea obligației principale" în cauză interesează dispozițiile legale care reglementează stingerea obligațiilor (art. 1091 cod civil anterior), iar nu cele care reglementează stingerea dreptului la acțiune în sens material (Decretul nr. 167/1958), la care în mod greșit s-a raportat instanța de apel pentru a verifica dacă obligația principală corelativă dreptului de creanță garantat cu ipotecă s-a stins sau nu.

De menționat este faptul că dispozițiile 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 dispoziții legale contrare, cu excepția celor care stabileau termene de prescripție mai scurte. Cum însă Decretul nr. 167/1958 nu cuprinde dispoziții exprese decât în ceea ce privește stingerea dreptului material la acțiune, nu și în ceea ce privește materia reglementată de art. 1091 cod civil anterior (stingerea obligațiilor), acest din urmă text nu poate fi considerat abrogat prin efectul art. 26 din Decretul nr. 167/1958.

De altfel, chiar și în raport de reglementarea Decretului nr. 167/1958, doctrina juridică a statuat că în cazul în care prescripția operează de drept, precum și atunci când beneficiarul

prescripției împlinite opune, pe cale de acțiune sau excepție, prescripția câștigată, obligația ce rezultă din actul/faptul juridic este stinsă, dar între părți se naște un raport juridic natural, lipsit de sancțiunea dreptului la acțiune și, evident, și de accesoriile obligației perfecte care s-a stins prin prescripție (Marian Nicolae - Prescripția extinctivă - pag. 585).

Prin prisma argumentelor expuse anterior, precum și prin prisma faptului că, în mod necontestat, în privința obligației principale de restituire a împrumutului termenul de prescripție de 3 ani s-a împlinit la data de 30 septembrie 2009 (aspect neînfirmat de instanța de apel), se impunea a se reține că, în conformitate cu disp. 1091 teza finală cod civil anterior, această obligație principală s-a stins, iar în conformitate cu disp. art. 1800 pct. 1 din același cod stingerea obligației principale atrage și stingerea ipotecii accesorii.

În ceea ce privește caracterul accesoriu al dreptului de ipotecă în raport cu dreptul subiectiv de creanță principal, acesta este incontestabil reglementat de dispozițiile codului civil anterior care, spre deosebire de noul cod civil, nu cuprindea dispoziții derogatorii care să reglementeze supraviețuirea dreptului de ipotecă după stingerea prin prescripție a dreptului principal și nici posibilitatea transmiterii dreptului de ipotecă separat de creanța principală, ci, dimpotrivă, prevedea în mod expres că ipoteca nu poate supraviețui stingerii obligației principale (art. 1800 pct. 1 cod civil anterior).

În mod greșit a reținut tribunalul că noua reglementare a codului civil referitoare la contractul de ipotecă - care nuanțează accesorialitatea ipotecii față de actul juridic principal și stabilește expres că prescripția dreptului la acțiune privind creanța principală nu atrage și stingerea dreptului de ipotecă - ar reflecta o simplă clarificare a problemelor de interpretare din legislația anterioară în legătură cu termenul în care poate fi exercitat dreptul de ipotecă pentru că în realitate această nouă reglementare consacră o schimbare a concepției legislative anterioare cu privire la relația de accesorialitate dintre creanța principală și 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 reține *expressis verbis* că "noua reglementare aduce mutații considerabile în ceea ce privește accesorialitatea ipotecii" (paragraful 97 din decizie).

Așa fiind, dispozițiile noului cod civil, care nu sunt aplicabile în speță, nu pot constitui argumente de natură să înlăture concluzia caracterului accesoriu al ipotecii față de creanța principală, care era reglementat de codul civil anterior, astfel că nu există nici un temei pentru înlăturarea susținerilor privind stingerea ipotecii ca efect al stingerii obligației principale prin prescripție.

De altfel, în sensul celor arătate s-a pronunțat recent și ÎCCJ prin decizia nr. 59 din 16 ianuarie 2020, prin care a fost confirmată soluția de radiere a unei ipotecii ca efect al prescripției creanței principale, în considerentele acestei decizii reținându-se că prin încetarea efectelor contractului de ipotecă, consecință a imposibilității executării sale silită ca efect al prescripției, a încetat și temeiul menținerii acestui drept în cartea funciară și că, drept consecință a prescripției dreptului de a cere executarea silită a contractului de ipotecă în termenul de 3 ani aplicabil în speță, nu se mai justifică menținerea înscrierii din cartea funciară referitoare la ipotecă întrucât scopul instituirii ipotecii a fost acela de a garanta executarea silită a obligației pe care o vizează, iar în condițiile în care nici contractul de împrumut, nici cel de ipotecă nu mai pot fi executate silit soluția de radiere a ipotecii este justificată.

În aceste condiții, față de faptul că, în mod incontestabil, obligația principală s-a stins prin prescripție în temeiul art. 1091 cod civil anterior, iar ipoteca, la rândul ei, s-a stins prin efectul disp. art. 1800 pct. 1 din același cod, soluția 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 și, în rejudecare, respingerea apelului ca nefondat.

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

În drept, au invocat disp. art. 483 și 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 și 26 din Decretul nr. 167/1958, art. 22 alin. 2 și 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 susținerea poziției 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 prescripție a executării silită este de 10 ani și nu de 3 ani, pentru că art. 405 alin. 1 lit. c și d reglementează suspendarea cursului prescripției, iar pârâtul intimat deține dovada inscripției ipotecare așa cum rezultă din contractul de împrumut autentificat sub nr. /25.05.2006 de Notarul Public .., înregistrat la aceeași dată la OCPI, Biroul de Carte Funciară. Or, inscripțiile ipotecare conservă dreptul 15 ani din ziua în care s-au făcut inscripțiile. Mai invocă intimatul dispozițiile art. 2429, 2432, 2435 -2477, 2431 și 2504 Noul Cod civil, 83 – 86 și 632 Noul Cod de procedură civilă și decizia nr. 60/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție. În privința radierii ipotecii invocă dispozițiile art. 1788 Cod civil de la 1864.

Analizând recursul sub aspectul motivelor invocate, Curtea reține următoarele:

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

Ipoteca este un drept real accesoriu, aceasta însoțind obligația pe care o are debitorul față de creditor, a cărui soartă o împărtășește integral.

Ca și moduri de stingere a obligației, ipoteca poate fi stinsă fie pe cale principală (renunțarea creditorului la ipotecă, purga, prescripția, anularea actului constitutiv al ipotecii, rezoluțiunea dreptului de proprietate al constitutorului, pieirea imobilului sau exproprierea imobilului), fie pe cale accesorie, ca urmare a stingerii raportului de obligație principal.

Instanța de apel a analizat atât stingerea obligației pe cale principală, ca urmare a prescripției, cât și stingerea ipotecii pe cale accesorie.

Analizând criticile recurențelor referitor la stingerea ipotecii pe cale principală, Curtea reține că, termenul de prescripție a dreptului de ipotecă rezultând din contractul de împrumut autentificat sub nr... din 25.05.2006 de Biroul Notarului Public .. este reglementat de dispozițiile art. 405 alin. 1 teza I din Codul de procedură civilă de la 1865, astfel cum erau în vigoare la data încheierii contractului și 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 greșit s-a reținut de către instanța de apel că în privința prescripției dreptului de a cere executarea silită a ipotecii sunt incidente dispozițiile art. 405 alin. 1 teza a II a din același act normativ. Și aceasta, întrucât dispozițiile tezei a II a se referă la titlurile emise în materia acțiunilor reale imobiliare și nu orice titlu care atestă un drept real imobiliar. Dispozițiile art. 405 alin. 1 teza a II a sunt lipsite de echivoc și se referă la titlul obținut în urma exercitării unei acțiuni civile având ca obiect valorificarea unui drept real asupra unui imobil. Fiind dispoziții speciale, derogatorii de la norma generală statuată în art. 405 alin. 1 teza I, acestea sunt de strictă interpretare și nu permit extinderea la alte situații decât cele reglementate, fie și pe considerentul(reținut de instanța de apel) că în caz contrar s-ar crea o situație de discriminare între cei care deja beneficiază de un titlu în materie reală(cazul creditorului garantat cu ipotecă imobiliară) și cei care, pentru a-și valorifica dreptul real de garanție sunt nevoiți să introducă acțiuni reale. Prin deciziile nr. 818, 819, 820, 821 din 3 iulie 2008 Curtea Constituțională în mod repetat a stabilit că prevederile art. 1,2 alin. 1-3 din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare sunt neconstituționale, în măsura în care din acestea se desprinde înțelesul că instanțele judecătorești

au competența să anuleze ori să refuze aplicarea unor acte normative cu putere de lege, considerând că sunt discriminatorii și să le înlocuiască cu norme create pe cale judiciară sau cu prevederi cuprinse în alte acte normative.

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

Nu pot fi primite susținerile părâtului intimat în sensul că nu ar fi îndeplinită prescripția ipotecii față de dispozițiile art. 1786 din Vechiul Cod civil, care prevede că inscripția ipotecară conservă dreptul timp de 15 ani, având în vedere că în privința ipotecii constituite prin contractul de credit autentificat sub nr. 2498 din 25.05.2006 nu s-a procedat la efectuarea inscripției ipotecare în conformitate cu dispozițiile art. 1786 Cod civil, ci s-a procedat la înscrierea ipotecii în cartea funciară nedefinitivă în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 7/1996, efectele înscrierii în cartea funciară fiind cele reglementate de acest act normativ. În plus, inscripția ipotecară, astfel cum era reglementată de Vechiul Cod civil, era o formă de publicitate imobiliară prin care se realiza evidența sarcinilor reale, publicitatea ipotecilor și privilegiilor imobiliare, opozabilitatea față de terți a acestora, determinarea rangului, adică a gradului de preferință între creditorii privilegiați și ipotecari. Lipsa înscrierii atrăgea inopozabilitatea, adică ineficacitatea dreptului real dobândit față de terți. Termenul de 15 ani reglementat de art. 1786 Cod civil nu era un termen de prescripție pentru executarea silită a contractului de ipotecă, ci era termenul în care erau conservate efectele înscrierii inițiale. Dacă înscrierea nu era reînnoită înainte de expirarea termenului de 15 ani, aceasta se perima, ceea ce însemna că își pierde efectul de opozabilitate față de terți și rangul de preferință, dar nu avea nici un efect în privința prescripției dreptului de a cere executarea silită.

Cât privește stingerea ipotecii pe cale accesorie, Curtea reține că, în conformitate cu dispozițiile art. 1800 alin. 1 pct. 1 din Vechiul Cod civil, ipotecile se sting prin stingerea obligației principale. Este real că art. 1091 din Vechiul Cod civil enumeră printre modurile de stingere a obligațiilor și prescripția. 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 admisesse 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 prescripția dreptului de a cere executarea silită a obligației principale nu stinge obligația. Însă, în contextul în care a intervenit prescripția dreptului de a cere executarea silită a obligației principale, dreptul de ipotecă, care a fost instituit tocmai pentru garantarea executării acestei obligații, 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 creanță căruia îi este atașat. Dreptul de ipotecă conferă creditorului dreptul de a urmări bunul în mâinile oricui s-ar afla pentru satisfacerea creanței sale. Însă, în contextul în care nu mai poate obține executarea silită a creanței, 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 consecință a imposibilității executării sale silite, se impunea și radierea înscrierii acestuia în cartea funciară în conformitate cu

dispozițiile art. 33 alin. 4 și 34 pct. 3 Cod procedură civilă, nefiind incidente dispozițiile art. 1788 Cod civil de la 1864 invocate de intimat, considerentele fiind identice cu cele expuse în privința art. 1786 din Vechiul Cod civil.

Față de cele reținute Curtea constată că motivele de apel ale pârâtului au fost admise de instanța de apel cu aplicarea greșită a dispozițiilor art. 405 alin. 1 teza a II a din Codul de procedură civilă și a art. 1880 alin. 1 pct. 1 și 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 și va casa decizia civilă nr. 1183 din 20.11.2020 a Tribunalului Suceava în sensul că va respinge apelul ca nefondat.

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

De asemenea, Curtea va înlătura apărările intimatului din întâmpinare care vizează incidența în speță a dispozițiilor Noului Cod civil și a deciziei nr. 60/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, având în vedere că raportul juridic dedus judecății a luat naștere la data de 25 mai 2006 (data încheierii contractului de credit cu garanție imobiliară), respectiv data de 31.05.2006 (data înscrierii ipotecii în cartea funciară), fiind supus dispozițiilor Vechiului Cod civil, așa cum impun dispozițiile art. 102 alin. 1 și 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 ..și ½ din taxa judiciară de timbru aferentă recursului, iar recurentului B. .. ½ din taxa judiciară de timbru aferentă căii de atac.

SECȚIA A II-A CIVILĂ

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

Rezumat:

Potrivit doctrinei și jurisprudenței, fraudă 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, fraudă 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 părților sociale se poate face fie între asociați, fie față de persoane din afara societății.

În speță, nu se poate reține fraudă la lege, pentru că pârâta nu a încălcat o dispoziție legală imperativă, ci una supletivă și procedând de maniera 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 fraudă creditorului dacă sunt date și condițiile creării sau măririi insolvabilității debitorilor reclamantei, iar nu fraudă 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 privește 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 și art. 1.170 din Codul civil privind buna-credință în executarea contractelor și 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 investită pentru a le analiza și dispune.

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

Dispoziții 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 sentința nr. 43 din 29 mai 2020, Tribunalului Suceava- Secția a II-a civilă a respins, ca neîntemeiate, excepțiile 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 instanță a reținut cu privire la excepțiile inadmisibilității, tardivității și lipsei coparticipării procesuale pasive, invocate de pârâtă, prin întâmpinare, că acestea sunt neîntemeiate.

Pârâta B. SRL a invocat excepția inadmisibilității acțiunii, arătând, în esență, că sesizarea instanței de judecată pe temeiul indicat este inadmisibilă în condițiile în care Legea nr. 31/1990 prevede o cale specială de a ataca hotărârile AGA, respectiv opoziția prevăzută de dispozițiile art.61.

Potrivit art. 61 alin.1 din Legea nr.31/1990, creditorii sociali și orice alte persoane prejudiciate prin hotărârile asociațiilor privitoare la modificarea actului constitutiv pot formula o cerere de opoziție prin care să solicite instanței judecătorești să oblige, după caz, societatea sau asociații 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 și urm. din Legea nr. 31/1990, art.1237 și urm. din Codul civil, art.194 și următoarele Cod procedură civilă.

Față de temeiul de drept al acțiunii și având în vedere că dispozițiile legale invocate vizează posibilitatea formulării unei acțiuni în constatarea nulității unei hotărâri AGA de către persoana interesată, prima instanță a apreciat că excepția inadmisibilității 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 speță, în conformitate cu art. 132 alin. 2 din Legea nr. 31/1990, hotărârile adunării generale contrare legii sau actului constitutiv pot fi atacate în justiție, în termen de 15 zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, de oricare dintre acționarii care nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra și au cerut să se însereze aceasta în procesul-verbal al ședinței, *iar potrivit alin. 3, când se invocă motive de nulitate absolută, dreptul la acțiune este imprescriptibil*, iar cererea poate fi formulată și 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 acțiune fiind astfel imprescriptibil, prima instanță a respins excepția tardivității invocată de pârâtă, prin întâmpinare, ca neîntemeiată.

Potrivit art.132 alin.5 din Legea nr.31/1990, cererea se soluționează în contradictoriu cu societatea, reprezentată prin consiliul de administrație, 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, asociații societății B. SRL au decis majorarea capitalului social și cooptarea unui nou asociat, respectiv pe D.

Prin rezoluția nr.11480/30.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerțului 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 părți sociale către noul asociat D., noua structură fiind: asociatul C. deține 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL, acesta având și calitatea de administrator unic; asociatul E. deține 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL; asociatul D. deține 103.000 de părți sociale în valoare nominală totală de 1.030.000 lei reprezentând 98% din capitalul social al SC B. SRL.

Prin rezoluția nr.11535/31.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerțului 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 executare silită și deschiderea dosarului de executare împotriva debitorilor B. SRL, F. SRL, C. și 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. și E., în baza titlurilor executorii reprezentate de Contractul de credit revolving nr. 5/03.10.2016, modificat și completat prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobilă nr. 5/03.10.2016, modificat și completat prin acte adiționale, inclusiv prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria și 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 și 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 și completat prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobilă nr. 5/03.10.2016, modificat și completat prin acte adiționale, inclusiv prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria și 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 și 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. și 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 instanță a reținut faptul că reclamanta susține că la momentul adoptării celor două hotărâri, asociații aveau cunoștință despre inițierea executării silite împotriva lor, aspect pe care pârâtii 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 instanță a reținut, raportat la dispozițiile art.249 Cod procedură civilă, că deși îi revenea sarcina de a-și dovedi afirmațiile, în cauză, reclamanta nu și-a îndeplinit această obligație, 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 sentințe, a declarat apel reclamanta A. IFN SA, criticând sentința pentru nelegalitate și netemeinicie.

În motivare, a arătat că instanța de fond a interpretat în mod eronat scopul mediat avut în vedere de intimați la momentul adoptării celor două Hotărâri AGA, precum și momentul nașterii intenției acestora de fraudare a creditorilor.

Sentința apelată a fost pronunțată cu greșita interpretare și aplicare a prevederilor art. art. 1237 și 1238 alin. (2) din Codul de procedură civilă, privind scopul imediat urmărit la încheierea actului.

În mod netemeinic s-a reținut de către prima instanță că: „Reclamanta susține că momentul adoptării celor două hotărâri, asociații aveau cunoștință despre inițierea executării silite împotriva lor, aspect pe care pârâții îl contrazic, precizând că nu corespunde realității” și că „nu a fost 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”.

Prin urmare, instanța de fond condiționează reținerea fraudei la lege comisă de intimați de intenția acestora de eludarea exclusiv a prevederilor procedurii de executare silită.

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

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

Din interpretarea dispozițiilor art 1.237, rezultă că eludarea normei de drept este însuși scopul mediat, care este singular și univoc, constituind singurul motiv pentru care se încheie actul, element psihologic și volițional care provoacă încheierea aceluia act.

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

Cu privire la explicitarea noțiunii de fraudă la lege și condițiile ce se cer a fi îndeplinite, solicită a fi avută în vedere Decizia nr. 1386/2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă.

În sinteză, un act juridic se socotește săvârșit în fraudă la lege 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 dispoziții legale de la sensul și spiritul lor, manoperă dolosivă săvârșită prin conivență de către contractanți în dauna unor terțe persoane. Se observă, astfel, că fraudarea legii poate fi privită și ca un caz particular de cauză ilicită, în sensul de scop mediat contrar unor norme juridice imperative.

În cauza concretă dedusă judecării, noțiunea fraudei la lege își regăsește aplicabilitatea, fiind întrunite ambele condiții necesare reținerii fraudei la lege, respectiv: existența unor mijloace aparent legale utilizate de părți, prin care au fost eludate prevederi legale imperative și existența dovezii faptului că părțile au acționat de conivență pentru a eluda prevederile legale.

În ceea ce privește prima condiție, reamintește că prin sentința apelată, instanța de fond a condiționat reținerea incidenței fraudei la lege intenția intimaților de eludare a prevederilor procedurii de executare silită demarată.

Cu toate acestea, contrar celor reținute de prima instanță, a invocat în fața acesteia că scopul mediat, respectiv finalitate interzisă de reglementările în vigoare, a constatat în eludarea indirectă și ocultă, de către intimați, a unei norme prohibitive, respectiv prevederile art. 62 din Legea societăților.

În mod concret, manoperă dolosivă folosită de intimați prin intermediul Hotărârilor AGA, a constatat în principal, în cooptarea unui asociat persoană fizică (fiica intimaților) prin intermediul majorării nereale a capitalului social, urmată imediat de cesiunea de părți sociale către noul asociat, procedură ce exclude aplicabilitatea normelor legale imperative privind respectarea termenului de opoziție al terților creditorii societari.

Legea societăților reglementează modalitatea și procedura specifică prin care pot fi cesionate părțile sociale către asociați din afara societății, respectiv art.202, art. 62 alin. 1 și art. 203. Astfel, cesiunea părților sociale se poate face fie între asociați, fie între persoane din afara societății.

În ipoteza cesiunii părților sociale între asociați, procedura presupune simpla aprobare a cesiunii în cadrul adunării generale a asociaților și încheierea unui contract de cesiune între asociatul cedent și asociatul cesionar, procedură rapidă, ce presupune doar înregistrarea documentelor la Registrul Comerțului.

Pe de altă parte, în ipoteza cesiunii de părți sociale către persoane din afara societății, procedura de înregistrare la Registrul Comerțului 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 Comerțului și, apoi se publică în Monitorul Oficial, hotărârea asociaților de vânzare a părților sociale. A doua etapă demarează doar după expirarea unui termen de 30 de zile de la publicarea în Monitorul Oficial a hotărârii asociaților prin care a fost aprobată cesiunea părților sociale.

În interiorul termenului de 30 de zile orice persoană interesată (în special creditorii societății prejudiciați prin hotărârea asociaților privind cesiunea de părți sociale) poate formula opoziție prin care să solicite instanței de judecată să oblige, după caz, societatea sau asociații, fie la repararea prejudiciului cauzat, fie la atragerea răspunderii civile a asociatului care dorește să transfere părțile sociale.

Sintetizând, Legea societăților prevede că, în cazul societăților cu răspundere limitată, transmiterea părților sociale către persoane din afara societății se realizează în două etape și va opera, în lipsa unei opoziții, la data expirării unui termen de 30 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial a hotărârii asociaților, iar dacă a fost formulată o opoziție, 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 părților sociale către persoane din afara societății, cum a fost cazul în speță.

În cauza concretă dedusă judecății, după cum se poate observa din cele prezentate mai sus și înscrisurile depuse la dosarul cauzei, intimata B. prin reprezentanții săi legali, asociații acesteia, respectiv C. și E., pe de o parte, precum și numita D. pe de altă parte, prin înțelegerea acestora, au eludat în mod dolosiv prevederile speciale aplicabile procedurii cesiunii părților sociale către persoane din afara societății, procedură ce impunea înregistrarea cesiunii doar la data expirării termenului de opoziție prevăzut la art. 62 (adică după expirarea celor 30 de zile de la data publicării hotărârii adunării generale a asociaților în Monitorul Oficial), luând decizia și înregistrând în acest scop inițial o majorare de capital social scriptică, doar cu 1 parte socială a 10 lei reprezentând 1% din capitalul social, pentru ca, în aceeași zi în care s-a pronunțat

rezoluția directorului ORC prin care s-au înregistrat modificările aferente AGA 28.10.2019 (prin Mențiunea 55279), respectivului asociat nou să-i fie cesionate, la valoarea nominală, un număr de 102.999 părți sociale reprezentând 98% din capitalul social al B., astfel încât asociatul nou intrat să dețină majoritatea absolută și controlul deplin al B. prin deținerea unui număr de 103.000 părți sociale reprezentând 99% din capitalul social.

Cu alte cuvinte, prin mecanismul dolosiv al unei majorări nereale de capital social, s-a creat premisa aparenței de legalitate a cesiunii părților sociale către un asociat intrat în societate cu această ocazie (cesiunea între asociați existenți), astfel încât procedura înregistrării cesiunii părților sociale către persoane din afara societății, cu respectarea dreptului de opoziție al terților, să fie eludată.

Este evident că fără intenția de cesionare ulterioară a părților 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 aparență de legalitate în fața 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 cerere de opoziție față de Hotărârea AGA de cesiunea a părților sociale către persoana din afara societății, cât timp conform art. 202 alin. (1) din Legea societăților părțile sociale pot fi transmise liber între asociați, legea neimpunând respectarea unui termen de opoziție.

În plus, drept consecință a eludării dreptului de opoziție față de cesiunea de creanță către persoane din afara societății, s-a creat, în continuare, premisa aparenței de legalitate a sustragerii de la eminenta executare silită a părților sociale deținute de debitorii persoane juridice, în cauză a debitoarei E. - acționat majoritar, deținând 99% din părțile sociale la valoarea nominală de 10 lei și valoare totală de 103.000 lei, iar în urma cesiunii a deținut un număr de 1 parte socială cu valoare nominală de 10 lei și valoare totală de 10 lei.

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

Astfel cum a arătat, este un creditor ce a demarat executarea silită împotriva intimatului și a asociaților acesteia, fiind o persoană interesată în accepțiunea art. 132 alin. (3) din Legea societăților.

Prin adoptarea celor două Hotărâri AGA, pârâta a încălcat dreptul său de a formula opoziție, precum și de a executa silit părțile sociale deținute de debitorii persoane juridice, restrângând posibilitatea reală de executare a respectivelor părți 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 părților 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 lipsește scopul mediat (cel real), intenția părților nefiind acela de a coopta un nou asociat - persoană interpusă, intenția comună a acestora fiind de eluda procedura de durată a cesiunii de părți sociale către persoane din afara societății și dreptul de opoziție a creditorilor societății, iar consecința directă a acestui demers a fost scoaterea din masa bunurilor ce puteau și urmau a fi executate silit, respectiv părțile sociale ce aparțineau asociatului majoritar (E.), prin transferarea lor către o persoană interpusă (prin prisma legăturii de rudenie de prim grad cu cei doi asociați ai B.).

În acest sens, solicită instanței de control judiciar să observe și "graba" cu care în aceeași zi în care s-a pronunțat rezoluția directorului ORC prin care s-au înregistrat modificările aferente AGA 28.10.2019 (prin Mențiunea 55279), reprezentantul legal al B. a depus cererea de înregistrare a modificărilor aferente AGA 30.10.2019 (depusă în aceeași zi și înregistrată în ziua următoare, prin rezoluția aferentă Mențiunii 55586), în fapt neexistând niciun motiv

temeinic ce putea clama această urgență, altul decât "punerea la adăpost" a bunurilor debitorilor persoane fizice - asociații B. - împotriva iminenței executării silite a acestora, executare silită care fusese deja inițiată la momentul adoptării Hotărârilor AGA.

Utilizând aceste artificii în fraudă legii, noul asociat al B. (D.) a preluat întregul control asupra societății, fiind evident că aceasta a fost de la bun început intenția părților semnatare, mecanismul majorării fictive fiind doar interfața care, în opinia acestora, poate asigura legalitatea Hotărârilor AGA respective și siguranța că creditorii nu mai pot executa părțile sociale deținute în trecut de asociatul majoritar (E.), întrucât acestea sunt deținute de noul asociat majoritar (D.) - persoana interpusă.

Astfel cum a arătat, pentru valabilitatea unui act juridic acesta trebuie animat de o cauză existentă, licită și 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 sancționează cu nulitatea absolută respectivul act juridic.

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

Reiterează că în speță, ilicitul săvârșit prin adoptarea (și 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 opoziție, astfel încât în noua situație normele legale imperative respective să nu fie aplicabile, efectul fiind imposibilitatea formulării opoziției reglementate de art. 62 din Legea societăților, întrucât prin adoptarea (și înregistrarea la ORC) nu a existat în fapt un termen în care respectiva opoziție să poată fi depusă, modificările fiind înregistrate imediat.

Cu privire la a doua condiție - caracterul comun al ilicității cauzei, părțile au acționat de conivență pentru a eluda prevederile legale aplicabile, arată următoarele:

Cu privire la prezumția de valabilitate a cauzei, arată că aceasta își găsește sediul materiei în prevederile art. 1239 alin. (2) din Codul civil, conform căruia: „Existența unei cauze valabile se prezumă până la proba contrară”.

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

Art. 254 din C.pr.civ. consacră principiul liberei aprecieri a probelor de către instanța de judecată. În ipoteza factuală dedusă judecării operează o înșiruire de prezumții simple care demonstrează în mod concludent susținerile sale.

Cu privire la materia prezumțiilor judiciare, prevederile art. 329 din C.pr.civ. arată că: „În cazul prezumțiilor lăsate la luminile și înțelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele numai dacă au greutate și puterea de a naște 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 privește condiția caracterului comun al ilicității scopului urmărit la momentul adoptării celor două Hotărâri AGA, există mai multe prezumții rezonabile și argumente solide care să justifice teza privind existența unei intenții comune de eludare a prevederilor legale, respectiv:

-Existența unui titlu executoriu privind o datorie cunoscută a A. împotriva debitoarei B., precum și împotriva debitorilor avalașiți, persoane fizice, asociații C. și E., părinții noului asociat cooptat prin Hotărârea AGA 28.10.2019;

-Reaua-credință a intimaților, soții C. și E., rezultată din practica constantă a acestora în sensul sustragerii de la iminența executării silite, prin diverse modalități, a părților sociale ale

debitoarelor F. și G. SRL, a căror asociați sunt tot soții C. și E., sens în care a depus în probațiune Sentința nr. 138/14.07.2020, pronunțată de Tribunalul Bacău în dosarul nr. ../110/2019 și Sentința nr. 67/07.07.2020, pronunțată de Tribunalul Suceava în dosarul nr. ../86/2019;

-Intimata B., prin administrator C., cât și fiica asociaților, D., au cunoscut sau cel puțin trebuiau să cunoască faptul că prin transferul părților sociale către noul asociat D., asociatul urmărit silit E. își diminuează patrimoniul, astfel încât creditorii acesteia pot fi prejudiciați.

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

-Urgența înregistrării cesiunii de creanță în chiar ziua operării modificărilor privind cooptarea noului asociat. În aceeași zi în care s-a pronunțat rezoluția directorului ORC prin care s-au înregistrat modificările aferente AGA 28.10.2019 (prin Mențiunea 55279), de unde rezultă urgența de a pune la adăpost părțile sociale ale debitoarei avaliste E., asociat majoritar deținând 99% din părțile sociale;

-Legătura ce rudenie foarte apropiată a intimaților persoane fizice, în special a cedentei E. și cesionarei D., respectiv legătură de rudenie tată-mamă-fiică, legătură recunoscută în mod expres prin cererea de apel, formulată de societatea G. a cărei asociați sunt tot soții C. și E., cerere de apel ce face obiectul dosarului nr. ../86/2019, aflat pe rolul Curții de Apel Suceava. Legătura de rudenie a asociaților B. și a cesionarei, demonstrează în mod concludent înțelegerea acestora în sensul încercării eludării normelor legale și vătămarea intereselor legitime ale unei terțului creditor A.;

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

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

-În plus, în privința prețului cesiunii menționat în cuprinsul Hotărârii AGA 30.10.2020, respectiv valoarea nominală a părților sociale (i.e. 1.029.990 lei), învederează argumentele arătate mai sus privind nerealitatea și neseriozitatea acestuia raportat la valoarea mult mai mare a societății (de 4-5 ori mai mare);

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

-Buna sa credință, prin încercarea repetată de recuperare amiabilă a creanței deținute de A., în scopul evitării executării silite și încercare demarată prin Somația de plată transmisă debitoarei B. la data de 01.04.2019;

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

Toate aceste aspecte conduc la concluzia că actul a fost încheiat cu scopul vădit al eludării dreptului de opoziție al creditorilor societății, precum și al zădărniciii executării silite și 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 nașterii intenției de fraudare a creditorilor de către intimați la momentul luării la cunoștință de demararea executării silite împotriva acestora.

Instanța de judecată analizează momentul nașterii intenției de fraudare a creditorilor de către intimati raportat la momentul luării la cunoștință a acestora de demararea procedurii de executare silită.

Ipoteza factuală dedusă judecății reclamă găsirea unei perspective juridice adecvate, raportate la condițiile legale ale formării unui act juridic valabil și la mijlocul juridic pe care îl are la dispoziție un terț creditor de a obține repararea prejudiciului patrimonial încercat prin încheierea respectivului act juridic. În altă ordine de idei, se impune stabilirea consecințelor 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 zădărniciii eventualei urmăririi silite îndreptate de creditor împotriva sa, acesta fiind scopul mediat comun al înstrăinătorului și dobânditorului la momentul perfectării actului translativ de drepturi.

În cazul nulității pentru cauză ilicită, scopul mediat al dobânditorului nu este acela de a-și 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 dorințe, ci figurează ca un pion juridic ce ia parte la mecanismul unei convenții frauduloase.

Situația eludării aplicării normelor imperative mai sus menționate trebuie analizată prin raportare la condițiile existente la momentul demersurilor promovate de ea, demersuri care nu doar au prefigurat în viziunea asociaților B. posibilitatea demarării procedurii de executare silită, ci aceștia au avut certitudinea că față de refuzul ofertei de eșalonare propuse, precum și refuzul la plată a biletelor la ordine emise de societate și avalizate de asociați, toate aceste circumstanțe nu putea avea drept consecință decât demararea de urgență a executării silite, astfel cum s-a și întâmplat.

Hotărârile AGA, a căror nulitate absolută o invocă, au fost adoptate ulterior demersurilor demarate de recuperare a creanței, astfel că intimatii erau în deplină cunoștință de iminența executării silite.

Reiterează, totodată, punctual, acțiunile efectuate în sensul recuperării creanței împotriva debitorilor, de unde rezultă că aceștia aveau prefigurația iminenței executării silite atât împotriva societății, cât și împotriva patrimoniului asociaților avaliști:

1. Somația 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 își îndeplinească obligațiile 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 scadența 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 scadența anticipată a tuturor sumelor datorate de B. în temeiul Contractului de credit și a Actului Adițional la Contractul de credit (incluzând, creditul, dobânda, dobânda majorată, comisioanele și orice costuri și cheltuieli), sume care au devenit scadente și plătibile imediat la data comunicării Notificării de scadență anticipată respective, fără alte formalități sau intervenția instanțelor judecătorești;

3. Conștientizând iminența executării silite, intimata B. prin administrator unic C., a solicitat prelungirea termenului de scadență a creditelor acordate B. și F., însă i-a comunicat prin intermediul reprezentanților convenționali că acest lucru nu este posibil;

4. Prin emailul reprezentantului convențional al A., din data de 14.05.2019, adresat administratorului B. - C. (Anexa nr. 8 la cererea de chemare în judecată) în scopul evitării inițierii procedurilor de executare silită a propus drept soluție încheierea unor acte adiționale de rescadențare/reeșalonare a debitelor, desigur cu acordarea unor noi garanții, propunere care a fost apreciată ca fiind refuzată, față de lipsa vreunui răspuns din partea intimitei;

5. Introducerea la plată a cele 2 (două) bilete la ordin, emise de debitoarea B. și avalizate de debitorii C. și 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 și admisă la aceeași 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 pronunțată de Judecătoria Suceava în dosarul nr. .../314/2019 instanța a admis cererea și a dispus încuviințarea executării silite (Anexa nr. 11 la cererea de chemare în judecată).

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

Pentru toate aceste considerente, soluția adoptată de prima instanță se impune a fi reformată, sens în care solicită admiterea apelului, desființarea sentinței apelate, iar pe cale de consecință, admiterea cererii de chemare în judecată și:

- Constatarea nulității absolute a Hotărârii adunării generale a asociaților B. din data de 28.10.2019 ("AGA 28.10.2019") prin care s-a majorat capitalul social al intimei și a Hotărârii adunării generale a asociaților B. din data de 30.10.2019 ("AGA 30.10.2019") prin care s-au cesionat părți sociale deținute de asociatul E.,

- Radierea din Registrul Comerțului a Mențiunii nr. 55279/29.10.2019 privind înregistrarea modificărilor rezultate din hotărârea adunării generale a asociaților B. din data de 28.10.2019 ("Mențiunea 55279") și a Mențiunii nr. 55586/30.10.2019 privind înregistrarea modificărilor rezultate din hotărârea adunării generale a asociaților B. din data de 30.10.2019 ("Mențiunea 55586");

- Obligarea intimei 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 inopozabilității acțiunii 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 acțiunii oblice față de creditorul reclamant, precum și față de ceilalți creditori care au intervenit în cauză, stipulând declararea inopozabilității actului juridic față de aceștia. Soluția inopozabilității presupune că actul juridic fraudulos nu va produce efecte în raportul dintre creditorul reclamant și terțul pârât, în sensul că primul se va comporta ca și cum actul nu s-ar fi încheiat, respectiv bunul care formează obiectul derivat al actului nu ar fi ieșit niciodată din patrimoniul debitorului. Inopozabilitatea față de creditor a actului fraudulos încheiat de debitor operează numai în limitele valorii creanței, astfel că, în ipoteza în care valoarea creanței este mai mică decât a bunului, inopozabilitatea va fi doar parțială, până la concurența creanței creditorului.

Textul legal reiterează efectul relativ al admiterii acțiunii revocatorii, în acord cu opinia unanimă a doctrinei reprezentative, întrucât beneficiază numai creditorului - reclamant, precum și creditorilor intervenienți în cauză, nu și celorlalți eventuali creditori ai debitorului. Explicația se află în specificul acțiunii revocatorii de a fi expresia manifestării unui drept propriu al creditorului, spre deosebire de acțiunea 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 conține prevederi exprese referitoare la efectele admiterii acțiunii revocatorii în raporturile dintre debitor și terț, însă soluția inopozabilității actului față de creditor conduce spre afirmația că între aceștia actul rămâne valabil. Terțul evins de către creditor are la îndemână o acțiune în regres împotriva debitorului în baza contractului.

Totuși, alin.(2) reglementează efectele admiterii acțiunii față de terț, prin prezentarea drepturilor și obligațiilor acestuia: dreptul de a păstra bunul cu obligația 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 terțul dispune de opțiune între a efectua plata către creditorul -reclamant și a delăsa sau abandona bunul în mâinile acestuia.

Pentru situația în care terțul nu plătește creditorului suma de bani reprezentând prejudiciul suferit de acesta prin încheierea actului, hotărârea judecătorească de admitere a acțiunii revocatorii va avea ca efect indisponibilizarea bunului până la încetarea executării silite a creanței pe care și-a întemeiat acțiunea, conform tezei a II-a a alin. (2). Noul Cod Civil reglementează astfel un efect special al acțiunii revocatorii, aplicabil în situația menționată.

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

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

Învederează că instanța de fond în mod corect a reținut că potrivit adresei de comunicare depusă la dosar, Încheierea de executare silită pronunțată 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 părții au luat cunoștință despre demararea executării silite împotriva lor.

Astfel, contrar susținerilor apelantei, la momentul adoptării Hotărârii adunării generale a asociațiilor din data de 28.10.2019 și din 30.10.2019, nici societatea și nici C. sau E. nu aveau cunoștință despre inițierea executării silite deoarece executorul judecătoresc nu comunicase nici o somație de executare.

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

În condițiile în care la momentul adoptării celor două hotărâri asociații nu aveau cunoștință despre inițierea executării silite, susținerile conform cărora adoptarea celor două hotărâri s-au făcut în fraudă reclamantei sunt mai mult decât nefondate.

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

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

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

Oricum, atât SC B. SRL cât și SC F. SRL dețin multe alte bunuri care pot fi valorificate pentru a acoperi creanța apelantei A. IFN SA, situație în care dreptul creditorului nu a fost lezat în nici un fel prin cesionarea părților sociale.

Acțiunea revocatorie este acțiunea 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 își mărește sau creează o stare de insolvabilitate, ceea ce nu este cazul. Prin cesionarea părților sociale nu s-a creat o stare de insolvabilitate.

Pentru admiterea acțiunii revocatorii este necesară îndeplinirea mai multor condiții, respectiv actul atacat să fi creat creditorului un prejudiciu, prejudiciu care constă în faptul că debitorul și-a cauzat sau și-a mărit o stare de insolvabilitate; fraudă debitorului care a avut cunoștință de rezultatul păgubitor al actului față de creditor; complicitatea la fraudă a terțului cu care debitorul a încheiat actul atacat; creditorul să aibă o creanță certă, lichidă, exigibilă. Dovada îndeplinirii acestor cerințe revine în sarcina reclamantului.

Scopul acțiunii revocatorii este cel al readucerii în patrimoniul debitorului a unicului bun posibil a fi valorificat pe această cale. Jurisprudența a stabilit că în condițiile în care se dovedește că bunul litigios nu este singurul bun, acțiunea trebuie respinsă ca neîntemeiată.

Așadar, condiția prejudiciului înseamnă că debitorul și-a creat sau mărit o stare de insolvabilitate. Proba insolvabilității se face în genere prin urmărirea și 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 și 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 prezumții simple.

Dovada complicității terțului la fraudă creditorului este necesară în măsura în care actul contestat prin acțiunea pauliană este unul cu titlu oneros. Creditorul va trebui să probeze că terțul a avut cunoștință că prin actul încheiat îi creează sau mărește o stare de insolvabilitate co-contractantului său.

Oricum, cooptarea noului asociat și cesiunea de părți sociale nu s-a făcut în fraudă creditorilor, neavând nici cauză ilicită.

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

În aceste condiții, pentru ca instanța de judecată să poată analiza dacă o cesiune de părți sociale s-a făcut în fraudă unor creditori, trebuie să cunoască valoarea respectivelor părți sociale, și nu se referă la valoarea lor nominală, ci la valoarea rezultată prin compararea pasivului cu activul societății comerciale.

De asemenea, învederează că atât asociații cât și debitorul principal dețin multe alte bunuri împotriva cărora s-ar putea îndrepta eventualii creditori, părțile sociale nefiind singurele bunuri ale asociaților.

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, asociații societății B. SRL au decis majorarea capitalului social și cooptarea unui nou asociat, respectiv pe D.

Prin rezoluția nr.11480/30.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerțului 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 părți sociale către noul asociat D., noua structură fiind: asociatul C. deține 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL, acesta având și calitatea de administrator unic; asociatul E. deține 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al SC B. SRL; asociatul D. deține 103.000 de părți sociale în valoare nominală totală de 1.030.000 lei reprezentând 98% din capitalul social al SC B. SRL.

Prin rezoluția nr.11535/31.10.2019, ORC a dispus înregistrarea în Registrul Comerțului 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. și 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. și E., în baza titlurilor executorii reprezentate de Contractul de credit revolving nr.5/03.10.2016, modificat și completat prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobilă nr. 5/03.10.2016, modificat și completat prin acte adiționale, inclusiv prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria și 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 și 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 și completat prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Contractul de ipotecă mobilă nr. 5/03.10.2016, modificat și completat prin acte adiționale, inclusiv prin Actul adițional nr. 3/01.10.2018, Biletul la ordin seria și 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 și 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. și 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, fraudă 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 justiție, în termen de 15 zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, de oricare dintre acționarii care nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra și au cerut să se însereze aceasta în procesul-verbal al ședinței, *iar potrivit alin. 3, când se invocă motive de nulitate absolută, dreptul la acțiune este imprescriptibil*, iar cererea poate fi formulată și 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 ilicitității 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 jurisprudența au arătat că fraudă 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, fraudă 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 părților sociale se poate face fie între asociați, fie față de persoane din afara societății.

În ipoteza cesiunii părților sociale între asociați, procedura presupune simpla aprobare a cesiunii în cadrul adunării generale a asociaților și încheierea unui contract de cesiune între asociatul cedent și asociatul cesionar, procedură rapidă, ce presupune înregistrarea documentelor la Registrul Comerțului, 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 părți sociale către persoane din afara societății, procedura de înregistrare la Registrul Comerțului 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 Comerțului și, apoi se publică în Monitorul Oficial, hotărârea asociaților de vânzare a părților sociale. A doua etapă demarează doar după expirarea unui termen de 30 de zile de la publicarea în Monitorul Oficial a hotărârii asociaților prin care a fost aprobată cesiunea părților sociale.

În interiorul termenului de 30 de zile orice persoana interesată (în special creditorii societății prejudiciați prin hotărârea asociaților privind cesiunea de părți sociale) poate formula opoziție prin care să solicite instanței de judecată să oblige, după caz, societatea sau asociații, fie la repararea prejudiciului cauzat, fie la atragerea răspunderii civile a asociatului care dorește să transfere părțile 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 hotărârii 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 părților sociale între asociați, 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 hotărârii 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 asociații societății B. SRL au decis majorarea capitalului social cu 10

lei –o parte socială și 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 părți sociale, respectiv a cotei de 98% către noul asociat D., noua structură fiind: asociatul C. deține 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al B. SRL, acesta având și calitatea de administrator unic; asociatul E. deține 1 parte socială în valoare nominală de 10 lei reprezentând 1% din capitalul social al B. SRL; asociatul D. deține 103.000 de părți sociale în valoare nominală totală de 1.030.000 lei reprezentând 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 fraudă 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 fraudă la lege pentru că pârâta nu a încălcat o dispoziție legală imperativă, ci una supletivă și procedând de maniera 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 fraudă creditorului dacă sunt date și condițiile creării sau măririi insolvabilității debitorilor reclamantei, iar nu fraudă la lege.

Dreptul de opoziție al terților creditorilor 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, fraudă 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 exclude 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 unui 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 acțiunii 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 și art. 1.170 din Codul civil, privind buna-credință în executarea contractelor, precum și 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 investită.

Nerespectarea dispozițiilor privind executarea silită de către pârâta 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 investită pentru a le analiza și dispune.

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

2. Natura juridică a nulității acordului de mediere consfințit prin hotărâre judecătorească.

Rezumat:

Chestiunea esențială disputată și care se impune a fi tranșată în cauză este cea a naturii juridice a nulității acordului de mediere între reclamanta-apelantă prin asociat (intervenientă în interesul pârâtei intime), în calitate de debitor și pârâta-intimată, în calitate de creditor, prin administrator special. Împrejurarea că acesta a fost consfințit prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă apare lipsită de relevanță față de contextul procesual, caracterizat prin asumarea de către părțile litigante a caracterului admisibil al acțiunii.

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

Cu referire la natura nulității, Curtea apreciază că, față de întreg probatoriul administrat în cauză și de prevederile cu valoare de principiu ale art.1169,1170 și 1270 alin.1 din Codul Civil, nulitatea disputată de părțile litigante este una absolută și nu una relativă, cum în mod eronat a apreciat prima instanță.

Curtea reține, în primul rând, că principiul libertății contractuale impune părților obligația manifestării cu bună-credință, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și 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 neîndoiește din lege că interesul ocrotit este unul general”; în al treilea rând, că reglementarea instituției nulității virtuale a fost justificată de legiuitor pe ideea atingerii scopului dispozițiilor legale încălcate, respectiv a unor norme prohibitive în al căror conținut nu este precizată sancțiunea 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 și nulitatea virtuală relativă, nu este suficientă recurgerea la precizarea finală a art.1253- atingerea scopului dispoziției legale încălcate- deoarece aceasta nu reprezintă un criteriu de clasificare a nulităților, ci o justificare a caracterului virtual al nulității în general, ca sancțiune de drept civil, ci trebuie aplicat criteriul legal al naturii interesului vizat prin norma juridică încălcată.

În speță, este în afara oricăror ambivalențe faptul că părțile au încheiat acordul în litigiu cu încălcarea prevederilor art.209 alin.1 și 2, art. 1309 alin.1 Cod civil și ale art. 197 alin.1, art. 54 alin.1 și art. 55 alin.1 din Legea societăților nr.31/1990, care reglementează prin norme cu caracter imperativ, dar fără prevederea expresă a vreunei sancțiuni, modalitatea de reprezentare a societății și consecințele acestei manifestări în planul relațiilor juridice cu terții, dintre aceștia din urmă doar cei de bună-credință fiind ocrotiți de teoria mandatului aparent.

În opinia Curții, interesul ocrotit prin edictarea acestor norme este unul general, în condițiile în care administratorul societății reprezintă practic voința socială formată în organul colectiv, deliberativ reprezentat de AGA, scopul reglementărilor fiind tocmai protejarea consimțământului asociaților și acordarea posibilității acestora să-și exteriorizeze voința la modul real și efectiv, iar nu iluzoriu sau fictiv, cu respectarea ordinii publice și a buneicredințe, fiind evident că, din această perspectivă, interesul acestora se confundă cu interesul general al societății. Cu alte cuvinte, acordul de mediere contestat este lovit de o nulitate absolută, chiar dacă această sancțiune este subînțeleasă, virtuală.

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

Hotărârea:

Asupra apelului de față constată că prin cererea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava, Secția a II-a Civilă la data de 22.10.2019 sub nr./86/2019, reclamanta SC A. S.R.L, în contradictoriu cu pârâta SC B. SRL, în temeiul art. 1254 alin. 1 și 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 acțiunii, reclamanta a arătat, în esență, 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 părțile sociale în SC B. SRL; începând cu data de 15.06.2013 pârâta SC B. SRL se află în insolvență.

Acordul de mediere s-a încheiat între pretinsul creditor SC B. SRL, prin administrator special D. și pretinsul debitor SC A. SRL, reținându-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 menționat 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. își 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 și că, interesul patrimonial al acesteia în încheierea Acordului de mediere este evident, fraudă 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 recunoașterea unei datorii față 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 judecări pe fond a litigiului prin care instanța să tranșeze chestiuni litigioase.

Din această perspectivă, s-a solicitat a se reține efectele limitate pe care le produce Sentința civilă nr. 500/4.06.2014 a Judecătorei Vatra Dornei. Și, întrucât tranzacția este rezultatul 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 conținutul cererii de chemare în judecată.

În susținerea acțiunii, reclamanta a adus la dosar o serie de înscrisuri.

Pârâta SC B. SRL a formulat întâmpinare, prin care a solicitat instanței respingerea acțiunii, ca nefondată.

În apărare, pârâta a invocat *excepția insuficienței timbrării* a cererii introductive, *excepția lipsei dovezii calității de reprezentant*, *excepția inadmisibilității* cererii de chemare în judecată, *excepția prescripției dreptului la acțiune* și, în final, caracterul nefondat al pretențiilor deduse judecării.

În susținere, pârâta a arătat, în esență, că persoana care a semnat împuternicirea avocațială nu are dreptul de a reprezenta legal A. SRL și deci, nu putea angaja, în numele reclamantei, un avocat pentru promovarea acestui demers; că reclamanta nu avea un drept de opțiune între a promova o acțiune întemeiată pe dreptul comun, în nulitate absolută/anulare și calea procedurii speciale conferită de art.59 alin.2 din Legea nr.192/2006, respectiv recursul împotriva sentinței civile nr. 500/04.06.2014 a Judecătorei Vatra Dornei (dosar nr../334/2014); că, motivele invocate de reclamantă în susținerea cererii se circumscriu unei nulități relative și nu absolute, împrejurare de natură să antreneze incidența excepției prescripției dreptului la acțiune, termenul legal general fiind împlinit. Pe fondul cauzei, a arătat că, pe de o parte, la data semnării acordului de mediere în discuție, decizia nr. 99/06.05.2014 a Curții de Apel Suceava- Secția a II-a Civilă nu-și produsese efectele, nefiind comunicată și depusă la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Suceava, iar pe de altă parte că plățile 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 reparație din această perspectivă.

La data de 17.09.2020, a fost depusă la dosar o cerere de intervenție accesorie în favoarea pârâtei SC B. SRL, de către doamna C., prin care aceasta a solicitat admiterea excepțiilor invocate de către pârâtă și, pe fond, respingerea acțiunii, ca nefondată, reiterând, în esență, susținerile din cuprinsul întâmpinării.

Prin încheierea din 23.06.2020, prima instanță luând act că pârâta nu insistă în excepția de netimbrare a cererii, a admis în principiu cererea de intervenție accesorie formulată de doamna C. și a respins excepția lipsei calității de reprezentant invocată de pârâtă.

Prin sentința civilă nr. 66 din data de 07 iulie 2020 pronunțată în dosarul nr. 3117/86/2019, Tribunalului Suceava- Secția a II-a Civilă a respins, ca nefondată, excepția inadmisibilității cererii reclamantei A. SRL, invocată de pârâta SC B. SRL și intervenienta accesorie C.

A admis excepția prescripției dreptului la acțiune, excepție ridicată de pârâta SC B. SRL și intervenienta accesorie C..

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

Pentru a hotărî astfel, în ceea ce privește excepția inadmisibilității cererii, instanța de fond a considerat că, aspectele invocate de pârâta SC B. SRL și intervenienta accesorie C. sunt de ordin procedural, astfel că nu se subsumează analizării condițiilor de fond privind încheierea acordului, cum ar fi existența consimțământului, viciile de consimțământ, cauza și obiectul acordului de mediere ca și convenție intervenită între părți.

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 și/sau nulitatea contractului.

Cu privire la excepția prescripției dreptului la acțiune, instanța 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 dispozițiilor art.2157 Cod civil, instanța de fond a constatat că termenul de prescripție este de 3 ani și 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 așa cum a fost formulat, în sensul constatării nulității Acordului de mediere nr.7 din 11.05.2014, respectiv a sentinței civile nr.500/04.06.2014 pronunțată de Judecătoria Vatra Dornei.

S-a criticat faptul că, judecătorul fondului a aplicat greșit prevederile art.54 alin.1 și art.55 alin.1 din Legea nr.31/1990 întrucât, în pofida mențiunilor din Registrul Comerțului, reglementarea exceptează de la protecția prin mecanismul mandatului aparent pe terții care nu sunt de bună - credință.

Or, pentru că SC B. SRL era deținută în control și în administrare faptică de către C. (asociat cu 90% din părțile sociale), societatea cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că propriul administrator a fraudat procesul de numire în funcția 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 proporție 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 semnat 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 și 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 omițând, pur și simplu, să aplice dispozițiile textului de lege care consacră desființarea actelor subsecvente.

S-a apreciat că, prima instanță 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 și 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 aceeași instanță.

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

S-a arătat, în esență, că problema de drept ce se cere a fi dezlegată vizează calificarea corectă a acțiunii 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 menționată în acordul de mediere este reală, are la bază un proces-verbal de inventar din anul 2013 și 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 comerțului 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 instanței să respingă apărările avansate de către pârâtă și să dispună admiterea apelului, așa cum a fost formulat.

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

Examinând legalitatea și temeinicia sentinței atacate, prin prisma actelor și lucrărilor dosarului și 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 și respectiv, la ceea ce s-a supus judecării la prima instanță.

Astfel, este de observat că, deși în cauză s-a formulat o cerere de intervenție accesorie în interesul pârâtei SC B. SRL de către doamna C., admisă în principiu de către prima instanță prin încheierea de ședință din 23.06.2020, tribunalul a omis să se pronunțe asupra acesteia prin hotărârea dată asupra fondului, astfel încât, în condițiile în care partea interesată nu a înțeles să uzeze în cadrul termenului de apel de instituția „completării hotărârii” prevăzută de dispozițiile art.444 Cod proc. civ., acest aspect nu va constitui motiv de analiză pentru instanța de apel.

Totodată, întrucât maniera de soluționare a excepției de inadmisibilitate a acțiunii în constatarea nulității, 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 acțiunii nu va constitui motiv de preocupare pentru instanța de control judiciar, intrând în autoritatea de lucru judecat provizorie, prevăzută de art. 430 alin.4 Cod procedură civilă.

Așadar, din perspectiva principiilor care jalonează soluționarea căii de atac a apelului, văzând și conținutul criticilor invocate de reclamanta SC A. SRL în susținerea căii de atac, care reiau, în esență, susținerile formulate în fața instanței de fond, Curtea constată că are a verifica dacă acordul de mediere nr.7/11.05.2014, încheiat între reclamanta -apelantă SC A. SRL în calitate de debitor și pârâta-intimată SC B. SRL în calitate de creditor, consfințit prin sentința civilă nr. 500/04.06.2014 a Judecătoriei Vatra Dornei, este lovit de nulitate absolută, ori este anulabil în termenul general de prescripție prevăzut de art. 2517 Cod civil, calculat de la data încheierii acestuia, prin prisma cauzei juridice a acțiunii reprezentată de incidența principiului anulării actului juridic subsecvent/accesoriu, ca urmare a anulării actului juridic inițial/principal, coroborat cu lipsa voinței sociale a reclamantei-apelante SC A. SRL de a contracta, dedusă din inexistența unui mandat de reprezentare a sa, în favoarea intervenientei C., la încheierea acordului în discuție.

Pe fondul apelului, Curtea reține că, față de cadrul procesual prestabilit atât sub aspect subiectiv, cât și sub aspectul obiectului și al cauzei, nu poate da eficiență prevederilor art.248 alin.1 Cod procedură civilă, pronunțându-se cu prioritate asupra excepției de fond, peremptorii, a prescripției dreptului la acțiune al reclamantei, constatând că în speță este incident alin.4 al aceluiași articol care permite unirea acesteia cu fondul cauzei, întrucât pentru soluționare este necesară administrarea aceluiași material probator.

Astfel, chestiunea esențială disputată și care se impune a fi tranșată este, în opinia Curții, cea a *naturii juridice a nulității* în ceea ce privește acordul de mediere nr.7 încheiat la data de 11.05.2014 între reclamanta-apelantă SC A. SRL prin asociat C. (intervenientă în interesul pârâtei intime), în calitate de debitor și pârâta-intimată SC B. SRL, în calitate de creditor, prin administrator special.

Împrejurarea că acesta a fost consfințit prin sentința civilă nr.500/04.06.2014 a Judecătoriei Vatra Dornei, rămasă definitivă prin decizia nr.22/23.04.2019 a Tribunalului Suceava – Secția a II-a Civilă, apare lipsită de relevanță față de contextul procesual amintit, caracterizat prin asumarea de către părțile litigante a caracterului admisibil al acțiunii.

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

Dacă pârâta intimată SC B. SRL, în insolvență, a fost reprezentată de administratorul special la încheierea acordului, interesele reclamantei-apelante au fost reprezentate de intervenienta accesorie C., care a înțeles ca, în dovedirea îndreptățirii de a reprezenta societatea

și a calității 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 societății, aceasta a fost desemnată ca administrator cu puteri depline alături de administratorul statutar inițial F., iar pe de altă parte, de înscrierea acestei mențiuni la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Suceava.

La aceste premise, reținute în debutul analizei naturii juridice a nulității actului juridic contestat prin prisma cauzei juridice a acțiunii, Curtea urmează a o adăuga pe cea creată de efectul pozitiv al lucrului judecat, consacrat de art. 431 alin. 2 Cod procedură civilă și dedus din Decizia nr. 307/22.10.2014 a Curții de Apel Suceava – Secția a II-a civilă, rămasă definitivă prin respingerea recursului prin Decizia nr. 1322/12 mai 2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția a II-a Civilă, între cele două litigii, derulate între aceleași părți, existând, fără putință de tăgadă o identitate de materie litigioasă. Astfel, Curtea reține că aspectul litigios consemnat și rezolvat pe cale incidentală în actul jurisdicțional anterior, care nu poate fi ignorat în prezentul cadru procesual, se referă la ineficacitatea și 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 (debitoare), respectiv doamna C., nu mai avea calitatea de reprezentant statutar al societății, în considerarea deciziei nr. 99/06.05.2014 a Curții de Apel Suceava – Secția a II-a Civilă, anterioară acordului de mediere, care operează între părți independent de realizarea formalităților legale de comunicare și înregistrare a hotărârii la ORC.

Așadar, aceste constatări tranșate cu putere de lucru judecat se impun în prezentul cadru procesual cu valoare de fundament al soluției, înlăturând posibilitatea realizării unei noi verificări jurisdicționale.

Mai mult, contextul este de natură a evidenția și efectul pozitiv al lucrului judecat dedus din Decizia nr. 99/06.05.2014 a Curții de Apel Suceava – Secția a II-a Civilă, opozabilă părților, prin care s-a statuat definitiv în sensul nulității absolute a hotărârii AGA SC A. SRL din 28.08.2013, pentru încălcarea dispozițiilor legale privind procedura convocării asociaților și modalitatea de numire a administratorului societății 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 și votat numirea sa în funcția de administrator cu puteri depline al SC A. SRL, alături de administratorul statutar inițial F.

Este unanim recunoscut în doctrina și jurisprudența în materie faptul că, efectele aplicării sancțiunii nulității, respectiv ale desființării unui act juridic încheiat cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la condițiile sale de validitate, constau în lipsirea actului civil de consecințele contrare normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă și presupun desființarea retroactivă a actului juridic primar, restituirea prestațiilor efectuate în baza acestuia, precum și desființarea actului juridic subsecvent, expresie a principiilor *quod nullum est nullum producit effectum*; *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* și *restitutio in integrum*.

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

Parcursând în continuare demersul argumentativ logico-juridic, în scopul tranșării chestiunii supuse atenției în speță, 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 condițiile 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 societății urmare a neasumării obligațiilor stabilite în cuprinsul acordului,

întrucât nu fost conturată și exprimată o voință socială în acest sens; deoarece obligația SC A. SRL, de stingere a raporturilor de creanță, prin recunoașterea debitului față de SC B. SRL nu a fost valabil asumată, obligația corelativă a acestia din urmă, de stingere a acelorași raporturi de creanță, apare lipsită de cauză;

3) în absența mandatului de reprezentare, intervenienta C. a exteriorizat la încheierea acordului, voința personală a unui nonreprezentant, străină de *affectio societatis*, fără intenția reală și legitimă de a produce efecte juridice în numele și pe seama debitoarei SC A. SRL; altfel spus, împrejurarea echivalează practic cu neîncheierea acordului în discuție între cele două societăți;

4) decizia nr. 99/06.05.2014 a Curții de Apel Suceava – Secția a II-a Civilă, de constatare a nulității Hotărârii AGA SC A. SRL din 28.08.2013, ce conferea intervenientei C. calitatea de administrator cu puteri depline al societății, este obligatorie, potrivit art. 435 alin. 1 Cod procedură civilă, între părți – SC A. SRL și C., fiind opozabilă acestora independent de realizarea formalităților legale vizând revenirea la forma inițială a actului constitutiv, precum și pârâtei SC B. SRL (la care C. era asociată cu 90 % din părțile sociale) în condițiile alin. 2 al aceluiași articol, dovada contrară nefiind făcută în cauză, împrejurare de natură să înlăture prezumția de bună-credință a intimatelor la încheierea acordului, justificată de acestea prin neînscirarea la ORC a mențiunii de anulare a calității de administrator statuată în favoarea intervenientei C.

Constatările Curții sunt susținute și de argumente de text deduse din următoarele prevederi legale:

- art. 209 alin. 1 și 2 Cod civil „(1) *Persoana juridică își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile 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 acționeze, în raporturile cu terții, individual sau colectiv, în numele și 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 soluție legislativă a fost consacrată și prin dispozițiile art. 1309 alin. 1 Codul Civil, potrivit căruia „*Contractul încheiat de persoana care acționează în calitate de reprezentant, însă fără a avea împuternicire sau cu depășirea puterilor conferite, nu produce efecte între reprezentat și terț.*”

De remarcat sunt și considerentele Deciziei nr. 24/6.11.2017 pronunțată în interesul legii de către ÎCCJ (dosar nr. 1699/1/2017) care, deși vizează interpretarea și aplicarea unitară a altor texte legale incidente în materia administrării societăților, statuează în sensul că administratorul cu puteri de reprezentare este purtătorul voinței sociale, de vreme ce prin intermediul său, societatea se manifestă în planul relațiilor juridice ca subiect de drept; angajarea societății în raporturile cu terții se subordonează ideii de ocrotire a terților de bună-credință, reflectată în legislația internă în dispozițiile art. 54 și 55 din Legea nr. 31/1990;

stabilirea măsurii în care un terț este sau nu de bună-credință - și astfel, poate fi ocrotit sau nu - este atributul exclusiv al instanțelor de judecată, care vor aprecia în funcție de particularitățile fiecărei situații; în condițiile lipsei unui mandat, terții de bună-credință sunt ocrotiți, devenind aplicabilă teoria mandatului aparent.

Față de cele ce preced, luând în considerare și particularitățile concrete ale speței, Curtea constată că numai aparent asistăm la invocarea mai multor motive de nulitate a acordului contestat, contrar celor reținute de prima instanță care a procedat la o analiză distinctă a acestora. În realitate, observăm o interdependență a cauzelor de nulitate circumscrise cauzei juridice a acțiunii, astfel încât acestea trebuie tratate în mod unitar și indisolubil, ca decurgând una din cealaltă. Cu alte cuvinte, nulitatea Hotărârii AGA a SC A. SRL din 28.08.2013 a fost cauza și a determinat în mod direct și nemijlocit (pe lângă desființarea actului constitutiv actualizat și a înregistrării acestuia la Oficiul Registrului Comerțului) lipsa reprezentării societății la încheierea acordului care astfel, practic, nu s-a angajat în așa-zisul contract de recunoaștere a datoriei sale.

Așadar, *principiul anulării actului subsecvent, ca urmare a anulării actului inițial* acționează în cauză de o manieră intrinsecă între cauzele de nulitate a acordului, circumscrise în ansamblu, după cum s-a arătat, cauzei juridice a acțiunii, 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 același timp, dintr-o perspectivă extrinsecă tuturor acestor cauze primate la modul general, ca un tot unitar, aplicarea principiului evocat presupune repunerea părților în situația anterioară, deziderat care nu poate fi conceput în lipsa desființării actului subsecvent încheiat de una din părțile actului inițial cu un terț (în speță, SC B. SRL), prin care s-a constituit un drept în strânsă legătură cu dreptul născut din actul nul.

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

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

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

În argumentare, instanța de control judiciar, va reține, în primul rând, că principiul libertății contractuale impune părților obligația manifestării cu bună-credință, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și 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 neîndoiește din lege că interesul ocrotit este unul general*”; în al treilea rând, că reglementarea instituției *nulității virtuale* a fost justificată de legiuitor pe ideea atingerii scopului dispozițiilor legale încălcate, respectiv a unor norme prohibitive în al căror conținut nu este precizată sancțiunea nerespectării lor. Astfel, potrivit art.1253 Cod civil, „*în afara cazurilor în care legea prevede sancțiunea nulității, contractul se desființează și atunci când*

sanctiunea 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 și nulitatea virtuală relativă, nu este suficientă recurgerea la precizarea finală a art.1253- atingerea scopului dispoziției legale încălcate- deoarece aceasta nu reprezintă un criteriu de clasificare a nulităților, ci o justificare a caracterului virtual al nulității în general, ca sancțiune de drept civil, ci trebuie aplicat criteriul legal al naturii interesului vizat prin norma juridică încălcată.

În speță, este în afara oricăror ambivalențe faptul că părțile au încheiat acordul în litigiu cu încălcarea prevederilor art.209 alin.1 și 2, art. 1309 alin.1 Cod civil și ale art. 197 alin.1, art. 54 alin.1 și art. 55 alin.1 din Legea societăților nr.31/1990, care reglementează prin norme cu caracter imperativ, dar fără prevederea expresă a vreunei sancțiuni, modalitatea de reprezentare a societății și consecințele acestei manifestări în planul relațiilor juridice cu terții, dintre aceștia din urmă doar cei de bună-credință fiind ocrotiți de teoria mandatului aparent.

În opinia Curții, interesul ocrotit prin edictarea acestor norme este unul general, în condițiile în care administratorul societății reprezintă practic voința socială formată în organul colectiv, deliberativ reprezentat de AGA, scopul reglementărilor fiind tocmai protejarea consimțământului asociaților și acordarea posibilității acestora să-și exteriorizeze voința la modul real și efectiv, iar nu iluzoriu sau fictiv, cu respectarea ordinii publice și a bunei-credințe, fiind evident că, din această perspectivă, interesul acestora se confundă cu interesul general al societății. Cu alte cuvinte, acordul de mediere contestat este lovit de o *nulitate absolută*, chiar dacă această sancțiune este subînțeleasă, virtuală.

Soluția se impune și în raport de particularitățile cauzei și cerințele echității, consecințele aplicării principiului anulării actului subsecvent/secundar, ca efect al anulării actului inițial/ principal perpetuându-se și în acest areal al silogismului juridic.

Astfel, apreciem că gravitatea neregularităților care au generat sancțiunea nulității absolute a Hotărârii AGA SC A. SRL din 28.08.2013, este de natură a constitui premisa unui grad ridicat de pericol social al modalității în care intervenienta C., sub aparența legitimității conferită de vechea mențiune de la Oficiul Registrului Comerțului (neopozabilă părților contractante), a procedat la încheierea acordului, legătura dintre actul juridic inițial/principal și cel subsecvent/accesoriu fiind una de la mijloc la scop.

Altfel spus, intervenienta C., în mod fraudulos s-a prevalat de calitatea de administrator și s-a substituit voinței asociaților, excluzând astfel din sfera ordinii de drept actul juridic încheiat, context care justifică incidența interesului general în restabilirea și ocrotirea încrederii societății și a securității circuitului civil general. Aceasta deoarece, protejarea dreptului la informare și a dreptului la vot, a căror încălcare atrage sancțiunea nulității absolute, generează în mod obligatoriu o protecție de aceeași natură a consimțământului asociaților și, în consecință, a voinței sociale care nu poate fi ignorată sau încălcată, interpretarea contrară fiind expresia unui nonsens juridic.

Apărările părții și ale intervenientei C. circumscrise teoriei mandatului aparent - succesibilă de a ocroti terții de bună-credință, nu pot fi reținute în cauză, fiind înlăturate pe de o parte, de efectul pozitiv al lucrului judecat dedus din Decizia nr.307/22.10.2014 a Curții de Apel Suceava- Secția a II-a Civilă rămasă definitivă, iar pe de altă parte, de ansamblul probator de natură să contureze, fără echivoc, incidența situației de excepție prevăzută de art.54 alin.1 și art.55 alin.1 din Legea nr.31/1990, în sensul că, acestea au cunoscut și chiar s-au folosit de neregularitățile pretinse, reaua-credință manifestă nefiind susceptibilă de a crea, în mod rezonabil, o aparență de drept. Din aceeași perspectivă și apărarea contând în aceea că, la data încheierii acordului – 11.05.2014, decizia nr.99/06.05.2014 a Curții de Apel Suceava nu fusese comunicată părților în condițiile legii, urmează a fi înlăturată, neputând fi de natură a acoperi reaua-credință, 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 cunoașterea de către părți a modului de finalizare a procesului.

Față de cele ce preced, Curtea apreciază că în cauză, contrar celor reținute de prima instanță, acordul de mediere contestat este lovit de nulitate absolută, sancțiune imprescriptibilă potrivit art.1249 alin.1 Cod civil, împrejurare în raport de care, incidența excepției prescripției dreptului material la acțiune al reclamantei -apelante apare greșit reținută de tribunal. Cum aspectul este de natură să echivaleze cu necercetarea fondului cauzei, devin aplicabile dispozițiile art.480 alin.3 teza I Cod procedură civilă, referitoare la anularea hotărârii, vătămarea părții - constând în pronunțarea unei hotărâri nefavorabile, neputând fi altfel înlăturată de instanța de control judiciar.

În consecință, Curtea, găsind întemeiate criticile invocate, în temeiul art.480 alin.2 Cod procedură civilă, va admite apelul, cu consecința anulării, în parte, a sentinței, în sensul că, menținând modalitatea de soluționare a excepției de inadmisibilitate a acțiunii, în rejeudicare, va respinge excepția prescripției, admitând acțiunea, astfel cum a fost formulată.

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

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

Rezumat:

În ceea ce privește pierderea posibilității unei persoane de a realiza un câștig patrimonial sau de a evita o pagubă, trebuie demonstrat că prejudiciul nu este ipotetic, precum și, valoarea economică certă ce ar constitui avantajul pierdut din cauza pierderii șansei. Așadar, 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.

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

Hotărârea:

Prin sentința nr.109 din 20.08.2020, Tribunalului Suceava- Secția a II-a Civilă: a respins, ca neîntemeiată, excepția lipsei calității 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 forțat fiind C. și 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 proporțională căderii sale în pretenții 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 pronunțată 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 pronunțată în dosarul nr. ../86/2019, rămâne în sarcina statului. A respins cererea în rest, ca neîntemeiată.

Pentru a hotărî astfel, prima instanță a reținut în fapt că prin Ordonanța 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 infracțiunii 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 Poliție Județean– Poliția Municipiului– Secția de Poliție a constatat în esență că, la data de 25.04.2016, lucrătorii Secției de Poliție s-au sesizat din oficiu despre faptul că, la data mai sus menționată, 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 curățat 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 atenție 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 promoționale, ocazie în care numitul B. s-a aplecat pentru a studia aceste produse. În timp ce reclamantul se afla în fața panoului în poziția 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 curățat pomii, ce se afla expus deasupra sa și care a căzut de pe suportul tip cui, în momentul în care a fost atins de un alt client.

Instanța 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 și administrată în ședința publică din data de 23.07.2020.

La interogatoriul administrat în ședința publică din data de 23.07.2020, intervenientul forțat C. a arătat că erau mai multe categorii de foarfece pe raftul de sus, printre care și cel pe care l-a atins, nesecurizat, cu două categorii de sisteme de siguranță din care nu era pus niciunul, foarfecele era deschis. Totodată, a susținut 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 mențiunilor din certificatul medico – legal nr. 359-SV/A2 din 26.04.2016 eliberat de Spitalul Județean de Urgență– Serviciul Județean 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 înțepat – 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 înțepată fața anterioară suprapatelară dreaptă”. S-a practicat TCP, sutură, pansament steril, și s-a recomandat piciorul decliv, gheață local, Rp, refacerea pansamentului la 2 – 3 zile, precum și revenirea la nevoie.

Concluziile actului medical relevă că, la data examinării, reclamantul B. prezenta plagă profundă înțepat – tăiată suturată. Leziunea s-a putut produce prin înțepare cu corp tăietor – înțepător, la data de 25.04.2016 și 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 – înțepată cadran supero-intern genunchi drept cu secțiune tendon cvadricipal, bursită posttraumatică, protezată prin ortează 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 părți moi și musculo-scheletal întocmit de Cabinet Ecografie Dr....la data de 10.05.2016, în privința reclamantului B., la nivelul tendonului

cvadricipital drept, se constată prezența ariilor de discontinuitate a straturilor (ruptură completă). Există lichid în recesul suprapatelar în bandă pe o lungime de 3,09 cm, cu aspect impur și proliferare sinorsală secundară. La nivelul compartimentului lateral, colecție lichidiană cu aspect inflamator pe o lungime de 3,35 cm. Concluziile prezintă diagnosticul de *ruptură tendon cvadricipital și 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 și retropatelară dreaptă*.

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

Din adeverința eliberată la data de 17.12.2018 de firma D., prin .., prima instanța a constatat că firma a certificat faptul că a formulat propunerea fermă reclamantului de a colabora pentru proiectul a 4 case în construcție, beneficiar al proiectului fiind o firmă din Germania, oraș Erlensee și 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 și aprovizionarea cu materiale pentru o perioadă de 6 luni. Au convenit asupra încheierii contractului de colaborare în condițiile descrise mai sus și 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 și au fost nevoiți 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 soțul ei, la o săptămână după ce reclamantul a avut un accident în A., l-au vizitat și a văzut că acesta era culcat în pat, fusese operat, nu se putea îngriji, nu putea îndoi piciorul și avea nevoie de o persoană care să îl îngrijească.

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

Martorul a confirmat că împreună cu fiul său, reclamantul și 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. Înțelegerea 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 obținut 16.000 euro la care s-a adăugat extra, undeva în jur de 23 – 24.000 euro, înțelegerea a fost ca muncitorilor calificați să le revină 4.000 euro fiecare și celorlalți un pic mai mult, în funcție de calificări. Din câte își aduce aminte, înțelegerea care îl privea și pe reclamant a fost ca la final să împartă egal sumele obținute extra.

De asemenea, martorul a arătat că cel care i-a contractat avea o firmă de construcții în Germania, nu cunoaște ce înțelegere exista între angajator și 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 aceleași condiții, fără a încheia un contract în

scris. În astfel de situații 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 declarația proprietarului care i-a dat direct această sumă în mână, neavând intermediari și nesemnând un contract în formă scrisă.

Cu privire la excepția lipsei calității procesuale a pârâtei SC A. SRL, prima instanța a reținut că potrivit art. 36 C. pr.civ., *Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecătii. 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 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 practici comerciale abuzive.*

Art. 20 prevede că *Ambalajele produselor trebuie să asigure integritatea și protecția calității acestora, fiind, totodată, conforme prevederilor legale referitoare la protecția muncii, mediului și a securității consumatorilor. În plus, potrivit art. 36 din același act normativ (1) Orice operator economic este obligat să introducă pe piață numai produse sigure pentru viața, sănătatea și securitatea consumatorilor. (2) 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.*

Nu mai puțin, conform art. 37 din Codul *Este interzisă comercializarea produselor care nu sunt sigure, cât și a produselor neînsoțite de documentația obligatorie prevăzută de lege, prin care să se ateste că ele au fost testate și/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 și a sumei de 250.000 lei reprezentând daune morale, pentru repararea prejudiciilor cauzate prin fapta ilicită a acesteia constând în neluarea măsurilor de protecție prevăzute de lege menite a asigura securitatea sa, în calitate de consumator, în incinta magazinului A. Suceava. În concret, reclamantul pretinde că nerespectarea normelor și dispozițiilor legale, prin înghesuirea unor obiecte ascuțite și tăioase în partea de sus a panoului, și prin comercializarea lor fără teaca de plastic prevăzută special, fiind expuse fără a fi măcar asigurate pe poziția închis, atrage direct răspunderea societății pârâte pentru incidentul produs, când un foarfec a căzut în piciorul său în urma atingerii de un alt client, cauzându-i leziuni fizice și psihice.

Astfel, prima instanța a reținut că reclamantul invocă, în sarcina reclamantei, calitatea de operator economic având ca obiect de activitate comercializarea de produse de tip foarfecă de curățat pomii, marca Fiskars, prin urmare, responsabilă pentru securitatea clienților și, astfel, îi reproșează săvârșirea unei fapte proprii, diferită de acțiunea directă și materială a intervenientului forțat de atingere a obiectului care a căzut în piciorul său.

Astfel cum prevede art. 1.370 C.civ. *Dacă prejudiciul a fost cauzat prin acțiunea 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 față de victimă, iar potrivit art. 1.382 C.civ. Cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ținuti solidar la reparație față de cel prejudiciat.*

Chiar dacă pârâta a susținut că exclusiv răspunzător de producerea accidentului ar fi intervenientul forțat C., prin manevrarea efectivă a obiectului înțepător – tăietor, instanța a fost învestită să examineze dacă, în calitate de operator economic, a luat măsurile de protecție necesare pentru a garanta securitatea reclamantului, prin așezarea corespunzătoare a bunului pe raft și comercializarea prin ambalarea lui astfel încât să fie îndeplinite condițiile de siguranță, ca faptă distinctă de cea a intervenientului forțat, și care, în măsura nerespectării, i-ar antrena răspunderea civilă delictuală proprie față de reclamant pentru repararea întregului prejudiciu.

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

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

Pe fondul cauzei, au fost reținute disp. art. 1357 alin.1, art.1358, art. 1381, art. 1385, art. 1386, art. 1387 alin. (1) C. civ., și 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, planșele foto ce fixează împrejurările de fapt esențiale pentru derularea faptelor, interogatoriile administrate reclamantului și intervenientului forțat, înscrisurile medicale și declarațiile martorilor E. și F., prima instanță a constatat că, în data de 25.04.2016, în timp ce se afla la raionul „Grădinărit” din magazinul A., reclamantul B., aflat în poziția 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 curățat pomii, în condițiile în care bunul a căzut din partea de sus în momentul atingerii lui de către intervenientul forțat C.

Reprezintă o circumstanță contestată de pârâta, 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 protecție și, astfel cum recunoaște prin întâmpinare, a căzut din partea de sus a secțiunii de prezentare cu partea ascuțită, generând rănirea acestuia. Imediat după ce obiectul ascuțit – tăietor i-a provocat reclamantului leziunea fizică în picior, un angajat al pârâtei a intervenit pentru a-i acorda asistența medicală de prim ajutor, în vederea opririi sângerării și a anunțat reprezentantul legal care l-a dus cu o mașină la spital.

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

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

Ca atare, prima instanță a constatat că omisiunea pârâtei de a prezenta produsul spre comercializare într-o manieră corespunzătoare asigurării securității fizice a reclamantului, în calitate de consumator, constituie o faptă ilicită deoarece reprezintă o încălcare a normelor legale în domeniul protecției consumatorilor, prin lipsa de conformitate a ambalajului ținând cont de gradul de risc exhibit prin natura lui de obiect înțepător-tăietor, prevăzut cu lamă

ascuțită. Pe de o parte, produsul nu avea pusă teaca din plastic pe partea ascuțită, aceasta fiind prinsă de un colier metalic și, se asemenea, nu era blocată într-o poziție de închidere, ci a căzut la simpla atingere din partea altui client. Nu mai puțin, pârâta nu a probat existența unor semne vizibile de avertizare cu privire la modul de manevrare a produsului sau de poziționare a clienților în acea secțiune și nici nu a probat existența personalului calificat la locul faptei pentru a acorda asistență în favoarea reclamantului și intervenientului forțat cu privire la aceste aspecte.

În ce privește vinovăția pârâtei, prima instanță a observat culpa sa exclusivă pentru neluarea măsurilor de protecție a reclamantului, conduită contrară Legii nr. 264/2004 privind Codul Consumului, cerință care se analizează distinct de acțiunea intervenientului forțat de atingere a obiectului tăietor – înțepător. Alegațiile pârâtei în sensul atribuirii culpei pentru săvârșirea acestei fapte omisive proprii în sarcina intervenientului forțat sunt neîntemeiate, cât timp unicul responsabil pentru modul de comercializare a produsului vătămător – prezentare și ambalare precum și de indicațiile date consumatorilor privind modul de utilizare în timpul efectuării de cumpărături, în spațiul destinat desfășurării activității, este operatorul economic. Acțiunea intervenientului forțat de atingere a obiectului în cauză nu a întrerupt nexul causal direct dintre fapta ilicită a pârâtei și paguba adusă sănătății reclamantului, din moment ce acesta nu a intervenit asupra modalității de ambalare și 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 condiții, prima instanță a reținut că există o legătură de cauzalitate directă între fapta ilicită omisivă proprie și vătămarea suferită de reclamant, în timp ce acțiunea intervenientului forțat nu înlătură vinovăția pârâtei, în calitate de operator economic. De altfel, instanța a fost investită de reclamant doar cu examinarea răspunderii civile delictuale a pârâtei, limită ce se impune față de principiul disponibilității prevăzut de art. 9 C.pr.civ.

Referitor la prejudiciul material suportat de reclamant, prima instanță a avut în vedere că acesta a reclamat o despăgubire pentru faptul că nu a putut desfășura activitatea lucrativă în construcții și a pierdut câteva contracte convenabile financiar.

Reiese, așadar, contrar apărărilor pârâtei, faptul că pretențiile pecuniare ale reclamantului în acest demers procesual vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfășura în lipsa accidentării sale, iar nu cheltuieli medicale. Sub acest aspect, prima instanță a examinat prejudiciul din forma pură resimțită de reclamant, respectiv plaga profundă înțepat – tăiată suturată, produsă ca urmare a înfingerii obiectului comercializat de pârâtă în picior, deasupra genunchiului, fapt ce i-a cauzat o incapacitate totală de muncă pe o perioadă inițială 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 instanță a reținut că leziunea a fost profundă și a presupus o perioadă de recuperare îndelungată (apreciată la peste 3 luni conform scrisorii medicale eliberate de Spitalul Clinic Județean .. la data de 12.05.2016), timp în care s-a recomandat atât tratament medicamentos cât și 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 adevărinței emise de Cabinetul de Kinetoterapie ..., în urma examinării reclamantului la data de 09.05.2016, tratamentele recomandate au fost următoarele: exerciții de tonifiere a cvadricepsului, ameliorarea unghiului de flexie, întreținerea articulațiilor coxului, gleznei, toate acestea alternate cu repaus cu piciorul sprijinit cu extensia genunchiului și exersarea posturii ortostatice cu transferul controlat al greutății corpului pe piciorul afectat.

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

Or, din adeverința eliberată de D. la data de 17.12.2018, prima instanța a reținut că între părți 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 construcție în schimbul remunerației de 12.000 euro sau 2000 euro pe lună. Accidentul din magazinul A. a împiedicat încheierea contractului de colaborare și asumarea obligațiilor de muncă din partea reclamantului, astfel cum rezultă și din declarațiile martorului F.

Prima instanța a înlăturat, ca neîntemeiate, argumentele pârâtei privind inexistența unei șanse reale și serioase ca reclamantul să presteze activități de muncitor specializat în construcții, cât timp pe de o parte, potențialul angajator a relevat obiectul convenției precum și remunerația agreată de părți, evaluând implicit capacitatea acestuia de a-și îndeplini sarcinile ca lucrător în construcții, și, de asemenea, având în vedere că declarațiile martorului F. subliniază executarea acestuia, dar fără participarea reclamantului.

Sub aspect probator, șansa reală și serioasă nu presupune doar administrarea probei cu înscrisuri și nici nu privește consecințele de ordin fiscal ale executării muncii, ci se bazează pe aprecierea gradului de certitudine de a realiza un câștig de această natură prin coroborarea tuturor elementelor probatorii din cauză. În plus, șansa reală și serioasă are în considerare contextul care ar fi trebuit să se întâmple, conform celor prefigurate prin convenția cu promitentul - angajator, iar nu cel care s-a realizat față de martorul F., din moment ce condițiile de muncă erau stabilite în funcție de calificarea fiecăruia. Totodată, nu se poate presupune încălcarea de către reclamant a dispozițiilor legale privind încheierea contractului de colaborare, cât timp operațiunea juridică nu s-a mai realizat.

Prin urmare, prima instanța a observat că, din cauza accidentării în magazinul A., starea de sănătate nu a permis reclamantului să presteze munca planificată în construcții, astfel cum a fost convenită cu firma D., fiind într-o situație obiectivă de incapacitate lucrativă. În consecință, perioada de recuperare a însemnat pierderea unei șanse reale și serioase de a încasa sume de bani din muncă, într-un quantum dovedit însă doar până la concurența unei sume pe care prima instanța a apreciat-o proporțional la 55.000 lei, în raport de data producerii faptei și dinamica evoluției prejudiciului, prin urmările asupra sănătății reclamantului produse într-o perioadă de câteva luni de zile.

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

În ceea ce privește prejudiciul moral pretins de reclamant, în cuantum de 250.000 lei, prima instanță a reținut 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 investigații medicale și tratamente, precum și privarea de mișcare) și psihice, determinate atât de trauma de a fi victima unui accident în condițiile intempestive descrise, imposibilitatea de a mai realiza lucruri firești existenței cotidiene precum deplasarea la muncă, realizarea igienei corporale, ajutorul acordat membrilor familiei, soției și celor doi copii, corelativ cu nevoia proprie de îngrijire din partea soției.

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. și F. Astfel, ambii martori au confirmat că recuperarea reclamantului a fost de durată, timp în care a avut nevoie de îngrijire din partea soției și a suferit pentru imposibilitatea de a-și aduce aportul la treburile casnice și de a munci și față de intenția plecării la muncă în Germania, șansă pierdută.

Prima instanță a remarcat, prin prisma înscrisurilor și 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 și a fost remunerat pentru activitățile prestate sezonier în perioada 2008 – 2014) cât și în cadrul familiei sale, iar după accident a fost lipsit de putința de a se deplasa, de a munci și de a se bucura de viață în deplinătatea sănătății sale.

Totuși, prima instanță 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, diferența solicitată până la 250.000 lei fiind disproporționată față de circumstanțele cauzei. În acest sens, prima instanță a avut în vedere că daunele morale constituie o modalitate de reparare a prejudiciilor de natură nepatrimonială, iar nu un mijloc de sancționare 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 consecințelor negative ale faptului prejudiciabil.

În baza art. 18 din O.U.G. nr. 51/2008 și art. 453 alin. (1) C.pr.civ., fiind în culpă procesuală predominantă, prima instanță a obligat pârâtă la plata în favoarea statului a sumei de 3.360 lei reprezentând o parte proporțională căderii sale în pretenții 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 pronunțată 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 pronunțată în dosarul nr. 860/86/2019, va rămâne în sarcina statului.

Împotriva acestei sentințe, au declarat apel reclamantul B. și pârâtă SC A. S.R.L

Prin apelul declarat, reclamantul B. a solicitat admiterea apelului, schimbarea în parte a sentinței, în sensul admiterii în integralitate a cererii de chemare în judecată și acordarea unei despăgubiri în cuantum de 100.000 lei reprezentând daune de agrement și câștig nerealizat, ca urmare a restrângerii capacităților de integritatea fizică, precum și daune morale în cuantum de 250.000 lei.

Apreciază că se justifică majorarea cuantumului compensației ce va fi stabilită de către instanță în privința prejudiciului moral și pentru compensarea câștigului nerealizat, prin reținerea că a fost restrâns în posibilitatea de a munci și de a se mișca în deplinătatea facultăților sale fizice în perioada cuprinsă între lunile aprilie -decembrie 2016.

În motivarea hotărârii apelate, tribunalul a reținut că s-a aflat în incapacitate de muncă în lunile aprilie-iulie 2016, deși în realitate a fost în incapacitate de muncă pentru o perioadă mai lungă de timp, respectiv din luna aprilie 2016 și până în luna decembrie a anului 2016 inclusiv, aspect demonstrat cu martorii E. și 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 ajutorul cârjei ajutoare 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, declarația martorei E. mai reliefează și faptul că pe toată perioada cât a fost în proces de recuperare, a fost îngrijit de soția sa, fiindcă nu era în stare să meargă prin gospodărie, acesta fiind și motivul pentru care avea o stare morală generală negativă, fiind deprins cu un stil de viață activ și dorind să fie folositor familiei în treburile casnice și să poată munci pentru a-și întreține familia compusă din 4 membri.

Având în vedere faptul că prima instanță s-a raportat la această perioadă ca limita de timp în raport de care a stabilit întinderea despăgubirilor materiale și 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 și material suportat.

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

A mai arătat faptul că din probatoriul administrat, rezultă că a pierdut de două ori șansa de a presta activități de muncă remunerate, în calitate de muncitor specializat în construcții, aspect care rezultă din declarațiile martorilor E. și F. (în ceea ce privește prima ofertă de muncă) dar și din adeverința emisă de D. ceea ce privește a doua ofertă de muncă). Ambele oferte au fost ratate din cauza stării de sănătate, care nu îi permitea să lucreze.

Din declarațiile martorilor E. și F. mai rezultă și 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 construcții, o asemenea declarație este cel puțin verosimilă, fiind de notorietate și 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 și înscrisurile depuse la dosarul cauzei, care susțin argumentele expuse anterior.

Arată 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 adeverința 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 construcție, convenindu-se o sumă de 2000 de euro/lună, respectiv suma totală de 12000 de euro pentru 6 luni. Tot conform acestei adeverințe 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 nevoiți 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 și care susțin afirmațiile sale.

De asemenea, din certificatului medico-legal nr. 359-SV/A2 din 26.04.2016 rezultă că a prezentat plagă profund înțepat-tăiată suturată, iar leziunea s-a putut produce prin înțepare cu corp tăietor-înțepător, 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 Județean de Urgență, Serviciul Județean de Medicină Legală, s-a constatat faptul că prezintă cicatrice post plagă tăiat-înțepată cadran supero-intern genunchi drept cu secțiune 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-menționat a stat și Scrisoarea medicală emisă de Spitalul Clinic Jud. ..., Dr. ..., în care se detaliază diagnosticul precum și 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 cvadricipal, bursita suprapatelară.

Aceste documente medicale conțin recomandarea medicului de efectuare a unor proceduri de kinetoterapie, tratament pe care l-a urmat. Prin adeverința emisă de cabinetul de Kinetoterapie, Fundația ..., se arată că s-a prezentat la acest cabinet în data de 09.05.16, în

vederea inițierii unui program de recuperare. În cadrul consultului de specialitate s-a constatat la nivelul membrului inferior drept, genunchi drept, cadran supero-intern o plagă înțepat-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 inițial pentru aceste proceduri a fost de 30 de zile, prelungindu-se succesiv ulterior, până la sfârșitul anii lui.

Referitor la daunele morale, arată că incidentul produs i-a cauzat un disconfort psihologic și fizic prelungit și o stare de nemulțumire și indignare față de faptul că societatea pârâtă nu a înțeles să își asuma culpa pentru cele întâmplate și 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 totuși 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 sănătății și integrității fizice, au fost restrânse posibilitățile de a avea un mod activ de viață fiindcă are în continuare sechele la nivelul piciorului accidentat cu foarfecă de grădinarit și nici până în prezent nu și-a revenit complet, motiv pentru care acuză dureri în cazul activităților fizice intense.

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

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

Prin apelul declarat, pârâta SC A. SRL a solicitat, în principal, admiterea apelului, schimbarea în tot a hotărârii apelate prin admiterea excepției lipsei capacității sale procesuale pasive, iar în subsidiar, schimbarea în parte a hotărârii apelate cu privire la quantumul daunelor materiale prin respingerea acestora ca neîntemeiate și nelegale; quantumul 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 instanței de fond care au stat la baza pronunțării soluției referitoare la daunele materiale, în special cele referitoare la comercializarea de produse nesigure, corelativ cu modificarea quantumului daunelor materiale și morale, recalcularea taxei de timbru ce ar trebui suportată.

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

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

În mod eronat instanța a respins excepția, susținând că nu există o semnalizare cu privire la posibilele riscuri ori personal de deservire a clienților. Din imaginile video reiese că în proximitate erau doi angajați 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 și obligația legală a fiecărei persoane de a lua toate măsurile pentru a preveni cauzarea de prejudicii (inclusiv clienți/

consumatori), precum și faptul că întreaga legislație a protecției consumatorului are în vedere un consumator mediu avizat.

Din declarațiile reclamantului și ale intervenientului, rezultă faptul că aceștia au experiență în domeniul construcțiilor și cu privire la cumpărăturile din magazine de tip DY1 (Do It Yourself), încadrându-se în definiția consumatorului mediu – ca fiind considerat ca fiind rezonabil informat, atent și precaut, ținând seama de facturii sociale, culturale și lingvistice.

Nici un comerciant nu poate acoperi toate situațiile posibile care pot apărea într-un spațiu comercial. Inclusiv din relatările celor două părți, rezultă faptul că un singur produs era depozitat fără teaca de protecție, ceea ce, poate fi rezultatul acțiunii unui altui client și nu poate fi asimilat comercializării de produse nesigure.

Cu privire la soluția instanței 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 (investigații, tratament, recuperare). Reclamantul nu a depus niciun document fiscal în acest sens (chitanțe, facturi, bonuri fiscale), astfel că nu se pot acorda daune materiale pentru cheltuieli medicale. De altfel, în considerentele sentinței, instanța de fond a reținut că „pretențiile pecuniare ale reclamantului în acest demers procesual vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfășura în lipsa accidentării sale, iar nu cheltuieli medicale.”

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

Astfel, prin sentința apelată, instanța de fond a acordat daune materiale în cuantum de 55.000 lei.

Considerentele avute în vedere de instanța pentru a pronunța această soluție cu privire la daune materiale, s-au bazat exclusiv pe o adeverință depusă la dosarul cauzei de către reclamant.

Cu privire la acest înscris, consideră că instanța de fond nu a efectuat un minim de verificări și corelații, cu privire la următoarele aspecte relevante: dacă firma emitentă există și este înregistrată conform dispozițiilor legale; ce calitate are semnatarul adeverinței în cadrul firmei respective; care este obiectul de activitate al firmei emitente a adeverinței; dacă proiectul menționat în adeverință a fost realizat în realitate; data la care a fost emisă adeverința, raportat la data producerii evenimentului.

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

De asemenea, instanța de fond a ignorat faptul că, adeverința emisă de firma D. nu precizează care ar fi fost funcția pentru care l-ar fi încadrat pe reclamant, dacă era vorba de un contract individual de munca ori de un contract de prestări servicii cu o firmă 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 inexistența vreunui document scris și înregistrat legal anterior producerii evenimentului cu privire la aceasta "colaborare" deși între eveniment și presupusa dată de începere a activității sunt 7 zile calendaristice. Aceasta în condițiile în care, reclamantul nu a făcut dovada vreunei calificări profesionale (cu atestate profesionale) care să fie corelata cu așa zisa oferta de angajare.

În legătură cu semnarea unui potențial contract de munca, instanța de fond reține că: "Accidentul din magazinul A. a împiedicat încheierea contractului de colaborare și asumarea obligațiilor de munca din partea reclamantului, astfel cum rezulta și din declarațiile martorului

F." Aceasta în condițiile în care martorul menționat de instanța de judecată a declarat că el personal a lucrat pentru o persoană (nu pentru o firmă) care ar fi putut avea contract cu alta firmă (dar nu știe exact), că a lucrat fără contract de muncă și nici nu poate face dovada sumelor primite pentru munca prestată. Același martor a declarat că 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, instanța de fond în ciuda declarațiilor martorului F., îi atribuie și acestuia colaborarea cu firma D. la proiectul în cauză. Astfel, fără nicio probă ori temei legal, instanța de fond ajunge la concluzia că atât reclamantul, cât și martorul au fost angrenați în așa-zisul proiect al firmei D.

În continuare, instanța de fond vorbește despre certitudinea unei convenții între angajator (firma D.) și reclamant, în condițiile în care nu există un asemenea document depus la dosarul cauzei.

Practic, instanța de fond, își bazează decizia pe un document postfactum, în condițiile 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 adevărului 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 șanse - doctrina a statuat constant faptul că: "Pentru a avea dreptul de a cere și obține reparația trebuie să fie întrunite cumulativ două condiții: șansa pierdută să fi fost reală, și în același timp, serioasă; dacă aceste condiții nu sunt îndeplinite, prejudiciul este și rămâne cu totul eventual sau ipotetic și bineînțeles incert și nereparabil" (L.Pop și alții-Tratat elementar de drept civil, Obligații, Universul Juridic, 2012, p.564).

Din cuprinsul cererii de chemare în judecată, a documentelor atașate și a restului de probatoriu administrat în cauza dedusă judecării, nu rezultă îndeplinirea cumulativă acelor două condiții de mai sus: șansa pierdută să fi fost reală, și în același timp serioasă. Pentru a fi fost reală, reclamantul ar fi trebuit să depună documente încheiate și înregistrare anterior producerii evenimentului, proba ce nu a putut fi furnizată de către reclamant. Cu alte cuvinte, nu există certitudinea, dincolo de orice îndoială că părțile ar fi încheiat o convenție 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 și 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-și consecințele negative ale muncii la negru, inclusiv imposibilitatea obținerii unor despăgubiri raportate la venituri.

Cu privire la acordarea daunelor morale, consideră că, în aplicarea celor statuate de doctrina și jurisprudența în materie, cuantumul daunelor morale trebuie să aibă la baza criteriile care să conducă la o evaluare judicioasă și care să preîntâmpine o îmbogățire fără just temei: stabilirea unei proporționalități între suferința provocată care, deși nu poate fi cuantificată, este cel puțin estimată, vârsta victimei, evitarea unei sarcini disproporționate și excesive ce i-ar reveni făptuitorului în raport cu traumele suportate de victimă, numărul zilelor de îngrijiri medicale, vârsta și preocupările specifice vârstei victimei.

Instanța trebuie să stabilească un anumit echilibru între prejudiciul moral suferit și despăgubirile acordate, în măsura 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 degaja din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia daunelor morale, pe care instanțele naționale sunt obligate să îl aplice, este acela al statuarii 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 victima, dar nici să aibă numai un caracter pur simbolic, ci 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.

Consideră că, în linie cu practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, cuantumul daunelor morale trebuie raportat și la nivelul de trai din România.

Consideră că se impune revizuirea cuantumului daunelor morale acordate, în sensul reducerii acestora. Chiar și practica judecătorească la nivelul Curții de Apel Suceava este în acest sens. Reclamantul, prin apărător ales a depus hotărârile judecătorești pronunțate de către Tribunalul și Curtea de Apel Suceava care au acordat daune morale în cuantum de 10.000 euro pentru cea 140 zile de îngrijiri medicale față de pretențiile reclamantei (în cauza respectiva) în suma de 150.000 euro.

Întrucât numărul de îngrijiri medicale din prezenta cauză reprezintă o treime din cele menționate în practica judiciară a Curții de Apel Suceava, consideră că ar fi echitabilă acordarea de daune morale în același raport (o treime) adică 3.000-3.500 euro.

Doctrina și jurisprudența, statuează unanim faptul că „stabilirea compensației bănești se face de judecător în funcție de cele două criterii: felul prejudiciului și gravitatea lui. La aceste criterii însă, mai trebuie alăturat și ***criteriul echității, cu valoare orientativă, cu grija necesară ca sumele care se acorda cu titlu de compensații, să fie juste și echilibrate, astfel încât să nu transforme în adevărate amenzi excesive pentru persoanele răspunzătoare și nici în venituri nejustificate pentru victimele prejudiciate moral***”.

În ceea ce privește susținerea faptului că vătămarea corporală a fost produsă datorită comercializării de produse nesigure pentru integritatea fizică a consumatorilor, aceasta este netemeinică întrucât:

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

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

Raportat la dispozițiile legale în materie, consideră că se impune înlăturarea considerentelor instanței de fond care au stat la baza pronunțării soluției referitoare la daunele materiale.

Având în vedere cele de mai sus, solicită ca instanța de apel să verifice atât legalitatea sentinței, în ce măsură prima instanță a aplicat și interpretat corect norma de drept material aplicabilă speței, cât și temeinicia acesteia, respectiv dacă situația de fapt stabilită prin hotărâre corespunde probelor administrate.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, pârâta SC A. SA a arătat, în ce privește solicitarea apelantului de majorare a cuantumului daunelor materiale acordate de către instanța de fond, că din probatoriul administrat în fața instanței de fond, rezulta că apelantul nu a probat efectuarea vreunei cheltuieli de natura medicală (investigații, tratament, recuperare). Apelantul nu a depus niciun document fiscal în acest sens (chitanțe, facturi, bonuri fiscale), astfel că, în mod legal nu se pot acorda daune materiale pentru cheltuieli medicale. De altfel, în considerentele sentinței, instanța de fond a reținut ca pretențiile pecuniare ale reclamantului în acest demers procesual vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfășura în 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 declarațiile martorilor și calitatea de unic întreținător al familiei.

În primul rând, declarațiile martorilor nu pot ține 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 fizică care l-ar fi împiedicat temporar pe apelant să lucreze, putea fi confirmată doar de un medic sau comisie de specialitate prin examinare și emiterea unui document în acest sens. În documentele depuse la dosarul cauzei se menționează un termen de 2-3 luni de zile. Conform dispozițiilor legale în materie, angajații cu forme legate, nu-și pot întrerupe activitate pe motive medicale fără o examinare efectuată de un medic sau comisie de specialitate și emiterea unui document în acest sens. Dacă un angajat, ar lipsi de la serviciu fără a prezenta un astfel de document legal care să justifice suspendarea raporturilor de muncă, atunci ar fi concediat de către angajator pentru absente nemotivate.

În al doilea rând, invocarea argumentului că apelantul este singurul întreținător al familiei, nu reprezintă un temei legal de despăgubire care să înlăture obligația corelativă de a dovedi proveniența licită a veniturilor. Consideră că, lipsa unui contract de muncă încheiat în mod legal ori a unor venituri legale, rămân în sarcina apelantului, asumându-și consecințele negative ale muncii la negru, inclusiv imposibilitatea obținerii 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 și prin lipsa documentelor medicale și a dovezii formelor legale de angajare/prestare a unor servicii.

Prin cererea de apel, se invoca pierderea de două ori a șansei 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 situația menționată de martorul F., cât și cea menționată în adeverința emisă de către firma D. ca fiind două situații distincte. Din analiza temporală a celor două situații se poate observa că ambele se circumscriu perioadei imediat următoare accidentării, practic suprapunându-se aceleași perioade. Adeverința D. menționează că și data de începere a activității ziua de 02.05.2016, accidentul având loc în data de 25.04.2016.

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

În ceea ce privește, adeverința emisă de către D., solicită a se observa că aceasta nu demonstrează faptul că la momentul producerii accidentului exista certitudinea desfășurării unor raporturi de muncă/prestării servicii între aceasta și apelant. Cu privire la acest înscris, consideră că instanța 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 și corelații, cu privire la următoarele aspecte relevante: dacă firma emitentă există și este înregistrată conform dispozițiilor legale; ce calitate are semnatarul adeverinței în cadrul firmei respective; care este obiectul de activitate al firmei emitente a adeverinței; dacă proiectul menționat în adeverință a fost realizat în realitate; data la care a fost emisă adeverința, raportat la data producerii evenimentului.

Apoi, trebuie coroborate datele calendaristice: data evenimentului- 25.04.2016, data menționată pentru începerea activității de către reclamant - 02.05.2016, respectiv data emiterii adeverinței - 17.12.2018. După cum se poate observa, documentul este emis după un an și jumătate de la data producerii evenimentului, adică la data de 17.12.2018, în timp ce între

eveniment și presupusa data de începere a activității sunt 7 zile calendaristice, fapt ce ridică suspiciuni rezonabile cu privire la veridicitatea ofertei de colaborare.

De asemenea, adeverința emisă de firma D. nu precizează care ar fi fost funcția 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 inexistența vreunui document scris și înregistrat legal anterior producerii evenimentului cu privire la aceasta "colaborare", deși între eveniment și presupusa data de începere a activității sunt doar 7 zile calendaristice. Aceasta în condițiile în care, apelantul nu a făcut dovada vreunei calificări profesionale (cu atestate profesionale) care să fie corelată cu așa zisa oferta de angajare.

Referitor la cuantumul potențialelor venituri invocate de către apelant, solicită a se observa faptul că martorul F. a declarat ca el personal a lucrat pentru o persoană (nu pentru o firmă) care ar fi putut avea contract cu alta firmă (dar nu știe exact), că a lucrat fără contract de muncă și nici nu poate face dovada sumelor primite pentru munca prestată chiar dacă a invocat venituri de ordinul zecilor de mii de euro. Tot în cadrul acestui capăt de cerere, apelantul invocă recomandările din adeverința emisă de cabinetul de kinetoterapie Fundația .. Este adevărat că aceasta adeverință conține 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 dovadă în acest sens.

În analiza motivelor de apel, solicită a fi avut în vedere faptul că în aceasta materie – a ratării unei șanse -doctrina a statuat constant faptul că: "pentru a avea dreptul de cere și obține reparația trebuie să fie întrunite cumulativ două condiții: șansa pierdută să fi fost reală, și în același timp, serioasă. Dacă aceste condiții nu sunt îndeplinite, prejudiciul este și rămâne cu totul eventual sau ipotetic și bineînțeles incert și nereparabil".

Din cuprinsul cererii de chemare în judecată, a documentelor atașate, a cererii de apel și a restului de probatoriu administrat în cauză, nu rezultă îndeplinirea cumulativă a celor două condiții de mai sus: șansa pierdută să fi fost reală, și în același timp, serioasă. Pentru a fi fost reală, apelantul ar fi trebuit să depună documente încheiate și 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 părțile ar fi încheiat o convenție de muncă ce nu a putut fi executată datorită producerii vătămării corporale a reclamantului.

Însăși depoziția martorului F. demonstrează că pretențiile materiale reprezintă doar o dorință subiectivă a apelantului, reprezentând cel mult un prejudiciu eventual care este situat la nivel de simplă expectativă, ipotetic, incert, deci nesupus reparației.

Din probele administrate în cauză, nu rezultă că apelantul ar fi avut venituri legale, declarate și 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-și consecințele negative ale muncii la negru, inclusiv imposibilitatea obținerii unor despăgubiri raportate la venituri.

Cu privire la solicitarea apelantului de majorare a cuantumului daunelor morale acordate de către instanța de fond, arată că în ceea ce privește suferința apelantului, și-a manifestat compasiunea și interesul de a acorda o compensație ca gest comercial. Însă, discuțiile în cauză au fost sistate de către reprezentanții convenționali ai apelantului în momentul în care a solicitat documente justificative pentru prejudiciul material suferit - așa cum prevede Codul Civil în materie.

Consideră că, în aplicarea celor statuate de doctrina și jurisprudența în materie, cuantumul daunelor morale trebuie să aibă la baza criterii care să conducă la o evaluare judicioasă și care să preîntâmpine o îmbogățire fără just temei: stabilirea unei proporționalități între suferința provocată care, deși nu poate fi cuantificată, este cel puțin estimată, vârsta

victimei, evitarea unei sarcini disproporționate și excesive ce i-ar reveni făptuitorului în raport cu traumele suportate de victimă, numărul zilelor de îngrijiri medicale, vârsta și preocupările specifice vârstei victimei.

Consideră că, în linie cu practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, cuantumul daunelor morale trebuie raportat și la nivelul de trai din România.

Astfel că se impune revizuirea cuantumului daunelor morale acordate, în sensul reducerii acestora. Chiar și practica judecătorească la nivelul Curții de Apel Suceava este în acest sens. Apelantul, prin apărător ales a depus hotărârile judecătorești pronunțate de către Tribunalul și Curtea de Apel Suceava care au acordat daune morale în cuantum de 10.000 euro pentru cca. 140 zile de îngrijiri medicale față de pretențiile reclamantei (în cauza respectivă) în suma de 150.000 euro.

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

Doctrina și jurisprudența, statuează unanim faptul că "stabilirea compensației bănești se face de judecător în funcție de cele două criterii: felul prejudiciului și gravitatea lui. La aceste criterii însă, mai trebuie alăturat și criteriul echității, cu valoare orientativă, cu grija necesară ca sumele care se acorda cu titlu de compensații, să fie juste și echilibrate, astfel încât să nu se transforme în adevărate amenzi excesive pentru persoanele răspunzătoare și 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 datorată vătămării în cauză. În concluzie, și acest capăt de cerere este nefondat.

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

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

Examinând legalitatea și temeinicia sentinței apelate, prin prisma actelor și lucrărilor dosarului și a motivelor de apel invocate, Curtea reține 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 cărui îi revine, în virtutea principiului disponibilității, sarcina de a indica între altele, părțile din proces, pretenția dedusă judecății, motivarea în fapt și 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 clienților în incinta

spațiului comercial proprietatea sa, la plata sumei de 100.000 lei cu titlu de daune materiale și a sumei de 250.000 lei reprezentând daune morale, pentru repararea prejudiciilor cauzate prin fapta ilicită a acesteia, constând în neluarea măsurilor de protecție prevăzute de lege menite a asigura securitatea consumatorilor în incinta magazinului, fapt ce a determinat accidentarea sa. Reclamantul pretinde că nerespectarea normelor și dispozițiilor 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 foarfecă de grădinărit) atrage direct răspunderea societății 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 protecție 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 și de drept ale cererii, legal și temeinic a reținut instanța de fond că pârâta justifică legitimarea procesuală pasivă, iar susținerile privind culpa unui terț în producerea prejudiciului, prin modul de manevrare, au fost examinate ca apărări 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 respectiv înregistrarea video privind modul de producere a evenimentului prejudiciabil, planșele foto ce fixează împrejurările de fapt esențiale pentru derularea faptelor, interogatoriile administrate reclamantului și intervenientului forțat, înscrisurile medicale și declarațiile 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 poziția 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 curățat pomii, care a căzut din partea de sus a raftului, în momentul atingerii lui de către o terță persoană, respectiv intervenientul forțat C. și nu prezenta ambalajul special de protecție, respectiv teaca din plastic pentru partea ascuțită și nici nu era blocată pe poziția închis .

Deși a susținut 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 cerințele 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 poziționare a clienților în acea secțiune sau a existenței personalului calificat la locul faptei pentru a acorda asistență în favoarea reclamantului și intervenientului forțat 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 dispoziții legale, în mod corect a reținut instanța de fond că omisiunea pârâtei de a prezenta produsul spre comercializare într-o manieră corespunzătoare

asigurării securității fizice a reclamantului, în calitate de consumator, constituie o faptă ilicită deoarece reprezintă o încălcare a normelor legale în domeniul protecției consumatorilor, prin lipsa de conformitate a ambalajului, ținând cont de gradul de risc exhibit prin natura lui de obiect înțepător – tăietor, prevăzut cu lamă ascuțită. Unicul responsabil pentru modul de comercializare a produsului vătămător, fără a fi ambalat corespunzător și fără a se oferi consumatorilor indicații privind modul de utilizare în timpul efectuării de cumpărături, în spațiul destinat desfășurării activității, 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 sănătății reclamantului, din moment ce terțul nu a intervenit asupra modalității de ambalare și 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 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 prejudiciul 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 desfășura activitate lucrativă în construcții și a pierdut câteva contracte convenabile financiar, prin urmare pretențiile sale vizează exclusiv pierderile din munca pe care ar fi putut-o desfășura 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 pârâta 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 integrității corporale sau a sănătății unei persoane, despăgubirea trebuie să cuprindă, în condițiile art. 1.388 și 1.389, după caz, echivalentul câștigului din muncă de care cel păgubit a fost lipsit sau pe care este împiedicat să îl dobândească, prin efectul pierderii sau reducerii capacității sale de muncă. În afară de aceasta, despăgubirea trebuie să acopere cheltuielile de îngrijire medicală și, dacă va fi cazul, cheltuielile determinate de sporirea nevoilor de viață ale celui păgubit, precum și 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 inițială 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 reține că leziunea a fost profundă și a presupus o

perioadă de recuperare îndelungată (apreciată la peste 3 luni conform scrisorii medicale eliberate de Spitalul Clinic Județean la data de 12.05.2016), timp în care s-a recomandat atât tratament medicamentos cât și 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 prejudiciului 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 dorință 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 adeverința eliberată D. la data de 17.12.2018, rezultă că între părți 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 construcție în schimbul remunerației 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 activități de muncitor specializat în construcții, 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 târziu, 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 dacă 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 construcții, 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, în 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 teme.

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 quantum care să nu le deturneze de la scopul și finalitatea prevăzute de lege, spre a nu deveni astfel un folos material injust, fără justificare causală 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 sentința 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 consideratele expuse anterior, Curtea va respinge ca nefondat apelul reclamantului.

Totodată se vor menține celelalte dispoziții ale sentinței apelate care nu contravin prezentei.

În temeiul art. 453 Cod pr. civilă, instanța 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 insolvenței. Interpretarea dispozițiilor art. 122 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

Rezumat:

În art. 117 din Legea nr. 85/2014 legiuitorul instituie o prezumție 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 funcție de natura actului încheiat). Dispozițiile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 reglementează o prelungire a perioadei suspecte cu consecința menținerii prezumției de fraudă și pentru acte încheiate în afara termenelor reglementate de dispozițiile art. 117 „și 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 speței deduse judecății în condițiile în care acesta se referă la situația premisă a formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței, iar debitorul demarează o cascadă de acțiuni, abuzând de drepturile procesuale, în scopul de a întârzia data deschiderii procedurii. Curtea reține că orice alte acțiuni 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 insolvenței, 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 acționa prin abuz de drepturi procesuale în vederea întârzierii momentului deschiderii procedurii insolvenței.

(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 pârâții SC B. SRL, C. și D., a solicitat, în temeiul art. 117, alin. (2), lit. b) și c) din Legea 85/2014, anularea transferurilor patrimoniale ce au intervenit între B. SRL, reprezentată de pârâțul C., în calitate de asociat unic și administrator și 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 suprafață de 2.300 mp, împreună cu C1 - Magazin universal, C2 - Grădină de vară și C3 - Magazie, cu ultima destinație a imobilelor de Pensiune turistică categoria 4 Margarete, funcționând sub denumirea de „Pensiunea turistică E.”, complexul compus din: pensiune, magazin, restaurant și bar în conformitate cu Autorizațiile de construcție nr. 14/3557/06.07.2006 și 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. și repunerea părților în

situația anterioară, în sensul restituirii bunurilor în patrimoniul vânzătoarei, iar în cazul în care acestea nu mai există, obligarea părților C. și D. la plata contravalorii bunurilor vândute, raportat la valoarea de piață valabilă la datele înstrăinării lor (30.04.2014), cu cheltuieli de judecată.

Prin sentința civilă nr. 253 din 4 august 2020, Tribunalul Suceava - Secția a II-a civilă, a respins, ca nefondată, acțiunea având ca obiect „anulare transfer patrimonial”, formulată de lichidatorul judiciar A. SPRL, în contradictoriu cu părțile C., D. și debitorul B. SRL.

La pronunțarea soluției, prima instanță a făcut referire la dispozițiile 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 insolvență față 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, acțiunea având ca obiect „anulare transfer patrimonial”, formulată de lichidatorul judiciar.

Împotriva acestei sentințe a declarat apel reclamanta A. SPRL, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC B. SRL, în temeiul dispozițiilor art. 466 și urm. Cod procedură civilă și, în temeiul dispozițiilor art. 480 alin. 2 Cod procedură civilă a solicitat admiterea apelului și schimbarea în tot a sentinței civile apelate în sensul admiterii acțiunii 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 părțile C. în calitate de asociat unic și administrator și 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. și repunerea părților în situația anterioară, în sensul restituirii bunurilor în patrimoniul vânzătoarei, iar în cazul în care acestea nu mai există, obligarea părților C. și D. la plata contravalorii bunurilor vândute, raportat la valoarea de piață 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 condiției de admisibilitate a cererii de anulare prin prisma momentului când a avut loc transferul patrimonial cât și la aspectele de fapt care susțin și justifică cererea formulată, cu trimiteri în concret la probatorii - înscrisuri - ce au fost anexate cererii de chemare în judecată.

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

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

Cu privire la motivul invocat de instanța de fond pentru respingerea ca nefondată a cererii de chemare în judecată întrucât s-ar fi depășit termenul de 6 luni/2 ani pentru formularea acțiunii, a subliniat faptul că, din succinta motivare a sentinței civile apelate rezultă că motivul de respingere al acțiunii formulate este strict legat de termenul în care aceasta a fost promovată, judecătorul sindic apreciind că au fost depășite cu mult atât termenul de 6 luni cât și 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 insolvenței a fost deschisă la data de 25.03.2019.

A învederat faptul că judecătorul sindic nu a ținut cont de apărarea formulată cu privire la acest termen atât prin cererea de chemare în judecată cât și prin concluziile scrise depuse la dosar și prin care a combătut apărările formulate de părțile C. cu privire la depășirea termenului pentru formularea acestei acțiuni, mai mult, judecătorul sindic nici măcar nu a motivat, chiar sumar, de ce respinge apărarea invocată de reclamantă și prin care a dovedit că deși aparent s-

ar fi depășit termenele de 6 luni/2 ani, în realitate, acțiunea este introdusă în termenul legal. Or, prin hotărârea pronunțată, instanța de fond avea obligația de a da răspuns acestor apărări cu privire la termenul de formulare a acțiunii pentru anularea transferurilor patrimoniale.

Cu privire la termenul de promovare al acestei acțiuni a susținut că promovarea cererii de chemare în judecată s-a făcut cu respectarea dispozițiilor legale, având în vedere că, deși aparent transferul patrimonial nu se încadrează în categoria actelor de transfer de proprietate asupra bunurilor debitorului, sancționate de legiuitor cu anularea întrucât vânzarea a avut loc în data de 30.04.2014, în timp ce deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului s-a pronunțat în data de 25.03.2019, în situația de față, sunt aplicabile prevederile art. 122 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

Cu privire la incidența prezumției de fraudă și 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 insolvență a societății debitoare a apărut în anul 2014, urmare a finalizării inspecției fiscale și 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 și dobânzi la care se adaugă și penalități de întârziere aferente TVA în cuantum de 264.715,00 lei. A rezultat astfel o datorie totală către urmare a inspecției fiscale în sumă de 746.683,00 lei, cu termen de plată în 20.02.2014.

Contestația formulată de debitor în dosarul nr. .../86/2016* a avut doar rolul de a tergiversa rămânerea definitivă a raportului de inspecție fiscală și a deciziei de impunere. O dovadă în aceste sens este pe de o parte soluția de respingere ca nefondată a contestației de către instanța 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 părților și a fost repusă pe rol abia după 3 luni de zile.

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

În același timp, susținerea pârâtului din întâmpinarea depusă la fond este contrazisă de faptul că prin cererea de chemare în judecată, reprezentanții legali ai debitoare au preconizat că inspecția fiscală se va termina cu un raport de inspecție fiscală și o decizie de impunere, motiv pentru care au înstrăinat din patrimoniul societății bunurile care puteau fi urmărite silit de către organul fiscal sau de către alți creditori, sens în care sunt constatările lichidatorului judiciar redate în raportul privind cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență 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 societății și a evoluției principalelor elemente care îl compun, se prezintă bilanțul simplificat al societății în anii 2012 - 2017 (în anii 2018 și 2019 societatea nu a mai înregistrat activitate), conform, situației tablou de sinteză bilanțieră, 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 și care să poată fi valorificate de către organul fiscal pentru recuperarea sumelor datorate.

Prin același raport de cauze se mai consemnează și faptul că analiza financiar contabilă a societății în perioada 01.01.2011 - 31.12.2017, denotă starea de insolvență a societății: gradul de îndatorare artificial ridicat, lipsa solvabilității patrimoniale, societatea fiind decapitalizată integral, de către asociatul unic și administratorul statutar C.

Factorii care au condus la apariția, instalarea și menținerea stării de insolvență identificați de lichidatorul judiciar sunt de natură eminamente internă, nefiind identificați factori de natură externă, acesta constatând că în ceea ce privește managementul aplicat resurselor disponibile

ale societății (dotări materiale, de natură umană și financiară), rezultă următorii factori care au condus la declanșarea stării de insolvență, care sunt datorati unei activități de decapitalizare și probabil transferul fondului comercial pe alte persoane și societăți afiliate, precum și organizării unei evidențe financiar contabile și de gestiune care să susțină activitatea ilicită, toate acestea în fraudă creditorilor, prezentând Factorul 1 și Factorul 2, factori interni care au condus la agravarea situației economico - financiare a societății începând cu anul 2014.

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

Dat fiind faptul că starea de insolvență a intervenit încă de la începutul anului 2014, iar debitorul nu respectat prevederile art. 66 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 și dacă ar fi solicitat instanței deschiderea procedurii în termen legal, condiția 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 incidența prevederilor art. 122, alin. 4 din Legea nr. 85/2014, privind prezumția 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 prezumția de fraudă. Prin apărările invocate, pârâtul nu a răsturnat această prezumție, conform dispozițiilor art. 328 alin. 1 Cod procedură civilă, situație în care face dovada temeiniciei apărării cu privire la faptul că acțiunea civilă este formulată în termenul legal. Chiar dacă au trecut 5 ani între momentul încheierii contractului de vânzare-cumpărare și momentul deschiderii procedurii insolvenței, se poate promova o asemenea cerere de chemare în judecată întrucât termenul de 2 ani a fost depășit, tocmai prin întârzierea momentului deschiderii procedurii realizată de debitor prin abuzul de drepturi procesuale, operând prezumția de fraudă.

Instanța de fond a pierdut din vedere și un alt fapt care din punctul său de vedere poate fi apreciat inclusiv ca o situație în care a intervenit o suspendare a cursului termenului prescripției și 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 prescripției motivat de faptul că societatea debitoare SC B. SRL, aflată sub controlul pârâtului C., nu avea cum să acționeze împotriva acestuia, abia la momentul la care societatea a ieșit de sub controlul pârâtului C., intrând în procedura insolvenței 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 instanței 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 și motivat situația de fapt și 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 societății debitoare pentru a nu putea fi urmărite de creditorii societăți.

În desfășurarea activității comerciale, SC B. SRL a fost subiectul unei inspecții fiscale parțiale privind TVA, pentru perioada 01.12.2008 - 30.06.2012. La data de 24.02.2016, administratorul statutar formulează contestație împotriva actului administrativ fiscal și a concluziilor raportului de inspecție 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 inspecției fiscale asociatul unic și

administratorul statutar C., a luat decizia de a suspenda activitatea societății debitoare și 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 rezoluția nr. 14253/17.12.2013, publicată pentru opoziție în M. Of. p. IV-a, nr. 2152/10.04.2014.

În același 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 și Dobânzi la care se adaugă și penalități 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 societății și executarea acestora în contul sumelor datorate conform acestei decizii, pârâtul C. a procedat la înstrăinarea bunurilor imobile teren în suprafață de 2.300 mp împreună cu CI - Magazin universal, C2 - Grădină de vară și C3 - Magazie, cu ultima destinație a imobilelor de Pensiune turistică categoria 4 Margarete, funcționând sub denumirea de "Pensiunea turistică E.", complexul compus din: pensiune, magazin, restaurant și bar în conformitate cu Autorizațiile de construcție nr. 14/3557/06.07.2006 și 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 și administrator C. vinde pârâtului D. aceste bunuri imobile, iar în contract se consemnează că pârâtul D. a achitat în numerar prețul 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 deținător B. SRL, pentru o perioadă de trei ani, la un preț simbolic de 100 lei/lună.

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

Din prezentarea acestei situații 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 societății și 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 probațiune rezultă că pârâtul C. a încercat pe toate căile posibile să împiedice efectuarea inspecției fiscale, recurgând chiar la distrugerea documentelor contabile ale societății pentru a nu putea fi prezentate echipei de inspecție 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 prețul contractului - în numerar, iar, pe de altă parte, de faptul că la scurt timp - la data de 10.07.2014, pentru aceleași bunuri imobile cumpărătorul încheie cu societatea un contract de închiriere la un preț derizoriu de 100 lei/lună.

Cu privire la prețul achitat în numerar, a apreciat că această sumă de bani nu a fost achitată efectiv și chiar dacă suma ar fi fost achitată în numerar, în evidența contabilă a societății ea ar trebui să se regăsească evidențiată ca fiind încasată între data emiterii facturii - 29.11.2013 și data încheierii contractului - 30.04.2014 și deși în contractul de vânzare-cumpărare se face mențiunea achitării în numerar a acestei sume de bani, notarul nu face mențiunea că s-a achitat suma de bani în fața sa, ceea ce înseamnă că această mențiune s-a făcut doar în raport de declarația părților.

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

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 dispoziție, rezultă că valoarea imobilelor înstrăinate prin contractul de vânzare - cumpărare este inferioară valorilor din contabilitatea debitoare la nivelul anului 2012. Documentele contabile arată faptul că în anul 2012 în cadrul activelor fixe societatea debitoare deținea terenuri în valoare de 5.000 lei și construcții în valoare de 504.325 lei, bunuri care nu se mai regăsesc în patrimoniul societății începând cu anul 2013 pentru că au fost înstrăinate în modalitatea indicată în cererea de chemare în judecată. Conform facturii fiscale și contractului de vânzare-cumpărare, prețul pentru aceste active fixe încasat teoretic de societate este de 133.200 lei.

Ceea ce a susținut cu privire la acest fapt al închirierii este că modul cum a fost realizată, inclusiv închirierea susține fictivitatea încheierii contractului de vânzare-cumpărare. Astfel, societatea avea în patrimoniu aceste bunuri imobile esențiale pentru desfășurarea activității, în lipsa căroră activitatea de tip pensiune/restaurant nu putea fi desfășurată; aceste bunuri sunt înstrăinate pentru un preț mult inferior valorii lor după care, la scurt timp după transferul de proprietate, noul cumpărător închiriaza vânzătorului aceste bunuri la un preț de 100 lei/lună; în această modalitate, societatea debitoare nu mai este proprietara bunurilor imobile, dar poate continua activitatea folosind aceste bunuri pentru care plătește o chirie simbolică.

Dacă pârâtul D. ar fi avut intenția reală de a cumpăra aceste bunuri imobile și ar fi achitat efectiv prețul 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 și scopului pentru care acestea erau folosite. Indirect, pârâtul C. recunoaște că prețul nu a fost plătit, atunci când susține că dacă el nu a depus banii primiți ca preț în numerar în casieria societății, fiind pasibil de o răspundere fiscală.

Nu în ultimul rând, este de remarcat faptul că deși pârâtul C. invocă toate aceste apărări în încercarea de a menține ca valabil acest transfer patrimonial, pârâtul D. nu a făcut nicio apărare în scris, adoptând o atitudine pasivă și 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. și atitudinea total dezinteresată a pârâtului D. nu fac decât să confirme și să valideze raționamentul prezentat în cererea de chemare în judecată.

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

Prin întâmpinare, pârâtul C. a solicitat respingerea apelului ca nefondat și menținerea sentinței instanței de fond ca fiind legală și temeinică.

Având în vedere dispozițiile art. 117 din Legea nr. 85/2014, judecătorul fondului a reținut 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 și temeinic, judecătorul sindic a constatat faptul că nu este îndeplinită condiția temporală impusa de textul legal anterior citat deoarece ambele termene (6 luni/2 ani) fiind cu mult depășite.

Referitor la motivele de apel prevăzute la pct.A, în dezvoltarea acestuia, apelanta susține faptul ca judecătorul sindic nu a ținut cont de apărările formulate prin cererea de chemare în judecata, respectiv concluziile depuse cu privire la depășirea termenului legal prevăzut de art.117 alin.1 și 2 din Legea nr. 85/2014, or, instanța de fond a ținut seama de obligația sa de a-și motiva hotărârea adoptată, conform dispozițiilor art. 425 Cod procedură civilă, stabilind în considerentele hotărârii situația de fapt expusă în detaliu, încadrarea în drept, examinarea argumentelor părților și punctul de vedere al instanței și, nu în ultimul rând, raționamentul logico-juridic care a fundamentat soluția adoptată.

Motivarea hotărârii judecătorești nu reprezintă o chestiune de cantitate și nici nu obligă instanța de a răspunde tuturor argumentelor de fapt și de drept ale părților, instanța putând să

grupeze unele dintre acestea pe baza unui numitor comun și să le răspundă în cadrul unui singur considerent. Judecătorul nu trebuie să răspundă în mod separat fiecărui argument, fiecărei nuanțe date de părți textelor pe care și-au întemeiat cererile.

Curtea Europeană acordă o atenție deosebită respectării de către instanțe a obligației de a examina problemele ridicate de către părți ca o garanție a respectării dreptului la un proces echitabil, totuși în jurisprudența sa, s-a reținut în mod constant faptul că; „Art. 6 parag. 1 din Convenție, obligă tribunalele să-și 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 esență, de conținut, aceasta trebuind să fie clară, concisă și concretă, întinderea obligației de motivare trebuie apreciată prin raportare la natura și circumstanțele specifice fiecărei cauze.

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

Apelanta, în dezvoltarea motivului de apel prevăzut la pct.A, reia aceleași apărări și argumente invocate în fața instanței de fond, invocând dispozițiile art. 122 alin.4 din Legea insolvenței.

Prezumția de fraudă reglementată de alin.4 al art. 122 deriva din prezumția relativă de fraudă reglementată de alin 3 al articolului menționat în legătură cu actele și operațiunile prevăzute la art. 117 alin. (2) din legea insolvenței. Dispozițiile alin. 4 se aplică în corelație cu disp.alin.3 din art.122.

Astfel, prezumția de fraudă se referă la durata perioadei suspecte (6 luni/2 ani) și nicidecum la o perioadă nedeterminată anterior deschiderii procedurii. Prin instituirea prezumției 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. Condiția termenelor de 6 luni/2 ani prevăzut de art.117 alin.1 și 2 lit. b) și c) din lege este imperativă și trebuie îndeplinită pentru a se putea dispune anulare a transferurilor patrimoniale realizate între debitoare.

Lichidatorul judiciar susține faptul că starea de insolvență a apărut în anul 2014 și nu s-a conferit aplicare dispozițiilor art. 66 alin.1 din Legea nr.85/2014, în sensul de a formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței la momentul respectiv.

Apelanta susține existența unui abuz de drept procesual urmarea a formulării unei contestații adm. fiscale în conformitate cu prevederile Codului de procedura fiscală și ale Legii nr. 554/2004, procedura în care debitoarea a contestat obligațiile fiscale stabilite prin Decizia de impunere nr.81616/19.12.2013.

Faptul că debitoarea s-a prevalat dreptul său legal, de a ataca în justiție o decizie de impunere, nefiind de acord cu obligațiile fiscale stabilite prin acesta, nu poate reprezenta un abuz de drept procesual în sensul disp.art.122 alin.4 din Legea insolvenței.

Mai mult, aceasta contestație adm. fiscală nu a împiedicat autoritatea fiscală să formuleze cerere de deschidere a procedurii insolvenței împotriva societății, după momentul scadenței acelor obligații fiscale (anul 2014).

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

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

În această situație, toată argumentația apelantei privind apariția stării de insolvență, constatările acesteia în legătura cu factorii care au condus la insolvența din conținutul raportului privind cauzele și împrejurările apariției stării de insolvență, etc. nu are relevanță în planul prezentei cauze, deoarece momentul deschiderii procedurii este reperul legal de la care se calculează termenele de 6 luni/2 ani. În aceste condiții, toată argumentația apelantei potrivit căreia contestația adm. fiscală reprezintă un abuz de drept procesual nu se susține, 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 insolvenței de către autoritatea fiscală.

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

Mai mult, art. 122 alin.3 și 4 din Legea insolvenței face trimitere la dauna creditorilor, or, D.R.F.P. - A.J.F.P. reprezintă singurul creditor din dosarul de insolvență, creanța acestuia fiind constituită din debitul stabilit prin decizia de impunere nr.81616/19.12.2013, la care s-au adăugat dobânzile și penalitățile calculate până la data deschiderii procedurii insolvenței. Creditorul bugetar nu a suferit vreo dauna urmare a transferurilor patrimoniale realizate între debitoare.

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

În acest sens, organul fiscal de executare a emis înștiințări, notificări, adrese de înființare poprire, proces verbal de sechestrul bunuri mobile (privind două autovehicule), proces verbal de sechestrul bunuri imobile, anunțuri privind vânzarea bunurilor imobile (privind suprafețe de teren intravilan, curți-construcții situate în loc. ...).

În contextul prezentat, nu exista o dauna a creditorului fiscal din moment ce acesta a ales să-si urmărească creanța încă din anul 2015 (cu 4 ani înainte de deschiderea procedurii) și nu mai avea interes să urmărească societatea pentru recuperarea datoriilor, atâta vreme cât urmarea averea personală a fostului administrator. Rațiunea formulării cererii de deschidere a procedurii în anul 2018 a constat în interesul organului fiscal de constatare a falimentului și radierea societății.

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

Apelanta invocă existența unei suspendări a termenului de prescripție 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 insolvenței nu sunt termene de prescripție, pentru a putea fi supuse suspendării/întreruperii.

Termenul de prescripție extinctivă este intervalul de timp, stabilit de lege sau chiar de părți, înăuntrul căruia trebuie exercitat dreptul la acțiune, sub sancțiunea stingerii dreptului material la acțiune.

Termenele de 6 luni/2 ani prevăzute de art.117 alin.1 si 2 lit. b) și c) din Legea insolvenței nu reprezintă un interval de timp înăuntrul căruia trebuie exercitat un drept la acțiune.

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

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

Sub aspectul motivării, apelul este văzut ca o examinare a corectitudinii hotărârii primei instanțe (*revisio prioris instantiae*). Această cale de atac de reformare presupune posibilitatea părții nemulțumite de hotărârea primei instanțe de a o critica în fața unei instanțe superioare, din toate punctele de vedere, respectiv atât din punctul de vedere al legalității, cât și 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 își fundamentează apărările pe presupuneri, deducții, prezumții, etc., sens în care a făcut referire la incidența dispozițiilor art. 329 Cod procedură civilă.

A subliniat faptul că lichidatorul se erijează în apărătorul intereselor organului fiscal, arătându-și interesul pentru recuperarea datoriilor acestora, fără a avea în vedere faptul că acesta își urmărește creanța 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 și temeinicia încheierii atacate, prin prisma actelor și lucrărilor dosarului și a motivelor de apel invocate, Curtea constată următoarele :

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

Față de această situație, Curtea observă că judecătorul fondului nu a analizat această apărare determinantă pentru soluția ce urmează a fi pronunțată în cauză, astfel că, în cauză, apelul apare întemeiat din perspectiva dispozițiilor art. 480 alin. 3 Cod procedură civilă, neanalizarea acestei apărări apărând ca o veritabilă necercetare a fondului, instanța de apel urmând a analiza cererea formulată în raport de susținerile părților invocate cu ocazia judecării cauzei în fond și în apel.

În art. 117 din Legea nr. 85/2014 legiuitorul instituie o prezumție 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 funcție de natura actului încheiat). Dispozițiile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 reglementează o prelungire a perioadei suspecte cu consecința menținerii prezumției de fraudă și pentru acte încheiate în afara termenelor reglementate de dispozițiile art. 117 „și 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 acțiunea introdusă de către debitor având ca obiect contestație act administrativ fiscal, ce a fost înregistrată sub nr.../86/2016* prin care debitorul a contestat raportul de inspecție fiscală și decizia de impunere nr. 81616/19.12.2013 prin care s-a stabilit obligații de plată suplimentare în sarcina debitoare cu titlu de TVA în cuantum de 481.968,00 lei precum și dobânzi și penalități de 264.715,00 lei. De asemenea, lichidatorul invocă decizia de suspendare a activității societății debitoare în intervalul

06.12.2013-05.12.2016 prin Rezoluția Directorului Oficiului Registrului Comerțului nr. 14253/17.12.2013. Mai mult, lichidatorul susține că în cauză a operat o întrerupere a termenului de prescripție întrucât este aplicabil principiul consacrat de Codul civil : „*Contra non valentem agere non currit praescriptio*” (prescripția extinctivă nu curge împotriva celui care nu poate acționa), iar societatea se afla sub controlul pârâtului C., astfel că creditorul fiscal putea formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței, chiar în condițiile în care actul administrativ fiscal era contestat.

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

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

Raportat la prevederile art. 122 alin. 4 din Legea nr. 85/2014 Curtea constată că acesta nu este aplicabil speței deduse judecării în condițiile în care acesta se referă la situația premisă a formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței, iar debitorul demarează o cascadă de acțiuni, abuzând de drepturile procesuale, în scopul de a întârzia data deschiderii procedurii Curtea reține că orice alte acțiuni 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 insolvenței, 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 acționa prin abuz de drepturi procesuale în vederea întârzierii momentului deschiderii procedurii insolvenței.

Mai mult, Curtea reține că decizia de impunere nu a fost suspendată pe perioada judecării contestației actului administrativ fiscal, astfel că, în conformitate cu dispozițiile legale în materie fiscală decizia de impunere își păstrează caracterul de titlu executoriu și, pe cale de consecință nu este titularul acțiunii în anulare, astfel că, chiar în condițiile în care s-ar aprecia termenele de la art. 217 drept termene de prescripție, așa cum susține 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 prezumția de fraudă nu este operabilă în speță, acțiunea formulată de lichidatorul judiciar apărând ca nefondată.

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

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

Rezumat:

Dispozițiile art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 reglementează o excepție de la regula instituită de prevederile art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 ce reglementează unul din efectele deschiderii procedurii insolvenței – de suspendare de drept a tuturor acțiunilor judiciare,

extrajudiciare și a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului. Or, prin reglementarea expresă a excepției prevăzute de art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, Curtea găsește neîntemeiată excepția inadmisibilității, cererea formulată de creditor fiind întemeiată pe dispoziția anterior citată și cum Banca.. și-a justificat calitatea de creditor garantat, cererea formulată apare admisibilă, cum de altfel a reținut 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. și 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 și lucrările dosarului, judecătorul sindic din cadrul primei instanțe a reținut următoarele:

Prin cererea înregistrată la data de 23.10.2019, pe rolul Tribunalului Botoșani – Secția 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 și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor legale, a bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea BCR, în sensul:

- a) distribuirii către BCR a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea BCR, încasate și utilizate de către debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolvenței și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești;
- b) distribuirea către BCR a sumelor încasate în viitor de către debitoare.

În motivare, s-a precizat că între BCR, în calitate de Bancă, și 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 Adițional nr. 12 din 11.11.2015, Actul Adițional nr. 13 din 21.01.2016, Actul Adițional nr. 14 din 09.11.2016, Actul Adițional nr. 15 din 20.07.2017).

În vederea garantării îndeplinirii obligațiilor de rambursare a creditului și a tuturor accesoriilor calculate dispozițiilor contractuale, au fost încheiate o serie de contracte de garanție asupra patrimoniului propriu (Clauza 7 „Garanții”, astfel cum a fost modificată prin Actul adițional nr. 15 din 20.07.2017), inclusiv asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale, constituită de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobilă asupra creanțelor nr. SJ-CC 50 din 19.03.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adițional nr. 1 din 12.11.2013, Actul Adițional nr.2 din 14.03.2014, Actul Adițional nr.3 din 19.12.2014, Actul Adițional nr.4 din 03.11.2017 și Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2018), încheiat ca Anexa 21 la contract de credit, anexate cererii.

Între BCR, acționând în calitate de Bancă, și 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 Adițional nr. 6 din 16.11.2015, Actul Adițional nr. 7 din 30.03.2016, Actul Adițional nr. 8 din 09.11.2016, Actul Adițional nr. 9 din 20.07.2017, Actul Adițional nr. 10 din 03.11.2017, Actul Adițional nr. 11 din 28.11.2017) și în vederea garantării îndeplinirii obligațiilor de rambursare a creditului și a tuturor accesoriilor calculate dispozițiilor contractuale, debitoarea a încheiat cu Banca o serie de contracte de garanție asupra patrimoniului propriu (Clauza 7 „Garanții”, astfel cum a fost modificată prin Actul adițional nr. 11 din 28.11.2017), inclusiv Ipoteca mobilă asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale, constituită de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobilă asupra creanțelor nr. SJ-CC13 din 16.01.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adițional nr. 1 din 12.11.2013, Actul Adițional nr.2 din 17.03.2014, Actul

Adițional nr.3 din 03.11.2017 și Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2008), încheiat ca Anexa 6 la contract de credit, anexa 2 la prezenta cerere.

În baza informațiilor primite periodic de la debitoare, în ceea ce privește situația creanțelor 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 preferință în favoarea BCR: situația contractelor cu creanțe 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 informații actualizate referitor la această situație, deși au existat solicitări repetate în acest sens, solicitând depunerea de către debitoare a unei situații actualizate la zi cu privire la creanțele cesionate din contracte în favoarea BCR, încasate ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență.

Cu privire la creanța rezultată din contractul de credit nr. 98/13.05.2013, cu modificările ulterioare, s-a precizat că prin cererea de admitere a creanței, BCR a solicitat înscrierea în tabelul creditorilor cu o creanță anterioară deschiderii procedurii, garantată, pură și 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), parțial exigibilă (în sumă de 816,821,23 lei: credit restant, dobânzi restante, comisioane restante). În tabelul definitiv intermediar de creanțe al soc. A. SRL, publicat în BPI Nr. 2033/31.01.2019, creditorul BCR, în raport de creanțele supuse verificării în sumă totală de 39,759,426.36 lei, a fost înregistrată cu total creanțe admise la data de 29.01.2019, în cuantum de 23,589,093.80 lei, în categoria creanțelor garantate. Ulterior, la data de 03.10.2019, a fost rambursată suma de 233,716.96 lei. Ca urmare a exercitării dreptului de opțiune a creditorului în imputația plății, suma a fost imputată asupra principalului restant aferent Contractului de credit nr. 98 din 13.05.2013, cu modificările ulterioare și pe cale de consecință, creanța 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 creanțele 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 creanței, BCR a menționat deținerea în raport de data deschiderii procedurii de creanțe 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 garanție bancară emise și neexecutate la data respectivă.

Ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență, - 10.08.2018, părțile au încheiat Actul Adițional 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 la 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 inițiată de D. SRL pentru suma de 501.304,27 lei din data de 14.08.2018 și 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 inițiată de E SA pentru suma de 939.568,90 lei din data de 24.10.2018.

Totodată ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență -10.08.2018, părțile au încheiat Actul Adițional 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 Națională de Investiții 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 inițiată de Compania Națională de Investiții 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 dispozițiilor 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 garanții bancare, neexecutate de către Beneficiari până la data deschiderii procedurii, a căror situație a fost menționată în declarația de creanță a creditoarei BCR.

În raport de situația de fapt relevată și dispozițiile legale aplicabile, a considerat că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 78 alin. (1) lit. B, pct. a) din Legea 85/2014. Deschiderea procedurii insolvenței nu anulează drepturile și obligațiile anterior asumate de către părți prin contractele de credit și garanție anterior menționate, astfel încât orice sumă care ar fi trebuit încasată în conturi de cesiune, create în mod special pentru a facilita evidențierea și utilizarea conform clauzelor contractuale. Potrivit art. 5 pct. 15 din Legea 85/2014, creanțele care beneficiază de o cauză de preferință sunt acele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu și/sau de un drept de ipotecă și/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2.347 Noul Cod Civil, și/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant, creditorul care beneficiază de o cauza de preferință va exercita drepturile corelative numai în ce privește bunul sau dreptul respectiv.

Deși creanța BCR este garantată, nu există o protecție corespunzătoare a sa, valoarea obiectului garanției fiind diminuată și există pericol real ca aceasta să sufere o diminuare în continuare, prin utilizarea sumelor de către debitoare în procedura insolvenței pentru alte scopuri decât acoperirea creanțelor garantate. Valoarea bunurilor constituite ca și garanție deja s-a diminuat în raport cu creanța garantată și este în continuă scădere, astfel încât această situație este în mod evident prejudiciabilă, în sensul că deși există o garanție reală asupra bunurilor - creanțe, utilizarea substanței acestora ulterior încasării de către debitoare în derularea procedurii insolvenței nu face decât să o lipsească de conținut.

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 capătul de cerere de la punctul a) din cuprinsul acțiunii, respingerea ca inadmisibil iar față de capătul de cerere de la punctul b) din cuprinsul acțiunii, respingerea ca nefondat a acestui capăt de cerere.

În motivare, cu privire la primul capăt de cerere de la punctul a) din cuprinsul acțiunii, a solicitat a se avea în vedere interpretarea dispozițiilor art. 78 din Legea nr. 85/2014, potrivit căreia "(1) Creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință poate solicita judecătorului-sindic, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special și a administratorului judiciar, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 154 -158 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă cauza de preferință, în una dintre următoarele situații: atunci când nu există o protecție corespunzătoare a creanței garantate în raport cu obiectul garanției, din cauza:

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

b) diminuării valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior, ca urmare a acumulării dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel la o creanță garantată cu rang superior;

c) lipsei unei asigurări a obiectului garanției 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 voința legiuitorului.

Pentru aceste motive, față de solicitarea creditorului de la punctul a) prin care dorește distribuirea către BCR a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea BCR, încasate și utilizate de către debitoare, ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești, a solicitat a fi îndepărtată ca inadmisibilă.

Față de dispozițiile legale invocate de creditoare s-a arătat că, în cauză nu sunt îndeplinite condițiile pentru ridicarea suspendării, astfel:

În procedura de insolvență 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 adiționale ulterioare și în temeiul Contractului de Credit nr. SJ CC 22/27861 din 20.08.2007 cu actele adiționale ulterioare.

În cazul Contractului nr. 98, creanța inițială inițială 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 și prin anexele de la declarația de creanță depusă de BCR S.A.

Aceeași situație este și cu referire la Creditul nr. 22, în temeiul căruia, la acest moment BCR S.A. are de recuperat o creanță de 1.440.873,17 ron ca urmare a SGB-urilor executate, contract ce este supragarantat cu bunuri imobile de către soc. F. și cu garanție de companie din partea societății soc. G. S.R.L.

Astfel, 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 a se observa că aceasta nu este îndeplinită, iar pe cale de consecință a solicitat respingerea acțiunii ca nefondată. În plus față de chestiunile anterior învederate, s-a arătat faptul că dispozițiile art. 78 raportate la dispozițiile art. 87 alin (3) și următoarele din Legea 85/2014, nu se aplică asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale cesionate către un creditor, cum este cazul de față.

Pe de altă parte, s-a arătat că pentru a exista un drept de preferință, trebuie să existe un bun sau o valoare care să fie obiectul determinat al preferinței care îl grevează, or, nu se poate pune o ipotecă eficientă pe un bun fungibil, cum ar fi sumele de bani fără o afecțiune specială, stocul de marfă, facturile emise de debitor, etc., sau pe un fond de comerț (o universalitate de fapt sau un mobil fără corporalitate) și deci implicit nu se poate utiliza măsura prevăzută de art. 78 din lege, cea de ridicare a suspendării. 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 contextul în care creditoarea BCR S.A. a consimțit ca garantarea creditelor acordate debitoarei să se facă prin constituirea de ipoteci asupra creanțelor viitoare (bunuri mobile incorporale) ale debitoarei izvorând din contractele de antrepriză aflate în derulare, este evident că și-a asumat implicit și riscul volatilității acesteia, derivând din rezilierea /denunțarea

contractelor de lucrări ori deschiderea insolvenței, caz în care dreptul de ipotecă va fi limitat doar asupra diferenței rezultate între sumele încasate din executarea lucrărilor efectuate în cadrul perioadei de observație sau reorganizare și cheltuielile necesitate de realizarea lucrărilor (materii prime, materiale, munca vie, etc) cheltuieli din procedura insolvenței. 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 salariilor, a taxelor și impozitelor, ipoteca creditorului beneficiar al cauzei de preferință purtând, în realitate, doar asupra profitului realizat de debitor din activitatea curentă și în nici un caz nu poate fi acceptată teza conform căreia dreptul de ipotecă asupra creanțelor ipotecate se exercită asupra veniturilor înregistrate obținute ca urmare a executării lucrărilor, fără a se ține cont de necesitatea și obligativitatea achitării creanțelor curente derivând din continuarea activității, deoarece s-ar ajunge la situația absurdă în care banca s-ar îmbogăți în detrimentul celorlalți creditori care ar fi nevoiți să suporte consecințele diminuării patrimoniului debitoarei.

Față de toate aspectele învederate a solicitat față de punctul a) în principal respingerea ca inadmisibil a căpătului de cerere și în subsidiar ca nefondat, iar față de căpătul de cerere b), a solicitat respingerea ca nefondat.

În drept: dispozițiile art. 205 Cod procedură civilă precum și pe oricare alte dispoziții legale aplicabile speței.

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 intervenție principală din partea domnului B., în calitate de reprezentant al salariaților 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 salariaților strâns legat de dreptul dedus judecării, potrivit art. 61 alin.(2) din Codul de procedură civilă, solicitând admiterea cererii de intervenție și 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 achiziție 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, salariații debitoarei trebuie să presteze o muncă pentru care este obligatoriu să fie remunerați. Cu privire la cererea de chemare în judecată formulată de BCR SA, s-a solicitat respingerea deoarece în cauză nu sunt aplicabile dispozițiile lege invocate de către creditor. Articolele 154 – 158 din Legea nr. 85/2014 fac referire la bunuri care pot fi vandabile și care se pot socate la licitație și în urma vânzării se vor întocmi contracte de vânzare – cumpărare, sumele de bani solicitate de către creditor nu pot fi vândute în procedura de insolvență, astfel încât acestea sunt exceptate de la aplicarea art. 78 din Legea nr. 85/2014. În plus dispozițiile legale se referă la bunuri care nu sunt esențiale planului de reorganizare iar dacă se vor vira aceste sume băncii ar afecta posibilitatea de reușită a planului de reorganizare, solicitând admiterea în principiu a cererii de intervenție principală și 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 intervenție accesorie în interesul debitoarei soc. A. SRL, solicitând admiterea cererii de intervenție și 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 și de asemenea societate la care debitoarea are participații de 99,998 %, interesul în cauză există prin raportare la șansele reale de recuperare a creanței pe care o are în tabelul de creanțe al debitoarei. În calitate de creditor chirografar este lipsită de privilegiile pe care garanțiile 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 șansele de reușită și de redresare, aspect ce afectează întreaga masă credală ce este subordonată ca și rang de preferința creditorului garantat. În condițiile în care șansele de redresare scad, scad și șansele de achitare a creanțelor chirografare. Mai mult decât atât, soc. A. SRL are participații la soc. C. SRL, sens în care o eventuală lichidare a debitoarei ca urmare a lipsei de disponibil bănesc, va avea efectul unui domino și asupra subscrisei, putând duce până la declinul societății.

În legătură cu speța dedusă judecării, s-a solicitat a se observa că pentru a exista un drept de preferință, trebuie să existe un bun sau o valoare care să fie obiectul determinat al preferinței care îl grevează, or, nu se poate pune o ipotecă eficientă pe un bun fungibil, cum ar fi sumele de bani fără o afectățiu ne specială, stocul de marfă, facturile emise de debitor, sau pe un fond de comerț. În contextul în care creditoarea BCR SA, a consimțit ca garantarea creditelor acordate debitoarei să se facă prin constituirea unei ipoteci asupra creanțelor viitoare ale debitoarei izvorând din contractele de antrepriză aflate în derulare, este evident că și-a asumat implicit și riscul volatilității acesteia, derivând din rezilierea / denunțarea contractelor de lucrări ori deschiderea insolvenței, caz în care dreptul de ipotecă va fi limitat doar asupra diferenței rezultate între sumele încasate din executarea lucrărilor efectuate în cadrul perioadei de observație sau reorganizare și cheltuielile necesitate de realizarea lucrărilor, cheltuieli din procedura insolvenței, adică asupra cotei de beneficiu real obținut.

În drept: art. 63 Cod procedură civilă.

Prin note de ședință depuse de debitoarea soc. A. SRL, s-a solicitat aplicarea dispozițiilor 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 protecție corespunzătoare creanței garantate, precum: asigurarea unui procent de 20% din valoarea rămasă de executat din contractele cesionate și în plus constituirea unor garanții imobiliare suplimentare astfel cum reiese din adresa înaintată către administratorul judiciar și din procesul verbal al adunării creditorilor din data de 12.03.2020.

Debitoarea soc. A. SRL, prin administrator judiciar H. SPRL București, prin **note scrise** (fl. 147), cu privire la cererile de intervenție formulate în cauză, a considerat că pe fond acestea sunt neîntemeiate, ideea de a elimina pur și simplu un creditor pentru ca ceilalți să beneficieze de sumele ce i s-ar fi cuvenit este nelegală și imorală, în contradicție vădită cu ideea de echitate și tratament egal în fața legii, și o ignorare a principiului securității juridice, susținerile intervenienților neavând un temei legal.

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

Analizând actele și lucrările dosarului, judecătorul sindic a reținut următoarele:

În fapt, între soc. Banca Comercială Română SA și 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 Adițional nr. 12 din 11.11.2015, Actul Adițional nr. 13 din 21.01.2016, Actul Adițional nr. 14 din 09.11.2016, Actul Adițional nr. 15 din 20.07.2017).

În vederea garantării îndeplinirii obligațiilor de rambursare a creditului și a tuturor accesoriilor calculate dispozițiilor contractuale, au fost încheiate o serie de contracte de garanție (Clauza 7 „Garanții”, astfel cum a fost modificată prin Actul adițional nr. 15 din 20.07.2017), inclusiv asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale, constituită de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobilă asupra creanțelor nr. SJ-CC 50 din 19.03.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adițional nr. 1 din 12.11.2013, Actul Adițional nr.2 din

14.03.2014, Actul Adițional nr.3 din 19.12.2014, Actul Adițional nr.4 din 03.11.2017 și Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2018), încheiat ca Anexa 21 la contract de credit.

Părțile 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 Adițional nr. 6 din 16.11.2015, Actul Adițional nr. 7 din 30.03.2016, Actul Adițional nr. 8 din 09.11.2016, Actul Adițional nr. 9 din 20.07.2017, Actul Adițional nr. 10 din 03.11.2017, Actul Adițional nr. 11 din 28.11.2017) și în vederea garantării îndeplinirii obligațiilor de rambursare a creditului și a tuturor accesoriilor calculate dispozițiilor contractuale, debitoarea a încheiat cu Banca o serie de contracte de garanție asupra patrimoniului propriu (Clauza 7 „Garanții”, astfel cum a fost modificată prin Actul adițional nr. 11 din 28.11.2017), inclusiv Ipoteca mobiliara asupra creanțelor rezultate din contracte comerciale, constituita de împrumutat, conform contractului de ipotecă mobilă asupra creanțelor nr. SJ-CC13 din 16.01.2012, cu modificările ulterioare (inclusiv Actul Adițional nr. 1 din 12.11.2013, Actul Adițional nr.2 din 17.03.2014, Actul Adițional nr.3 din 03.11.2017 și Anexa 1 - Lista contracte cesionate din 13.04.2008), încheiat ca Anexa 6 la contract de credit.

În baza informațiilor primite periodic de la debitoare, în ceea ce privește situația creanțelor 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 preferință în favoarea soc. Banca Comercială Română SA.

Ulterior lunii ianuarie 2019, conform susținerilor soc. Banca Comercială Română SA, debitoarea a refuzat să comunice informații actualizate referitor la această situație, deși au existat solicitări repetate în acest sens, solicitând depunerea de către debitoare a unei situații actualizate la zi cu privire la creanțele cesionate din contracte în favoarea BCR, încasate ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență.

Cu privire la creanța rezultată din contractul de credit nr. 98/13.05.2013, cu modificările ulterioare, prin cererea de admitere a creanței, BCR a solicitat înscrierea în tabelul creditorilor cu o creanță anterioară deschiderii procedurii, garantată, pură și simplă, în sumă totală de 23,642,274.83 lei (calculată la cursul de schimb BNR aplicabil la data deschiderii procedurii - 10.08.2018, parțial exigibilă (în sumă de 816,821,23 lei: credit restant, dobânzi restante, comisioane restante). În tabelul definitiv intermediar de creanțe al soc. A. SRL, publicat în BPI Nr. 2033/31.01.2019, creditorul Banca Comercială Română SA, în raport de creanțele supuse verificării în sumă totală de 39,759,426.36 lei, a fost înregistrată cu total creanțe admise la data de 29.01.2019, în cuantum de 23,589,093.80 lei, în categoria creanțelor garantate. Ulterior, la data de 03.10.2019, a fost rambursată suma de 233,716.96 lei. Ca urmare a exercitării dreptului de opțiune a creditorului în imputația plății, suma a fost imputată asupra principalului restant aferent Contractului de credit nr. 98 din 13.05.2013, cu modificările ulterioare și pe cale de consecință, creanța 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 creanțele rezultând din Contract de credit nr. SJCC 22/27861 din 20.08.2007, cu modificările ulterioare, prin cererea de admitere a creanței, BCR a menționat deținerea în raport de data deschiderii procedurii de creanțe 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 garanție bancară emise și neexecutate la data respectivă.

Deși creanța soc. Banca Comercială Română SA este una garantată, constatăm că nu există o protecție corespunzătoare a sa, valoarea obiectului garanției fiind diminuată prin utilizarea sumelor de către debitoare în procedura insolvenței pentru alte scopuri decât acoperirea creanțelor garantate. Valoarea bunurilor constituite ca și garanție deja s-a diminuat în raport cu creanța garantată, în sensul că, deși există o garanție reală asupra creanțelor, acestea au fost utilizate ulterior încasării de către debitoare în derularea procedurii insolvenței.

Față de solicitarea soc. Banca Comercială Română SA de acordare a unei protecții corespunzătoare, soc. A. SRL a propus ca, în ceea ce privește sumele deja încasate și utilizate de debitoare de la data deschiderii procedurii de insolvență, în cuantum de aproximativ 15.608.233 lei, din contracte cesionate în favoarea soc. Banca Comercială Română SA, să constituie în favoarea creditorului următoarele garanții imobiliare: imobilele situate în ..., în ..., respectiv locul de parcare nr... A. Asigurarea protecției corespunzătoare privește și 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 ședinței adunării creditorilor din data de 12.03.2020, față de care a fost exprimat vot pozitiv de către 81,78% dintre creanțele 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 creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință poate solicita judecătorului-sindic, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special și a administratorului judiciar, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 154 - 158 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă cauza de preferință, atunci când nu există o protecție corespunzătoare a creanței garantate în raport cu obiectul garanției, din cauza diminuării valorii obiectului garanției sau existenței unui pericol real ca aceasta să sufere o diminuare apreciabilă.

Având în vedere situația de fapt reținută, judecătorul sindic a apreciat că soc. Banca Comercială Română SA, titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință, este îndrituit a solicita ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanța sa, în condițiile prevederilor legale anterior menționate.

Cu toate acestea, având în vedere că soc. A. SRL a propus adoptarea mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței 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 căreia, 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 protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului (...).

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

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a promovat apel apelanta-creditoare Banca Comercială Română SA, criticând-o pentru nelegalitate și netemeinicie și, totodată, solicitând admiterea apelului și schimbarea în totalitate a sentinței apelate, iar pe fondul cauzei, respingerea cererilor de intervenție în favoarea debitorului A. SRL, admiterea cererii formulate de BCR având ca obiect ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 din Legea nr. 85/2014 și, pe cale de consecință, ridicarea 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 BCR, în sensul: distribuirii către BCR a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea BCR, încasate și utilizate de către debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolvenței și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești; 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 insolvenței (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 mobilă (astfel cum a fost prezentat în detaliu prin cererea introductivă și reluat în Anexă), fără a fi restituită vreo parte din creanță 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 mobilă 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), creanța garantată a apelantei-creditoare (i.e. partea care nu este înscrisă 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 în 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 mobilă erau folosite doar de intimata-debitoare.

Relatând succint hotărârile luate în cadrul adunării creditorilor, a arătat că, în ciuda hotărârii adoptate de creditorii, 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 altă 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 quantumul creanței garantate apelantei-creditoare, valoarea garanției acesteia și natura și specificul garanției constituite (drept de ipotecă mobilă asupra unor creanțe ale intimitei-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 măsuri 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 instanța de fond, nu îndeplinește cele 2 condiții cumulative, și 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 măsuri 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 măsură de protecție, totuși protecția este necorespunzătoare, fiind neadecvata (spre exemplu, o valoare prea mica ori debitoarea nu își 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, dacă nu se adoptă măsuri de protecție, ori dacă 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 să fie făcută de judecătorul sindic cu ocazia judecării cererii de suspendare formulate de creditor, așadar, simpla adoptare a unor măsuri, indiferent dacă respectivele părți (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 instanța de fond nu a analizat deloc Cererea formulată de apelanta-creditoare și nici măsurile adoptate (chiar dacă acestea au fost acceptate de apelanta-creditoare), pentru a determina dacă protecția creanței garantate, oferită de aceste măsuri, este corespunzătoare sau nu, ori, dacă ar fi analizat, judecătorul sindic ar fi trebuit să constate că aceste măsuri 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 să fie propriu, iar, în al doilea rând, cererile sunt neîntemeiate în raport de susținerile acestora, conform cărora ar trebui să își îndeplinească creanțele cu prioritate față de creditorul garantat.

În ceea ce privește măsura de protecție acordată conform Hotărârii Creditorilor (pct. 2), respectiv asigurarea protecției corespunzătoare în ceea ce privește sumele ce urmează a fi încasate din contractele cesionate, prin rambursarea către apelanta-creditoare garantată a unui procent de 20% din sumele față 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 inefficientă în acest moment, în condițiile în care debitoarea nu rambursează nimic.

A învederat instanței ca aceasta situație nu poate fi ignorată cu desăvârșire și că apelanta-creditoare este un creditor garantat, beneficiind de un drept de ipotecă mobilă 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, și, 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 în 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 dorește 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 insolvenței și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești, a solicitat respingerea ca inadmisibilă, arătând faptul că, dacă se va trece peste excepția invocată cu privire la punctul a) din cuprinsul acțiunii, intimata-creditoare a înțeles să solicite respingerea ca nefondate atât a punctului a) cât și 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 consecință 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 și 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 afectare 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 prevăzută 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 și 3, pe aceeași poziție cu creditorii de la art. 161 pct. 9.

În plus față de toate aceste aspecte, a arătat că, dacă ar fi să 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 ipotecă 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 și-a asumat implicit și riscul volatilității acesteia, derivând din rezilierea/denunțarea contractelor de lucrări ori deschiderea insolvenței, caz în care dreptul de ipotecă va fi limitat doar asupra diferenței rezultate între sumele încasate din executarea lucrărilor efectuate în cadrul perioadei de observație sau reorganizare și 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 salariilor, a taxelor și impozitelor, ipoteca creditorului beneficiar al cauzei de preferință purtând, în realitate, doar asupra profitului realizat de debitor din activitatea curentă, 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 permisă creditorului titular al unei cauze de preferință ce grevează un bun numai dacă 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 să 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 și a penalităților este oprită, 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 în cazul celorlalte creanțe, în modalitățile reglementate de lege pentru procedura insolvenței; conform programului de plăți 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 părților.

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 că, 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 instanța de judecată să analizeze cu prioritate apărările acesteia din cuprinsul întâmpinării și netemeinicia solicitărilor reclamantei.

A subliniat faptul că, înțelege să critice modul lacunar și motivația deloc consistentă asupra respingerii apărărilor acesteia din cuprinsul întâmpinării și consideră că echivalează cu o lipsă de motivare din cuprinsul Sentinței 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 și reluate prin prezentul apel și să dispună respingerea acțiunii ca inadmisibilă/neîntemeiată asupra punctului a) și ca neîntemeiată asupra punctului b).

În drept, a înțeles să își întemeieze prezenta pe dispozițiile art. 472 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 proba care reiese din dezbateri, în temeiul art. 411 alin. 1 pct. 2 solicitând judecarea cauzei chiar și în lipsa părților.

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 privește solicitarea în vederea distribuii către aceasta a contravalorii sumelor bunurilor care fac obiectul unei cauze de preferință în favoarea acesteia, i.e. creanțe încasate și utilizate de către intimata-debitoare, ulterior deschiderii procedurii insolvenței și până la data punerii efective în executare a hotărârii judecătorești prin care a fost admisă cererea formulată 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 în vedere următoarele:

Cu privire la obiectul garanției - ipoteca mobilă -, a învederat faptul că, îl reprezintă dreptul de creanță al intimitei-debitoare SC A. SRL împotriva propriilor săi debitori, rezultat din anumite contracte comerciale, astfel cum sunt acestea identificate în contractele de ipotecă mobilă 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, și nici a contractelor de garanție încheiate de intimata-debitoare și 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 vreoa sumă de bani din acestea către apelanta-creditoare, creditorul garantat, în condițiile în care garanția se diminuează și, ca o consecință directă, și șansele de recuperare a creanței.

Mai mult, a învederat că, dacă ar urma argumentul intimitei-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 încasa 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 în 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 în 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-soluția, a arătat că, în cazul în care obiectul garanției este o ipotecă mobilă 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 în 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 intimitei-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 creanță, iar nu pe diferență dintre încasări și cheltuieli, așa cum eronat susține intimata-debitoare, obiectul acestor contracte de garanție fiind clar precizat, conform convenției părților.

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 intimitei-debitoare (același semnatar al prezentei contestații), părțile - sau cel puțin intimata-debitoare, a avut în vedere un alt obiect al garanției, circumstanțiat doar la diferența dintre încasări și 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 și 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 și 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 să fie în mod expres prevăzută în Legea insolvenței. Așadar, a subliniat că, dacă 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 adăuga la lege - nici de părți, și nici de către instanțele judecătorești, dacă 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 est potius ut valeat quam ut pereat*.

A arătat că, instanța 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 și temeinicia sentinței atacate, prin prisma actelor și lucrărilor dosarului și 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 sentinței apelate judecătorul sindic a reținut că BCR SA, titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință, este îndrituit a solicita ridicarea suspendării prev. la art. 75 alin. 1 cu privire la creanța sa însă, în raport de dispozițiile art. 78 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 urmează să respingă cererea în condițiile în care debitoarea a propus adoptarea mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, aprobate de către creditorii în cadrul adunării convocate în acest scop.

În raport de conținutul apelului principal și al apelului incident și față de precizările făcute de către reprezentantul administratorului judiciar cu ocazia dezbaterilor cererilor de apel formulate, Curtea, față de prevederile art. 476-478 constată că este chemată a se pronunța 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 excepția de inadmisibilitate a cererii formulate de către debitoarea SC A. SRL, ce ar face de prisos analizarea apelului principal și a considerentelor subsecvente ale apelului incident.

Curtea reține că dispozițiile art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 reglementează o excepție de la regula instituită de prevederile art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 ce reglementează unul din efectele deschiderii procedurii insolvenței – de suspendare de drept a tuturor acțiunilor judiciare, extrajudiciare și a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului. Or, prin reglementarea expresă a excepției prevăzute de art. 78 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, Curtea găsește neîntemeiată excepția inadmisibilității, cererea formulată de creditor fiind întemeiată pe dispoziția anterior citată și cum BCR SA și-a justificat calitatea de creditor garantat, cererea formulată apare admisibilă, cum de altfel a reținut în mod judicios judecătorul sindic.

Ca situație premisă instanța de apel reține împrejurarea diminuării constante a obiectului garanției aferente contractului de credit nr. 98/13.05.2013 și actelor adiționale, precum și a contractului de credit SJCC 22/27861 din 20.07.2007, astfel cum a fost modificat prin voința părților semnatare. De altfel, debitoarea nici nu a contestat această împrejurare, oferindu-se în

schimb să ofere garanții suplimentare, aprobate prin hotărârea adunării creditorilor din 12.03.2020. Se poate observa că protecția propusă a fi acordată cuprinde două componente astfel: pentru sumele deja încasate și utilizate de către debitoare asupra cărora creditorul BCR avea constituit un drept de garanție, precum și pentru sumele ce urmează a fi încasate din contractele cesionate.

Din susținerile 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 consecință, instanța de apel reține că măsurile de protecție propuse de către administratorul judiciar și aprobate de creditorii nu oferă o protecție corespunzătoare în sensul dispozițiilor art. 78 alin. 2 din Legea nr. 85/2014. În acest sens, instanța de apel are în vedere valoarea imobilelor propuse pentru instituirea de garanții reale (aprox. 3,1 milioane lei), precum și plățile 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 și a intereselor celorlalți creditori prin periclitatea șanselor de reușită a planului de reorganizare aprobat.

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

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

SECȚIA DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

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

Rezumat:

Față de prevederile art. 24 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, sancțiunea, ca parte a răspunderii juridice, este urmarea neexecutării culpabile a obligației de către debitor și se naște în momentul în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile 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 operațiuni administrative;*
- termenul prevăzut în cuprinsul hotărârii judecătorești, iar în lipsa unui astfel de termen, termenul de cel mult 30 zile de la data rămânerei definitive a hotărârii, s-a împlinit;*
- obligația 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 soluționare demersul judiciar al recurente pentru lămurirea dispozitivului titlului executoriu, apreciat că fiind întemeiat, se constată lipsa unor obligații clare și explicate stabilite în sarcina autorității publice prin titlul executoriu, astfel că nu poate fi reținută nici îndeplinirea cerinței culpei autorității publice în neexecutarea conformă a respectivei obligații.

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

Hotărârea:

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

Tribunalul Suceava, prin sentința nr.509/03.09.2020, a admis acțiunea și a dispus aplicarea conducătorului autorității publice pârâte C., în calitate de președinte, a amenzii în cuantum de 20 % din salariul minim brut pe economie pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea obligației stabilite prin sentința nr. 402/23.05.2019 a Tribunalului Suceava și obligarea acestuia să plătească reclamantului penalități de întârziere în cuantum de 500 lei/zi până la îndeplinirea obligației din sentință.

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

Prin prisma prevederilor art. 488 al. (1) pct. 4 și pct. 8 din Codul de procedură civilă, este eronat raționamentul instanței de fond care, în speță, pornește de la premisa încălcării cu vinovăție sau pasivitate ori neglijență a dispozițiilor unei hotărâri judecătorești de către conducătorul unei autorități a administrației publice, fără a stabili împrejurările ce au determinat întârzierea sau împiedicarea efectivă a punerii în executare a unei hotărâri, sancționată ulterior printr-o amendă dispusă excesiv, în temeiul art.24 și 25 din Legea nr. 554/2004.

Nu se poate reține vreo culpă a recurente în neexecutarea hotărârii judecătorești în discuție, atâta vreme cât chiar posibilitatea punerii sale în executare nu era clarificată la momentul când reclamantul a formulat acțiune în instanță. Din acest motiv, CEPAH s-a adresat Tribunalului Suceava cu cerere de lămurire a înțeleșului și a întinderii dispozitivului sentinței, 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 deținut certificat de încadrare în grad de handicap. Această cerere de lămurire și completare a dispozitivului sentinței 402/23.05.2019, rămasă definitivă prin Deciza Curții de Apel nr. 696/14 octombrie 2019 și 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 „recunoaște reclamantului dreptul la încadrare în grad de handicap accentuat începând cu data de 21.08.2017”. Sentința de lămurire și completare a dispozitivului sentinței nr. 123/2020 din 20 februarie 2020 a fost comunicată secretariatului Direcției de Asistență Socială și Protecția Copilului B., instituție unde își are sediul și Comisia de Evaluare a Persoanelor Adulte cu Handicap, în ziua de 04 mai 2020, și ulterior remisă de către DGASPC B., Serviciului juridic, în data de 05.05.2020, când încă era în vigoare starea de urgență instituită de Președintele României la data de 16.03.2020 și 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 urgență și de situația personalului afectat de pandemie, unele sentințe judecătorești 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. Așadar, 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 președinte dr. C., nu a intenționat sau urmărit să prejudicieze drepturile reclamantului. Dimpotrivă, sentința nu a fost cunoscută de CEPAH, prin președinte dr. C. și, imediat ce i s-a comunicat, în prima ședință 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 Sentința 123/20.02.2020) a fost emis Certificatul de încadrare în grad de handicap în favoarea reclamantului, așa cum a hotărât instanța în dosar nr. .../86/2017*.

În ceea ce privește cuantumul amenzii aplicate, precum și al penalităților de întârziere, recurenta consideră că aceste măsuri sunt nelegale, în raport de cele arătate anterior și 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 atașat memoriului de recurs niciun înscris, deși susține că atașează cererea de lămurire și completare dispozitiv sentință nr.402/2019, adresa nr. 112898/30.09.2020, certificatul de încadrare a intimatului în grad de handicap așa cum a hotărât instanța în dosarul nr..../86/2017*.

Prin întâmpinare, intimatul A. a solicitat respingerea recursului ca nefondat și 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 sentinței nr.402/2019, odată cu emiterea noului certificat de încadrare în grad de handicap nr..../01.10.2020.

Criticile recurente - care pot fi încadrate în motivul de recurs prevăzut de art.488 pct.8 din Codul de procedură civilă - sunt întemeiate și 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 instanță apreciind ca fiind îndeplinite cerințele impuse de norma legală, cu consecința aplicării sancțiunilor constând în: amendă în cuantum de 20% din salariul minim brut pe economie pentru fiecare zi de întârziere – aplicată conducătorului autorității publice recurente – și respectiv penalități pentru întârziere în cuantum de 500 lei/zi până la îndeplinirea obligației din titlul executoriu.

Analizând statuările primei instanțe și răspunzând criticilor recurente, Curtea reține că art.24 din Legea nr.554/2004 reglementează trei tipuri de sancțiuni: amenda, penalitățile și despăgubirile.

Sancțiunea, ca parte a răspunderii juridice, este urmarea neexecutării culpabile a obligației de către debitor și se naște în momentul în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile 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 operațiuni administrative;
- termenul prevăzut în cuprinsul hotărârii judecătorești, iar în lipsa unui astfel de termen, termenul de cel mult 30 zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, s-a împlinit;
- obligația stabilită prin hotărâre judecătorească nu a fost executată;
- autoritatea publică este în culpă pentru neexecutare.

În speță, din verificarea lucrărilor dosarului, Curtea observă că prin sentința nr. 402/23.05.2019, Tribunalul Suceava – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a admis acțiunea promovată de intimat și 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 înțelesului și întinderii dispozitivului sentinței mai sus menționată – admisă prin sentința nr.123/20.02.2020 a Tribunalului Suceava – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal care a stabilit că recunoașterea în favoarea intimatului a dreptului la încadrarea în gradul de handicap accentuat se va face începând cu data de 21.08.2017.

Sentința mai sus menționată a fost casată – în parte – prin Decizia nr.556/23.09.2020 a Curții de Apel Suceava – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, care a lămurit dispozitivul sentinței nr.402/2019 a Tribunalului Suceava, în sensul că recunoașterea 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 recurente la data de 07.10.2020.

Revenind la condițiile care se impun a fi îndeplinite cumulativ pentru antrenarea răspunderii juridice administrative a autorității publice în contextul dispozițiilor art.24 din Legea nr.554/2004 – mai sus enunțate – Curtea reține că unele dintre cerințe vizează obligarea printr-o hotărâre judecătorească definitivă a autorității publice să încheie, să înlocuiască sau să modifice un act administrativ precum și culpa autorității publice pentru neexecutarea obligației impuse prin titlul executoriu.

În speță, astfel cum s-a reținut în precedent, se observă că dispozitivul titlului executoriu a fost neclar sub aspecte esențiale pentru etapa ulterioară a punerii în executare corectă (data de la care intimatul era îndreptățit la încadrarea în grad de handicap accentuat cu ansamblul consecințelor juridice și financiare care decurg din asemenea încadrare) – instanțele procedând definitiv la înlăturarea neclarităților abia la data de 23.09.2020 prin pronunțarea Deciziei nr.556/23.09.2020 a Curții de Apel Suceava, comunicată recurente 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 soluționare demersul judiciar al recurente pentru lămurirea dispozitivului titlului executoriu (constatat că fiind întemeiat potrivit hotărârii judecătorești mai sus menționate), așa încât, în lipsa unor obligații clare și explicite stabilite în sarcina autorității publice prin titlul executoriu, nu poate fi reținută nici îndeplinirea cerinței culpei autorității publice în neexecutarea conformă a respectivei obligații.

Așa fiind, pentru neîndeplinirea cumulativă a condițiilor pentru antrenarea răspunderii juridice a autorității publice cu consecința aplicării conducătorului autorității publice a sancțiunii amenzii precum și pentru plata penalităților în condițiile art.906 din Codul de procedură civilă, Curtea, în temeiul dispozițiilor art.496 (1) și 488 pct.8 din Codul de procedură civilă, va casa sentința recurată și în rejudecare va respinge – ca nefondată – acțiunea 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, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal la data de 08.09.2020, sub nr. .../86/2020, reclamanta RNP Romsilva – Direcția Silvică, în contradictoriu cu pârâțul Ministerul Mediului, Apelor și 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 deținut de R.N.P. - ROMSILVA și a Raportului nr. 18329/18.08.2020, ca parte integrantă a propunerii inițiate de Garda Forestieră.

Pârâțul Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor – Garda Forestieră, prin întâmpinarea formulată la data de 29.09.2020 a solicitat respingerea acțiunii, invocând, în temeiul art.245 și următorii NCPC-, excepția inadmisibilității acțiunii promovate de reclamantă motivat și argumentat de faptul că nu a indicat în concret actul - numărul actului/documentului a cărui suspendare a executării se solicită. De asemenea, acțiunea promovată de către reclamant în mod evident este rămasă ca fără obiect motivat și argumentat de faptul că propunerea de retragere - adresa nr. 18366/19.08.2020 - a Certificatului de atestare seria D, nr. 1696/ 27.09.2018 deținut 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 instituția pârâtă dispune retragerea certificatului, ci comisia la propunerea pârâtei, care propunere putea fi acceptată sau după caz nu.

Prin sentința nr. 737 din 5 noiembrie 2020, Tribunalul Suceava – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a admis excepția inadmisibilității 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 pârâțul Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor – Garda Forestieră, având ca obiect „suspendare executare act administrativ.”

Împotriva acestei sentințe, pe care a criticat-o pentru nelegalitate și netemeinicie, a promovat recurs reclamanta RNP Romsilva – Direcția 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 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. 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 recurenteii 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 speță, nu există o hotărâre penală prin care să se fi dispus condamnarea pentru tăieri ilegale astfel că nu s-a făcut dovada existenței vinovăției. Pentru aceste motive, a solicitat revocarea actului atacat, acesta fiind emis cu încălcarea prevederilor legale, cu prejudicierea gravă a drepturilor și intereselor legitime ale sale. În ce privește iminența producerii unei pagube, ca și chestiune de fapt, lăsată la aprecierea instanței investite cu soluționarea cererii de suspendare, aceasta este evidentă în speță.

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, Direcția 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 obligațiile și astfel se produc prejudicii iremediabile fondului forestier. Nu în ultimul rând, la momentul de față, formația de exploatare are un număr de 12 de salariați, toți angajații având încheiat contract individual de muncă, retragerea certificatului de atestare având efecte directe și asupra lor, aceștia riscând să își piardă practic locul de muncă. Prejudiciul desemnează orice încălcare a unui drept care are o valoare patrimonială, fiind considerat cert atât prejudiciul actual, cât și cel viitor, cu condiția să fie previzibil. De asemenea, prejudiciul poate fi atât unul material, efectiv, cât și procesual, prin suspendare legiuitorul înțelegând să asigure protecție persoanelor fizice și juridice, în raport cu autoritățile publice, ale căror acte sunt executorii de drept, cu scopul de a evita exercitarea de către autoritățile publice a prerogativelor pe care le au, în mod discreționar. Pe fondul cererii de suspendare, recurenta a apreciat propunerea ca fiind nelegală și netemeinică, în condițiile în care dispozițiile 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 situații: i) dacă sunt constatate vătămări ale semînțurilor 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 constator, prin care se propune retragerea certificatului de atestare.

Recurenta a învederat împrejurarea că prin Raportul nr. 18329/18.08.2020, aprobat de către inspectorul șef, s-a propus ca măsură retragerea Certificatului de atestare/reatestare exploatare forestieră, menționându-se faptul că „au fost demarate cercetări de către organele abilitate sub aspectul săvârșirii infracțiunii de tăiere fără drept de arbori și furt de arbori fapte prevăzute și 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 menționat s-a propus sesizarea organelor de cercetare penală pentru faptele care pot întruni elementele constitutive ale infracțiunii de tăiere ilegală și, la acest moment, nu este dată prezența unei infracțiuni 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 și 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 – Direcția 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.1696/27.09.2018, 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.1696/27.09.2018, 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 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. 21 alin. 1 lit. i) din O.M. nr.1106/2018 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 constatat, 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 privește constatarea 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 și 110 personalul silvic din cadrul autorității publice centrale care răspunde de silvicultură și al structurilor teritoriale cu specific silvic. Așa fiind, angajații gărzii forestiere, au competența de a constata fapta de tăiere ilegală de arbori prevăzută și sancționată de dispozițiile art. 107 din Legea nr. 46/2008 republicată.

Referitor la susținerile 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 săvârșirea vreunei infracțiuni, nu există o hotărâre definitivă a unei instanțe penale, consideră că aceasta nu se circumscrie dispozițiilor 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 același act normativ.

Pentru toate aceste considerente a solicitat respingerea recursului ca nefondat, și menținerea hotărârii primei instanțe ca fiind legală și 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 esență motivele de apel.

La data de 21.01.2021 intimata a depus la dosar note scrise prin care a reiterat în esență 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 semintășurilor 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 constatat, *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 constatat, 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. Excepția lipsei de interes în promovarea unei plângeri împotriva deciziei Consiliului Național de Soluționarea Contestațiilor în situația în care oferta petentei nu se mai află în perioada de valabilitate.

Rezumat:

Potrivit dispozițiilor art.124 din HG nr.395/2016:

„(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale 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 obligație în sarcina competitorilor de a întreprinde – din proprie inițiativă – demersuri pentru prelungirea valabilității ofertelor depuse, singura sancțiune stabilită de textul normei constă în respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă pentru situația în care autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare, iar operatorul economic nu se conformează acestei solicitări, ipoteză care nu se regăsește în litigiul pendinte, astfel încât este nefondată excepția lipsei de interes.

(Decizia nr. 64 din 5 februarie 2021, dosar nr. 723/39/2020)

Hotărârea:

Prin plângerea înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava – Secția de Contencios Administrativ și 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 Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), solicitând admiterea plângerii, modificarea în parte a deciziei CNSC în sensul admiterii în totalitate a cererii de intervenție cu privire la contestația formulată de SC B. SRL și respingerea în integralitate a contestației formulate de aceasta cu privire la societatea intervenientă, cu consecința menținerii

actelor autorității contractante privind oferta depusă și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii.

În motivare, petenta arată următoarele:

Soluția de admitere a contestației formulate de SC B. SRL în contradictoriu cu Spitalul Județean de Urgență, de respingere a cererii de intervenție depusă de SC A.SRL în ceea ce privește această societate, cu consecința anulării actelor autorității contractante privind oferta depusă de SC A. SRL și anulării adresei de comunicare a rezultatului procedurii este nelegală și netemeinică, fiind emisă cu încălcarea dispozițiilor legale incidente și prin interpretarea greșită a documentației de atribuire.

S-a reținut că este întemeiată critica SC B. SRL referitoare la subdimensionarea cheltuielilor indirecte sub două aspecte:

Primul aspect vizează împrejurarea că în lămuririle aduse autorității contractante cu privire la justificarea valorilor incluse în oferta pentru stocul de echipamente de protecții și uniforme, se regăsesc și facturi proforme care nu fac dovada achiziției materialelor cuprinse în acestea, ci numai a înștiințării cumpărătorului asupra prețului aferent, fără transferul proprietății și fără obligații 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 și echipamente de protecție și de lucru, aflate în stoc și evidențiate în ultimul bilanț contabil încheiat, sau alte documente, dacă achiziția s-a efectuat după întocmirea bilanțului (facturi, etc)”. Scopul avut în vedere de AC consta în a se asigura că SC A. SRL are resursele financiare necesare raportat la prețurile concrete ale pieței și nu de a se dovedi deținerea efectivă a acestora în stoc. Acesta este motivul pentru care s-a menționat generic „facturi”. Acest lucru ar fi fost inutil în condițiile în care verificarea dotării tehnico-materiale a societății este de competența IGPR prin Inspectoratul de Poliție Județean. Conform ultimei activități de control realizată de polițiștii specializați din cadrul I.P.J. la data de 26.08.2020, în cadrul procedurii administrative de relicențiere a societății (proces verbal nr. 95862/ 26.08.2020 anexat în copie), aflat la dosar, au fost consemnate următoarele: „Cu privire la dotarea societății cu uniforme, mijloace de autoapărare, intervenție și de comunicare, la data efectuării verificărilor, situația prezentată de conducerea societății este următoarea: stații emisie recepție – 12 bucăți, uniformă specifică de vară – 60, iarnă – 40, total 100 echipamente, nr. tomfe - 25, nr. lanterne - 50, spray iritant lacrimogene - 12, documente tipizate - 100, fax -1, xerox -1, computere - 5, nr. autovehicule - 5, din care inscripționate -1. A fost verificată dotarea tehnico-materială, constatându-se că datele cuprinse în declarația depusă de administratorul societății, la documentația de reînnoire a licenței, corespund cu cele existente în teren.” Procesul verbal mai sus menționat nu a fost luat în considerare de către CNSC în emiterea Hotărârii, desi a fost anexat, ca material probant cererii de intervenției a SC A.SRL înaintate CNSC.

Al doilea aspect are în vedere susținerea intimată potrivit căreia SC A. SRL nu a justificat cheltuielile pentru chirii, amortizări, utilități, telefon, e-mail, fax, combustibil, salarii personal administrativ și de conducere, critică considerată întemeiată de CNSC.

Și în această situație, Consiliul a dat o interpretare greșită 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 atașarea de documente care ar putea justifica astfel de cheltuieli, ținând cont de faptul că ofertantul răspunde de corectitudinea acestor sume atât din punct de vedere al ofertei, cât și 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 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii, în condițiile în care SC B. SRL nu face dovada celor susținute (nu depune nicio

dovadă care să contrazică aceste sume).

Petenta SC A. SRL consideră că CNSC nu a sesizat caracterul absolut speculativ al susținerilor SC B. SRL în referire la faptul ca aceste cheltuieli indirecte sunt subdimensionate, în condițiile în care nu a prezentat niciun calcul/rationament financiar contabil comparativ care să identifice limita inferioară a cheltuielilor necesare funcționării unei societăți de paza în cadrul prezentului contract și că, în lipsa probării celor susținute de intimata SC B. SRL se impunea respingerea contestației adresate Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de aceasta ca neîntemeiată.

La data de 14.12.2020, a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel Suceava – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal plângerea nr.../39/2020, prin care petenta S.C. B. SRL, în contradictoriu cu intimatul Spitalul Județean de Urgență, a solicitat Modificarea Deciziei CNSC nr. 2196/C8/2349, 2352/26.11.2020 și admiterea contestației sub toate aspectele de neconformitate precizate pentru fiecare ofertă, menținerea Deciziei CNSC sub cele două aspecte pentru care s-a dispus reevaluarea și, pe cale de consecință, 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 și a comunicării adresate ofertantului declarat câștigător, respectiv SC A. SRL, cât și a raportului procedurii înregistrat cu nr. 24386/19.10.2020 și a oricăror și tuturor actelor ce au stat la baza Comunicărilor, precum și a eventualelor acte subsecvente acesteia în ceea ce privește stabilirea ofertei câștigătoare și 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 consecința constatării inacceptabilității/neconformității acestora și, pe cale de consecință, modificarea în parte a oricăror și tuturor actelor care au stat la baza stabilirii ofertei câștigătoare, precum și a eventualelor acte subsecvente acesteia.

- stabilirea ofertei câștigătoare 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 Județean de Urgență (denumit în continuare „Autoritatea Contractantă”) a publicat în S.E.A.P anunț de participare simplificat nr. SCN 1070957/03.07.2020, prin care a adus la cunoștința operatorilor economici interesați organizarea procedurii de licitație Procedura simplificata - într-o singură etapă (online) pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Acord cadru de achiziție publică de prestări servicii pază”, criteriul de atribuire fiind „Prețul cel mai scăzut”.

Potrivit anunțului de participare simplificat, valoarea estimată a acordului cadru este de minim 2.022.088,32 lei fără TVA și 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 documentației 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 și 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 câștigătoare întrucât nu a înregistrat prețul cel mai scăzut, iar oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de SC A. SRL cu o valoare de 1.949.330,74 lei fără TVA și un tarif orar de 15.89 lei/ora.

Analizând informațiile din dosarul achiziției care i-a fost pus la dispoziție în urma cererii din 21.10.2020, petenta consideră că evaluarea propunerilor tehnice și financiare în cadrul procedurii nu s-a făcut în conformitate cu prevederile legale și dispozițiile documentației de atribuire pentru motivele pe care le detaliază mai jos.

Este evidentă încălcarea flagrantă a prevederilor legale și a principiilor în materia achizițiilor publice având în vedere că ofertele clasate pe primele 3 locuri în clasament nu au fost analizate sub aspectele de neconformitate și de inacceptabilitate prevăzute de art. 134 alin.

6 din HG 395/2016 și 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 și 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 contestația 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 contestației. Petenta apreciază că această contestație trebuia admisă în totalitatea ei, subzistând în ceea ce privește ofertele depuse toate neconformitățile indicate de petentă, după cum urmează:

I. Cu privire la oferta SC A.SRL:

1. Prin contestația formulată, petenta a arătat că din analiza ofertei financiare și a fundamentării prezentate de operatorul economic ca urmare a solicitării de clarificări a autorității contractante, se constată două 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 și indirecte, profit, etc) calculată în baza cantităților și a prețurilor unitare ofertate de SC A.SRL este de 1953644,00 lei și 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 prețuri ofertă (fără alte cheltuieli directe și indirecte, profit, etc) depășește valoarea totală ofertată, și 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 și motivele care au condus CNSC la validarea calculului făcute de interveniență și respingerea susținerilor petentei s-a făcut în mod nejustificat și neîntemeiat.

b. Prin contestația 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 X 125%) și nu 30,66 lei/ora (așa cum este prezentat în fundamentarea de pret). Astfel valoarea corectată (fără alte cheltuieli directe și 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 și pentru cea de noapte în sărbători legale trebuie să pornească de la aceeași bază, respectiv tariful de bază, respectiv valoarea manoperei/agent/ora/zi, se relevă caracterul nefondat al celor susținute 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, și această susținere a contestatoarei se vedește a fi nefondată”.

Din acest punct de vedere Decizia CNSC este nelegală întrucât cele două sporuri - sporul de noapte și sporul de sărbătoare legală - nu se exclud unul pe altul și atunci când apare munca prestată noaptea în zile de sărbători legale, acestea se cumulează.

2. Prin contestația formulată, petenta a arătat că oferta nu conține 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 cotate o valoare minimă aferentă concediului de odihnă de 133193,86 lei. Aceasta valoare trebuia adăugată la valoarea totală a ofertantului, rezultând astfel un preț mai mare decât cel oferit de ofertantul declarat câștigător.

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 și nu numai cu privire la existența efectivă a acestora. Așa cum am arătat prin contestația formulată cuantumul cheltuielilor cu concediul de odihnă trebuia să fie de 133193,86 lei și nu de 69.130 lei cât a arătat intervenienta.

3. Prin contestația formulată, petenta a arătat că oferta nu conține costurile necesare pentru remunerarea șefului de tură. În cadrul propunerii tehnice a ofertantului SC A.SRL nu a fost menționat acest sef de tură nici măcar la nivel teoretic, oferta acestuia fiind neconformă din acest punct de vedere întrucât aceasta nu respecta dispozițiile caietului de sarcini, nominalizarea unui sef de tură fiind o cerință minimă de calificare. Prin luarea în calcul a acestei categorii, suma necesară pentru acoperirea cheltuielii cu șeful de tură este mult mai mare.

Este evident faptul că pentru această funcție 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 atribuții de șef de tură (adică agentul de pază își va termina tura de serviciu și va presta munca suplimentară îndeplinind atribuții ca șef de tură), persoana desemnată nu va putea îndeplini în același timp atribuțiile de agent pază aflat în serviciu) cât și cele de șef tură (aflat în serviciu), fapt ce este interzis și clarificat prin răspunsul primit de la Inspectoratul Județean de Poliție - Serviciul de Ordine Publică .

Așadar, în mod neîntemeiat a fost respinsă această critică cu privire la oferta declarată câștigătoare.

4. Prin contestația formulată, petenta a mai arătat că oferta SC A.SRL este nesusținută și din punctul de vedere al cheltuielilor indirecte care au fost mult subdimensionate față de necesarul de echipamente prevăzut de legislația în vigoare, dar și raportat la cuantumul cheltuielilor declarate pentru fiecare tip de cheltuială. Cu privire la aspectele menționate prin contestație pentru acest capăt de cerere, CNSC a admis contestația formulată și a dispus reevaluarea.

Cu privire la inacceptabilitatea ofertei prezentate raportat la neconcludența răspunsului cu privire la „lista personalului”, prin contestația 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 și atestatelor deținute de acesta și o listă a registrelor necesare conform legii pentru desfășurarea activității 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 și aceste persoane, iar la solicitarea de a prezenta documentele specifice conform celor menționate în Caietul de sarcini la Capitolul III s-a transmis doar o listă a acestor registre, deși solicitarea autorității a fost aceea de a prezenta documentele și 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 contestația formulată, petenta a arătat că oferta SC A. SRL urma să fie descalificată chiar din faza de evaluare DUAE având în vedere faptul că aceasta societate nu a participat la procedură cu o ofertă independentă așa cum prevede art. 167, alin.1, lit. d din Legea nr. 98/2016. La prezenta procedură au fost înscrise două societăți comerciale a căror acționariat este comun, SC A. SRL și SC E. SRL. Deși cea de a doua societate s-a retras din procedură, depunerea de ofertă de către cele două societăți cu acționariat comun a fost menită să denatureze concurența în sensul prevăzut de art. 167, alin.1, lit. d din Legea nr. 98/2016 și, prin urmare, aceste societăți urmau să fie descalificate din faza de evaluare DUAE.

Prin decizia CNSC se arată că „autoritatea contractantă a purtat o corespondență cu Consiliul Concurenței, iar constatând că SC E. SRL s-a retras din procedura de atribuire, solicitarea autorității contractante de emitere a unui punct de vedere de către Consiliul Concurenței a rămas lipsită de obiect”. Dar nu se poate considera că în cauză nu a intervenit un

caz de denaturare a concurenței.

Consideră petenta că aprecierea cu privire la încadrarea în disp. art. 167, alin.1, lit. d din Legea nr. 98/2016 trebuie făcută doar raportat la data depunerii ofertelor și nu la data analizării acestora, la fel ca toate celelalte condiții de participare la procedură care trebuie îndeplinite de ofertanți.

II. Cu privire la oferta SC C. SRL

1. Prin contestația formulată, petenta a arătat că din analiza ofertei financiare și a fundamentării prezentate ca urmare a solicitării de clarificări a autorității 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 și care nu poate fi justificat. SC C. SRL a precizat că nu acordă sporul minim obligatoriu impus de legislația art. 126 lit. a) Codul muncii cu modificările și 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 modalități.

Cu privire la acest capăt de cerere CNSC constată că „...societatea face mențiuni și calcule privind reducerea programului de lucru pentru salariații de noapte. În aceste condiții, se vedește caracterul nefondat al susținerilor contestatoarei.” Dar respingerea acestui capăt de cerere s-a făcut neîntemeiat justificat de faptul că, în chiar situația în care s-ar reduce programul de muncă pentru unii salariați, acest fapt tot implică costuri suplimentare, orele nelucrate de aceștia urmând a fi suplimentate de alți agenți.

Prin urmare, în mod neîntemeiat a fost respinsă această critică cu privire la oferta SC C. SRL.

2. Prin contestația depusă, petenta a arătat că oferta SC C. SRL urma a fi analizată și cu privire la conformitatea ofertei tehnice, având în vedere că în cadrul acesteia se regăsește doar o enunțare a echipamentelor de care dispune operatorul economic, cu precizarea că acestea se regăsesc în stoc. Cu privire la acest capăt de cerere, contestația a fost admisă, context în care petenta apreciază că sub acest aspect Decizia CNSC trebuie menținută.

Dar prin contestație a mai arătat petenta că nici acest ofertant nu a respectat cerințele caietului de sarcini și ale răspunsului la solicitarea de clarificări mai sus menționate pentru a asigura prezentarea unui șef de tură în cadrul ofertei sale, nici măcar la nivel teoretic, oferta acestuia fiind neconformă din acest punct de vedere întrucât aceasta nu respectă dispozițiile caietului de sarcini. Din punct de vedere financiar, pentru șefii de tură ofertanții participanți la procedură urmau să aloce un timp minim de muncă de 2 ore, care năștea obligația acestora de a evidenția în cadrul propunerii financiare cheltuielile cu acest tip de personal. Fiindu-i solicitate clarificări cu privire la șeful de tură de către autoritatea contractantă, ofertantul raportat la tariful orar prevăzut în propunerea sa financiară, în mod evident a menționat o sumă nesustenabilă, prețul fiind neobișnuit de scăzut. Acest răspuns trebuia să fie catalogat de autoritatea contractantă ca fiind neconcludent.

Cu privire la acest capăt de cerere CNSC a apreciat că răspunsul ofertantului cu privire la faptul că ar fi inclus plata acestui șef de tură în cheltuielile indirecte ar fi concludent.

Însă față de cele constatate de CNSC petenta arată faptul că cheltuielile cu personalul nu pot face parte din categoria cheltuielilor indirecte și justificarea ofertantului nu putea fi avută în vedere de CNSC ca fiind una concludentă. Mai mult, din caietul de sarcini și fișa de date a achiziției rezultă cu claritate faptul că pentru aceasta funcție trebuie nominalizată o altă persoană sau dacă nu este nominalizată o altă persoană trebuie prevăzute cheltuieli suplimentare pentru acele zile în care șeful de tură are și atribuții de agent de pază.

Așadar, 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 și 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 și financiară.

Cu privire la acest aspect, CNSC a constatat că acest caracter confidențial al ofertei în discuție a fost determinat de „declarația de confidențialitate a reprezentantului societății în care se arată motivele pentru care s-a apreciat în acest sens, respectiv datele cu caracter personal din cadrul documentelor, informațiilor interne ale societății, particularitatea modului de ofertare și de organizare a societății, resursele societății, crearea unei structuri de securitate destinată protecției informațiilor clasificate, nivel secret de serviciu, documentațiile tehnice și financiare aferente ofertelor depuse în procedurile de achiziție.”

Petenta consideră că aceste susțineri ale CNSC nu pot fi primite pentru motivele pe care, de altfel, le-a dezvoltat și prin contestație, după cum urmează:

Ceea ce a prezentat CNSC ca și argumente pentru păstrarea confidențialității ofertei sunt argumente pur formale nearătând că vreuna dintre informațiile declarate confidențiale 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 excepție, în ceea ce privește accesul liber la dosarul achiziției ulterior finalizării procedurii este nedenaturarea concurenței.

Prin urmare, în mod neîntemeiat a respins CNSC solicitarea petentei de a i se permite accesul nerestricționat la dosarul achiziției și solicită obligarea autorității contractante ca, în faza de reevaluare, să permită petentei accesul nerestricționat la oferta SC D. SRL.

2. Prin contestația formulată, petenta a mai arătat că, din documentele achiziției, rezultă minim o neconformitate întrucât aceasta nu conține costurile necesare pentru remunerarea șefului 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 cotată pentru acoperirea cheltuielii cu șeful de tură este mult mai mare. În acest context, răspunsul ofertantului în cauză trebuia să fie catalogat de autoritatea contractantă ca fiind neconcludent întrucât funcția de șef de tură nu poate fi asigurată de un agent de pază aflat în serviciu din cei nominalizați în ofertă ca fiind responsabili cu paza. Prin urmare, consideră petenta că acest răspuns al ofertantului este vădit neconcludent nefiind însoțit de o calculație realistă și nefăcând dovada faptului că într-adevăr aceste costuri ar fi fost incluse în oferta financiară totală, deci în mod neîntemeiat a fost respinsă și această critică cu privire la oferta SC D. SRL.

În concluzie, oferta SC D. SRL trebuia să fie respinsă ca neconformă și inacceptabilă.

La data de 07.01.2021, B. SRL a invocat:

1. Excepția conexității, raportat la disp. art. 17, alin. 2 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 139 din Codul de procedura civilă, solicitând conexarea cauzelor de formează obiectul dosarelor nr. .../39/2020 și nr. .../39/2020 - ambele aflate pe rolul Curții de Apel Suceava. Solicitarea se întemeiază pe faptul că în ambele dosare a fost formulată plângere împotriva aceleiași Decizii ale CNSC, respectiv Decizia nr. 2196/C8/2349, 2352/26.11.2020.

2. Excepția lipsei de interes a intervenientei SC A.SRL având în vedere faptul că oferta acestei societăți nu se mai află în perioada de valabilitate de la data de 31.12.2020 și 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 față de societate, fiind ieșită din perioada de valabilitate, aceasta nu mai are calitatea de operator economic interesat în procedură și, prin urmare, nu mai justifică un interes actual, legitim și determinat în promovarea cererii de intervenție formulate.

Aceeași cerere a fost depusă și în dosarul nr..../39/2020 la aceeași 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 instanța 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 și aceasta nu cuprinde erori de calcul și subestimări ale costurilor, așa cum se susține în 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 prețului oferat, fără a detalia motivele care au stat la baza validării acestor calcule. Această critică este total nefondată.

Așa cum s-a arătat în cererea de intervenție, în calculele pe care le-a realizat, s SC A.SRL nu a comis nicio eroare aritmetică, deoarece prețul a fost calculat prin diferențierea orelor lucrate ziua în zilele normale de lucru și a orelor lucrate ziua în zilele de sărbători legale, aceeași diferențiere fiind păstrată și în cazul orelor lucrate noaptea. Eroarea nu se regăsește în oferta societății, ci în calculele prezentate de SC B. SRL în contestație și în plângere, societatea petentă realizându-le fără diferențierea amintită. Și concediul de odihnă a fost prevăzut, alături de cheltuielile indirecte, iar toate calculele sunt corecte și în conformitate cu prevederile legale incidente legislației muncii în vigoare.

b. O a doua critică a petentei are în vedere susținerea 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 și nu 30,66 lei/oră cum este prezentat în fundamentarea de preț. Și această critică este nefondată, iar soluția de respingere a acesteia de către Consiliu este legală și temeinică. Și în acest caz, contestatorul face grave confuzii în procesul de formare a prețului, prin aceea că a înmulțit în mod eronat (intenționat sau nu), tariful pentru ora de zi sărbători legale cu sporul de noapte 25%.

2. O altă critică are în vedere soluția CNSC de respingere a contestației cu privire la susținerile contestatoarei conform căroră Consiliul ar fi trebuit să verifice corectitudinea cheltuielilor aferente concediului de odihnă sub aspectul cuantumului precizat și nu numai cu privire la existența efectivă a acestora. Si în această situație, criticile sunt nefondate. CNSC a analizat corectitudinea cheltuielilor aferente concediului de odihnă prin prisma răspunsului la clarificări nr. 642 din 16.09.2020 și a precizărilor din cererea de intervenție.

3. În legătură cu criticile contestatoarei față de soluția de respingere a susținerilor conform căroră oferta nu conține costurile necesare pentru remunerarea șefului de tură, CNSC a procedat în mod corect și legal, constatând că în fundamentarea de preț prezentată de societatea SC A. SRL se regăsește inclusiv indicarea unui număr de 31 de agenți, de unde rezultă că această valoare a fost luată în calculul ofertei, așa cum este fundamentată în actul prezentat.

Prin mențiunile (transformate în critici) privind necesitatea unui șef de tură, societatea contestatoare adaugă la prevederile caietului de sarcini, substituindu-se autorității contractante, operând în raționamentul prezentat cu prezumții privind timpul de muncă minim necesar pentru coordonarea zilnică a activității de pază (2 ore). Acest raționament al contestatorului are ca scop plierea pe oferta proprie și crearea unor costuri suplimentare în vederea descalificării altor ofertanți.

4. Când privește lista personalului care va presta serviciul oferat, Consiliul a constatat în mod legal și corect că SC A.SRL a răspuns solicitării autorității din adresa acesteia nr. 1234 din 11.08.2020 care nu viza și prezentarea documentelor de colaborare între persoanele desemnate și societate, astfel încât răspunsul nu prezintă elemente de neconcludență.

5. Referitor la ultima critică a petentei privind oferta SC A.SRL, vizând pretinsa denaturare a concurenței, Consiliul a reținut, în mod corect, că autoritatea contractantă a purtat o corespondență cu Consiliul Concurenței 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 competiție doar SC A.SRL, situație în care nu mai sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. d) din

Legea nr. 98/2016, care fac referire la oferte depuse de doi sau mai mulți operatori economici. În aceste condiții, Consiliul a constatat aceste critici ca lipsite de obiect.

Autoritatea contractantă Spitalul Județean de Urgență a depus în dosarul nr..../39/2020 întâmpinare, prin care a solicitat respingerea ca nefondată a plângerii formulate de S.C. B. SRL și a arătat următoarele:

I. Cu privire la oferta S.C. A.SRL

Referitor la contestația formulată, consideră oferta declarată câștigătoare conformă și acceptabilă potrivit celor detaliate la filele 43-44 verso.

II. Cu privire la oferta S.C. C. SRL, apreciază că și aceasta este conformă și acceptabilă, argumentele și calculele fiind detaliate la filele 45-46.

III. Cu privire la oferta S.C. D. SRL, apărările autorității contractante au fost expuse la fila 46 verso din întâmpinare.

Analizând plângerile formulate prin raportare la dosarul achiziției și la înscrisurile depuse la dosar, Curtea reține următoarele:

A) Prioritar, Curtea va analiza și se va pronunța cu privire la excepțiile invocate de părțile litigante:

Astfel:

*S.C. A.SRL a invocat **excepția tardivității formulării plângerii S.C. B. SRL împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 2196/C8/2349, 2352 din 26.11.2020.**

Potrivit dispozițiilor 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 și 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 Național de Soluționare a Contestațiilor a fost comunicată petentei S.C. B. SRL la data de 04.12.2020 iar plângerea a fost transmisă on-line pe adresa Curții de Apel Suceava la data de 11.12.2020– înăuntrul termenului de 10 zile prevăzut de art.29 din Legea nr.101/2016 - așa încât excepția tardivității este nefondată.

* S.C. B. SRL a invocat **excepția lipsei de interes a SC A. SRL** în condițiile în care oferta acesteia nu se mai află în perioada de valabilitate (31.12.2020) și nici nu a fost transmisă opțiunea ofertantului privind prelungirea acestei oferte în termenul legal (fila 35 dosar 723/39/2020.

Potrivit dispozițiilor art.124 din HG nr.395/2016:

„(1) Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale 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 documentația 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 autorității contractante, motivat de depunerea contestațiilor/plângerilor formulate de operatorii participanți la procedura de achiziție.

Din economia textului mai sus citat, nu rezultă nicio obligație în sarcina competitorilor de a întreprinde – din proprie inițiativă – demersuri pentru prelungirea valabilității ofertelor depuse, singura sancțiune stabilită de textul normei constă în respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă pentru situația în care autoritatea contractantă a solicitat prelungirea valabilității ofertelor și a garanției de participare, iar operatorul economic nu se conformează acestei solicitări, ipoteză care nu se regăsește în litigiul pendinte, astfel încât Curtea va respinge ca nefondată excepția.

***Curtea va constata ca fiind rămasă fără obiect excepția conexității**, față 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 reține următoarele:

Spitalul Județean de Urgență a inițiat o procedură simplificată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Acord cadru de achiziție publică de prestări servicii de pază”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului 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 „prețul 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 câștigătoare, deoarece nu a avut cel mai mic preț, fiind declarată astfel oferta depusă de SC A.SRL cu tariful orar de 15,89 lei/ora și o valoare totală maximă de 1.949.330,74 lei.

Prin Decizia nr. 2196/C8/2349, 2352 din 26.11.2020, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a admis – în parte – contestația formulată de SC B. SRL, a anulat actele autorității contractante privind ofertele depuse de S.C. A. SRL și S.C. C. SRL, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii și a dispus obligarea autorității contractante ca în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să reanalizeze ofertele depuse de cei doi ofertanți în limitele reținute în motivarea Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Curtea va analiza în cele ce urmează Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor privind anularea – parțială – a evaluărilor autorității contractante sub aspectele reținute în considerentele Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și 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 Național de Soluționare a Contestațiilor – vizează subdimensionarea, de către ofertantul declarat câștigător al procedurii de achiziție, S.C. A.SRL, a cheltuielilor indirecte în raport de specificul activităților care urmează să fie îndeplinite în baza contractului de achiziție, precum și faptul că dovada echipamentelor deținute de ofertantul declarat câștigător (echipamente de protecție și uniforme) s-a făcut cu facturi proforma care nu fac dovada achiziției respectivelor materiale.

Răspunzând acestor critici, Curtea constată că, prin adresa nr.1659/15.09.2020, autoritatea contractantă a adresat ofertantului declarat câștigător o solicitare de clarificări în sensul **pct.3**, de a transmite „listă cu inventarul de uniforme și echipamente de protecție și de lucru aflate în stoc și evidențiate în ultimul bilanț contabil încheiat sau alte documente dacă achiziția s-a efectuat după încheierea bilanțului (facturi etc.)”

Ofertantul declarat câștigător, prin adresa nr.642/16.09.2020, a răspuns solicitării autorității contractante prin atașarea unor facturi proforme.

Din maniera în care s-a purtat corespondența între părți, Curtea observă că S.C. A.SRL a înțeles să răspundă solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă, optând pentru

variante depunerii „altor documente dacă achiziția s-a efectuat după încheierea bilanțului (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 obligații cum ar fi cea de păstrare a prețului anunțat pentru întreaga perioadă de valabilitate a ofertei cuprinse în factura proforma.

Pentru primitor, factura pe care este înscrisă mențiunea „proforma” are doar un caracter informativ, în sensul că nu generează niciun fel de obligații pentru acesta, respectiv nu atestă transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor menționate în ea.

Din punct de vedere contabil, acesta nu este un document justificativ în baza căruia să se poată înregistra în contabilitate bunurile și serviciile achiziționate.

Din perspectiva celor mai sus evocate, este evident că autoritatea contractantă a înțeles – prin solicitarea de clarificări – să-i fie asigurate garanții din partea ofertantului, dovedite cu documente care atestă dreptul său de proprietate asupra uniformelor și echipamentelor de protecție și de lucru, or, facturile proforma precum și procesul-verbal de constatare încheiat de polițiștii specializați din cadrul Inspectoratului de Poliție Județean datat 26.08.2020 ***nu îndeplinesc exigențele impuse prin solicitările autorității contractante și nu oferă – din partea ofertantului – garanții pentru executarea contractului.***

Așa 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 soluția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de admitere a contestației formulate de S.C. B. SRL care a criticat subdimensionarea cheltuielilor directe și indirecte oferite de S.C. A.SRL (Exemple: servicii de telefonie 20 lei și cele de e-mail – 10 lei), precum și lipsa documentelor justificative pentru cheltuielile cu serviciile de internet/telefonie mobilă pentru cele 7 posturi de pază și unul destinat șefului de tură.

În analiza acestei critici, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a reținut că autorității contractante îi revenea obligația de a transmite S.C. A.SRL o solicitare expresă pentru depunerea documentelor justificative în fundamentarea acestor tipuri de cheltuieli, obligație neonorată de autoritatea contractantă.

Răspunzând acestor critici, Curtea observă că prin adresa autorității contractante nr.1649/15.09.2020, ofertantului declarat câștigător i-a fost transmisă o solicitare de clarificări în sensul pct.4 „de a detalia cheltuielile directe și indirecte (chirii, amortizări, utilități, telefon, e-mail, fax, combustibili, salarii personal administrativ și de conducere etc.)”, solicitare față de care ofertantul a răspuns prin adresa nr.642/16.09.2020, detaliind respectivele cheltuieli.

Potrivit propunerii tehnice oferite de S.C. A.SRL, acesta a arătat că serviciul de pază al obiectivului se va asigura în 7 posturi (5 posturi fixe și 2 posturi mobile) dotate cu 8 sisteme de comunicare de tip emisie-recepție (cu posibilitatea suplimentării pentru fiecare post de pază) și cu 10 telefoane mobile.

Curtea nu a identificat la dosar documente justificative cu privire la cheltuielile aferente funcționării telefon-e-mail, așa încât critica formulată ***punctual*** în acest sens de petenta S.C. B. SRL apare ca întemeiată.

Cu privire la critica aceleiași petente care invocă lipsa documentelor justificative pentru celelalte cheltuieli indirecte, ***Curtea*** observă caracterul ei extrem de general, așa 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 Național de Soluționare a Contestațiilor 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 Național de Soluționare a Contestațiilor a formulat plângere și S.C. B. SRL și vizează evaluarea ofertelor depuse de S.C. A.SRL, S.C. C. SRL și S.C. D. SRL.

c) Astfel, o primă critică formulată, vizează metoda de calcul greșită 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 Național de Soluționare a Contestațiilor.

În acest sens, Curtea observă că – în acord cu legislația muncii - S.C. A.SRL a înțeles să acorde salariaților un spor de 25% pentru munca de noapte, 100% pentru munca prestată în sărbătorile legale și 125% pentru munca prestată noaptea în sărbătorile legale – sporuri evidențiate în oferta sa financiară.

Compensațiile 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 și de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și care este în acord cu scopul legal urmărit pentru care sunt acordate respectivele compensații bănești.

Munca de noapte își găsește reglementarea în dispozițiile art.125 - 128 din Codul Muncii, precum și în legislația europeană în materie, Directiva 2003/88/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

Aplicarea unui procent de 125% pentru prestarea muncii pe timp de noapte și în sărbătorile legale (cel mai mare sub aspectul quantumului comparativ cu celelalte sporuri) reprezintă o compensare suficientă și echitabilă pentru riscurile speciale, tensiunile fizice și mintale deosebite la care este supus salariatul prin prestarea muncii în atari condiții, compensație 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 plății concediului anual de odihnă – critică respinsă – ca nefondată – de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu argumentația 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 și 2 posturi mobile – a se vedea propunerea tehnică) un număr de 31 de salariați.

Potrivit susținerilor acestui ofertant, formulate atât în procedura din fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cât și în fața Curții (a se vedea întâmpinări și 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.

Calculule prezentate de ofertantul S.C. A.SRL pun în evidență faptul că suma ofertată cu acest titlu – 31 salariați x 2230 lei = 69.130 lei - reprezintă cheltuieli corespunzătoare pentru 1 an (12 luni) în condițiile în care termenul contractual este de 24 luni, iar celelalte cheltuieli ofertate cu plata forței de muncă au fost calculate referitor la perioada celor 24 luni de execuție 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 salariați pe durata a 24 de luni.

În acest sens, menținând soluția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de admitere în parte a contestației S.C. B. SRL, de anulare a actelor autorității contractante privind oferta S.C. A.SRL, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, ***Curtea va dispune obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei S.C. A.SRL și 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 și financiară depuse de S.C. A.SRL nu se regăsește „șeful de tură” și respectiv cheltuielile alocate salarizării șefului de tură, cerință impusă prin caietul de sarcini care face trimitere la respectarea prevederilor Legii nr.333/2003 și la art.33 (2) din Normele metodologice de aplicare a acestei legi, aprobate prin HG nr.301/2012, critică respinsă ca nefondată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu motivarea – în esență – că existența „șefului de tură” nu se regăsește ca cerință expresă în caietul de sarcini.

Un prim aspect la care Curtea înțelege să răspundă este acela dacă trimiterile cu caracter general din caietul de sarcini la respectarea de către ofertanți a dispozițiilor Legii nr.333/2003, respectiv Normele metodologice de aplicare a Legii reprezintă *per se* o cerință suficient de explicită și obligatorie pentru ofertanți sub aspectul tuturor obligațiilor prevăzute de lege.

Potrivit dispozițiilor art.154 din Legea nr.98/2016, modificată, „*autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*”.

Lecturarea dispozițiilor art.156 din Legea nr.98/2016 și interpretarea lor prin adecvare la specificul obiectului contractului de achiziție în litigiu, nu exclude posibilitatea ca autoritatea contractantă, în cerințele stabilite în documentația de atribuire, să facă trimitere la respectarea unor dispoziții legale însă, în lumina obligațiilor de principiu impuse prin art.154 din Lege (mai sus citat) dispozițiile legale la care se face trimitere trebuie să fie suficient de precise și explicite pentru a permite ofertanților, pe de o parte, să-și elaboreze ofertele iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă prin comisia de evaluare să procedeze la o evaluare corectă, lipsită de arbitrar.

Petenta susține că dispozițiile 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 șef de tură pe schimb, care efectuează instruirea și repartizarea în posturi a personalului de pază, preluând atribuțiile unui post de pază în caz de nevoie.*” sunt redactate într-o formă suficient de precisă și explicită încât pot fi calificate ca adevărate cerințe ale documentației de atribuire, urmare a trimiterii la respectarea Legii nr.333/2003 din conținutul documentației 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, activitățile specifice sunt coordonate de către un șef de tură/schimb cu atribuțiile enumerate de textul normei.

Textul nu este suficient de explicit în sensul în care se poate interpreta că atribuțiile șefului de tură pot fi preluate și îndeplinite de către oricare dintre persoanele care asigură paza.

În acest sens urmează a fi interpretată și opțiunea autorității contractante care – fără a fi obstrucționată de o normă expresă – ***nu a înțeles să oblige, prin documentația de atribuire, operatorii economici să cuprindă în oferta tehnică/financiară „șeful de tură” cu toate consecințele financiare.***

Curtea înțelege să se limiteze doar la această analiză, în condițiile în care documentația de atribuire nu a făcut obiectul contestației/plângerii, la acest moment fiind consolidată și obligatorie pentru toți participanții la procedura de achiziție.

f) O altă critică formulată de SC B. SRL vizează incidența dispozițiilor 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 autorității contractante conform adresei nr. 1234/11.08.2020.

Din verificarea dosarului achiziției, Curtea constată că prin adresa autorității contractante nr.1234/11.08.2020 s-a solicitat ofertantului S.C. A. SRL „lista cu personalul atestat și documente specifice pentru executarea și evidența serviciului de pază conform pct.III din caietul de sarcini”.

S.C. A.SRL a prezentat autorității contractante listă cu personalul atestat precum și modelele celor 5 tipuri de registre evidențiate la pct.III din caietul de sarcini, așa încât critica formulată în acest sens de petentă este nefondată.

g) O altă critică formulată de S.C. B. SRL vizează incidența dispozițiilor art.167 (1) lit.d din Legea nr.98/2016 cu consecința excluderii din procedura de atribuire a S.C. A.SRL, evaluare care trebuia făcută la data depunerii ofertelor.

Petenta a vizat situația S.C. E. SRL (retrasă din procedură), cu acționariat comun cu S.C. A.SRL.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, 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 și din adresa nr.9966/19.08.2020 a Consiliului Concurenței.

Potrivit dispozițiilor art.167 (1) lit.d din Legea nr.98/2016, „*Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză*”.

Pentru a se putea prevala de dispozițiile articolului sus citat, autoritatea contractantă trebuia să se afle în posesia unor dovezi solide care să pună în evidență comportamentul operatorului economic de maniera distorsionării concurenței în atribuirea contractului și să se afle în imposibilitatea de a remedia această situație prin alte măsuri mai puțin severe.

Retragerea S.C. E. SRL din procedura achiziției a condus la înlăturarea pericolului constând în distorsionarea concurenței – scopul pentru care a fost instituită sancțiunea în discuție - restul aspectelor evocate în susținerea criticii petentei neavând relevanță juridică.

h) O altă critică formulată de petentă vizează pretinsa eroare de calcul strecurată în oferta financiară a ofertantului declarat câștigător, în sensul în care totalul cheltuielilor aferente plății orelor de muncă pe timp de zi/pe timp de noapte/pe timp de zi în sărbători legale și pe timp de noapte în sărbători legale se circumscrie sumei de 1.953.644,00 lei și nu 1.879.186,55 lei, astfel cum este prezentat în oferta financiară.

Prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, 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 întru totul cu cele reținute în procesul-verbal de evaluare, nefiind identificate erorile de calcul menționate de petentă, de natură a modifica valoarea totală a ofertei financiare.

i) Petenta S.C. B. SRL a formulat critici și 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 dispozițiile art.126 din Codul muncii și față de specificul activității care urmează a fi efectuată în baza contractului de achiziție

și nici nu a precizat modalitatea în care va acoperi reducerea programului operată în favoarea celor care prestează activitatea pe timpul nopții.

Răspunzând acestei critici, Curtea constată că potrivit dispozițiilor art.126 lit.a și b din Codul muncii, în vederea protecției sănătății și securității lucrătorilor de noapte, legiuitorul a stabilit că aceștia 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 atașat „fișa privind fundamentarea prețului pentru un post permanent 24 ore” – sens în care a arătat că pentru munca de noapte a optat pentru compensația reglementată de dispozițiile art.126 lit.a din Codul muncii (program redus de lucru) și a prezentat și fundamentat maniera în care va fi acoperită reducerea programului de lucru cu toate costurile pe care le implică.

Așa 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 și financiară depuse de S.C. C. SRL nu se regăsește „șeful de tură” și 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, față de care Curtea a formulat răspunsurile prezentate în secțiunea B.lit.e) din prezentele considerente, răspunsuri pe care le reiterează față de critica formulată.

k) Petenta S.C. B. SRL a formulat critici și 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 și financiară ale S.C. D. SRL în condițiile în care ofertantul nu a motivat declarația de confidențialitate în condițiile și cu respectarea dispozițiilor art.123 (1) din HG nr.395/2016.

Analizând criticile formulate, Curtea constată că, potrivit dispozițiilor art.129 (1) din HG nr.394/2016, ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.

Din prevederile sus-menționate se desprinde concluzia potrivit cu care: operatorul economic *are dreptul* de a declara confidențiale informațiile/părți din informații din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare, dar are *și obligația* de a justifica caracterul confidențial al acestora. Pe cale de consecință, în măsura în care sunt îndeplinite cerințele mai sus precizate, autoritatea contractantă are obligația de a garanta confidențialitatea respectivelor informații față de terți.

În speță, se observă că, la depunerea ofertelor, S.C. D. SRL a declarat că oferta financiară, oferta tehnică și răspunsurile la solicitările de clarificări au caracter confidențial, aducând ca argumente faptul că ofertele cuprind informații cu privire la strategia sa de ofertare, cuprind informații privind procedurile de lucru utilizate, modul propriu de îndeplinire a cerințelor caietului de sarcini, dotări, licențe/avize, reprezintă know-how-ul societății asupra căroră are drept de proprietate intelectuală, că în cadrul societății, începând cu data de 16.01.2017 a fost implementată norma 023 în conformitate cu prevederile Legii nr.182/2002 privind protecția informațiilor secret de serviciu, că are creată o structură de securitate destinată protecției informațiilor clasificate, nivel secret de serviciu, iar documentațiile tehnică și financiară aferente ofertelor se regăsesc în lista de informații clasificate secret de serviciu avizate de Direcția Județeană de Informații din cadrul SRI.

Curtea subliniază că transparența în procesul de achiziție publică – principiu invocat de petentă – nu poate fi aplicat *de plano*, aceasta urmând a fi pusă în echilibru cu asigurarea și menținerea unei concurențe loiale între agenții economici care operează pe același segment de activități economice și cu protecția 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 și petenta a beneficiat de același tratament, urmare a declarației sale privind asigurarea confidențialității informațiilor cuprinse în oferta sa.

l) O altă critică formulată de petenta S.C. B. SRL vizează faptul că în ofertele tehnică și financiară depuse de S.C. D. SRL nu se regăsește „șeful de tură” și 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 și respectiv S.C. C. SRL, față de care a formulat răspunsurile prezentate în secțiunea B lit.e) și j) din prezentele considerente, răspunsuri pe care le reiterează față de critica formulată.

Concluzionând, Curtea va admite – în parte – plângerile formulate, va modifica – în parte – decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor în sensul în care va dispune obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei S.C. A.SRL în conformitate cu normele legale și cu considerentele prezentei Decizii și dezvoltate la pct.B lit.b) și d).

Vor fi menținute celelalte dispoziții ale Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

4. Efectele anulării dispozițiilor cuprinse în Ordinul OMADR nr. 2425/2015 asupra valabilității procesului-verbal de constatare a neregulilor.

Rezumat:

Soluția a fost întemeiată pe dispozițiile 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 (producția medie/ha/cultură x prețul mediu/cultură) pentru 2012, 2013 și 2014 care se va compara cu cel al anului 2015 pentru cultura calamitată (prod. medie/ha x preț 2015). Diferența dintre acestea reprezintă pierderea de venit per ha. Valoarea ajutorului de stat nu trebuie să depășească rezultatul înmulțirii dintre: pierderea de venit per ha (calculată conform modelului precizat) și suprafața (ha) calamitată pentru care s-a calculat ajutorul de stat în anul 2015”. Aceste dispoziții legale au constituit și temeiul de drept al actelor contestate.

Dispozițiile legale învedereate au fost însă anulate printr-o hotărâre judecătorească definitivă pronunțată, reținându-se în esență că ele contravin atât OUG nr. 45/2015, act cu forță juridică superioară cât și dispozițiilor dreptului comunitar.

Potrivit art.23 din Legea nr.554/2004, hotărârile judecătorești definitive și irevocabile prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor, astfel fiind afectată valabilitatea procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare.

(Decizia nr. 7 din 11 ianuarie 2021, dosar nr. 2560/40/2017)

Hotărârea:

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Tribunalului Botoșani - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal în data de 29.05.2017, reclamanta SC A. SRL, în contradictoriu cu pârâta A.P.I.A. – Centrul Județean, a solicitat anularea Procesului-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. 1585 din data de 03.02.2017, privind cererea de solicitare a ajutorului de stat nr. 980 din 02.12.2015, precum și a deciziei de soluționare a contestației nr. 2954 din data de 10.04.2017.

Pârâta a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată.

Prin sentința nr.2015 din 20 decembrie 2017 Tribunalul Botoșani - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal a respins, ca neîntemeiată, acțiunea.

Împotriva acestei sentințe a declarat recurs reclamanta, criticând-o pentru nelegalitate.

În motivare, a considerat că hotărârea atacată a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită 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 și art. 11 din O.U.G. nr. 45/2015, art. 78 și art. 81 alin. 1 din Legea nr. 24/2000, precum și capitolul IV pct.IV.6 din Ordinul M.A.D.R. nr. 2425/26.11.2015.

A invocat următoarele aspecte :

1. Procesul verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. 1585 din data de 03.02.2017, precum și Decizia de soluționare a contestației nr. 2954 din data de 10.04.2017 sunt nelegale, în condițiile 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 funcție 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 stabilește la art.5 alin.1 faptul că *”pentru pierderile de venit, se utilizează datele publicate de **Institutul Național de Statistică**, de cercetarea statistică, precum și datele operative ale Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, denumit în continuare MADR, pe fiecare cultură dintre cele prevăzute la art. 4, prin utilizarea producției medii pe anii 2012, 2013 și 2014, precum și a prețului mediu din aceeași perioadă, conform prevederilor pct. 361 lit. a) secțiunea 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 funcție de datele contabile ale solicitantului din anul 2015, aspect întărit și de mențiunea inserată în Anexa 2 la ordonanță, unde în formularul *”Declarații și angajamente”* se instituie obligația 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 și depuse de recurentă, nu se face referire la respectarea dispozițiilor 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 deși 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 față de actele de nivel superior impusă unei norme de aplicare prin art. 81 alin. 1 din Legea nr. 24/2000 și nici sfera reglementării prevăzută de art.78 din Legea nr.24/2000.

Așadar, 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 și sub aspectul faptului că adaugă nepermis la lege, OUG nr.45/2015 având o forță superioară.

Or, în speță, tocmai prin aplicarea O.M.A.D.R. nr. 2425/2015 la calculul pierderilor de venit s-a reținut că fermierul nu înregistrează pierdere de venit și s-a emis Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare.

Astfel, din analiza calculului venitului mediu 2012 - 2015 și 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 societății, un asemenea mod de calcul fiind unul eronat ce nu poate întemeia emiterea unui proces-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare.

De altfel, O.M.A.D.R. nr. 2425/2015, act administrativ cu caracter normativ, a fost anulat în parte, în ceea ce privește capitolul IV pct.IV.6 care prezintă relevanță în cauză, prin sentința nr.201/06.12.2017 a Curții de Apel Pitești, pronunțată în dosarul nr. 418/46/2017.

2. Formula de calcul a pierderilor de profit nu este în concordanță cu dispozițiile OUG nr.45/2015, precum și cu Orientările Uniunii Europene privind ajutoarele de stat în sectoarele agricol și forestier și în zonele rurale pentru perioada 2014-2020.

A invocat pct.358 din Orientările Uniunii Europene privind ajutoarele de stat în sectoarele agricol și forestier și în zonele rurale pentru perioada 2014-2020, în cuprinsul căruia se face referire la înmulțirea cantității anuale medii și nu la înmulțirea cantităților anuale medii, astfel cum lasă să se înțeleagă prima instanță, iar reperul "hectar" la care face referire aceasta nu se regăsește în aceste Orientări.

A susținut că din interpretarea dispozițiilor art.5 alin.1 din OUG nr.45/2015 și pct.358 din Orientările Uniunii Europene, rezultă că atunci când se vorbește despre producții medii, în fapt se referă la media cantităților totale produse pe parcursul celor trei ani anteriori anului calamitat, precum și la cantitatea totală produsă în anul calamitat, iar nu prin raportare la reperul "hectar", după cum reține prima instanță; că aceasta s-a dorit prin instituirea acestor măsuri rezultă cu claritate din Orientările UE, unde se vorbește despre cantități produse la pct. 358 pct. a) și nu despre cantitate medie pe suprafață - hectar în speță; că în speță s-a calculat o producție pe hectar, care a fost înmulțită cu prețul 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 înmulțirea producției cu prețul mediu.

A precizat că în cauză, în baza de calcul au fost incluse și suprafețele de teren, suprafețe care fluctuează de la an la an, în funcție de suprafața totală care poate fi arendată/achiziționată de agricultori; că în anul 2015 au fost cultivate cele mai mari suprafețe de teren, iar includerea acestora în baza de calcul a condus la obținerea unor numere mai mari pentru anul calamitat decât în anii precedenți, însă deși au fost suprafețe mai mari de teren, acestea au fost calamitate în mare măsură și producția a fost mică.

A apreciat că venitul mediu se obține în urma înmulțirii producției totale cu prețul mediu obținut, aceasta fiind și optica legiuitorului național și european, iar prin introducerea în baza de calcul a suprafețelor de teren și calcularea unei producții medii pe suprafața de teren se obțin rezultate diferite, fiind încălcată voința legiuitorului.

A solicitat admiterea recursului, casarea hotărârii recurate și în rejudecare, admiterea acțiunii astfel cum a fost formulată, în sensul anulării Procesului verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr.1585 din 3.02.2017 privind cererea de solicitare a ajutorului de stat nr.980 din 2.12.2015, precum și a Deciziei de soluționare a contestației nr. 2954 din data de 10.04.2017, ambele emise de Agenția de Plăți și Intervenție pentru Agricultură - Centrul Județean.

Prin întâmpinare, intimata a invocat excepțiile tardivității și nulității cererii de recurs, excepții asupra cărora instanța s-a pronunțat prin încheierea de ședință din data de 11.09.2018.

Pe fond, a apreciat că recursul declarat nu este întemeiat, dat fiind că recurenteii îi sunt aplicabile cu totul atât dispozițiile OMADR 2425/2015 cât și 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 și Procesul-verbal de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare nr. 1585/03.02.2017 au fost întocmite cu respectarea prevederilor legale în vigoare - OUG 45/2015 cu modificările și completările ulterioare și OMADR 2425/2015.

Cu privire la eventuala obligare a intimatei A.P.I.A. la plata cheltuielilor de judecată, a solicitat respingerea cererii și în subsidiar, cenzurarea acestora, întrucât A.P.I.A. este o instituție publică finanțată de la bugetul de stat și este nelegitim ca resursele financiare ale statului să fie

folosite pentru plata onorariilor avocaților sau pentru plata cheltuielilor de judecată, astfel că bugetul A.P.I.A. nu prevede sume care să aibă astfel de destinații.

Totodată, dacă pe parcursul procesului reclamanta va solicita acordarea de daune morale sau achitarea unor dobânzi legale, în condițiile în care se va constata că actul administrativ dedus judecării respectă dispozițiile legale aplicabile în raport cu data depunerii cererii de plată, fiind conform legislației, 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 instanță și-a întemeiat soluția pe dispozițiile 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 (producția medie/ha/cultură x prețul mediu/cultură) pentru 2012, 2013 și 2014 care se va compara cu cel al anului 2015 pentru cultura calamitată (prod. medie/ha x preț 2015). Diferența dintre acestea reprezintă pierderea de venit per ha. Valoarea ajutorului de stat nu trebuie să depășească rezultatul înmulțirii dintre: pierderea de venit per ha (calculată conform modelului precizat) și suprafața (ha) calamitată pentru care s-a calculat ajutorul de stat în anul 2015”. Aceste dispoziții legale au constituit și temeiul de drept al actelor contestate.

Dispozițiile legale învederate au fost însă anulate printr-o hotărâre judecătorească definitivă pronunțată în dosarul nr. 418/46/2017, reținându-se în esență că ele contravin atât OUG nr. 45/2015, act cu forță juridică superioară cât și dispozițiilor dreptului comunitar.

Potrivit art.23 din Legea nr.554/2004, hotărârile judecătorești definitive și irevocabile prin care s-a anulat în tot sau în parte un act administrativ cu caracter normativ sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor.

De asemenea, prin Decizia nr. 10/11.05.2015 a ÎCCJ s-a statuat că dispozițiile art. 23 din Legea contenciosului administrativ nr.554/2004, cu modificările și 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 și în privința actelor administrative individuale emise în temeiul acestuia care, sunt contestate în cauze aflate în curs de soluționare pe rolul instanțelor judecătorești.

În cuprinsul acestei decizii, ÎCCJ a reținut următoarele :

“De asemenea, Înalta Curte are în vedere că soluția contrară ar constitui o veritabilă încălcare a dreptului de acces la o instanță, în sensul art. 6§1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, pentru că aceasta ar fi golită de conținut, *nemaiaivând 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 excepția lipsei de interes, și nici nu va putea invoca excepția de nelegalitate, câtă vreme art. 4 alin. (4) teza întâi din aceeași lege⁷⁾ exclude actele normative de la acest control de legalitate incidental.

Pe de altă parte, la aceeași concluzie se ajunge și prin prisma puterii de lucru judecat⁸⁾ a hotărârii judecătorești irevocabile/definitive de anulare a unui act administrativ cu caracter normativ, a cărei existență în realitatea juridică nu poate fi ignorată în cursul proceselor generate de aplicarea prevederii normative anulate.

Imperativul asigurării unei jurisprudențe unitare care să răspundă așteptărilor legitime ale justițiabililor angrenați în proceduri judiciare legate de aplicarea aceluiași act administrativ cu caracter normativ este, de asemenea, un argument de luat în seamă.”

5. Comunicarea informațiilor de interes public în temeiul Legii nr. 544/2001 în situația 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 problematichilor care intră în sfera sa de activitate.

Faptul ca recurenta nu a primit, așa cum a solicitat, un răspuns defalcăt, 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 prelucrezze 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 pârâțul Inspectoratul de Poliție Județean B. a solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunța, să se dispună: 1. Obligarea pârâtei la comunicarea informațiilor de interes public pe care le-a solicitat prin cererea de informații de interes public înregistrată sub nr. 323622 din 30.04.2020, precum și prin cererea de informații de interes public înregistrată sub nr. 323625 din 15.05.2020. Stabilirea unui termen în care pârâta să îi comunice informațiile de interes public solicitate. 3. Obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

Prin întâmpinare pârâțul a solicitat respingerea cererii de chemare în judecată ca nefondată.

Prin sentința nr. 671 din 15 octombrie 2020, Tribunalul Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal a respins ca nefondată acțiunea formulată de reclamanta A. în contradictoriu cu pârâțul Inspectoratul de Poliție Județean B.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a declarat recurs A., criticând-o pentru nelegalitate.

Motivându-și recursul **recurenta** a arătat că prin acțiunea înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava a solicitat cerut, în contradictoriu cu intimatul-pârât, obligarea sa la comunicarea informațiilor de interes public pe care le-a solicitat prin cererea de informații de interes public înregistrată sub nr. 323622 din 30.04.2020, precum și prin cererea de informații de interes public înregistrată sub nr. 323625 din 15.05.2020 și stabilirea unui termen în care pârâțul să comunice informațiile de interes public solicitate.

A apreciat reclamanta că hotărârea instanței de fond a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită 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), instanța de fond nu face deloc analiza situației de fapt sau de drept, ci face o simplă trimitere la dispoziții legale care nu au aplicabilitate în cauză (art. 2 din OG 27/2002 privind reglementarea activității de soluționare a petițiilor și Legea 554/2004).

Hotărârea instanței de fond face trimitere la art. 2 din OG nr. 27/2002 privind reglementarea activității de soluționare a petițiilor și art. 1, 2, 8 din Legea nr. 554/2004 - sugerând astfel că reclamanta-recurentă a făcut o petiție în baza OG nr. 27/2002 și își întemeiază cererea de chemare în judecată pe prevederile Legii 554/2004 cu privire la refuzul nejustificat.

Acțiunea a fost însă întemeiată pe prevederile Legii nr. 544/2001 privind accesul la informații de interes public și nu pe OG. 27/2002 la care recurenta-reclamantă nu a făcut nicio referință în cererea de chemare în judecată. De asemenea, Legea nr. 544/2001 este lege specială care nu instituie obligația formulării unei plângeri prealabile înaintea formulării cererii de chemare în judecată, aceasta fiind opțională. Astfel, art. 21 alin. (2) prevede că “împotriva refuzului prevăzut la alin. (1) se poate depune reclamație la conducătorul autorității sau al instituției publice respective în termen de 30 de zile de la luarea la cunoștință de către persoana lezată.”

Astfel, cu privire la scopul pentru care a fost instituită Legea nr. 544/2001, trebuie în primul rând reținut principiul enunțat de art. 1, respectiv că “Accesul liber și neîngrădit al persoanei la orice informații de interes public, definite astfel prin prezenta lege, constituie unul dintre principiile fundamentale ale relațiilor dintre persoane și autoritățile publice, în conformitate cu Constituția României și cu documentele internaționale ratificate de Parlamentul României”. În consecință, orice interpretare potrivit căreia autoritățile și instituțiile publice ar putea evita aplicarea acestui principiu fundamental, al transparenței, inclusiv prin evitarea realizării unor operațiuni de prelucrare a informațiilor deținute este contrară atât literei, cât și spiritului legii. Accesul la informații de interes public este un drept constituțional al oricărei persoane, iar nu o favoare acordată de instituțiile și autoritățile publice, în funcție de cum înțeleg să își organizeze și gestioneze informațiile care privesc sau rezultă din activitatea lor, cu mai multă sau mai puțină diligență sau bună-credință.

Prima condiție care trebuia analizată în speță potrivit Legii nr. 544/2001 era dacă informațiile solicitate sunt informații de interes public. Instanța de fond citează în acest sens dispozițiile art. 2 alin. 1 lit. b din Legea nr. 544/2001, fără a analiza dacă informațiile solicitate de recurenta-reclamant se încadrează în această definiție. Or cu evidență, ceea ce a solicitat reclamanta, informații statistice despre sancțiunile contravenționale aplicate de intimatul-pârât, privește și rezultă din activitatea acestuia.

Odată stabilit caracterul de informații de interes public, potrivit Legii nr. 544/2001, instituțiile și autoritățile publice au obligația de a comunica informațiile de interes public solicitate (art. 7), putând refuza în mod justificat comunicarea informațiilor care privesc sau rezultă din activitatea lor numai în situația în care informațiile de interes public sunt exceptate de la comunicare în temeiul art. 12 din Legea nr. 544/2001.

Printre excepțiile limitativ prevăzute de art. 12 din lege nu se regăsește și motivul că solicitarea de informații necesită prelucrarea unor date existente sau că acestea nu sunt deținute într-o anumită formă. În acest context, trebuie subliniat că intimatul-pârât deține informația în sine, ceea ce este recunoscut implicit și de către instanța de fond, care se referă doar la forma în care este solicitată informația.

Mai mult, așa cum s-a arătat și în acțiune, Legea nr. 544/2001 este o lege a accesului la informații, nu una a accesului la documente. Orice răspuns la o cerere de informații de interes public presupune o prelucrare de informații, fapt care rezultă fără echivoc și din dispozițiile art. 7 din Legea nr. 544/2001, care stabilește un termen diferit de răspuns în cazul informațiilor complexe solicitate. În interpretarea instanței de fond, accesul la informațiile de interes public ar fi limitat nejustificat foarte mult, dincolo de prevederile legale, deoarece numai informațiile care se găsesc deja în formatul solicitat și 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 pronunțarea soluției, în lipsa unei analize în drept făcute, instanța de fond a considerat, în lumina definiției generale a refuzului nejustificat din art.2 alin.1 lit. i) din Legea nr.554/2004, la care a făcut trimitere, că nu este vorba de un refuz nejustificat. Însă în privința refuzului de a comunica informații de interes public, primează dispozițiile Legii nr.544/2001, care are caracter de lege specială. În temeiul acesteia, refuz nejustificat de a comunica informații de interes public este orice refuz de a comunica informații care privesc sau rezultă din activitatea autorității sau instituției publice destinate a cererii și care nu sunt exceptate de la acces potrivit art. 12 din Legea nr.544/2001. Regula este accesul la toate informațiile de interes public, iar refuzul este excepția de strictă interpretare.

De asemenea, trebuie remarcat că informațiile solicitate puteau fi obținute de intimatul-pârât pe baza unor calcule simple (de exemplu, sancțiunile aplicate în mediul urban puteau fi identificate cu ușurință operându-se o simplă scădere a valorilor aferente mediului rural din valorile totale la nivel de județ) sau prin interogarea unor baze de date existente (care cu siguranță există atâta vreme cât intimatul-pârât ne-a putut pune la dispoziție o parte din informații). În acest sens s-a indicat și faptul că alte instituții au dat curs solicitărilor reclamantei. Informația solicitată se poate comunica în urma unor operațiuni 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 informații 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 inițiate ca urmare a refuzurilor inspectoratelor de poliție de a răspunde cererilor de informații precum cele din prezenta cauză, pârâtul a și executat sentința ce i-a fost favorabilă, în termen de 30 de zile de la pronunțarea soluției de primă instanță, 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 dovedește încă o dată că nu există nicio piedică de natură legală de a comunica informații care presupun operațiuni de prelucrare rezonabile, posibile în termenul maxim de 30 de zile prevăzut de lege. De altfel, trebuie remarcat că în speța de față, pârâtul (Inspectoratul Județean Olt) nici măcar nu a uzat de termenul de 30 de zile, ceea ce arată că din start pur și simplu nu a dorit să comunice informațiile solicitate. O astfel de atitudine este contrară atât literei cât și spiritului Legii nr.544/2001, care stabilește în art. 1 că accesul liber și neîngrădit al persoanei la orice informații de interes public constituie unul dintre principiile fundamentale ale relațiilor dintre persoane și autoritățile publice.

De asemenea, a arătat reclamanta că și în alt litigiu, cu același obiect, inițiat împotriva IPJ Mehedinți, în care sentința nr.498/09.07.2020 a Tribunalului Mehedinți, pronunțată în dosarul nr. 1347/101/20202, a rămas definitivă prin respingerea recursului la 13.10.2020, informațiile i-au fost comunicate reclamantei, astfel cum rezultă din înscrisul atașat. Aceasta demonstrează încă o dată că informațiile solicitate sunt deținute de inspectoratele de poliție și pot fi identificate și comunicate în cel mult 30 de zile.

În consecință, atât timp cât informații solicitate se încadrează în definiția informațiilor de interes public, adică rezultă sau privesc activitatea intimatului-pârât, și în cauză nu a fost reținută aplicabilitatea vreunei excepții prevăzute de art. 12 din Legea nr.544/2001, soluția legală și temeinică ce se impunea era de admitere a acțiunii.

În acest context, a menționat reclamanta că a adresat cereri de informații cu conținut identic celor ce fac obiectul prezentului litigiu tuturor inspectoratelor județene de poliție și, în urma răspunsurilor incomplete, le-a acționat pe toate în judecată. Până în prezent au fost soluționate în primă instanță 35 dintre aceste dosare: în 17 acțiunea a fost admisă, în alte 16 acțiunea a fost respinsă, iar în alte două acțiunea a fost admisă în parte. Rezultă că, departe de a fi tranșată, chestiunea de drept ce a fost pusă în discuție prin cererea de recurs din prezentul

dosar primește interpretări contrare, inclusiv din partea unor tribunale din raza acelorași curți de apel și este una de actualitate.

În concluzie, pentru motivele mai sus arătate, a solicitat reclamanta admiterea recursului, casarea hotărârii atacate și, pe cale de consecință, admiterea acțiunii 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 sancțiunile contravenționale aplicate de către I.P.J. pe perioada stării de urgență. 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 diferențiat numărul sancțiunilor contravenționale 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 rezoluționate spre soluționare responsabilului cu Legea nr. 544/2001 din cadrul I.P.J.

Pentru soluționarea celor două cereri au fost utilizate bazele de date aflate la dispoziția I.P.J. Centrul Operațional, aceste date făcând obiectul unor raportări zilnice către forurile superioare.

Toate datele aflate la dispoziție au fost transmise în mod obiectiv către solicitant și 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 Poliție Județean au fost aplicate 1065 sancțiuni contravenționale, cu amenzi în valoare de 1.986.723 de lei, potrivit ordonanțelor militare aflate în vigoare, pentru nerespectarea măsurilor de izolare/carantină, pentru fapte de natură economică și alte contravenții în context.

În perioada 1-14 aprilie a.c. au fost aplicate alte 2052 sancțiuni contravenționale, cu amenzi în valoare de 5.022.900 de lei, pentru nerespectarea măsurilor de izolare/carantină, pentru fapte de natură economică și alte contravenții în context.

De asemenea, în perioada 15-21 aprilie a.c. la nivelul Inspectoratului de Poliție Județean au fost aplicate alte 580 de sancțiuni contravenționale, cu amenzi în valoare de 1.171.880 de lei, potrivit ordonanțelor militare aflate în vigoare, pentru nerespectarea interdicțiilor privind deplasarea liberă, pentru fapte de natură economică și alte contravenții în context.

Totodată, s-a făcut precizarea că Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, cu modificările și completările ulterioare, stabilește obligația autorităților/instituțiilor publice de a pune la dispoziție informațiile existente în materialitatea lor și nu aceea de a prelucra anumite date pentru a obține ca produs final informațiile în forma solicitată.

În acest sens, a fost invocată și Decizia Curții de Apel București 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 sancțiuni contravenționale aplicate în perioada 15 martie - 21 aprilie cuprind atât sancțiunile pecuniare cât și cele cu măsura avertismentului, criteriile de centralizare electronică nefăcând distincție între categoriile de sancțiuni diferențiat în funcție de cuantumul acestora, ci doar în referire la natura abaterii sancționate.

Recurentului i-au fost furnizate prin răspunsurile înaintate datele solicitate în forma deținută la nivelul instituției pârâte, fiind respectate toate termenele legale, instituția manifestând disponibilitate și 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 săvârșirii faptelor se consemnează în procesele verbale contravenție 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 informații, polițiștii acționând atât în mediul rural cât și în mediul urban în funcție de necesarul de forțe și personalul aflat la dispoziție.

A considerat pârâtul că sentința este legală și temeinică, dată în baza probatoriului administrat, astfel că prin pronunțarea unei hotărâri așa cum solicită petentul, ar face imposibilă executarea ei și comunicarea exactă a informațiilor solicitate.

Pe cale de consecință, a solicitat pârâtul respingerea recursului ca neîntemeiat și menținerea sentinței atacate ca fiind legală și temeinică, iar la pronunțare instanța să aibă în vedere și apărările formulate în fața instanței 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 și 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 destinate 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 defalcăt, 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. Acțiune 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 Botoșani – Secția de contencios administrativ și fiscal la data de 24.03.2020 sub nr. ../40/2019*, reclamantele A. și B. au solicitat în contradictoriu cu pârâta Primăria Comunei C., obligarea pârâtei la încadrarea cu contract individual de muncă în funcția 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 funcția de asistent personal, cu efect retroactiv, de la data formulării solicitării, respectiv 20.09.2019; obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

Prin sentința nr. 233 din 09.07.2020, Tribunalul Botoșani - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a respins acțiunea formulată de reclamantele A. și B. în contradictoriu cu pârâta Primăria Comunei C., ca inadmisibilă.

Împotriva acestei sentințe au declarat recurs reclamantele, solicitând admiterea recursului și casarea hotărârii primei instanțe.

Au arătat că, în drept, își întemeiază recursul pe dispozițiile art. 498 alin. 1 raportat la art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă, respectiv greșita aplicare a normelor de drept material. Cu privire la admisibilitatea cererii și pe fondul acesteia invocă dispozițiile art. 4, 5, 6, 7, 9, 31, 33, 35, 36, 39 și 40 din Legea nr. 448/2006.

Reclamantele recurente susțin că, în fapt conform dispozițiilor legale anterior invocate, autoritatea publică competentă, în cazul de față Primăria com. C., are obligația 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, nerevizibil. Apreciază că, prin hotărârea recurată, instanța de fond nu a analizat fondul cauzei, ci a respins cererea ca inadmisibilă, pe considerentul că art. 2 lit. o și art. 8 alin. 1 din Legea 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. Consideră că problema care se pune în cauza de față constă în clasificarea

raportului juridic născut prin efectul art. 35 și 36 din Legea 448/2006, respectiv dacă litigiul prin care se urmărește fructificarea acestui drept intra sub jurisdicția dreptului muncii sau dacă el este un litigiu de contencios administrativ. Susține că este de necontestat faptul că, conform art. 39 alin. 2 din Legea nr. 448/2006, modalitățile și condițiile de încheiere, modificare și încetare a contractului individual de muncă al asistentului personal se completează cu prevederile Legii nr. 53/2003 deoarece drepturile și obligațiile părților sunt cele specifice unui raport de muncă, iar forma contractului va fi cea specifică unui contract de muncă. Învederează că speța de față este atipică deoarece încheierea contractului individual de muncă nu este lăsată la latitudinea părților, ci aceasta are un caracter imperativ, derivat din art. 35 și 36 din Legea 448/2006 care instituie în sarcina autorității publice obligația încheierii acestui contract. Contrar celor susținute la finalul considerentelor sentinței recurate, voința autorității publice este substituită de legiuitor, care instituie obligația imperativă de încheiere a contractului, dacă celelalte condiții cerute de lege sunt îndeplinite, indiferent de voința autorității publice în cauză. Arată că noțiunea de "act administrativ" avută în vedere de art. 2 lit. o din legea contenciosului administrativ nu trebuie înțeleasă în sensul restrâns de înscris și nu are în vedere înscrisul care urmează a fi încheiat ca urmare a exercitării obligației legale, ci se referă la raportul juridic de natură legală premergător încheierii contractului, în virtutea căruia autoritatea publică are obligația de a încheia contractul, iar reclamantii au dreptul legitim de a pretinde încheierea acestui contract. Susțin 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 obligația autorității publice de a încheia contractul este de natură legală și este corespondentă unui interes legitim al reclamantelor apelante, făcând parte din sfera raporturilor juridice de drept administrativ, litigiul de față fiind deci de natura contencios administrativă și nu un litigiu de muncă. Precizează că abia după recunoașterea dreptului/obligației de încheiere a contractului individual de muncă, urmează într-adevăr să se nască un raport de dreptul muncii care este guvernat de legislația specifică.

În concluzie, apreceiază că excepția inadmisibilității trebuia respinsă ca nefondată și cauza trebuia soluționată pe fond, soluția legală din recurs fiind aceea de casare a sentinței recurate în temeiul art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă, ca urmare a aplicării greșite în cauza a normelor de drept reglementate de art. 35 și 36 din Legea 448/2006 și a art. 2 lit. o și art. 8 alin. 1 din Legea 554/2004.

Pe fondul cererii, solicită să se aibă în vedere atât argumentele din cererea inițială, cât și 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 obligația de a încheia acest contract cu persoana aflată în gradul de rudenie prevăzut de art. 36 lit. e (A. fiind fiica persoanei în nevoie) și care îndeplinește celelalte condiții cerute de art. 36 din Legea nr. 448/2006. Menționează că, indiferent de susținerile părților, după calificarea raportului juridic ca fiind unul de dreptul muncii, instanța de fond avea obligația de a trimite cauza spre competentă soluționare Secției I-a Civilă din cadrul Tribunalului Botoșani, spre competentă soluționare 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 și menținerea sentinței instanței de fond ca fiind temeinică și legală.

Examinând sentința recurată prin prisma actelor și lucrărilor dosarului precum și 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, reținând 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 reținut prima instanță, reclamantele au solicitat obligarea pârâtei la încheierea unui contract de muncă, act juridic civil care nu implică exercitarea autorității publice („în regim de putere publică”), ceea ce imprimă și prezentei acțiuni natura juridică civilă, de litigiu de jurisdicția 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 și 8 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ și 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, instanța va respinge ca nefondat recursul reclamantelor.

7. Acordarea dreptului de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecție/activități 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 reclamantilor dreptul de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecție/activității de investigare

socială, prevăzute de statut. Același text normativ prevede însă că elementele care compun echipamentul specific și condițiile 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 - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal la data de 31.07.2020 și înregistrată sub numărul ../86/2020, reclamantii în contradictoriu cu pârâta Agenția Județeană pentru Plăți și Inspecție Socială, au solicitat ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună obligarea pârâtei la stabilirea, acordarea și 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) și alin. 2 Ordinul 963/2017 din 04.07.2017 a MMJS, pentru perioada anilor 2017 - 1.180 lei pentru reclamantii 1 - 9 și 11 și 2.500 lei pentru reclamanta 10, respectiv 2018, 2019 și 2020 - câte 2.500 lei fiecare reclamant, cu cheltuieli de judecată.

Prin sentința nr. 802 din 19.11.2020 Tribunalul Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a respins ca nefondată acțiunea formulată de reclamantii ... în contradictoriu cu pârâta Agenția Județeană pentru Plăți și Inspecție Socială.

Împotriva acestei sentințe au declarat recurs reclamantii

În motivare au arătat că hotărârea atacată este nelegală, fiind greșit interpretate prevederile OUG nr. 82/2016 și 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 funcționarilor publici, republicată, cu modificările și completările ulterioare, la care se adaugă următoarele:

f) de a beneficia, în mod gratuit, de echipamente specifice misiunii de inspecție/activității de investigare socială, prevăzute de prezentul statut. Elementele care compun echipamentul specific și condițiile de utilizare ale acestuia se aprobă prin ordin al ministrului muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice, în termen de 90 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență.

Menționează că potrivit Ordinului nr. 963/2017 al MMJS privind elementele care compun echipamentul specific și condițiile de utilizare a acestuia de către inspectorii sociali în misiuni de inspecție/activități 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 și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

a) echipamentul specific reprezintă ansamblul elementelor necesare pentru echiparea inspectorilor sociali pentru desfășurarea în condiții optime a misiunilor de inspecție/activității

de investigare socială și reprezintă totalitatea obiectelor de îmbrăcăminte, încălțăminte și accesorii, aparatura tehnică, precum și însemnele de identificare.

Art. 3: (1) Echipamentul specific este utilizat în exercitarea atribuțiilor de serviciu și este compus din următoarele elemente:

a) obiecte de îmbrăcăminte, încălțăminte și accesorii corespunzătoare sezonului de vară și 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 și se achită integral sau eșalonat în două tranșe, în cuantum total de 2.500 lei, de către Agenție sau agențiile teritoriale unde inspectorul social își desfășoară activitatea.

Art. 5: (3) Cererile scrise ale inspectorilor sociali pentru obținerea echipamentului specific prevăzut la:

a) art. 3 alin. (1) lit. a) și c) se aprobă de către directorul general al Agenției/directorul executiv al agenției teritoriale unde își desfășoară 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.

Menționează că astfel cum reține și prima instanță, reclamânți au încasat în anul 2018 sumele de 750 lei (în aprilie 2018) și de 570 lei (în decembrie 2018), în total 1.320 lei, contravaloarea parțială aferent anului 2017 a dreptului la asigurarea echipamentului specific prevăzut de art. 3 alin. 1 lit. a Ordinul 963/2017, rămânând de plată o diferență de 1.180 lei (2.500 lei în cazul reclamantei ...).

Arată că aferent anilor 2018, 2019 și 2020 nu au încasat nicio sumă cu acest titlu, deși 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 și-au îndeplinit obligația de a solicita obținerea echipamentului specific prevăzut de art. 3 alin. 1 lit. a) din Ordin, potrivit cererilor anexate acțiunii introductive, răspunsul fiind negativ, cu motivarea că nu există fonduri bugetare aprobate cu această destinație, argument în raport de care li s-a și respins acțiunea.

În opinia lor, dreptul la decontarea contravalorii echipamentului specific costând în obiecte de îmbrăcăminte, încălțăminte și accesorii corespunzătoare sezonului de vară și 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 și a plății sale de inexistența 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, soluția primei instanțe este eronată.

Astfel, susține că greșit se reține de către instanța 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 existența sau nu a alocațiilor bugetare, din data de 02.08.2018 dreptul la încasarea contravalorii echipamentului specific este exigibil, acesta fiind un drept pur și simplu și nu afectat de vreo condiție.

Pe de altă parte, dacă ar admite că este corect raționamentul primei instanțe, solicită, în soluționarea acțiunii, a se reține că, tocmai în considerarea calității sale de instituție publică, pârâta avea îndatorirea, ca reprezentant al autorității publice, de a veghea la respectarea principiului legalității și de a executa obligațiile instituite în sarcina sa prin lege.

Susține 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) și alin. 2 Ordinul 963/2017 din 04.07.2017 a MMJS, iar, în lipsa demersurilor necesare pentru obținerea fondurilor, simpla lipsă de lichidități învederată nu putea conduce, automat, la respingerea acțiunii.

Învederează că, practic se permite prin soluția de primă instanță refuzul aplicării dispozițiilor legale, ceea ce este inadmisibil.

Intimata pârâtă Agenția Județeană pentru Plăți și Inspecție Socială formulat întâmpinare prin care a solicitat să se respingă recursul declarat de recurenții-reclamanți și să se mențină sentința nr. 802 din 19.11.2020 pronunțată de Tribunalului Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal, ca fiind temeinică și legală.

În motivare a arătat că sentința nr. 802 din 19.11.2020 pronunțată de Tribunalul Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal, este temeinică și legală.

Consideră că instanța de fond în mod corect a reținut 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

Menționează că recurenții - reclamanți au încasat în anul 2018 sumele de 750 lei (în aprilie 2018) și de 570 lei (în decembrie 2018) în total 1320 lei contravaloarea parțială aferentă anului 2017 a dreptului la asigurarea echipamentului specific rămânând de plată o diferență de 1180 lei, mai puțin inspectorul social .. care pentru anul 2017 nu figurează în listă, deoarece în acest an nu a desfășurat activitate zilnică în cadrul compartimentului de inspecție socială, conform Instrucțiunilor primite de la Agenția Națională pentru Plăți și Inspecție Socială.

Precizează că, în anul 2019, deși AJPIS a prevăzut sumele necesare în rectificările bugetare solicitate de ordonatorul de credite, atât pentru anul 2019, cât și 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 și a făcut demersurile necesare pentru obținerea 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.

Susține că AJPIS nu are fonduri bugetare aprobate aferente sumelor solicitate de inspectorii sociali și se află în imposibilitatea achitării acestor sume.

Recursul formulat nu este întemeiat.

Art. 8 lit. f din OUG nr. 82/2016 instituie în favoarea reclamanților dreptul de a beneficia în mod gratuit de echipamente specifice misiunii de inspecție/activității de investigare socială, prevăzute de statut. Același text normativ prevede însă că elementele care compun echipamentul specific și condițiile 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 calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale 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 calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe a cărei listă a fost ales.

Art. 204 alin. 5 din același 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 unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale și către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, în situația 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 organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, prefectul constată, prin ordin, încetarea mandatului consilierului local sau județean înainte de expirarea duratei normale a acestuia și declară vacant locul consilierului local sau județean. Ordinul prefectului se transmite de îndată judecătorei competente să valideze mandatul supleantului, în condițiile art. 122, consilierului local și secretarului general al unității /subdiviziunii administrativ-teritoriale”.

Din cuprinsul dispozițiilor normative învederează rezultă că pentru emiterea ordinului de încetare a mandatului consilierului local sau județean, înainte de expirarea duratei normale a acestuia, trebuie îndeplinită o condiție esențială, 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 existenței, pe rolul instanței, a vreunei contestații asupra legalității deciziei asupra excluderii, aceasta a ignorat faptul că din documentația înaintată de către PNL, în vederea emiterii ordinului contestat, lipsea dovada comunicării celor două decizii către reclamant.

Cum reclamantul a făcut dovada în fața instanței de fond, la termenul de judecată din data de 25.08.2020, că a contestat în instanță 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 discuție să fie definitive, fiind încălcate prevederile art. 204 alin. 5 din Ordonanța de urgență 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 Botoșani – Secția de contencios administrativ și fiscal, la data de 10.07.2020, sub nr. ../40/2020, reclamantul A. a solicitat, în contradictoriu cu pârâta Instituția Prefectului Județului B., anularea Ordinului nr. 241 din 11.06.2020 privind constatarea încetării de drept, înainte de expirarea duratei normale, a mandatului de consilier local al Comunei C. a reclamantului A. și declararea ca vacant a locului de consilier local al Comunei C. și suspendarea respectivului ordin până la rămânerea definitivă a soluției instanței.

În cauză, pârâta Instituția Prefectului Județului B. a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii ca fiind introdusă împotriva unei persoane fără calitate procesuală

pasivă. Pe fondul cauzei a solicitat respingerea acțiunii ca fiind nefondată și netemeinică.

Prin sentința nr. 327 din 23 septembrie 2020, Tribunalul Botoșani – Secția de contencios administrativ și fiscal a admis acțiunea formulată de reclamantul A. în contradictoriu cu pârâțul Instituția Prefectului Județului B.

A anulat Ordinul Prefectului Județului B. nr. 241/2020.

A obligat pârâta la plata cheltuielilor de judecată în sumă de 2070 lei către reclamant.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a declarat recurs pârâta Instituția Prefectului Județului B., criticând-o pentru nelegalitate.

Motivându-și recursul **pârâta** a arătat că hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material.

În fapt, prin adresa nr. 74/05.06.2020, înregistrată la Instituția Prefectului județul B. sub nr. 7937/09.06.2020, Partidul .. - Filiala B. a comunicat Prefectului județului B. Decizia nr. 1 din 02.06.2020 a Biroului Politic Local C. precum și Decizia nr. 11 din data de 03.06.2020 a Partidului B. - Biroul Politic Județean, având ca obiect radierea din evidențele Filialei Botoșani a domnului A..

Anterior emiterii ordinului, s-au întreprins demersurile legale în vederea verificării existenței, pe rolul instanței, a vreunei contestații asupra legalității hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii.

A apreciat pârâta că, instanța de fond în pronunțarea sentinței civile sus-menționate nu a ținut 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 Botoșani, înregistrat la Instituția Prefectului județului sub nr. 8102 din 11.02.2020, s-a certificat faptul că pe rolul Tribunalului Botoșani nu era înregistrat nici un dosar care să aibă ca obiect anulare act și 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 calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale 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 unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale și către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, în situația în care legalitatea acesteia nu a fost contestată.”*

În acest context, Prefectul județului, având în vedere dispozițiile art. 204 alin (2) lit. j) și alin. (5) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, anterior invocate și 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 Județean, 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. și declararea ca vacant a locului consilierului local în Consiliul local al comunei C.

INSTANȚA de fond, prin hotărârea nr. 327/2020, *„apreciază în acord cu pârâta, faptul că în ceea ce privește termenul de 30 de zile reglementat de art. 204 alin. 12 din OUG nr. 57/2019, nu trebuia să se aștepte împlinirea acestuia, însă acest aspect nu schimbă datele problemei întrucât, atât comunicarea hotărârii de excludere, cât și emiterea ordinului sunt dependente de rămânerea definitivă a hotărârii de excludere”*.

Față 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 organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, prefectul constată, prin ordin, încetarea mandatului consilierului local sau județean înainte de expirarea duratei normale a acestuia și declară vacant locul consilierului local sau județean”*.

Din interpretarea sistematică a textului legi inserat anterior rezultă, fără putință de tăgadă, faptul că prefectul este abilitat să emită ordinul de încetare a mandatului înăuntrul 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 și 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 faptul că instituția pârâtă a făcut demersuri în vederea implementării unei practice unitare și a clarificării unor aspect privind aplicarea prevederilor art. 204 alin (2) lit. j), art. 204 alin. (5) și art. 204 alin (12) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, solicitând un punct de vedere inițiatorului proiectului de lege respectiv Ministerului Lucrărilor Publice și Administrației conform adresei nr. 8347/16.0.2020.

Din cuprinsul adresei de răspuns nr. 94079 din data de 08.07.2020, înregistrată la Instituția Prefectului județului sub nr. 331 CS din 14.07.2020, rezultă cu certitudine următoarele aspecte:

a) obligația de diligență a prefectului de verificare a contestării hotărârii de excludere a consilierului trebuie raportată doar la demersurile îndeplinite în raport cu instanța competentă, fapt dovedit cu certificatul de grefă nr. 366 din 10.06.2020 eliberat de Tribunalul Botoșani, înregistrat la Instituția Prefectului județului sub nr. 8102 din 11.02.2020, prin care se certifică faptul că pe rolul Tribunalului Botoșani nu este înregistrat nici un dosar care să aibă ca obiect anulare act și să privească pe domnul A., respectiv Partidul ...B.;

b) obligația comunicării către prefect, secretarul general al unității/ subdiviziunii administrativ - teritoriale și către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, îi revine exclusiv partidului politic/organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale, fără a circumstanța momente diferite de comunicare a hotărârii de excludere pentru fiecare dintre cei trei destinatari ante - menționați sau fără a stabili în sarcina vreunui dintre aceștia a obligației de verificare a îndeplinirii obligației de comunicare de către partidul politic/ organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale.

A subliniat pârâta că, potrivit practicii judiciare în materie, în situația 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 act”, îndeplinind în temeiul legii doar o formalitate necesară în vederea funcționării autorității administrației publice, în condiții de reprezentativitate și 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 pronunțată de Tribunalul Botoșani și, pe cale de consecință, respingerea acțiunii ca fiind nefondată și 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 practica prezentei decizii, și în subsidiar ca nefondat, cu obligarea recurente la plata cheltuielilor de judecată pentru următoarele considerente:

În mod corect instanța de fond a reținut dispozițiile 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 unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale și către consilierul local a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, în situația în care legalitatea acesteia nu a fost contestată.

Deși s-a comunicat recurente prin adresa din data de 09.06.2020, înregistrată la Instituția 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 și 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 instanță cele două Decizii emise de Partidul ...B., Biroul Politic C. și Biroul Politic prin care s-a dispus radierea reclamantului din evidențele partidului, acestea făcând obiectul dosarului nr. 1172/40/2020, iar la data de 13.11.2020 prin sentința civilă nr. 872/2020 instanța a admis acțiunea și a dispus anularea celor două decizii.

Or, în mod evident că instanța de fond a analizat în mod corect dispozițiile legale în materie, reținând 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 calității de membru de partid) trebuie să fie definitivă la data la care este sesizat prefectul cu o cerere de constatare a încetare a calității de ales local.

În acest sens instanța de fond a reținut: Astfel, art. 204 alin. 5 reglementează doar situația 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 cunoaște 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 aștepte definitivarea situației litigioase, neputând interveni încetarea de drept a mandatului de consilier local înainte de rămânerea definitivă a hotărârii respective.

Această dispoziție a legii trebuie aplicată în deplină concordanță cu voința legiuitorului și a principiilor legalității și egalității prevăzute în art. 6 și 7 din OUG nr. 57/2019 precum și a principiului respectării dreptului la apărare.

În cazul de față, în ciuda faptului că actele forului competent să decidă asupra excluderii reclamantului, în speță Decizia nr. 1 a Biroului Politic Local C. și Decizia nr. 11 a Partidului ...B. - Biroul Politic Județean 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 cadrul litigiului cu organele partidului aceștia nemotivând în nici un fel excluderea sa) a fost emis Ordinul 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 și declararea ca vacant a locului de consilier local în consiliul local al comunei C., lucru contrar dispozițiilor art. 204 alin. 5 coroborat cu art. 204 alin. 12 din OUG nr. 57/2019.

Simpla verificare la Tribunalul Botoșani a existenței 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 aparență 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 poți contesta ceva ce nu ai primit încă.

Soluția instanței de fond este în concordanță și cu Decizia nr. 530/2013 a Curții Constituționale a României referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a prevederilor art. 16 alin. (3) din Legea partidelor politice nr. 14/200, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr 23 din 13/01/2014.

În motivarea acesteia, CCR a reținut în mod imperativ că, *„Cu toate acestea, din perspectiva consecințelor juridice grave pe care măsura excluderii din partid le produce asupra mandatului aleșilor locali, constând în încetarea acestuia, și a numărului semnificativ de astfel de cauze cu care instanța de contencios constituțional a fost sesizată, Curtea consideră că se impune o distincție clară între normele de deontologie proprii partidelor politice și normele care, instituind drepturi și obligații ale membrilor partidului și ale organelor statutare, sancțiuni pentru abaterile de la prevederile statutare și procedurile de urmat în aceste cazuri, au evident natură juridică. Aceste norme au forță juridică obligatorie și se înscriu în noțiunea de „lege”, astfel cum aceasta a fost conturată potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, ca noțiune autonomă. De asemenea, aceste norme constituie temeiul adoptării unor acte cu natură juridică, iar nu al unor “hotărâri care au caracter de acte politice”.*”

Curtea reține, totodată, că legea prevede reguli procedurale privind soluționarea diferențelor dintre membrii unui partid politic sau dintre aceștia și conducerile organizațiilor partidului, precum și organele competente pentru soluționarea acestor diferențe (comisiile de arbitraj la nivelul partidului și al organizațiilor sale teritoriale, care reprezintă, în realitate, organe proprii cu atribuții jurisdicționale). Astfel, potrivit art. 15 alin. (3) din Legea nr. 14/2003, comisia de arbitraj este organizată și funcționează conform unui regulament aprobat de organul statutar, care trebuie să asigure părților dreptul la opinie și dreptul de a se apăra, precum și proceduri echitabile de decizie.

În aceste condiții, Curtea constată că prevederile art. 16 alin. (3) din Legea nr. 14/2003, instituind competența exclusivă a organelor cu atribuții jurisdicționale ale partidului politic de a aprecia asupra respectării normelor statuare de către membrii de partid, elimină, în fapt, controlul judecătoresc în ceea ce privește respectarea de către aceste organe a propriului statut și împiedică astfel accesul liber la justiție. De altfel, Curtea reține că problema constituționalității prevederilor art. 16 alin. (3) din Legea nr. 14/2003 trebuie privită cu maximă exigență în condițiile în care pierderea calității 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 și-a exercitat atribuțiile 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 și Decizia nr. 11 din 3.06.2020 a Partidului ...- Biroul Politic Județean având ca obiect radierea din evidențele Filialei ... a reclamantului) și a Referatului constatatator nr. 8115/11.06.2020.

Recurenta afirmă în esență că, în raport de prevederile art. 204 alin. 2 lit. j și de art. 204 alin. 5 din O.U.G. nr. 57/2019, Prefectul județului a depus diligențele necesare pentru a face aplicarea dispozițiilor art. 204 alin. 12 din același act normativ, respectiv a verificat dacă pe rolul Tribunalului Botoșani era înregistrat un dosar având ca obiect anularea deciziilor Partidului ...B. – Biroul Local C. și Biroul Politic Județean. Nefiind înregistrată o asemenea cerere, Prefectul județului apreciază că ordinul de constatare a încetării de drept a mandatului reclamantului, termenul de 30 de zile fiind unul înlăuntrul căruia trebuie emis ordinul și 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 calității de membru al partidului politic sau al organizației minorităților naționale pe a cărei listă a fost ales. Art. 204 alin. 5 din același 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 unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale și către consilierul local, a hotărârii forului competent să decidă asupra excluderii unui membru al partidului politic sau a organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, în situația 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 organizației cetățenilor aparținând minorităților naționale pe a cărei listă consilierul local sau consilierul județean a fost ales, prefectul constată, prin ordin, încetarea mandatului consilierului local sau județean înainte de expirarea duratei normale a acestuia și declară vacant locul consilierului local sau județean. Ordinul prefectului se transmite de îndată judecătoriei competente să valideze mandatul supleantului, în condițiile art. 122, consilierului local și secretarului general al unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale”.

Din cuprinsul dispozițiilor normative învederează rezultă că pentru emiterea ordinului de încetare a mandatului consilierului local sau județean, înainte de expirarea duratei normale a acestuia, trebuie îndeplinită o condiție esențială, 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 existenței, pe rolul instanței, a vreunei contestații asupra legalității deciziei asupra excluderii, aceasta a ignorat faptul că din documentația înaintată de către Partidul ..., în vederea emiterii ordinului contestat, lipsea dovada comunicării celor două decizii către reclamant.

Cum reclamantul a făcut dovada în fața instanței de fond, la termenul de judecată din data de 25.08.2020, că a contestat în instanță 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 discuție să fie definitive, fiind încălcate prevederile art. 204 alin. 5 din Ordonanța de urgență 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 și 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. Obligația de plată a dobânzii penalizatoare în temeiul art. 8 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, în situația în care nu a fost prevăzută o clauză în acest sens în cuprinsul contractului încheiat de părți.

Rezumat:

Este adevărat că prevederile contractuale reprezintă legea părților, însă legiuitorul are posibilitatea de a stabili care sunt regulile aplicabile chiar și în situația în care părțile nu au inserat în contract clauze referitoare la penalități, având în vedere natura contractului încheiat și necesitatea protejării interesului public. Indiferent de conținutul contractului, prevederi legale sunt obligatorii și pentru părțile contractante.

Or, pentru situația în care părțile nu au înțeles 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 obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, care prevede că:

„(1) În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condițiile 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 condițiile dispozițiilor 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 excepția necompetenței materiale a Judecătoriei Suceava în soluționarea prezentei cereri, considerând că este competentă Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a Tribunalului Suceava.

Totodată, pârâtul a invocat și excepția inadmisibilității acțiunii în raport cu prevederile art. 7 din Legea nr. 554/2004 și excepția prescripției dreptului la acțiune al reclamantei în temeiul prevederilor art. 11 din Legea contenciosului administrativ.

Pe fondul cauzei, pârâta a solicitat respingerea acțiunii, ca neîntemeiată.

Prin sentința nr. 1704 din 11.04.2019, Judecătoria Suceava a admis excepția necompetenței sale materiale și a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava.

Cauza a fost înregistrată pe rolul Tribunalului Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal la data de 26.08.2019, sub nr. .../314/2018, iar prin încheierea nr. 792 din 14.11.2019 s-a admis excepția necompetenței sale materiale și a declinat competența de soluționare a cauzei în favoarea Judecătoriei Suceava, constatând ivit conflictul negativ de competență între Tribunalul Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal și Judecătoria Suceava.

Prin sentința nr. 11 din 25.02.2020 pronunțată în dosarul nr. .../39/2020, Curtea de Apel Suceava a stabilit competența de soluționare a cauzei în favoarea Tribunalului Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal.

Cauza a fost reînregistrată pe rolul Tribunalului Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal la data de 22.05.2020 sub nr. .../314/2018.

Prin sentința nr. 590 din 24 septembrie 2020, Tribunalul Suceava – Secția de contencios administrativ și fiscal a respins excepția inadmisibilității cererii ca neîntemeiată.

A respins excepția prescripției dreptului la acțiune 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 sentințe, în termen legal, a declarat recurs pârâta U.A.T. B., criticând-o pentru nelegalitate.

Motivându-și recursul, pârâta a arătat că soluția instanței de fond este dată cu aplicarea eronată a normelor de drept material.

În concret, s-a arătat instanței de fond că între părți a fost încheiat, în temeiul HCL nr. 19/2015 contractul nr. 2911/30.01.2015 de acordare a subvenției pentru transportul public local de călători în municipiul B. A învederat pârâta că obligația autorității locale de a acorda aceste subvenții bugetare rezidă din dispozițiile art. 17 lit. I din OG nr. 97/1999 privind garantarea furnizării de servicii publice subvenționate de transport rutier intern și de transport pe căile navigabile interioare, republicată, în timp ce regimul sumelor ce urmează a fi acordate cu titlu de subvenție 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 părți termene stipulate în vederea îndeplinirii obligațiilor de către beneficiar sau finanțator. 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 scadenței.

Disponând în sensul obligării instituției pârâta la plata dobânzii penalizatoare, instanța de fond a invocat dispozițiile art. 4 din Legea nr. 72/2013 alea art. 3 alin. 2 din aceeași lege. Se poate observa cu ușurință că ambele texte invocate de instanță în susținerea deciziei sale fac trimitere la data scadenței și la situația depășirii acesteia. Ori, înscrisurile depuse la dosarul cauzei atestă clar că nu a fost stabilit, prin contract, un termen de plată și nici facturile emise de reclamanta intimată nu conțin informații cu privire la data scadenței.

Contractul dintre părți - legea părților, face dovada clară a faptului că nu s-a dorit nici stabilirea de termene de plată și cu atât mai puțin, a unor penalități.

Prezenta acțiune a fost doar rezultatul unui control al curții de conturi. Ori, dincolo de constatările auditorilor, contractul dintre părți este cel care exprimă voința reală a părților, iar analiza contractului dedus judecății face dovada clară a acordului de voință al părților în ceea ce privește intenția 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, deși contractul încheiat de părți este un contract administrativ, nu are caracter “tip adeziune” în sensul că în cuprinsul său clauzele referitoare la obligațiile părților nu au fost impuse unilateral de una dintre părți, ci au fost rezultatul acordului de voință al părților.

Caracterul administrativ al contractului invocat de reclamantă în susținerea cererii sale nu înlătură caracterul consensual al clauzelor înscrise.

Absența din contract a unor elemente considerate de reclamantă esențiale, se datorează în primul rând lipsei de diligență a acesteia, beneficiara finanțării, care invocă drept scuză *“Reclamanta a considerat că pârâta este de bună credință și va achita la timp subvențiile motiv pentru care nu a calculat, urmărit și nici nu a încasat dobânzi penalizatoare pentru întârzierea plății subvențiilor”*.

Această afirmație 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 scadență a acestei obligații. 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 penalităților.

În concluzie, în condițiile lipsei din contract a obligației înserată în sarcina finanțatorului de a plăti subvențiile într-un termen determinat, în lipsa unei obligații contractuale referitoare la plata penalităților, având în vedere lipsa termenului de plată din facturi, precum și propria culpă invocată de reclamantă la încheierea și 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 sentinței și, în rejudecare, respingerea acțiunii reclamantei - intime 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 practica prezentei decizii.

Pe fondul cauzei, a solicitat respingerea recursului pentru următoarele motive:

11.1. Dispozițiile instanței

Tribunalul Suceava, contrar susținerilor recurente pârâtei din întâmpinare conform cărora reclamanta nu poate invoca lipsa de diligență în modalitatea de întocmire a contractului, reține că reclamanta avea obligația de a calcula și percepe penalități pentru plata cu întârziere a sumelor stabilite prin contract potrivit dispozițiilor 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 subvențiilor bugetare stabilite prin contractul nr. 2911/30.01.2015.

Instanța de fond în mod corect a reținut că potrivit art. 8 din legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, 1) în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1).

De asemenea, instanța a reținut că textul legal reglementează expres situația în care contractul încheiat nu s-a stabilit o clauză referitoare la penalitățile de întârziere, cum este cea din speța de față.

11.2. Argumentele recurente-pârâte și contraargumentele intimatei-reclamante

Așa cum s-a menționat și în acțiunea introductivă între recurenta pârâtă și intimata reclamanta a fost încheiat contractul nr. 2911/30.01.2015 privind acordarea subvenției pentru transportul public de călători în municipiul B. pentru anul 2015.

În baza acestui contract UAT B. în calitate de finanțator - autoritate contractantă avea obligația de a plăti în fiecare lună subvenția 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 subvențiilor și la penalități pentru nerespectarea condițiilor contractuale, că intimata reclamantă a efectuat serviciile publice de transport și că UAT B. nu a achitat subvențiile pentru transportul public călătorilor beneficiari de facilități la transportul public local, intimata reclamantă în baza prevederilor Legii nr. 72/2013 și a Directivei 2011/7/UE a calculat și înregistrat în evidența contabilă dobânzi penalizatoare pentru neplata în termen a subvenției 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 subvenționate de transport rutier intern și de transport pe căile navigabile

interioare trebuiau să fie inserate în mod obligatoriu clauze cu privire la termenele de plată și la penalități pentru nerespectarea condițiilor contractuale.

Întrucât nu s-a prevăzut nimic în contract cu privire la aceste aspecte, intimata reclamantă a calculat și înregistrat în evidența contabilă dobânzi penalizatoare pentru neplata în termen a subvenției datorate de către UAT B. în baza prevederilor Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, act normativ care a fost dat în scopul transpunerii Directivei 2011/7/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 2011 privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale.

Recurenta pârâtă apreciază că absența din contract a unor elemente considerate de reclamantă esențiale, se datorează în primul rând lipsei de diligență a acesteia, beneficiara finanțării. Potrivit dreptului comun, dacă părțile nu au prevăzut în contract data plății, iar aceasta nu poate fi determinată potrivit prevederilor contractuale, practicilor statornicite între părți sau conform uzanțelor, obligația trebuie executată de îndată, în funcție de natura prestației și de locul unde trebuie făcută plata, la cererea părții interesate, determinarea datei plății poate fi făcută de către instanța de judecată.

În raporturile dintre profesioniști, conform art. 3 alin. 3 din Legea nr. 72/2013, se instituie un veritabil termen legal de plată întrucât obligația trebuie executată în cel mult 30 de zile calendaristice de la primirea facturii sau a altei cereri echivalente de plată, de la efectuarea recepției mărfurilor, respectiv de la prestarea serviciilor ori de la data efectuării procedurii de recepție sau de la verificare.

Nexecutarea obligației 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 creanțelor certe, lichide și exigibile constând în obligația de plată a unor sume de bani care rezultă din contracte încheiate între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă.

Legea sancționează nerespectarea termenului legal sau convențional de plată și instituie măsuri pentru combaterea întârzierii în efectuarea plății.

Clauzele contractuale sau practicile care exclud plata dobânzilor sau a cheltuielilor ocazionate de recuperarea creanței ori modificări inechitabile ale termenului de executare a obligației de plată sunt caracterizate în lege ca fiind abuzive.

Astfel, conform art. 8 alin. 1 din Legea nr. 72/2013 în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1), iar art. 3 prevede că în raporturile dintre profesioniști, creanța constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt întrunite condițiile menționate de acesta.

De asemenea, art. 4 din Legea nr. 72/2013 prevede că atunci când părțile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare, calculate potrivit art. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011.

Totodată trebuie avute în vedere și prevederile art. 4 din Directiva 2011/7/UE conform căroră statele membre se asigură că, în tranzacțiile comerciale în care debitorul este o autoritate publică, creditorul este îndreptățit, la expirarea termenului de plată, să perceapă dobândă legală pentru efectuarea cu întârziere a plăților, fără a fi necesară o notificare.

Mai mult decât atât, conform alin. 17 din Directiva 2011/7/UE efectuarea plății de către debitor ar trebui să fie considerată întârziată, în scopul stabilirii dreptului de a percepe dobânzi pentru efectuarea cu întârziere a plăților, în cazul în care creditorul nu are la dispoziție suma datorată la scadență, cu condiția să-și fi îndeplinit obligațiile contractuale și legale. Prin urmare,

directive generează posibilitatea perceperii acestor dobânzi, scopul acesteia fiind tocmai combaterea plăților efectuate cu întârziere.

Așa cum a reținut și instanța de fond din analiza acestor articole rezultă că orice creanță privind plata prețului rezultat dintr-un contract încheiat într-o autoritate contractantă și profesioniști va produce dobânzi penalizatoare indiferent dacă părțile au prevăzut sau nu în contract această obligație.

În concluzie, din coroborarea dispozițiilor legale mai sus menționate, contrar aprecierilor recurente pârâte rezultă că reclamanta avea obligația să calculeze și să înregistreze în evidența contabilă dobânzi penalizatoare pentru neplata la termen a subvenției datorate de UAT B. după expirarea termenului de 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii precum și obligația evidențierii în contabilitate a veniturilor, respectiv a creanțelor și de raportare a acestora în situațiile financiare aferente anului 2015, venituri și creanțe rezultate ca urmare a aplicării unei dobânzi penalizatoare pentru neplata în termenul legal.

În consecință, a solicitat reclamanta respingerea căi de atac formulate de către recurenta pârâtă și menținerea dispozițiilor sentinței civile nr. 590 pronunțată 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, pârâta a solicitat respingerea 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 susținut că instanța de fond a apreciat în mod greșit că se impunea obligarea sa la plata dobânzii penalizatoare deoarece în contractul încheiat de părți nu au fost prevăzute penalități, nu au fost stipulate termene în vederea îndeplinirii obligațiilor, iar facturile emise nu cuprind data scadenței, motiv pentru care nu ar fi aplicabile prevederile art. 4 și art. 3 alin.2 din Legea nr. 72/2013, care fac referire la scadența obligației.

Examinând susținerile recurentului, Curtea constată că acestea nu sunt întemeiate. Este adevărat că prevederile contractuale reprezintă legea părților, însă legiuitorul are posibilitatea de a stabili care sunt regulile aplicabile chiar și în situația în care părțile nu au inserat în contract clauze referitoare la penalități, având în vedere natura contractului încheiat și necesitatea protejării interesului public. Indiferent de conținutul contractului, prevederi legale sunt obligatorii și pentru părțile contractante.

Or, pentru situația în care părțile nu au înțeles 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 obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, care prevede că:

„(1) În raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare dacă sunt îndeplinite condițiile 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 condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare. Prevederile art. 4 se aplică în mod corespunzător.”

Pe cale de consecință, în mod corect a fost obligat reclamantul la plata dobânzilor penalizatoare, chiar dacă părțile nu au prevăzut aceste dobânzi și nici termene de plată a obligațiilor, întrucât sunt aplicabile prevederile Legii nr. 72/2013.

Față de aspectele reținute anterior, se constată că hotărârea instanței 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 operațiunii. Art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal.

Rezumat:

Este clară ideea legiuitorului de a statua obligația ajustării TVA având la baza o operațiune reală, fără a contraveni ideii de conținut economic al tranzacției, lipsa acestuia fiind sancționată de art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare, care precizează că: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe în înțelesul prezentului cod, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic. Prin tranzacții artificiale se înțelege tranzacțiile sau seriile de tranzacții care nu au un continui economic și care nu pot fi utilizate în mod normal în cadrul unor practici economice obișnuite, scopul esențial al acestora fiind acela de a evita impozitarea ori de a obține avantaje fiscale care altfel nu ar putea fi acordate”.

Astfel, chiar dacă cele 2 societăți 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) și b) din Codul Fiscal, desființarea unui contract reprezintă orice modalitate prin care părțile renunță la contract de comun acord sau ca urmare a unei hotărâri judecătorești sau a unui arbitraj”, simpla întocmire a facturilor de storno avansuri, în lipsa restituirii efective a avansurilor încasate, nu înseamnă decât o operațiune de formă, lipsită de conținut. Avansurile încasate de recurentă au avut o destinație precisă atestată prin contracte, iar din cuprinsul acestora nu rezultă că în cazul nerealizării obiectului contractului sau a desființării 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 Botoșani - Secția a II-a Civilă, de Contencios Administrativ și Fiscal, sub nr. .../40/2019*, reclamanta SC A. SRL, reprezentată de lichidator judiciar B. SPRL a chemat în judecată pe pârâta Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice - Administrația Județeană a Finanțelor Publice, solicitând anularea în totalitate a Deciziei nr. 1375/27.06.2019, a Deciziei de impunere nr. F – BT 294 din 25 iulie 2014 și a Dispoziției de măsuri nr. IV 6652/3 din 25 iulie 2014 emise în baza Raportului de Inspecție Fiscală 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 menționate, că în mod nelegal și netemeinic pârâta nu a acordat drept de deducere societății pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei.

În cauză, legal citată, pârâta Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice - Administrația Județeană a Finanțelor Publice a depus întâmpinare în temeiul art. 205 alin 1 Cod procedura civilă solicitând respingerea contestației ca netemeinică și nelegală.

Prin sentința nr. 212 din 2 iulie 2020, Tribunalul Botoșani a respins, ca nefondată, acțiunea privind pe contestatoarea SC A. SRL, reprezentată legal de lichidator judiciar B.

SPRL, în contradictoriu cu intimatele Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice, și Administrația Județeană a Finanțelor Publice.

Împotriva acestei sentințe, 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 dispozițiile art. 488 alin. 1, pct. 8 Cod procedură civilă, a susținut recurenta instanța de fond a aplicat greșit prevederile Legii nr. 554/2004, adăugând la lege argumentând împotriva situației de fapt stabilită de Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoșani. De asemenea, instanța de fond nu a analizat și nu s-a pronunțat asupra motivelor invocate de societatea prin cererea de chemare în judecată și a aplicat greșit prevederile art. 134² alin.2 lit. b) din Codul fiscal (Legea nr.571/2003, aplicabilă în cauză).

A arătat că în cadrul procedurii prealabile, față de contestația sa înregistrată la Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice cu nr. 68805/11.08.2014, Administrația Finanțelor Publice Județeană a răspuns prin Decizia nr. 1375/27.06.2019, prin care a respins contestația ca nemotivată.

Această întârziere de 5 ani în emiterea unui răspuns la contestația formulată de societate a fost rezultatul suspendării procedurii de soluționare a contestației de către pârâta Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice - Administrația Județeană a Finanțelor Publice, ca urmare a cercetărilor penale efectuate de Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoșani, urmare a unei sesizări penale depuse chiar de pârâtă. Sesizarea s-a dovedit a fi complet eronată.

Prin Ordonanța nr. 700/P/2015 din 08.05.2018, Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoșani a dispus clasarea cauzei, arătând că toate faptele pentru care au fost cercetați C., SC D. SRL și SC A. SRL nu există.

Obiectul cererii de chemare în judecată este reprezentat de diferența de taxă pe valoare adăugată în sumă de 571.056,42 lei pentru care inspecția fiscală nu a acordat drept de deducere întrucât ar reprezenta TVA colectată stabilită 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 totală 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 și care nu au fost efectiv încasate de la SC D. SRL

În fapt, prin Raportul de inspecție fiscală nr. F-BT 239 din 25.07.2014 întocmit în urma inspecției fiscale desfășurate la societate în perioada 01.07.2014 - 25.07.2014 s-a consemnat constatarea unor diferențe de taxă pe valoare adăugată pentru care inspecția nu a acordat dreptul de deducere.

Diferența arătată mai sus se compune din: - 571.056,42 lei pentru care inspecția fiscală nu a acordat drept de deducere și reprezintă de fapt TVA colectată stabilită 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 diferența de taxă arătată mai sus este nelegal stabilită din următoarele motive:

În data de 05.05.2014, SC A. SRL, în baza actelor adiționale nr.3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr.3/15.02.2010, actul adițional nr.3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 5/18.01.2011 și actul adițional nr.3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr.8/25.10.2011, acte adiționale de reziliere a contractelor încheiate cu SC D. SRL emite către aceasta un număr de 8 facturi de storno cu o valoare totală de -3.216.500 lei din care -2.611.088,74 lei baza și - 605.411,26 lei TVA (cota de 24% și 19 %) și reprezentând stornări de facturi de avansuri emise în perioada 17.02.2010-30.06.2012.

A susținut recurenta că nu s-a consemnat și nu s-a ținut cont în Raportul de inspecție 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 inspecție fiscală F-BT nr.305 din 31.08.2012 cu Anexa nr. 3 - Situația facturilor de avans emise către SC D. S.R.L, și modul de încasare al sumelor înscrise în facturi. În Raportul de inspecție fiscală este menționat 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 adiționale încheiate referitor la aceleași 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 și neîncasate până la 31.08.2012 de către SC A. SRL către clientul SC D. SRL” așa cum este menționat și în Raportul de inspecție 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 situație nu poate fi explicat motivul pentru care organele de inspecție fiscală consideră că stornarea unor facturi de avansuri în baza actelor adiționale de reziliere a unor contracte comerciale reprezintă „operațiune fictivă-disimularea realității prin crearea aparenței existenței unei operațiuni care în fapt nu există”, când la emiterea facturilor de avans SC A. a înregistrat și achitat contravaloarea TVA în totalitate, respectând prevederile Codului Fiscal menționat în Rapoartele de Inspecție Fiscală anterioare menționate mai sus.

De asemenea, intrarea în insolvență a SC D. SRL nu reprezintă un motiv pentru care organul de inspecție fiscală a considerat că „momentul alegerii stornării facturilor nu a fost ales întâmplător.”

Așa cum și în conținutul Raportului de inspecție Fiscală este menționat, importante sunt prevederile art. 138 lit. a) din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal cu modificările și completările ulterioare în care se prevede că: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situații: a) în cazul desființării totale sau parțiale 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 căreia s-a efectuat stornarea Facturilor de avans prin rezilierea contractelor de vânzare - cumpărare.

Nu poate fi acceptată interpretarea organelor de inspecție fiscală în sensul că reducerea bazei de impozitare în cazul desființării nu coincide cu termenul în momentul desființării totale sau parțiale a contractului pentru livrarea de bunuri. De asemenea nici justificarea organelor de inspecție fiscală precum că „sintagma în cazul” nu înlătură obligația părților dintr-un contract ce se desființează de a restitui foloasele deja obținute de părți pe parcursul derulării contractului (în speță SC A. SRL a obținut bani cu titlu de avans pentru livrarea de linii tehnologice), această obligație fiind atestată și de prevederile art. 1254 din Codul Civil: „În cazul în care contractul este desființat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte în natură sau prin echivalent, prestațiile 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 menționat în Raportul de Inspecție 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 și verificate de organele de inspecție fiscală.

La data de 05.05.2014 s-a înregistrat în evidența contabilă a SC A. SRL facturile de stornare a avansurilor (în minus față de cum au fost înregistrate inițial). Din punct de vedere contabil se observă clar că după această situație s-a diminuat soldul contului 411.00001 D. și în această situație nu există posibilitatea legală de a se restitui către SC D. SRL sumele înscrise în facturile de stornare a avansurilor. În urma înregistrărilor în evidența contabilă a tuturor operațiunilor economice până la sfârșitul lunii mai 2014 (stornarea facturilor de avans, anularea datoriilor către D., achiziționare deșeuri etc), „fișa clientului D. SRL din evidența contabilă a SC A. SRL, creanțele asupra acestui client sunt în sumă de 0 lei, de altfel 0 lei fiind și soldul

contului 401 cu analitic distinct pentru SC D. SRL” așa cum este menționat și în Raportul de inspecție fiscală.

Nu s-a prezentat și nu a fost luată în considerare în Raportul de Inspecție fiscală (cu toate că a fost anexată și la punctul de vedere al proiectului de Raport de inspecție 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 și 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 situației economice rezilierea contractelor menționate 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 și 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 posibilitățile financiare pentru realizarea unor noi investiții (finalizarea contractelor încheiate precum și plata diferenței și achiziționarea echipamentelor tehnologice).

Toate aspectele arătate mai sus au fost prezentate și în punctul de vedere la proiectul Raportului de Inspecție Fiscală depus în data de 25.07.2014, dar nu au fost luate în considerare din moment ce toate documentele contestate au aceeași dată, respectiv 25 iulie 2014.

A arătat recurenta că organul fiscal a suspendat timp de 5 ani soluționarea contestației, apreciind că între stabilirea obligațiilor bugetare prin decizia de impunere contestată și stabilirea caracterului infracțional al faptei ar exista o interdependență, având în vedere constatările organelor de inspecție fiscală conform cărora societatea a stornat o serie de avansuri pentru care nu a putut face dovada realității acestora, operațiunile fiind considerate fictive.

Pârâta nu a luat în considerare un aspect deosebit de important și anume că în perioada octombrie 2012 - ianuarie 2013, societății i-a fost aprobată rambursarea sumei totale de 707.102 lei (638.053 lei în urma RIF 364/31.10.2012 și respectiv 69.049 lei în urma RIF 17/24.01.2013). Aceste sume au rezultat implicit din stornarea parțială a unor facturi emise de SC D. SRL în baza Contractelor 3/2010 și respectiv 5/2011 și în condițiile în care și atunci se desfășurau cercetări penale și situația administratorului era aceeași.

Mai mult, această situație era cunoscută de organul de control și de cel de soluționare a contestației pentru că societatea însăși a furnizat toate datele necesare și a făcut cunoscute toate aceste chestiuni într-un memoriu pe care l-a depus la data de 08.10.2014 la DGRFP și care a fost depus la dosarul cauzei.

Chiar dacă în anul 2012 s-au demarat acte de urmărire penală împotriva administratorilor unor societăți comerciale cu care și societatea recurentă a avut relații de afaceri, este important de observat că fuseseră efectuate controale încrucișate tematice pe această chestiune a facturilor de avans la toate aceste societăți și nu s-au descoperit nici un fel de nereguli în activitatea acestor societăți (conform rapoartelor de inspecție fiscală încheiate), mai ales în privința modului de operare al TVA, care interesează speța de față, astfel încât la momentul soluționării contestației organul fiscal ar fi avut toate datele pentru ca în considerarea normelor de drept aplicabile, să stabilească dacă a fost obținut sau nu un avantaj fiscal și care anume ar fi fost acesta.

În ceea ce privește lipsa/precaritatea documentelor justificative susținută de pârâtă, a apreciat recurenta că actele adiționale care au fost încheiate, cu explicațiile și înscrisurile aferente lămuresc pe deplin toate aspectele legate de relațiile comerciale dintre părți, fiind suficiente pentru ca organul de soluționare să fi putut analiza pe fond raportul fiscal cu a cărei soluționare a fost investit.

„Suspiciunile” pârâtei s-au dovedit, în totalitate, nefondate. Parchetul de pe lângă Tribunalul Botoșani a procedat la analizarea detaliată a tuturor aspectelor invocate de pârâtă, inclusiv prin efectuarea unui raport de constatare, concluzionând că „organele fiscale au calificat greșit starea de fapt fiscală și au stabilit în mod eronat obligații 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 și pentru un avans că nu se achită, emitentul facturii are obligația de înregistra TVA aferentă ca și colectată iar beneficiarul are obligația de înregistra TVA ca și 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 își îndeplinesc obligațiile, anume înregistrarea și 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 așadar clasarea, cu motivarea că faptele sesizate de pârâtă nu există. Întrucât pârâta nu a acordat în 2014 drept de deducere societății noastre pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei, blocând apoi timp de 5 ani posibilitatea cenzurării de către instanță a corectitudinii acestei decizii prin sesizarea organelor de urmărire penală și suspendarea procedurii de judecare a contestației, această sumă nu a mai putut fi folosită de SC A. SRL, ceea ce a contribuit în cele din urmă la ajungerea societății în stare de insolvență.

Instanța 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, așa cum s-a arătat, procurorul s-a pronunțat exact cu privire la situația de fapt ce face obiectul acestei cauze.

Pentru a respinge contestația pe care a formulat-o, instanța de fond a procedat la o amplă analiză a situației societății, concluzia instanței fiind aceea că „stornarea facturilor de avans este o operațiune fictivă.” Această concluzie este eronată, instanța argumentând practic împotriva prevederilor legale. Codul fiscal, consideră astfel instanța, ar trebui aplicat numai în situația în care intimata este pe deplin convinsă de „realitatea” operațiunilor 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 instanța de fond reprezintă o aplicare greșită a prevederilor legale, așa cum s-a arătat în precedent.

A solicitat admiterea recursului, casarea sentinței atacate, urmând ca în rejudecare să se admită contestația formulată împotriva Deciziei nr. 1375/27.06.2019, a Deciziei de impunere nr. F-BT 294 din 25.07.2014 și a Dispoziției de măsuri nr. IV 6652/3/ din 25.07.2014 emise în baza Raportului de Inspecție Fiscală înregistrat sub nr. F-BT 239 din 25.07.2014 și să se dispună anularea actelor administrativ-fiscale atacate; să se constate, urmare a anularii actelor administrativ-fiscale mai sus arătate, că în mod nelegal și netemeinic pârâta nu a acordat drept de deducere societății pentru TVA deductibilă în sumă 571.056,42 lei. A solicitat și obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

Prin întâmpinarea depusă la 23 octombrie 2020, intimata Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice – Administrația Județeană a Finanțelor Publice a solicitat respingerea recursului ca nefondat și menținerea sentinței recurate ca legală și temeinică.

În motivarea acestui punct de vedere, intimata a susținut următoarele:

În apărare, s-a arătat că prin Decizia de impunere privind obligațiile fiscale suplimentare de plată nr. F-BT 294/25.07.2014, emisă în baza Raportului de inspecție 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 scadență 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 și penalități în sumă de 51 lei. Din totalul acestor diferențe suplimentare, agentul economic a contestat doar

suma de 571.056,42 lei TVA deductibilă, motivarea fiind aceea ca pârâta în mod nelegal și netemeinic nu a acordat drept de deducere societății pentru aceasta suma.

Astfel, învederează că în urma inspecției fiscale efectuate, organele de inspecție fiscală au stabilit suplimentar în sarcina societății 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 și care nu au fost efectiv încasate de la SC D. SRL.

În Raportul de Inspecție Fiscală nr. F-BT 239/25.07.2014, s-a arătat: contestatoarea nu avea dreptul de rambursare a TVA pentru sumele stornate, ca și 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 existența vreunui transfer de bani de la SC A. SRL către SC D. SRL, tranzacțiile cuprinse în aceste facturi neavând un continui economic, fiind îndeplinită doar condiția de formă, nu și de conținut.

În temeiul prevederilor art. 137 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și 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 obțină SC D. SRL de la petentă. În baza acestei operațiuni de transfer de bani, petenta avea dreptul de a emite factura de stornare.

Conform art. 6 din Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, orice operațiune economico-financiară care a fost efectuată se consemnează în momentul efectuării ei într-un document care stă la baza înregistrărilor în contabilitate, și care dobândește astfel calitatea de document justificativ. Ori, în cazul de față nu există operațiunea în cauză.

S-a reținut astfel, că este necesar ca operațiunea să existe, să fie reală, să fie efectuată, iar la baza ei să se regăsească o serie de documente justificative.

Speței în cauză nu i se aplică prevederile art. 138 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare și 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 și completările ulterioare, întrucât se procedează la ajustarea TVA aferentă facturilor de livrări de bunuri și prestări de servicii, în situația în care livrarea nu se mai efectuează, dar a fost emisă inițial factura de livrare.

În cazul de față 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 față, petenta a facturat contravaloarea avansurilor încasate și 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 corelație între realitate și documente. Când va avea loc operațiunea de restituire a banilor, în acel moment se va crea și dreptul societății de a storna avansurile.

În prezent, factura nu este document justificativ de înregistrare în contabilitate, întrucât nu reflectă o operațiune economico-financiară.

În speță sunt aplicabile și prevederile pct. 46 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 14 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și

completările ulterioare. Din aceste prevederi legale se reține astfel faptul că la înregistrarea în contabilitate trebuie să se prezinte cât mai fidel operațiunile economico-financiare, în conformitate cu realitatea economică.

Totodată, organul fiscal a apreciat situațiile relevante din punct de vedere fiscal după conținutul lor economic.

Intimata a precizat că, în speță nu sunt aplicabile prevederile art. 134² din Codul fiscal și 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 și nici până la data încheierii inspecției fiscale. Prin urmare, nu a existat nici o operațiune economică.

Relevantă în acest caz are și decizia Curții Europene de Justiție dată în cazul C-255/02-Halifax & Others conform căreia, orice artificiu care are drept scop esențial doar obținerea unui avantaj, operațiunea neavând conținut economic, va fi ignorat, situația “normală” care ar fi existat în absența acestui artificiu fiind restabilită. Tot jurisprudența 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 dispozițiilor coroborate ale articolelor 65, 90 și 193 din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, potrivit căroră SC A. SRL nu a respectat principiul prevalenței economicului asupra juridicului, respectiv al substanței asupra formei, ori este foarte important să se constate că atât în perioada supusă inspecției fiscale, cât și ulterior, în perioada iunie 2014-31.12.2018 conținutul economic al tranzacțiilor care au condus la diferențe 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 și 2209, au fost solicitate explicații scrise administratorului societății, dl. C., care, în nota explicativă din data de 10.07.2014, precizează următoarele: „Considerentele întocmirii facturilor de storno menționate mai sus sunt actele adiționale de reziliere, respectiv actul adițional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 3/15.02.2010, actul adițional nr. 3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 5/18.01.2011 și actul adițional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 8/25.10.2011.”

Totodată, echipa de inspecție fiscală a solicitat precizări referitoare la încasarea de la SC D. SRL a sumelor înscrise în facturile inițiale de avansuri, nr. 2101, 2102, 2104, 2106, 2110, 2117 și 2209, respectiv în ce quantum au fost încasările totale și 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 menționate au fost încasate de la SC D. SRL parțial, pentru suma neîncasată s-a întocmit factura fiscală nr. 2210/31.08.2012 cu suma de - 3.647.953,88 lei. Quantumul sumei încasate de 3.216.500 lei de A. de la D. (echivalent a facturilor de storno) a fost considerat ca plată a unor obligații ale lui D. SRL pentru A. SRL, pentru livrările de mărfuri și prestările de servicii.”

De asemenea, echipa de inspecție fiscală a solicitat administratorului societății să precizeze dacă deține alte documente/înscrisuri, în afară de facturile de storno din data de 05.05.2014, relevante pentru stornarea sumei de 3.216.500 lei, și în caz afirmativ, acestea să fie enumerate și anexate la răspuns. Dl. C. a precizat în răspunsul la întrebarea nr. 5, că „SC A. SRL deține actele adiționale de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare încheiate cu D., detaliate la răspunsul de la întrebarea nr. 3.” Întrucât contractele de vânzare-cumpărare sus-menționate au fost reziliate de către părți, înainte de livrarea efectivă a liniilor tehnologice ce au făcut obiectul acestor contracte, organele de inspecție fiscală au solicitat informații scrise și cu privire la demersurile întreprinse de SC A. SRL pentru obținerea 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 și care a fost finalitatea acestor demersuri (dacă s-au realizat achizițiile

de linii tehnologice, iar daca nu, există încă acțiuni în derulare?), precum și argumentarea cu documente.

În răspunsul la întrebarea nr. 6 din nota explicativă din data de 10.07.2014, administratorul societății, dl. C., a precizat următoarele: „Demersurile întreprinse....sunt: au fost solicitate oferte de la diferiți furnizori, a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu SC E. SRL pentru linie tehnologică pentru fabricat pellet model FASTPELLET 1000 CT/FIX și înțelegeri verbale cu ceilalți parteneri de unde a primit oferte, respectiv F. SRL pentru linie producție banzic vertical F. și 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 achizițiile de linii tehnologice, contractul cu E. a fost anulat (anexat contr. nr. 168/20.10.2011 și actul adițional). Ofertele primite au trecut de data valabilității lor; anexam pentru confirmare ofertele primite de la F. și G.-15 pagini. Contractele cu D. s-au anulat întrucât avem promisiuni bancare să executăm aceste achiziții din credit bancar pentru a finaliza proiectul pe care îl are A. cu APDRP pe Măsura 123 (achiziții utilaje SAPARD).”

Având în vedere ca SC A. SRL a stornat avansurile facturate către D. SRL și încasate de la aceasta societate, precum și faptul ca au fost anulate contractele de vânzare-cumpărare încheiate între cele 2 părți pentru livrări de linii tehnologice, echipa de inspecție fiscală a solicitat d-lui. C. o explicație cu privire la faptul dacă există alte demersuri întreprinse de SC A. SRL pentru vânzarea aceluiași linii tehnologice către alți clienți sau potențiali clienți, 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 menționate 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 până la 2508 din data de 05.05.2014, echipa de inspecție fiscală nu și-a însușit punctul de vedere al administratorului societății, motivat de faptul că SC A. SRL nu a restituit până la data de 31.05.2014 (ba chiar mai mult, până la data inspecției 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 destinație 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 și pentru brichete din rumeguș.

În motivarea acestui punct de vedere, echipa de inspecție fiscală a făcut trimitere, în primul rând, la prevederile art. 137, alin 1, lit. a) din Legea nr. 571 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare, conform căruia: „Baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugată este constituită din: a) pentru livrări de bunuri și prestări de servicii, altele decât cele prevăzute la lit. b) și c), din tot ceea ce constituie contrapartida obținută sau care urmează a fi obținută de furnizor ori prestator din partea cumpărătorului, beneficiarului sau a unui terț, inclusiv subvențiile direct legate de prețul acestor operațiuni.”

În temeiul acestui articol, s-a reținut 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 roșu 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 obținută, 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 conținutul acestui articol și când vorbim de relația inversă, a stornării avansurilor, contrapartida obținută 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 susținerea faptului că restituirea sumelor de bani este o condiție necesară pentru a justifica întocmirea facturilor de storno și implicit, pentru a storna taxa colectată, stă și 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 excepția cazului în care factura a fost deja emisă.” Astfel, dacă pentru încasarea unui avans este obligatorie întocmirea facturii în negru, o factură în roșu 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 și/sau prestării de servicii, nu poate fi întocmită decât pe baza restituirii efective a sumelor de bani încasate cu titlu de avans. Se recunoaște operațiunea 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 inițial.

În susținere, s-a invocat și Sentința nr. 348/24.10.2012 pronunțată de Curtea de Apel Suceava în dosarul ../39/2012 rămasă irevocabilă prin Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție 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 inspecție fiscală din cadrul Direcției Generale a Finanțelor Publice a Județului, care a statuat clar că avansurile reprezintă sume de bani achitate (la partener încasate) și că dreptul de deducere al TVA la beneficiar din facturi emise pentru avansuri se poate exercita doar pe măsură ce avansurile facturate au fost și achitate. Acest fapt vine în susținerea ideii că, pentru relația inversă, a stornării avansurilor, se recunoaște operațiunea 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 inițial.

De asemenea, echipa de inspecție fiscală a subliniat faptul că art. 138, lit. a) din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare prevede că: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situații: a) în cazul desființării totale sau parțiale 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 desființării, nu în momentul desființării totale sau parțiale a contractului pentru livrarea de bunuri, adică la data actului de desființare. Sintagma „în cazul” nu înlătură obligația părților dintr-un contract ce se desființează de a restitui foloasele deja obținute de părți pe parcursul derulării contractului (în speță, SC A. SRL a obținut bani cu titlu de avans pentru livrare de linii tehnologice), această obligație fiind atestată și de prevederile art. 1254 din Codul civil, potrivit căruia: „În cazul în care contractul este desființat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte, în natură sau prin echivalent, prestațiile 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 obligația ajustării TVA având la baza o operațiune reală, fără a contraveni ideii de conținut economic al tranzacției, lipsa acestuia fiind aspru sancționată de art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare, care precizează că: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe în înțelesul prezentului cod, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic... Prin tranzacții artificiale se înțelege tranzacțiile sau seriile de tranzacții care nu au un conținut economic și care nu pot fi utilizate în mod normal în cadrul unor practici economice obișnuite, scopul esențial al acestora fiind acela de a evita impozitarea ori de a obține avantaje fiscale care altfel nu ar putea fi acordate”.

Astfel, chiar dacă cele 2 societăți au încheiat 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) și b) din Codul Fiscal, desființarea unui contract reprezintă orice modalitate prin care părțile renunță la contract de comun acord sau ca urmare a unei hotărâri judecătorești sau a unui arbitraj”, simpla întocmire a facturilor de storno avansuri, în lipsa restituirii efective a avansurilor încasate, nu înseamnă decât o operațiune de formă, lipsită de conținut. Avansurile încasate de recurentă au avut o destinație precisă atestată prin contracte, iar din cuprinsul acestora nu rezultă că în cazul nerealizării obiectului contractului sau a desființării 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 inspecție fiscală corect și legal nu a recunoscut realitatea operațiunilor de stornare a taxei colectate, înscrise în facturile nr. de la 2501 la 2508 din data de 05.05.2014, având în vedere și drepturile conferite de art. 6 din O.G. 92/2003 privind Codul de Procedură Fiscală, cu modificările și completările ulterioare: „Organul de inspecție fiscală este îndreptățit să aprecieze, în limitele atribuțiilor și competențelor ce îi revin, relevanța stărilor de fapt fiscale și să adopte soluția admisă de lege, întemeiată pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză”, motiv pentru care și organul de soluționare a contestațiilor a respins ca neîntemeiată contestația formulată cu privire la TVA în sumă de 571.056 lei.

Examinând sentința atacată prin prisma actelor și lucrărilor dosarului precum și a motivelor de recurs invocate, Curtea constată că recursul este nefondat, urmând a-l respinge, având în vedere următoarele considerente:

Deși prin petiția de recurs formulată în cauză se reia în mare măsură situația de fapt din actele administrativ-fiscale contestate în cauză și din considerentele hotărârii primei instanțe – prezentată într-o interpretare proprie a recurente – și se invocă preponderent motive de netemeinicie și nu de nelegalitate ale sentinței recurate, Curtea urmează a răspunde criticilor recurente printr-o prezentare succintă a situației de fapt și prin sistematizarea argumentelor celor două părți.

Astfel, prin Decizia de impunere privind obligațiile fiscale suplimentare de plată nr. F-BT 294/25.07.2014, emisă în baza Raportului de inspecție 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 scadență 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 și penalități în sumă de 51 lei.

Din totalul acestor diferențe suplimentare, agentul economic a contestat doar suma de 571.056,42 lei TVA deductibilă, motivarea fiind aceea ca pârâta în mod nelegal și netemeinic nu a acordat drept de deducere societății pentru aceasta suma.

Curtea reține că în urma inspecției fiscale efectuate, organele de inspecție fiscală au stabilit suplimentar în sarcina societății 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 și care nu au fost efectiv încasate de la SC D. SRL.

În Raportul de Inspecție Fiscală nr. F-BT 239/25.07.2014, s-a arătat: contestatoarea nu avea dreptul de rambursare a TVA pentru sumele stornate, ca și 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 existența vreunui transfer de bani de la SC A. SRL către SC D. SRL, tranzacțiile cuprinse în aceste facturi neavând un conținut economic, fiind îndeplinită doar condiția de formă, nu și de

conținut.

În temeiul prevederilor art. 137 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, în mod corect s-a reținut 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 operațiunii de restituire a banilor, petenta avea dreptul de a emite factura de stornare.

Conform art. 6 din Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, orice operațiune economico-financiară care a fost efectuată se consemnează în momentul efectuării ei într-un document care stă la baza înregistrărilor în contabilitate, și care dobândește astfel calitatea de document justificativ. Ori, în cazul de față nu există operațiunea în cauză.

În ceea ce privește susținerea recurente în sensul că actele adiționale de reziliere a contractelor inițiale ar reprezenta astfel de documente justificative, Curtea nu poate achiesă la o astfel de interpretare, întrucât actele adiționale de reziliere nu pot face dovada din punct de vedere contabil a restituirii sumelor de bani încasate cu titlu de avans.

De altfel, poziția recurente 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 reținut de instanța de fond că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru compensarea debitelor dintre cele două societăți.

Contrar susținerilor recurente, speței în cauză nu i se aplică prevederile art. 138 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare și 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 și completările ulterioare, întrucât se procedează la ajustarea TVA aferentă facturilor de livrări de bunuri și prestări de servicii, în situația în care livrarea nu se mai efectuează, dar a fost emisă inițial factura de livrare.

În cazul de față nu a fost emisă o factură de livrare de bunuri sau de prestare de servicii, pentru a se proceda la anularea/stornarea acesteia.

În speță, recurenta a facturat contravaloarea avansurilor încasate și 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 inspecției fiscale.

În cauză factura de stornare a avansurilor nu este document justificativ de înregistrare în contabilitate, întrucât nu reflectă o operațiune economico-financiară.

În speță sunt aplicabile și prevederile pct. 46 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 14 din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Din aceste prevederi legale se reține astfel faptul că la înregistrarea în contabilitate trebuie să se prezinte cât mai fidel operațiunile economico-financiare, în conformitate cu realitatea economică.

Curtea reține că atât organul fiscal, cât și instanța de fond, au apreciat în mod legal situațiile relevante din punct de vedere fiscal după conținutul lor economic.

Contrar opiniei recurente, care susține interpretarea și aplicarea greșită în speță a prevederilor art. 134² din Codul fiscal și ale pct. 16¹ din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004, Curtea apreciază, în acord cu apărările intimitei, că aceste prevederi legale nu sunt aplicabile speței, întrucât avansurile care au fost stornate nu au fost restituite nici după data emiterii facturilor de stornare și nici până la data încheierii inspecției fiscale. Prin urmare, nu a existat nici o operațiune economică.

Relevantă în acest caz are și decizia Curții Europene de Justiție dată în cazul C-255/02-Halifax & Others conform căreia, orice artificiu care are drept scop esențial doar obținerea unui

avantaj, operațiunea neavând conținut economic, va fi ignorat, situația “normală” care ar fi existat în absența acestui artificiu fiind restabilă. Tot jurisprudența 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 dispozițiilor coroborate ale articolelor 65, 90 și 193 din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, potrivit căroră SC A. SRL nu a respectat principiul prevalenței economicului asupra juridicului, respectiv al substanței asupra formei, ori este foarte important să se constate că atât în perioada supusă inspecției fiscale, cât și ulterior, în perioada iunie 2014-31.12.2018 conținutul economic al tranzacțiilor care au condus la diferențe 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 și 2209, au fost solicitate explicații scrise administratorului societății, dl. C., care, în nota explicativă din data de 10.07.2014, precizează următoarele: „Considerentele întocmirii facturilor de storno menționate mai sus sunt actele adiționale de reziliere, respectiv actul adițional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 3/15.02.2010, actul adițional nr. 3/28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 5/18.01.2011 și actul adițional nr. 3 din 28.04.2014 la contractul de vânzare-cumpărare nr. 8/25.10.2011.”

Curtea consideră că prezintă relevanță în analiza criticilor recurente schimburi de relații și de solicitări dintre echipa de inspecție fiscală și administratorul societății recurente.

Astfel, organele de inspecție fiscală au solicitat precizări referitoare la încasarea de la SC D. SRL a sumelor înscrise în facturile inițiale de avansuri, nr. 2101, 2102, 2104, 2106, 2110, 2117 și 2209, respectiv în ce quantum au fost încasările totale și 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 menționate au fost încasate de la SC D. SRL parțial, pentru suma neîncasată s-a întocmit factura fiscală nr. 2210/31.08.2012 cu suma de - 3.647.953,88 lei. Quantumul sumei încasate de 3.216.500 lei de A. de la D. (echivalent a facturilor de storno) a fost considerat ca plată a unor obligații ale lui D. SRL pentru A. SRL, pentru livrările de mărfuri și prestările de servicii.”

De asemenea, echipa de inspecție fiscală a solicitat administratorului societății să precizeze dacă deține alte documente/înscrisuri, în afară de facturile de storno din data de 05.05.2014, relevante pentru stornarea sumei de 3.216.500 lei, și în caz afirmativ, acestea să fie enumerate și anexate la răspuns. Dl. C. a precizat în răspunsul la întrebarea nr. 5, că „SC A. SRL deține actele adiționale de reziliere a contractelor de vânzare-cumpărare încheiate cu D., detaliate la răspunsul de la întrebarea nr. 3.” Întrucât contractele de vânzare-cumpărare sus-menționate au fost reziliate de către părți, înainte de livrarea efectivă a liniilor tehnologice ce au făcut obiectul acestor contracte, organele de inspecție fiscală au solicitat informații scrise și cu privire la demersurile întreprinse de SC A. SRL pentru obținerea 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 și care a fost finalitatea acestor demersuri (dacă s-au realizat achizițiile de linii tehnologice, iar dacă nu, există încă acțiuni în derulare?), precum și argumentarea cu documente.

În răspunsul la întrebarea nr. 6 din nota explicativă din data de 10.07.2014, administratorul societății, dl. C., a precizat următoarele: „Demersurile întreprinse....sunt: au fost solicitate oferte de la diferiți furnizori, a încheiat un contract de vânzare-cumpărare cu SC E. SRL pentru linie tehnologică pentru fabricat pellet model FASTPELLET 1000 CT/FIX și înțelegeri verbale cu ceilalți parteneri de unde a primit oferte, respectiv F. SRL pentru linie producție banzic vertical F. și G. SRL pentru linie tehnologică 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 achizițiile de linii tehnologice, contractul cu E. a fost anulat (anexat contr. nr. 168/20.10.2011 și actul adițional). Ofertele primite au trecut de data valabilității lor; anexam pentru confirmare ofertele primite de la F. și G.-15 pagini. Contractele cu D. s-au anulat întrucât avem promisiuni bancare să executăm aceste achiziții din credit bancar pentru a finaliza proiectul pe care îl are A. cu APDRP pe Măsura 123 (achiziții utilaje SAPARD).”

Având în vedere ca SC A. SRL a stornat avansurile facturate către D. SRL și încasate de la aceasta societate, precum și faptul ca au fost anulate contractele de vânzare-cumpărare încheiate între cele 2 părți pentru livrări de linii tehnologice, echipa de inspecție fiscală a solicitat d-lui. C. o explicație cu privire la faptul dacă exista alte demersuri întreprinse de SC A. SRL pentru vânzarea acelorași linii tehnologice către alți clienți sau potențiali clienți, 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 menționate la întrebarea nr.3, întrucât nu a achitat nici o sumă de bani altor furnizori, rezilierea făcându-se pe cale amiabilă.”

Curtea apreciază că instanța de fond a reținut în mod corect că nu s-a făcut dovada realității operațiunii economice ce a stat la baza diferenței de TVA pentru care inspecția fiscală a refuzat acordarea dreptului de deducere în condițiile în care nu s-a dovedit cu documente justificative restituirea sumelor de bani reprezentând avansuri încasate și nici atribuirea sumelor de bani încasate ca avansuri cu destinație 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 și pentru brichete din rumeguș.

Astfel conform prevederilor art. 137, alin 1, lit. a) din Legea nr. 571 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare: „Baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugată este constituită din: a) pentru livrări de bunuri și prestări de servicii, altele decât cele prevăzute la lit. b) și c), din tot ceea ce constituie contrapartida obținută sau care urmează a fi obținută de furnizor ori prestator din partea cumpărătorului, beneficiarului sau a unui terț, inclusiv subvențiile direct legate de prețul acestor operațiuni.”

În temeiul acestui articol, s-a reținut 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 roșu 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 obținută, 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 menționată, rezultă cu evidență că, în cazul operațiunii inverse, a stornării avansurilor, contrapartida obținută 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 susținerea faptului că restituirea sumelor de bani este o condiție necesară pentru a justifica întocmirea facturilor de storno și implicit, pentru a storna taxa colectată, stă și 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 excepția cazului în care factura a fost deja emisă.” Astfel, dacă pentru încasarea unui avans este obligatorie întocmirea facturii în negru, o factură în roșu 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 și/sau prestării de servicii, nu poate fi întocmită decât pe baza restituirii efective a sumelor de bani încasate cu titlu de avans. Se recunoaște operațiunea 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 inițial.

Așa cum în mod corect a reținut și instanța de fond, relevantă în cauză este și Sentința nr. 348/24.10.2012 pronunțată de Curtea de Apel Suceava în dosarul ../39/2012 rămasă irevocabilă prin Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție 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 inspecție fiscală din cadrul Direcției Generale a Finanțelor Publice, care a statuat clar că avansurile reprezintă sume de bani achitate (la partener încasate) și că dreptul de deducere al TVA la beneficiar din facturi emise pentru avansuri se poate exercita doar pe măsură ce avansurile facturate au fost și achitate. Acest fapt vine în susținerea ideii că, pentru relația inversă, a stornării avansurilor, se recunoaște operațiunea 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 inițial.

De asemenea, echipa de inspecție fiscală a subliniat faptul ca art. 138, lit. a) din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare prevede că: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situații: a) în cazul desființării totale sau parțiale 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 desființării, nu în momentul desființării totale sau parțiale a contractului pentru livrarea de bunuri, adică la data actului de desființare. Sintagma „în cazul” nu înlătură obligația părților dintr-un contract ce se desființează de a restitui foloasele deja obținute de părți pe parcursul derulării contractului (în speță, SC A. SRL a obținut bani cu titlu de avans pentru livrare de linii tehnologice), această obligație fiind atestată și de prevederile art. 1254 din Codul civil, potrivit căruia: „În cazul în care contractul este desființat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte, în natură sau prin echivalent, prestațiile 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 obligația ajustării TVA având la baza o operațiune reală, fără a contraveni ideii de conținut economic al tranzacției, lipsa acestuia fiind aspru sancționată de art. 11 din Legea nr. 571/2003 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare, care precizează că: „La stabilirea sumei unui impozit sau a unei taxe în înțelesul prezentului cod, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic... Prin tranzacții artificiale se înțelege tranzacțiile sau seriile de tranzacții care nu au un continui economic și care nu pot fi utilizate în mod normal în cadrul unor practici economice obișnuite, scopul esențial al acestora fiind acela de a evita impozitarea ori de a obține avantaje fiscale care altfel nu ar putea fi acordate”.

Astfel, chiar dacă cele 2 societăți 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) și b) din Codul Fiscal, desființarea unui contract reprezintă orice modalitate prin care părțile renunță la contract de comun acord sau ca urmare a unei hotărâri judecătorești sau a unui arbitraj”, simpla întocmire a facturilor de storno avansuri, în lipsa restituirii efective a avansurilor încasate, nu înseamnă decât o operațiune de formă, lipsită de conținut. Avansurile încasate de recurentă au avut o destinație precisă atestată prin contracte, iar din cuprinsul acestora nu rezultă că în cazul nerealizării obiectului contractului sau a desființării 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, instanța de fond a apreciat în mod corect conținutul și semnificația

reală a operațiunilor cercetate în cauză, având în vedere raporturile dintre cele două societăți implicate în derularea relațiilor comerciale, faptul că acestea sunt societăți afiliate și că beneficiarul final al activității economice al fiecăreia dintre ele este aceeași persoană: administratorul comun al societăților. În acest context, prin stornarea facturilor de avans, combinată cu o creare artificială a unei datorii a SC D. către SC A. SRL și compensarea artificială a datoriilor dintre cele două societăți, respectiv intrarea în insolvență a SC D., a fost posibilă obținerea unui avantaj fiscal constând în rambursarea TVA-ului către societatea recurentă, fără a se achita și TVA-ul pe care SC D. îl datorează către stat și pe care aceasta l-a evidențiat în decontul de TVA.

Referitor la critica recurente prin care se susține că prin Ordonanța Parchetului de pe lângă Tribunalul Botoșani s-ar fi rezolvat definitiv și chestiunea legalității 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 susținere, în condițiile în care procurorul nu a procedat la o analiză efectivă a faptei ce face obiectul deciziei de impunere contestată în prezenta cauză și nu concluzionează în mod decizoriu cu privire la legalitatea stornării de facturi de avans din 5.05.2014.

În consecință, Curtea reține că, atât instanța de fond, cât și organul de inspecție fiscală corect și legal nu au recunoscut realitatea operațiunilor de stornare a taxei colectate, înscrise în facturile nr. de la 2501 la 2508 din data de 05.05.2014. Instanța are în vedere și drepturile conferite de art. 6 din O.G. 92/2003 privind Codul de Procedură Fiscală, cu modificările și completările ulterioare: „Organul de inspecție fiscală este îndreptățit să aprecieze, în limitele atribuțiilor și competențelor ce îi revin, relevanța stărilor de fapt fiscale și să adopte soluția admisă de lege, întemeiată pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză”, astfel că în mod corect și organul de soluționare a contestațiilor a respins ca neîntemeiată contestația formulată cu privire la TVA în sumă de 571.056 lei.

În consecință, criticile recurente nefiind întemeiate, Curtea urmează a respinge recursul ca nefondat.

SECȚIA PENALĂ ȘI PENTRU CAUZE CU MINORI

1. Principiul neagravării situației juridice în propria cale de atac. Interpretare. Obiectul cauzei – art. 6 Cod penal**Rezumat:**

Situația de fapt și de drept din speță vizează ipoteza în care, în aplicarea art. 6 Cod penal, prima instanță de judecată a admis cererea petentului, a redus pedeapsa la un maxim special prevăzut de legea nouă prin efectuarea unei corespondențe greșite sub aspectul încadrării juridice a faptei în Noul Cod penal (în sensul că a prevăzut ca și corespondent al infracțiunii de înșelăciune în convenții cu consecințe deosebit de grave, prev. de art. 215 alin. 1, 3 și 5 Cod penal anterior (pentru care petentul fusese condamnat) – în art. 244 alin. 1 și 2 Noul Cod penal (reducând pedeapsa de 10 ani închisoare pronunțată față de petent prin sentința de condamnare, la 5 ani închisoare – maximum prevăzut de textul de lege indicat) în condițiile în care varianta corespunzătoare din Noul Cod penal este cea reglementată de art. 244 alin. 1 cu aplicarea art. 256¹ din Noul Cod penal (și care are ca efect reducerea pedepsei de 10 ani închisoare la 4 ani și 6 luni ani închisoare – maximum prevăzut de noul text de lege indicat).

Problema de drept ridicată de Curtea de Apel Suceava vizează interpretarea principiului neagravării situației juridice a petentului în propria cale de atac, în sensul dacă acest principiu este încălcat în situația realizării de către instanța de control judiciar a corespondenței juridice corecte a infracțiunii în Noul Cod penal, prin raportare la articolul care reglementează o altă agravantă decât cea reținută de către prima instanță (art. 256¹ din Noul Cod penal în loc de alineatul 2 al art. 244 Cod penal), în condițiile în care aceasta are ca efect reducerea pedepsei câștigate de către petent în primă instanță și, pe cale de consecință, admiterea contestației.

Într-o opinie, în cadrul operațiunii de efectuare a corespondenței între încadrarea juridică dată în mod definitiv condamnatului potrivit legii vechi și încadrarea juridică pe care instanța investită cu aplic. art. 6 Cod penal trebuie să o stabilească potrivit legii noi, dacă instanța de fond investită cu contestația la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal stabilește o încadrare juridică corespondentă în noua legislație greșită (prin adăugarea unei noi agravante și omisiunea reținerii unei alte agravante, cum este cazul în speță), instanța de control judiciar investită cu verificarea legalității soluției dată în contestația la executare este obligată să îndrepte nelegalitatea instanței de fond, însă cu respectarea principiului neagravării în propria cale de atac (în speță neagravarea situației în propria contestație), astfel încât va înlătura circumstanța agravantă a infracțiunii reținută în mod greșit, dar nu va putea reține circumstanța agravantă omisă a fi reținută de instanța de fond, o astfel de circumstanță având efect de agravare a limitelor de pedeapsă pentru infracțiunea supusă analizei din perspectiva art. 6 Cod penal.

Faptul că în urma corectării nelegalității sentinței apelate ca urmare a efectuării greșite de către instanța de fond a operațiunii de contopire a pedepsei pentru infracțiunea pentru care s-a făcut aplicarea art. 6 Cod penal cu infracțiunea pentru care nu s-au modificat limitele de pedeapsă conform art. 6 Cod penal, s-ar ajunge la o pedeapsă mai ușoară decât cea stabilită de instanța de fond investită cu aplicarea art. 6 Cod penal, nu justifică reținerea în încadrarea juridică a faptei de înșelăciune a disp. art. 256¹ Cod penal, întrucât principiul neagravării situației în propria cale de atac vizează nu doar rezultatul final la care se ajunge în urma

corectării nelegalităților sentinței contestate, ci fiecare aspect de nelegalitate a cărui corectare ar conduce la agravarea situației persoanei care a declarat calea de atac.

Într-o altă opinie, în interpretarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Codul penal, principiul neagravării situației juridice în propria cale de atac nu este încălcat în situația realizării de către instanța de control judiciar a corespondenței juridice corecte a infracțiunii în Noul Cod penal, prin raportare la articolul care reglementează o altă agravantă decât cea reținută de către prima instanță (art. 256¹ din Noul Cod penal în loc de alineatul 2 al art. 244 Cod penal), în condițiile în care aceasta are ca efect reducerea pedepsei câștigate de către petent în primă instanță și, pe cale de consecință, admiterea contestației.

În argumentarea acestei opinii se arată că, în speță, în cazul pedepsei definitive aplicată condamnatului pentru infracțiunea de înșelăciune care a produs consecințe deosebit de grave potrivit Codului penal anterior – art. 215 alin. 1, 3 și 5 Cod penal anterior, determinarea maximului special prevăzut de legea nouă se realizează prin raportare la varianta agravată a infracțiunii de înșelăciune enumerată în art. 256¹ din Noul Cod penal (cu trimitere la art. 244 alin. 1 noul Cod penal). Urmare a realizării corecte a corespondenței dintre dispozițiile legale incriminatorii de pe Vechiul Cod penal cu dispozițiile 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 infracțiunii de înșelăciune în convenții cu consecințe 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 și 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 condițiile în care prima instanță de judecată, în soluționarea contestației la executare, sub aspectul infracțiunii de înșelăciune, prin efectuarea unei corespondențe greșite a dispozițiilor 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 raționamentul juridic expus mai sus, reducerea pedepsei are loc la 4 ani și 6 luni închisoare (în loc de 5 ani închisoare, cât a primit în primă instanță), se apreciază că nu se poate pretinde că s-ar încălca principiul neagravării situației juridice a contestatorului în propria cale de atac. Și aceasta întrucât din perspectiva art. 6 Cod penal (singurul obiect al contestației la executare și, pe cale de consecință, și a contestației ca și 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 pronunțat hotărârea definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, modificarea sancțiunii 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 instanță de judecată a unei corespondențe greșite a textului de lege incriminator din vechiul Cod penal în dispoziții din Noul Cod penal poate fi remediată și se impune a fi remediată în propria cale de atac a contestatorului atâta timp cât, urmare a reținerii greșite a unor dispoziții legale incriminatorii prima instanță a aplicat pedeapsa de 5 ani închisoare, pe când, în calea de atac a contestației, urmare a remedierii acestei greșeli și reținerii corecte a textului de lege incriminator prev. de Noul Cod penal, se ajunge la o pedeapsă mai mică decât cea aplicată de prima instanță, respectiv de 4 ani și 6 luni închisoare – acesta fiind maximul special legal prevăzut de Noul Cod penal pentru infracțiunea pentru care contestatorul din prezenta cauză a fost condamnat. Situația juridică a contestatorului nu se agravează iar scopul articolului 6 Noul Cod penal este atins, și anume înlăturarea sporului de pedeapsă ce nu mai are suport legal (principiul legalității pedepsei).

Se apreciază că nu se poate pretinde că prezentul contestator a câștigat în primă instanță o încadrare juridică (art. 244 alin. 1 și alin. 2 Noul Cod penal). Nu se poate pretinde ca instanța de control judiciar să fie ținută de această încadrare juridică necorespunzătoare și, pe cale de consecință, să fie obligată să înlăture doar partea nelegală din această încadrare (în speță 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. Și aceasta deoarece situația de fapt și de drept analizate au fost stabilite cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare, singura derogare de la principiul autorității de lucru judecat din perspectiva art. 6 Cod penal fiind permisă doar sub aspectul legalității pedepsei.

În această opinie se concluzionează că, a realiza în calea de atac a contestatorului o corespondență corectă a normelor legale incriminatorii care are ca efect aplicarea unei pedepse mai mici decât cea stabilită de prima instanță de judecată urmare a reținerii de către aceasta, sub aspectul încadrării juridice a faptei, a unor dispozițiile legale greșite din Noul Cod penal, nu duce la încălcarea principiului neagravării situației juridice în propria cale de atac.

Prin încadrarea corectă a faptei de înșelăciune în convenții cu consecințe 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) instanța de control judiciar nu reține o circumstanță agravantă nouă în propria cale de atac a contestatorului, varianta agravată a infracțiunii de înșelăciune 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 Sentința penală nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoșani– Secția Penală pronunțată în dosarul nr. .../93/2019* s-a admis *contestafia la executare* formulată de contestatorul A.

În temeiul art. 595 alin 1 teza a II-a Cod proc. penală cu referire la art. 6 și Decizia Curții Constituționale nr. 368/2017 s-a descontopit pedeapsa rezultantă cea mai grea de 10 ani închisoare și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și 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 Iași în pedepsele componente aplicate de Tribunalul Iași prin Sentința 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 și 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 și 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 și lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, 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 săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în formă continuată la maximum pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 și 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 și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și 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 și 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și c VCP.

S-a făcut aplicarea art. 71 – 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și 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 – Secția Penală și 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 Botoșani din fondul Ministerului Justiției.

Pentru a pronunța această sentință, Tribunalul Botoșani a reținut următoarele:

Prin cererea înregistrată, inițial, la data de 18 septembrie 2019 pe rolul Tribunalului Ilfov sub nr. ./93/2019, condamnatul A. a formulat contestație la executare solicitând aplicarea legii penale mai favorabile în raport de condamnarea aplicată prin Sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. 9514/99/2011, rămasă definitivă prin Decizia penală a Curții de Apel Iași nr. 931 din 22 decembrie 2016.

În motivarea contestației s-a arătat că prin sentința penală menționată acesta a fost condamnat la pedeapsa de 10 ani pentru infracțiunea de înșelăciune și la pedeapsa de 6 ani pentru infracțiunea de spălare de bani, iar la data rămânerii definitive a sentinței, cu toate că a intrat în vigoare Noul Cod Penal, datorită prevederilor art. 35 alin. 1 care conținea sintagma „și împotriva aceluiași subiect pasiv” nu i s-a putut aplica legea penală mai favorabilă.

Acesta a invocat și a făcut trimitere la considerentele unor decizii date de Curtea Constituțională și de Înalta Curte de Casație și Justiție prin care s-au stabilit condițiile aplicării legii penale mai favorabilă, aspectele fiind detaliate în conținutul cererii.

A mai considerat condamnatul că, în raport de toate cele arătate în cererea sa, îndeplinește toate condițiile legale în ceea ce privește 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 și până la executarea pedepsei a intervenit o lege penală mai favorabilă, pedeapsa închisorii sau amenzii se reduce la maximum prevăzut de legea nouă, dacă sancțiunea aplicată este mai mare decât acest maxim. Referindu-se la situația sa juridică, prevăzută prin sentința penală de condamnare se poate constata că infracțiunea de înșelăciune pentru care a fost condamnat conform art. 215 alin. 1, alin. 3 și alin. 5 cu aplicarea art. 41 alin. 2, toate prevăzute de Cod penal din 1969, are corespondent în art. 244 alin. 1 și alin. 2 din Noul Cod penal unde pedeapsa maximă prevăzută de lege este de 5 ani. Totodată, datorită neconstituționalității sintagmei: „și împotriva aceluiași subiect pasiv” infracțiunea continuată prevăzută de art. 35 alin. 1 din Noul Cod penal se regăsește în integralitatea ei prevăzută de art. 41 alin. 2 Cod penal din 1969.

A mai considerat condamnatul în cuprinsul cererii sale că, ținând cont de faptul că în condamnarea sa pentru infracțiunea de înșelăciune s-au reținut 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 legalității 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 și 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 și fiind singura situație în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitiv aplicate mai poate fi înfrântă.

Pornind de la această situație, prin neaplicarea legii penale mai favorabile se poate constata că pedeapsa pentru infracțiunea de înșelăciune în forma continuată, menținându-se la cuantumul de 7 ani necoborându-se la maximum de 5 ani, este lipsită de temei legal.

În ceea ce privește practica judiciară, contestatorul a arătat că într-o situație identică cu situația sa, Tribunalul Bihor, prin Sentința penală nr. 156 din 07 noiembrie 2017, a aplicat prevederile art. 6 alin. 1 Sentinței penale nr. 58 din 07 martie 2013 pronunțată de Tribunalul Ialomița, rămasă definitivă prin decizia penală nr. 12 din 14 octombrie 2014 a Curții de Apel București- Secția a II-a penală.

Tot în ceea ce privește practica unitară, a mai arătat că Tribunalul Ilfov, prin Sentința penală 176/2019, a aplicat prevederile art. 6 alin 1 la Sentința penala nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași și rămasă definitivă prin decizia penală nr. 931 din 22 decembrie 2016 a Curții de Apel Iași.

În consecință, condamnatul a solicitat admiterea prezentei cereri, așa cum a fost formulată și motivată, în sensul de a se desconta 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 și constatându-se că toate faptele sunt săvârșite sub imperiul legii vechi, având în vedere și Decizia nr. 29 din 19 noiembrie 2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, 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 considerațiile Deciziei nr. 1/2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție care arată că: „deoarece suntem în cazul unor pedepse definitive, aplicarea unor dispoziții care s-au făcut deja în cursul procesului penal, nu mai poate fi făcută ulterior pentru că ar înfrânge autoritatea de lucru judecat.”

Prin **Sentința penală nr. 375 din 31 octombrie 2019 a Tribunalului Ilfov** s-a admis excepția necompetenței teritoriale și s-a declinat competența de soluționare în favoarea Tribunalului Botoșani.

Primul ciclu procesual:

Astfel investit cu soluționarea cauzei, Tribunalul Botoșani a dispus citarea contestatorului, desemnarea unui apărător din oficiu pentru acesta și a solicitat atașarea sentinței penale de condamnare nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași, însoțită de referat executări penale.

Prin **Sentința penală nr. 67/14 mai 2020 a Tribunalului Botoșani** s-a respins, ca nefondată, contestația la executare formulată de contestatorul A. și a fost obligat contestatorul să plătească statului suma de 50 lei cheltuieli judiciare.

Pentru a se pronunța astfel, instanța a reținut că petentul a solicitat, în conformitate cu disp. art. 6 Cod penal, aplicarea legii penale mai favorabile în raport de pedeapsa aplicată prin sentința de condamnare, având în vedere Decizia nr. 368/2017 a Curții Constituționale.

Or, respectiva decizie a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial nr. 566 din 17 iulie 2017, este anterioară datei de 8 decembrie 2017, la care s-a pronunțat decizia nr. 935 a Curții de Apel Iași prin care s-a rejudecat pe fond apelul, inclusiv sub aspectul legii penale mai favorabile. În atare condiții, s-a considerat că nu se poate reține 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 susținut că prin prezenta cerere condamnatul solicită exercitarea unui nou control asupra deciziei pronunțate în apel, în condițiile în care la soluționarea acestuia nici el nu a invocat și nici instanța nu a pus în discuție incidența Deciziei Curții Constituționale.

Sentința penală sus menționată a fost atacată de contestator și, prin **Decizia penală nr. 101/14.09.2020 a Curții de Apel Suceava**, s-a admis contestația acestuia și **s-a desființat în totalitate sentința penală contestată și s-a trimis cauza spre rejudecare primei instanțe.**

Pentru a pronunța această soluție Curtea de Apel Suceava a *constatat că susținerile contestatorului privind modificarea pedepsei pentru care a fost condamnat, în sensul reținerii noului Cod penal cu privire infracțiunile pentru care a fost condamnat, având în vedere declararea ca neconstituțională a sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, nu a fost analizată de prima instanță pe fondul ei*, astfel încât instanța de control judiciar a constatat că se impune admiterea contestației, desființarea sentinței penale atacate și trimiterea cauzei spre rejudecare la aceeași instanță în vederea unei analize concrete și complete, în care contestatorul să beneficieze de toate drepturile și garanțiile unui proces echitabil, așa cum prevăd dispozițiile art. 6 din Convenția europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților 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 Convenție.

S-a arătat că procedura ce vizează contestația la executare are consecințe directe, printre altele, și asupra libertății persoanei care a formulat cererea, motiv pentru care contestatorul trebuie să beneficieze de toate drepturile și garanțiile unui proces echitabil, așa cum prevăd dispozițiile art.6 din CEDO, respectiv de dreptul de a i se examina cauza penală în două grade de jurisdicție, în conformitate cu art. 2 al Protocolului nr. 7 la Convenție.

Drept urmare, s-a impus desființarea sentinței penale atacate și trimiterea cauzei primei instanțe pentru a o soluționa cu respectarea tuturor garanțiilor procesuale conferite părților și prin clarificarea tuturor aspectelor de care depinde completa și legala soluționare 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 și desemnarea unui apărător din oficiu pentru acesta.

În susținerea contestației la executare, contestatorul a depus la dosar înscrisuri constând în memorii, hotărâri judecătorești, precum și jurisprudență în materie .

Analizând cererea formulată de petentul-condamnat A., Tribunalul a reținut următoarele:

Prin **Sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. ../99/2011***, rămasă definitivă prin Decizia penală a Curții de Apel Iași nr. 931 din 22 decembrie 2016, s-au dispus următoarele cu privire la contestator:

„Condamna pe inculpatul A., pentru săvârșirea infracțiunilor de:

- **înșelăciune**, 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 în înscrisuri sub semnătură privată, prev. de art. 290 Cod penal 1969 și 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 același 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 și 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 și lit. b din Cod penal 1969, pentru o durată de 5 ani, ce va fi executată în condițiile art. 66 Cod penal 1969.

În baza art. 33 alin.1 lit. a și 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 și 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 și 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 și 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 Iași** 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, și participație improprie la infracțiunea de fals intelectual prev. de art. art. 31 alin. 2, art. 289 alin. 1 Cod penal 1969.

A reținut 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, mențiunea „Legea nr. 656/2002, în forma anterioară modificării prin Legea nr. 187/2012”.

A reținut 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 menținut cuantumul pedepselor principale cu închisoarea aplicate inculpatului prin sentința penală apelată pentru săvârșirea infracțiunilor de înșelăciune 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, participație improprie la infracțiunea 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 și 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 și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și 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 Iași și, în consecință, a fost desființată parțial decizia nr. 931 din 22.12.2016 a

Curții de Apel Iași 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 și 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 penal 1969, 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 Curții de Apel Iași și din sentința penală nr. 108/NCPP din 03.02.2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. ../99/2011* pedepsele principale, complementare și accesorii aplicate pentru săvârșirea acestor infracțiuni.

S-au repus în individualitatea lor pedepsele componente ale unice 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 și 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 și 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 și lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, 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** și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani.

Analizând contestația la executare formulată, Tribunalul a reținut 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 infracțiune fapta pentru care s-a pronunțat condamnarea ori o lege care prevede o pedeapsă sau o măsură educativă mai ușoară decât cea care se execută ori urmează a se executa, instanța ia măsuri pentru aducerea la îndeplinire, după caz, a dispozițiilor art. 4 și 6 din Codul penal.”

Totodată, s-a reținut că prin *Decizia nr. 651 din 25 octombrie 2018, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1083 din 20 decembrie 2018, Curtea Constituțională a constatat că „soluția legislativă cuprinsă în art. 595 alin. 1 Cod procedură penală care nu prevede și decizia Curții Constituționale prin care se constată neconstituționalitatea unei norme de incriminare ca un caz de înlăturare sau modificare a pedepsei/măsurii educative, și soluția legislativă cuprinsă în art. 4 Cod penal., care nu asimilează efectele unei decizii a Curții Constituționale prin care se constată neconstituționalitatea unei norme de incriminare cu efectele unei legi penale de dezincriminare, afectează dispozițiile constituționale ale art. 16 alin. (1) privind egalitatea în drepturi a cetățenilor, art. 23 alin. (12) referitor la stabilirea și aplicarea pedepsei și art. 147 alin. (1) și alin. (4) referitor atât la încetarea efectelor juridice ale normelor de incriminare constatate ca fiind neconstituționale, cât și la caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale, precum și dispozițiile art. 7 - Nicio pedeapsă fără lege din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.”*

Tribunalul a reținut 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 Iași, a fost

analizată legea penală mai favorabilă în ansamblul ei, stabilindu-se că legea veche era mai favorabilă, însă la acel moment sintagma „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal nu era declarată neconstituțională 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 dispozițiile art. 595 alin. (1) Cod de procedură penală, se reține că acest aspect a fost stabilit prin Decizia nr. 12 din 06 mai 2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, prin care s-au statuat următoarele: „în scopul respectării principiului legalității pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din C. pen. o excepție de la efectul autorității de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situația în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancțiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim.

Fiind vorba de o excepție de la principiul securității raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanță 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 reținute, al încadrării juridice date acestora și al criteriilor de stabilire și individualizare a sancțiunii, legiuitorul înțelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depășește maximul special prevăzut de legea nouă (...)

Așadar, în aplicarea art. 6 din C. pen., comparația dintre pedepse și cauzele legale de modificare a acestora nu se poate raporta decât la aceeași 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 autorității de lucru judecat a hotărârii definitive, în condițiile în care instituția schimbării încadrării juridice operează doar în cursul judecării, așa cum prevede art. 386 din C. proc. pen., și ar fi în contradicție 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 Curți de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală s-a reținut 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. (...)”

Raportând aceste considerente la cauza dedusă judecării, Tribunalul a reținut că pedeapsa închisorii de 10 ani aplicată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune 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 și 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 reținut 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 maximumul 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 maximumului 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 menționat 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 instanța 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 maximumul 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: quantumul 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 quantumul 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 quantumul 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 susținut că se va realiza comparația numai între quantumul pedepsei aplicate și maximul prevăzut de legea nouă. Reducerea va opera numai când quantumul 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 contestația la executare și a descontopit pedeapsa rezultantă cea mai grea de 10 (zece) ani închisoare și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani aplicată inculpatului prin Decizia penală nr. 935 din 8 decembrie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Iași în pedepsele componente aplicate de Tribunalul Iași prin Sentința 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 și 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 și 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 penal 1969, 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 și lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, 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 săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în formă continuată la maximum pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 și 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 maximum 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 și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și 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 și 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și c Cod penal din 1969.

Totodată Tribunalul a făcut aplicarea art. 71 – 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și c VCP pe durata executării pedepsei principale și 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 pronunțată de Tribunalul Iași, urmând ca un nou mandat de executare a pedepsei închisorii să fie emis.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a formulat contestație condamnatul A. pentru motivele descrise pe larg în cererea depusă la dosarul cauzei și reiterate oral, astfel cum au fost consemnate în încheierea de dezbateri din data de 22.02.2021 când instanța de control judiciar, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru data de astăzi, 23.02.2021.

Analizând contestația prin prisma motivelor invocate, Curtea, cu opinie majoritară, o consideră întemeiată pentru următoarele argumente:

Sub un prim aspect contestatorul A. a criticat sentința penală contestată raportat la greșita corespondență realizată de către instanța de fond între infracțiunea de înșelăciune, așa cum era reglementată de Codul penal din 1969, pentru care a fost condamnat la pedeapsa de 10 ani închisoare, și infracțiunea de înșelăciune așa cum aceasta este reglementată în actualul Cod penal.

Curtea, cu opinie majoritară, apreciază întemeiată critica contestatorului vizând greșita corespondență făcută de Tribunalul Botoșani între încadrarea juridică a faptei de înșelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul și încadrarea juridică echivalentă acestei fapte potrivit actualului Cod penal, însă apreciază că încadrarea juridică corectă este diferită atât de cea reținută de Tribunalul Botoșani cât și de cea indicată de către contestator.

Curtea reține că prin ***Sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. ../99/2011****, rămasă definitivă prin Decizia penală nr. 931 din 22 decembrie 2016 a Curții de Apel Iași, și modificată prin ***Decizia penală nr. 935 din 8 decembrie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Iași în dosarul nr. ../45/2017***, contestatorul A. a fost condamnat, printre altele, și la pedeapsa de 10 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de ***înșelăciune 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 aceleiași rezoluții infracționale, împreună cu alte persoane, acționând în numele și în realizarea obiectului de activitate a două societăți comerciale, a îndus și menținut în eroare 73 de părți 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 Iași, cu privire la deținerea de către cele două societăți a autorizațiilor de construire, ori cu privire la stadiul demersurilor făcute pentru obținerea autorizațiilor de construire, precum și cu privire la faptul că sumele de bani menționate vor fi/au fost folosite, pe parcursul termenelor de executare a obligațiilor contractuale asumate, în alte scopuri (achiziții de bunuri imobile, creditarea unor firme) decât pentru construirea apartamentelor, respectiv pentru predarea la cheie a apartamentelor și la termenele convenite, executarea integrală a lucrărilor exterioare/interioare și de calitate corespunzătoare, împrejurări pe care, dacă părțile vătămate le-ar fi cunoscut, nu ar mai fi încheiat contractele menționate ori nu ar mai fi făcut plata prețului/imobilului contractat, prejudiciul total cauzat în acest mod fiind de 6.546.333,67 lei.

Raportat la descrierea faptei, Tribunalul Iași și Curtea de Apel Iași care au soluționat fondul/apelul/contestația în anulare în cauza penală vizând acuzațiile aduse inculpatului A., au stabilit, cu autoritate de lucru judecat, încadrarea juridică a faptei de înșelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul la pedeapsa de 10 ani închisoare ca fiind infracțiunea de **înșelăciune 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 săvârșirii faptelor și până la momentul condamnării inculpatului a intervenit o nouă lege penală, respectiv Noul Cod penal intrat în vigoare la 1.02.2014, instanța de fond și instanța 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 și împrejurarea că, potrivit Codului penal din 1969, în cazul concret al inculpatului putea fi reținută infracțiunea continuată prev. de art. 41 alin. 2, în vreme ce, potrivit noului Cod penal, urmare a faptului că actele de înșelăciune nu fuseseră realizate împotriva aceluiași subiect pasiv, nu mai putea fi reținută infracțiunea de înșelăciune unică săvârșită în mod continuat ci se impunea a fi reținută pluralitatea de infracțiuni sub forma concursului, cu consecința agravării pedepsei rezultante.

După rămânerea definitivă a sentinței de condamnare a inculpatului A., în timpul executării de către acesta a pedepsei rezultante de 10 ani, a intervenit Decizia Curții Constituționale nr. 368/2017 prin care s-a stabilit că sintagma „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. 1 din Codul penal este neconstituțională, consecința declarării ca neconstituționale a acestei dispoziții legale fiind aceea că și potrivit noului Cod penal se poate reține forma continuată a infracțiunii, chiar dacă actele materiale nu sunt îndreptate împotriva aceluiași subiect pasiv.

Luând în considerare și Decizia Curții Constituționale nr. 651/2018 prin care s-a stabilit că soluția legislativă cuprinsă în art. 595 alin. 1 Cod procedură penală care nu prevede și decizia Curții Constituționale prin care se constată neconstituționalitatea unei norme de incriminare ca un caz de înlăturare sau modificare a pedepsei/măsurii educative este neconstituțională, cu consecința asimilării deciziei Curții Constituționale cu cea a unui legi de dezincriminare sau a unei legi care prevede o pedeapsă mai ușoară, prezenta instanță apreciază că în mod corect s-a constatat de către Tribunalul Botoșani 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 Constituțională prin Decizia nr. 368/2017, în cazul infracțiunii de înșelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul se ajunge la o pedeapsă mai ușoară decât cea pe care acesta o execută în prezent.

Pentru a se stabili acest lucru este necesar a se face corespondența între încadrarea juridică dată faptei de înșelăciune în formă continuată conform vechiului Cod penal prin hotărârea de condamnare și încadrarea juridică a faptei de înșelăciune în formă continuată potrivit noului Cod penal și noii interpretări a disp. art. 35 alin. 1 Cod penal dată de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 368/2017.

Tribunalul Botoșani a apreciat că, potrivit legii noi, încadrarea juridică a faptei de înșelăciune în formă continuată pentru care a fost condamnat contestatorul A. este *art. 244 alin. 1 și 2 Cod penal, cu aplic. art. 35 Cod penal*.

Curtea apreciază că în mod greșit instanța de fond a reținut în încadrarea juridică a faptei de înșelăciune conform legii noi disp. art. 244 alin. 2 Cod penal care reglementează o formă agravată a infracțiunii de înșelăciune respectiv „înșelăciunea săvârșită prin folosirea de nume sau calități mincinoase ori de alte mijloace frauduloase”, sancționată cu pedeapsa închisorii de la 1 la 5 ani.

Curtea constată că forma agravată a infracțiunii de înșelăciune prev. de art. 244 alin. 2 Cod penal exista în aceeași formă și 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 săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în forma agravată prev. de art. 215 alin. 2 Cod penal din 1969, astfel încât în mod greșit Tribunalul Botoșani a apreciat că o astfel de agravată poate fi reținută în încadrarea juridică a infracțiunii de înșelăciune conform actualului Cod penal.

Totodată Curtea constată că încadrarea juridică corectă a infracțiunii de înșelăciune 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 și art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal*.

Actualul Cod penal reglementează pe lângă infracțiunea de înșelăciune în forma tip prev. de art. 244 alin. 1 și două forme agravate ale infracțiunii, respectiv cea prev. de art. 244 alin. 2 anterior menționată, precum și cea prev. de art. 256¹ Cod penal, respectiv infracțiunea de **înșelăciune care a produs consecințe deosebit de grave**, sancționată cu pedeapsa închisorii în limite majorate cu ½, respectiv închisoare de la 9 luni la 4 ani și 6 luni. Și în vechea reglementare era incriminată infracțiunea de înșelăciune cu consecințe deosebit de grave în art. 215 alin. 5 Cod penal din 1969.

Cum contestatorul a fost condamnat definitiv pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune săvârșită în formă continuată cu consecințe deosebit de grave prev. de art. 215 alin. 1, 3 și 5 Cod penal din 1969, în mod greșit instanța de fond nu a reținut în încadrarea juridică a faptei conform legii noi și disp. art. 256¹ Cod penal.

Această omisiune a instanței de fond nu poate fi însă îndreptată în prezenta cale de atac a contestației întrucât, aflându-ne doar în calea de atac a contestatorului, nu se poate reține în sarcina acestuia o circumstanță agravantă care ar avea drept consecință majorarea cu ½ a limitelor de pedeapsă, fiind astfel încălcat principiul neagrării situației în propria cale de atac reglementat de art. 425¹ rap. la art. 418 Cod procedură penală.

În cadrul operațiunii de efectuare a corespondenței între încadrarea juridică dată în mod definitiv condamnatului potrivit legii vechi și încadrarea juridică pe care instanța investită cu aplic. art. 6 Cod penal trebuie să o stabilească potrivit legii noi, instanța investită cu soluționarea contestației la executare nu realizează o modificare a încadrării juridice a faptei pentru care a fost condamnat contestatorul, încadrare juridică stabilită în mod definitiv și care nu mai poate fi supusă analizei, ci doar verifică care este reglementarea juridică în noua legislație conform încadrării juridice vechi deja stabilită. Dacă instanța de fond investită cu contestația la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal stabilește o încadrare juridică corespondentă în noua legislație greșită (prin adăugarea unei noi agravante și omisiunea reținerii unei alte agravante, cum este cazul în speță), instanța de control judiciar investită cu verificarea legalității soluției dată în contestația la executare este obligată să îndrepte nelegalitatea instanței de fond, însă cu respectarea principiului neagrării în propria cale de atac (în speță neagrarea situației în propria contestație), astfel încât va înlătura circumstanța agravantă a infracțiunii reținută în mod greșit, dar nu va putea reține circumstanța agravantă omisă a fi reținută de instanța de fond, o astfel de circumstanță având efect de agravare a limitelor de pedeapsă pentru infracțiunea supusă analizei din perspectiva art. 6 Cod penal.

Faptul că în urma corectării nelegalității sentinței apelate ca urmare a efectuării greșite de către instanța de fond a operațiunii de contopire a pedepsei pentru infracțiunea pentru care s-a făcut aplicarea art. 6 Cod penal cu infracțiunea pentru care nu s-au modificat limitele de pedeapsă conform art. 6 Cod penal, s-ar ajunge la o pedeapsă rezultantă mai ușoară decât cea stabilită de instanța de fond investită cu aplicarea art. 6 Cod penal, nu justifică reținerea în încadrarea juridică a faptei de înșelăciune a disp. art. 256¹ Cod penal, întrucât principiul neagravării situației în propria cale de atac vizează nu doar rezultatul final la care se ajunge în urma corectării nelegalităților sentinței contestate, ci fiecare aspect de nelegalitate a cărui corectare ar conduce la agravarea situației persoanei care a declarat calea de atac.

De exemplu, nu s-ar putea reține în calea de atac doar a persoanei care formulează calea de atac și o altă circumstanță agravantă decât cea reținută de instanța de fond, chiar dacă reținerea acestei circumstanțe suplimentare nu ar avea ca efect o nouă majorare a pedepsei conform art. 78 alin. 2 Cod penal, nici nu ar putea fi supus contestatorului la executarea unei obligații – muncă în folosul comunității- 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 reține starea de recidivă sau de pluralitate intermediară chiar dacă pedeapsa rezultantă, ca urmare a corectării altor nelegalități ale sentinței, nu suferă modificări.

Prin urmare, concluzionând că, deși în încadrarea juridică a faptei de înșelăciune potrivit legii noi ar trebui să se regăsească și disp. art. 256¹ Cod penal, în virtutea principiului de drept procesual al neagravării situației în propria cale de atac această agravată nu este posibil a fi reținută pentru prima oară în calea de atac exercitată exclusiv de contestator, Curtea, cu opinie majoritară, constată că pentru a compara pedeapsa aplicată contestatorului pentru infracțiunea de înșelăciune 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 aceeași infracțiune trebuie să se raporteze la disp. prev. **de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal și art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal.**

Prin Decizia nr. 7/2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – 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 infracțiunilor continuate, prin sintagma ”maxim special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită” se înțelege maximul special prevăzut de lege pentru infracțiune, **fără luarea în considerare a cauzei de majorare a pedepsei prevăzută pentru infracțiunea continuată**”.

Prin Decizia nr. 8/2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – 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 infracțiunea săvârșită **nu se vor lua în considerare circumstanțele atenuante sau agravante reținute condamnatului și 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 Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept la încadrarea juridică stabilită pentru infracțiunea de înșelăciune pentru care a fost condamnat contestatorul A., Curtea, cu opinie majoritară, constată că maximul de pedeapsă prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea de înșelăciune prev. **de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal și art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal** este de 3 ani închisoare.

Cum Tribunalul Botoșani a apreciat că maximul de pedeapsă pentru infracțiunea de înșelăciune potrivit legii noi este de 5 ani închisoare (raportat la încadrarea juridică a faptei în disp. art. 244 alin. 1 și 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 contestația** formulată de contestatorul A. împotriva **Sentinței penale nr. 204**

din 15.12.2020 a Tribunalului Botoșani – Secția Penală pronunțată în dosarul nr. ../93/2019*, va desființa în parte sentința penală contestată, și, în rejudecare, va **înlătura** din sentința penală apelată dispoziția de reducere a pedepsei de 10 ani închisoare aplicată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în formă continuată la maximumul pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 și 2 Cod Penal cu aplicarea art. 35 Cod penal respectiv la 5 ani, și, în baza art. 6 alin. 1 Cod penal va **reduce pedeapsa principală de 10 ani închisoare aplicată contestatorului pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune 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** (maximumul prevăzut de legea nouă pentru săvârșirea infracțiunii de **înșelăciune în formă continuată** prev. de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal și art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal).

În ceea ce privește pedepsele complementare aplicate pe lângă pedeapsa închisorii pentru infracțiunea de înșelăciune, 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 săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în formă continuată prev. de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal și art. 77 alin. 1 lit. a Cod penal, pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 66 lit. a , b și g Cod penal pe o durată de 5 ani.

După aplicarea art. 6 Cod penal raportat la infracțiunea de înșelăciune în formă continuată pentru care a fost condamnat contestatorul A., cu consecința reducerii pedepsei pentru această infracțiune la 3 ani închisoare, se impune a fi efectuată operațiunea de contopire a pedepsei astfel reduse cu pedeapsa de 6 ani închisoare aplicată în mod definitiv contestatorului prin sentința de condamnare.

Curtea, cu opinie majoritară, apreciază că în privința operațiunii de contopire a celor două pedepse instanța de fond a făcut o aplicare greșită a dispozițiilor legale, considerând, pe de o parte, că mecanismul de contopire a pedepselor pentru faptele concurente aplicabil în speță este cel prevăzut de Codul penal din 1969, iar pe de altă parte, apreciind că, față de ampla activitate infracțională a contestatorului, se impune aplicarea unui spor de pedeapsă de 3 ani.

Analizând primul aspect de nelegalitate menționat, respectiv cel vizând legea aplicabilă pentru operațiunea de contopire a pedepselor pentru faptele concurente, Curtea constată că prin **Decizia 1/2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – 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 infracțiuni, într-o primă etapă se verifică incidența dispozițiilor art. 6 din Codul penal, cu privire la pedepsele individuale.

În a doua etapă se verifică dacă pedeapsa rezultantă aplicată potrivit legii vechi depășește maximumul 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, depășește maximumul 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.”

Așadar, potrivit deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, decizie obligatorie pentru instanțe, după verificarea incidenței art. 6 Cod penal cu privire la pedepsele individuale aplicate pentru un concurs de infracțiuni, instanța investită cu analiza aplicabilității art. 6 Cod penal trebuie să compare pedeapsa rezultantă aplicată contestatorului pentru concursul de infracțiuni potrivit legii vechi cu pedeapsa ce ar rezulta din contopirea pedepselor individuale reduse ca urmare a aplic. art. 6 Cod penal, **conform legii noi.**

Pentru a explica rațiunea pentru care contopirea pedepselor trebuie să se facă potrivit legii noi, Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat în considerentele deciziei anterior menționate următoarele: „*Prin urmare, pedeapsa rezultantă definitiv stabilită va fi supusă comparației cu pedeapsa rezultantă care s-ar stabili conform legii noi, față de pedepsele obținute în cadrul primei operațiuni (descrisă la pct. 1).*

Comparația nu se va face cu rezultanta ce s-ar putea obține potrivit legii vechi, întrucât rațiunea art. 6 din noul Cod penal nu este, așa cum am arătat, aceea de a aplica tratamentul cel mai favorabil privitor la fiecare dintre instituțiile autonome (această rațiune se regăsește numai în art. 5 din noul Cod penal), ci doar aceea de a nu permite ca persoanele definitiv judecate să suporte un tratament sancționator mai greu decât cel permis, în abstract, de legea nouă.

Faptul că instanța nu poate recurge la o contopire efectuată potrivit mecanismului din legea veche pe baza pedepselor reduse potrivit legii noi, ci este ținută să se raporteze la maximul rezultantei aplicabile nu înseamnă că se renunță la aplicarea legii penale mai favorabile în raport cu fiecare instituție autonomă și că s-ar ajunge la o evaluare globală.

Imposibilitatea reducerii în toate cazurile a pedepsei rezultante ca efect al reducerii pedepselor individuale este consecința opțiunii legiuitorului de a înăspri tratamentul prevăzut pentru pluralitatea de infracțiuni în noul Cod penal.

În plus, deoarece suntem în cazul unor pedepse definitive, aplicarea unor dispoziții 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 infracțiune componentă a pluralității respective potrivit legii noi, contopirea să se facă potrivit dispozițiilor 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 operațiuni (reduse, dacă este cazul) vor fi ipotetic contopite conform regulilor prevăzute de art. 39 din noul Cod penal. Rezultatul obținut va fi comparat cu pedeapsa rezultantă și numai atunci când aceasta din urmă este mai mare, ea va fi redusă la pedeapsa obținută conform art. 39 din noul Cod penal”.

Cu privire la cel de-al doilea aspect de nelegalitate în operațiunea de contopire a pedepselor realizată de Tribunalul Botoșani, respectiv sporul de 3 ani aplicat contestatorului după contopirea pedepselor conform Codului penal din 1969, Curtea constată că în condițiile în care în operațiunea de contopire a pedepselor conform Codului penal din 1969 instanța de fond, instanța de apel și instanța care a soluționat contestația în anulare în cauza în care contestatorul a fost condamnat definitiv pentru infracțiunile de înșelăciune și 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 instanța investită cu soluționarea contestației la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal nu poate aplica acest spor întrucât în cadrul operațiunii de aplic. a art. 6 Cod penal instanța nu poate face o reevaluare a gravității faptelor săvârșite de persoana condamnată definitiv, ci doar o eliminare a acelei părți de pedeapsă care depășește maximul prevăzut de legea nouă.

În acest sens sunt și considerentele Deciziei nr. 12 din 06 mai 2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, respectiv: „*în scopul respectării principiului legalității pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din C. pen. o excepție de la efectul autorității de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situația în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancțiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim.*

Fiind vorba de o excepție de la principiul securității raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanță 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 reținute, al încadrării juridice date acestora și al criteriilor de stabilire și individualizare a sancțiunii, legiuitorul înțelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depășește maximumul special prevăzut de legea nouă (...)”

Prin urmare, Curtea, cu opinie majoritară, apreciază că în aplicarea dispozițiilor legale instanța de fond ar fi trebuit să contopească pedeapsa redusă conform art. 6 Cod penal pentru infracțiunea de înșelăciune cu pedeapsa de 6 ani închisoare aplicată pentru infracțiunea 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 Botoșani 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 condițiile în care, așa cum am arătat, în contestația la executare vizând aplicarea art. 6 Cod penal nu se poate reține 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, așa cum impune Decizia 1/2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală întrucât s-ar încălca principiul neagrării în propria cale de atac.

Prin urmare, rămânând câștigată contestatorului modalitatea de contopire a pedepselor conform Codului penal din 1969, Curtea va înlătura din sentința contestată dispoziția 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 și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și 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 și 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și c Cod penal 1969 și dispoziția de aplicare a art. 71 – 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și 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 și 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 săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în formă continuată prev. de art. 244 alin. 1 Cod penal, cu art. 35 alin. 1 Cod penal și 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 și 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 și g Cod penal.

Curtea mai constată că în prezenta cauză, deși termenul de contestare a Sentinței penale nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoșani – Secția Penală pronunțată în dosarul nr.

../93/2019* nu expirase, Tribunalul Botoșani a emis la data de 05.01.2021 mandatul de executare a pedepsei nr. 348/2020.

Astfel, așa cum rezultă din dovada aflată la dosar Tribunal Botoșani, contestatorului A. i-a fost comunicată minuta Sentinței penale nr. 204 din 15.12.2020 a Tribunalului Botoșani – Secția Penală la data de 23.12.2020, contestația fiind depusă de contestator prin poștă la data de 28.12.2020 conform plicului aflat la dosarul Curții de Apel, fiind respectat termenul de 3 zile de la comunicare, termenul începând să curgă la 24.12.2021 și finalizându-se la sfârșitul zilei de 28.12.2020, zilele de 26 și 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 sfârșitul primei zile lucrătoare care urmează).

Prin urmare, constatând că Tribunalul Botoșani a emis mandatul de executare a pedepsei în prezenta cauză înainte ca Sentința 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 Botoșani în dosarul nr. ../93/2019* și va dispune emiterea unui nou mandat de executare a pedepsei în conformitate cu mențiunile din prezenta Decizie.

Se va deduce în continuare din durata pedepsei rezultante de 6 ani închisoare perioada executată de contestator de la data pronunțării Sentinței penale nr. 204/15.12.2020 a Tribunalului Botoșani Secția Penală pronunțată în dosarul nr. ../93/2019* până la zi.

Se vor menține celelalte dispoziții ale sentinței contestate care nu sunt contrare prezentei decizii.

În baza art. 275 alin. 3 Cod procedură penală cheltuielile judiciare din contestație vor rămâne în sarcina statului, inclusiv suma de 313 lei reprezentând onorariu apărător din oficiu ..., conform delegației nr. 179/20.01.2021, sumă ce se va avansa din fondurile speciale ale Ministerului Justiției în fondurile Baroului ...

Motivare opinie separată:

Principiul supremației dreptului, astfel cum este consacrat în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, se opune repunerii în discuție a unei soluții definitive dată în litigiu și nu admite derogări decât dacă acestea sunt impuse de motive serioase și substanțiale.

În procesul de interpretare și aplicare a legii, **judecătorul are obligația de a identifica acel înțeles al normei juridice compatibil nu doar cu voința prezumată a legiuitorului, ci și cu principiile de rang constituțional ori european.**

Principiul constituțional al aplicării legii penale mai favorabile impune reducerea la minimum necesar a atingerilor aduse **autorității de lucru judecat**, fiind incident numai în măsura în care are la bază tot un principiu de natură constituțională, cum este **principiul legalității pedepsei**. Prin dispozițiile art. 6 alin. (1) C. pen., **legiuitorul a urmărit respectarea principiului legalității 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 ținând cont de situația sa juridică corectă.**

Potrivit dispozițiilor art. 6 alin. 1 din Noul C. pen. *"Când, după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare și până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, sancțiunea aplicată, dacă depășește maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită, se reduce la acest maxim"*.

Aplicarea obligatorie a legii mai favorabile, în cazul pedepselor definitive, trebuie analizată prin prisma a două principii fundamentale și anume principiul legalității pedepsei, respectiv principiul autorității de lucru judecat.

Potrivit primului principiu, nicio pedeapsă nu poate fi aplicată decât dacă era prevăzută de legea penală în momentul săvârșirii infracțiunii (nulla poena sine lege). De

asemenea, nu pot fi aplicate alte pedepse decât cele prevăzute de lege pentru infracțiunea respectivă. Acest principiu impune obligația ca orice sancțiune să-și găsească temei în lege nu numai în momentul pronunțării, dar și pe întreaga durată a executării pedepsei.

Principiul autorității de lucru judecat produce două efecte de natură diferită: un efect pozitiv, și anume acela că hotărârea care a dobândit autoritate de lucru judecat poate fi pusă în executare, și un efect negativ care constă în faptul că hotărârea cu autoritate de lucru judecat, datorită faptului că dobândește valoare de adevăr în ceea ce privește fapta și persoana judecată, creează un obstacol în readucerea în fața instanței a conflictului soluționat definitiv.

Principiul intangibilității lucrului judecat poate fi influențat doar prin apariția 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 deși nu mai este prevăzut de legea în vigoare. Ceea ce este valabil pentru întreaga pedeapsă - regula nulla poena sine lege - trebuie să fie valabil și pentru o parte din aceasta. Rățiunea dispozițiilor 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 și limitele de pedeapsă prevăzute de legea nouă pentru aceeași infracțiune.

Prezentul judecător reține ca lămuritoare pentru dezlegarea situației juridice specifică speței de față **Decizia nr. 1/2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție** pronunțată în 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 instanțele de judecată ce se confruntă cu astfel de "contestații"**. Astfel, se specifică expres că, **"problema de drept ce face obiectul prezentei cauze privește mecanismul de aplicare a legii penale mai favorabile în cazul faptelor definitiv judecate, în ipoteza unui concurs de infracțiuni."**

Înalta Curte reține că, în aplicarea corectă a dispozițiilor legii penale mai favorabile în cauze definitiv judecate, privitor la orice instituție a dreptului substanțial 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 și rațiunea 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 și până la executarea pedepsei, a intervenit o lege penală mai favorabilă, pedeapsa închisorii sau amenzii se reduce la maximul prevăzut de legea nouă, dacă sancțiunea aplicată este mai mare decât acest maxim, pedeapsa detențiunii pe viață se înlocuiește cu maximul închisorii de legea nouă pentru aceeași infracțiune, dacă închisoarea este singura pedeapsă prevăzută pentru aceasta, iar închisoarea se înlocuiește cu amenda, care nu poate depăși maximul prevăzut de legea nouă pentru aceeași infracțiune, când amenda este singura pedeapsă prevăzută de legea nouă pentru aceasta.*

În continuare Înalta Curte reține că din cuprinsul art. 6 din noul C. pen. rezultă condițiile în care operează **aplicarea obligatorie a legii mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei**, și anume: să existe o hotărâre de condamnare la pedeapsa detențiunii pe viață, 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 ușoară decât pedeapsa ori măsura educativă prevăzută de legea în temeiul căreia s-a pronunțat hotărârea definitivă; pedeapsa sau măsura educativă aplicată prin hotărârea judecătorească definitivă să depășească maximul pedepsei prevăzute de legea nouă sau să fie mai grea.

O primă observație ce se impune a fi făcută este aceea că, **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.** Dacă în cazul aplicării legii penale mai favorabile, în cursul procesului, anterior rămânerii definitive a hotărârii, instanța trebuie să opereze, în concret, o stabilire a sancțiunii în raport cu limitele de pedeapsă prevăzute de fiecare dintre legile succesive și 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, așa cum rezultă din cele de mai sus, prezintă unele particularități față de aplicarea legii mai favorabile faptelor în curs de judecată. **Singura situație în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitiv aplicate mai poate fi înfrântă este aceea în care tratamentul sancționator 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 și până la încetarea oricăror efecte ale condamnării ce vor interveni prin reabilitare.**

Așadar, 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. Pe de altă parte, **criteriile de stabilire a legii mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei, au fost reduse la unul singur,** și anume: **compararea pedepsei aplicate în baza legii în temeiul căreia s-a pronunțat hotărârea definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, modificarea sancțiunii limitându-se la reducerea ei la maximul prevăzut de legea nouă.**

Prin urmare, în cazul pedepselor definitive, nu mai interesează criteriile privind condițiile 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 și pedeapsa aplicată în baza legii vechi.

În concluzie, verificând dacă se impune modificarea, potrivit art. 6, a unei sancțiuni definitiv aplicate, comparația se va realiza numai între quantumul pedepsei aplicate (indiferent de limitele în cadrul cărora, în legea veche, se situa acest quantum și de raportul lui cu aceste limite) și maximul prevăzut de legea nouă. Reducerea va opera numai când cel dintâi este superior celui de-al doilea, în toate situațiile 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 depășește maximul prevăzut de legea nouă sau să înlocuiască o pedeapsă mai grea cu alta mai ușoară, legiuitorul prevăzând expres situațiile nou-create prin apariția legii penale noi și modul lor de rezolvare.

Întrucât condamnarea are efecte și după executarea pedepsei, aplicarea obligatorie a legii mai favorabile se impune, nu numai pe motive de consecvență și echitate juridică, ci și ca o consecință a **principiului legalității pedepselor**, ca partea de pedeapsă, care nu mai are corespondent în legea nouă, chiar dacă a fost executată, să nu mai producă alte consecințe.

Prin urmare, 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 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, și fiind singura situație în care autoritatea de lucru judecat a unei pedepse definitiv aplicate mai poate fi înfrântă.**

Rațiunile 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 exigențelor principiului legalității și în cazul în care legea nouă ar conduce la aplicarea unei pedepse mai severe.

Așadar, în pofida reducerii pedepselor individuale în baza legii noi, faptul că rezultanta aplicată potrivit legii vechi poate ajunge să rămână la quantumul inițial nu conduce la concluzia potrivit căreia condamnatul ar fi privat de efectele aplicării dispozițiilor art. 6 din noul C. pen., deoarece, dincolo de eventuala influență asupra pedepselor rezultante, de reducere a pedepselor individuale la maximumul prevăzut de legea nouă, se leagă și alte consecințe cum ar fi calculul termenului de reabilitare, eventuala aplicabilitate a unei grațieri etc.

În raport cu argumentația sus-prezentată se reține că determinarea incidenței legii penale mai favorabile, în cazul hotărârilor definitive de condamnare la pedeapsa închisorii, în ipoteza concursului de infracțiuni, se realizează în două etape succesive, potrivit următorului mecanism:

1. Într-o primă etapă, în conformitate cu dispozițiile 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 infracțiunile săvârșite, care compun pluralitatea de infracțiuni, cu maximumul special prevăzut de legea penală nouă și se reduce fiecare pedeapsă aplicată la maximumul special prevăzut de legea nouă, în cazul în care se constată că depășește acest maxim special. Această operațiune este obligatorie, ea trebuie să aibă loc independent de soarta pedepsei rezultante, întrucât pedeapsa pentru fiecare infracțiune în parte poate avea semnificații de sine stătătoare, independent de pluralitate, în cazuri precum incidența unei alte legi mai favorabile, incidența unui act de grațiere etc.

2. În a doua etapă, separat de soarta pedepselor aplicate pentru infracțiunile concurente, se va proceda la analiza pedepsei rezultante. Astfel, și în privința acesteia, se va porni de la premisa potrivit căreia quantumul ei, intrat în autoritatea de lucru judecat și care constituie sancțiunea pusă efectiv în executare, urmează a fi modificat numai prin raportare la criteriul enunțat în considerațiile generale, respectiv acela privind tratamentul sancționator cel mai greu pe care legea nouă îl prevede pentru pluralitatea din cauză.

Prin urmare, pedeapsa rezultantă definitiv stabilită va fi supusă comparației cu pedeapsa rezultantă care s-ar stabili conform legii noi, față de pedepsele obținute în cadrul primei operațiuni (descrișă la pct. 1).

Comparația nu se va face cu rezultanta ce s-ar putea obține potrivit legii vechi, întrucât rațiunea art. 6 din noul C. pen. nu este, așa cum am arătat, aceea de a aplica tratamentul cel mai favorabil privitor la fiecare dintre instituțiile autonome (această rațiune se regăsește numai în art. 5 din noul C. pen.), ci doar aceea de a nu permite ca persoanele definitiv judecate să suporte un tratament sancționator mai greu decât cel permis, în abstract, de legea nouă.

Faptul că instanța nu poate recurge la o contopire efectuată potrivit mecanismului din legea veche pe baza pedepselor reduse potrivit legii noi, ci este ținută să se raporteze la maximumul rezultantei aplicabile nu înseamnă că se renunță la aplicarea legii penale mai favorabile în raport cu fiecare instituție autonomă și că s-ar ajunge la o evaluare globală. Imposibilitatea reducerii în toate cazurile a pedepsei rezultante ca efect al reducerii pedepselor individuale este consecința opțiunii legiuitorului de a înăspri tratamentul prevăzut pentru pluralitatea de infracțiuni în noul C. pen. În plus, deoarece suntem în cazul unor pedepse definitive, aplicarea unor dispoziții 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 infracțiune componentă a pluralității respective potrivit legii noi, contopirea să se facă potrivit dispozițiilor 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 operațiuni (redușe, dacă este cazul) vor fi ipotetic contopite conform regulilor prevăzute de art. 39 din noul

Cod penal. Rezultatul obținut va fi comparat cu pedeapsa rezultantă și numai atunci când aceasta din urmă este mai mare, ea va fi redusă la pedeapsa obținută conform art. 39 din noul Cod penal.

Față de conținutul deciziei sus menționate, în continuare, prezentul judecator reiterează faptul că, în scopul respectării principiului legalității pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din Codul penal o excepție de la efectul autorității de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situația în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancțiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim. Fiind vorba de o excepție de la principiul securității raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanță 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 reținute, al încadrării juridice date acestora și al criteriilor de stabilire și individualizare a sancțiunii, legiuitorul înțelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depășește maximul special prevăzut de legea nouă. Așadar, în aplicarea art. 6 din Codul penal, comparația dintre pedepse și cauzele legale de modificare a acestora nu se poate raporta decât la aceeași 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 autorității de lucru judecat a hotărârii definitive, în condițiile în care instituția schimbării încadrării juridice operează doar în cursul judecării, așa cum prevede art. 386 din Codul de procedură penală, și ar fi în contradicție cu prevederile art. 595 alin. (1) din Codul de procedură penală, ce reglementează doar modificarea pedepsei definitive.

Considerațiile dezvoltate anterior sunt aplicabile și în cazul **determinării legii penale mai favorabile pentru infracțiunile care au produs consecințe deosebit de grave potrivit Codului penal anterior**. Astfel, și pentru această categorie de infracțiuni, criteriile de determinare a legii penale mai favorabile în cazul condamnărilor definitive sunt restrânse la limitele speciale de pedeapsă și cauzele legale de modificare a acestora, **compararea între legile penale succesive făcându-se, întotdeauna, prin raportare la aceeași 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 instituție poate opera doar în cursul judecării, deci până la momentul dobândirii autorității de lucru judecat

De asemenea, este important de menționat că **dispozițiile art. 256¹ din Codul penal nu reprezintă o cauză legală de majorare a pedepsei, ci o variantă agravată (calificată) a infracțiunilor enumerate în cuprinsul acestui text (printre care și infracțiunea de înșelăciune prev. de art. 244 Cod penal)**, așa 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 Curți de Casație și Justiție, 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 și care se aplică întocmai și 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 reține că în interpretarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Codul penal, în cazul pedepsei definitive aplicată prezentului condamnat pentru infracțiunea de înșelăciune care a produs consecințe deosebit de

grave potrivit Codului penal anterior – **art. 215 alin. 1, 3 și 5 Cod penal anterior**, determinarea maximului special prevăzut de legea nouă se realizează prin raportare la **variantea agravată a infracțiunii de înșelăciune enumerată în art. 256¹ din Noul Cod penal (cu trimitere la art. 244 alin. 1 noul Cod penal)**.

Ori, în speță, fără nici o justificare și fără nici cea mai mică motivare, prima instanță de judecată a reținut doar atât: „pedeapsa închisorii de 10 ani aplicată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune, 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 și 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 **infracțiunii de înșelăciune**, prezentul judecător reține că acestea vizează **infracțiunea de înșelăciune în convenții cu consecințe 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 **art. 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 consecințe 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 obține pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust și dacă s-a pricinuit o pagubă, se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani**.

În consecință, urmare a realizării corecte a corespondenței dintre dispozițiile legale incriminatorii de pe Vechiul Cod penal cu dispozițiile 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 **infracțiunii de înșelăciune în convenții cu consecințe 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 și 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 condițiile în care prima instanță de judecată, în soluționarea contestației la executare, sub aspectul infracțiunii de înșelăciune, prin efectuarea unei corespondențe greșite a dispozițiilor 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 raționamentul juridic expus mai sus de prezentul judecător, reducerea pedepsei are loc la **4 ani și 6 luni închisoare (în loc de 5 ani închisoare, cât a primit în primă instanță)**, nu se poate pretinde că s-ar încălca principiul neagravării situației juridice a contestatorului în propria cale de atac. Și aceasta întrucât, așa cum s-a mai menționat, **din perspectiva art. 6 Cod penal** (singurul obiect al prezentei contestații la executare și, pe cale de consecință, și a contestației ca și 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 pronunțat hotărârea definitivă de condamnare cu maximul pedepsei prevăzut în legea nouă, modificarea sancțiunii 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 instanță de judecată a unei corespondențe greșite a textului de lege incriminator din vechiul Cod penal în dispoziții din Noul Cod penal poate fi remediată și se impune a fi remediată în propria cale de atac a contestatorului atâta timp cât, urmare a reținerii greșite a unor dispoziții legale

incriminatorii prima instanță a aplicat pedeapsa de 5 ani închisoare, pe când, în calea de atac a contestației, urmare a remedierii acestei greșeli și reținerii corecte a textului de lege incriminator prev. de Noul Cod penal, se ajunge la o pedeapsă mai mică decât cea aplicată de prima instanță, respectiv de 4 ani și 6 luni închisoare – acesta fiind maximul special legal prevăzut de Noul Cod penal pentru infracțiunea pentru care contestatorul din prezenta cauză a fost condamnat. Situația juridică a contestatorului nu se agravează iar scopul articolului 6 Noul Cod penal este atins, și anume înlăturarea sporului de pedeapsă ce nu mai are suport legal (principiul legalității pedepsei).

Nu se poate pretinde că prezentul contestator a câștigat în primă instanță o încadrare juridică (art. 244 alin. 1 și alin. 2 Noul Cod penal). Nu se poate pretinde ca instanța de control judiciar să fie ținută de această încadrare juridică necorespunzătoare și, pe cale de consecință, să fie obligată să înlăture doar partea nelegală din această încadrare (în speță 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. Și aceasta deoarece situația de fapt și de drept analizate au fost stabilite cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare, singura derogare de la principiul autorității de lucru judecat din perspectiva art. 6 Cod penal fiind permisă doar sub aspectul legalității pedepsei. A realiza în calea de atac a contestatorului o corespondență corectă a normelor legale incriminatorii care are ca efect aplicarea unei pedepse mai mici decât cea stabilită de prima instanță de judecată urmare a reținerii de către aceasta, sub aspectul încadrării juridice a faptei, a unor dispozițiile legale greșite din Noul Cod penal, nu duce la încălcarea principiului neagrării situației juridice în propria cale de atac.

Prin încadrarea corectă a faptei de înșelăciune în convenții cu consecințe 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) instanța de control judiciar nu reține o circumstanță agravantă nouă în propria cale de atac a contestatorului. Varianta agravată a infracțiunii de înșelăciune a fost stabilită cu autoritate de lucru judecat prin hotărârea de condamnare. Inclusiv prima instanță de judecată, în considerente reține că petentul a fost condamnat pentru infracțiunea prev de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969, cu aplicarea art. 41 alin. 2 Cod penal 1969, deci a cunoscut reținerea variantei agravate atrasă de consecințele deosebit de grave prev. de alin. 5 al articolului 215 Vechiul Cod penal. Însă, fără nici o explicație face corespondența cu art. 244 alin. 1 și 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 însăși prima instanță de judecată a reținut în motivare, dând citire considerentelor Deciziei nr. 12 din 06 mai 2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, următoarele: „în scopul respectării principiului legalității pedepselor, legiuitorul a consacrat în art. 6 alin. (1) din C. pen. o excepție de la efectul autorității de lucru judecat al hotărârilor de condamnare definitive, limitată însă la situația în care, până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii, a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai ușoară, respectiv maximul special al acesteia este inferior sancțiunii deja intrate în puterea lucrului judecat, caz în care se reduce la acest maxim. Fiind vorba de o excepție de la principiul securității raporturilor juridice, care, printre altele, presupune ca dezlegarea dată în mod definitiv oricărui litigiu de către instanță 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 reținute, al încadrării juridice date acestora și al criteriilor de stabilire și individualizare a sancțiunii, legiuitorul înțelegând să înlăture de la executare doar acea parte din pedeapsă care depășește maximul special prevăzut de legea nouă (...) Așadar, în aplicarea art. 6 din C. pen., comparația dintre

pedepse și cauzele legale de modificare a acestora nu se poate raporta decât la aceeași 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 autorității de lucru judecat a hotărârii definitive, în condițiile în care instituția schimbării încadrării juridice operează doar în cursul judecății, așa cum prevede art. 386 din C. proc. pen., și ar fi în contradicție cu prevederile art. 595 alin. (1) din C. proc. pen., ce reglementează doar modificarea pedepsei definitive.”

În concluzie, prezentul judecător apreciază că în speță, urmare a înlăturării din sentința penală apelată a dispoziției potrivit căreia – „În baza art. 6 alin 1 Cod Penal reduce pedeapsa de 10 ani închisoare aplicată pentru săvârșirea infracțiunii de înșelăciune în formă continuată la maximum pedepsei închisorii prevăzută de art. 244 alin 1 și 2 Cod Penal cu aplicarea art. 35 NCP, respectiv la 5 ani.”, în rejudecare, prin decizia pronunțată în contestație cale de atac trebuia să se dispună astfel: În temeiul art. 6 alin 1 Cod Penal raportat la Decizia Curții Constituționale nr. 368/2017 și Decizia Curții Constituționale nr. 651/2018, **reduce pedeapsa de 10 ani închisoare la care a fost condamnat A. prin sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. 9514/99/2011*, rămasă definitivă prin decizia penală a Curții de Apel Iași nr. 931 din 22 decembrie 2016, astfel cum au fost modificate prin decizia penală nr. 935 din data de 8 decembrie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Iași în dosar nr. 230/45/2017, sub aspectul infracțiunii de înșelăciune prev. de art. 215 alin.1, 3, 5 Cod penal 1969 și art. 41 alin. 2, art. 75 alin. 1 lit. a Cod penal 1969, la maximum special al pedepsei de 4 ani și 6 luni închisoare** (raportat la art. 244 alin. 1 cu aplicarea art. 256¹, art. 35 alin. 1 și art. 77 alin. 1 lit. a Noul Cod penal).

Procedând astfel, atât principiul legalității pedepsei (ca și principiu de drept penal substanțial – urmărit de art. 6 Noul Cod penal) cât și principiul neagravării în propria cale de atac (ca și principiu de drept procesual penal) ar fi fost pe deplin respectate și garantate în speță. În aplicarea art. 6 Noul Cod penal, care reglementează aplicarea legii penale mai favorabile după rămânerea definitivă a hotărârii, condamnatul contestator nu câștigă noi încadrări juridice ci doar reduceri de pedeapsă. Ori, în speță, condamnatul contestator a beneficiat în primă instanță de o reducere a unei pedepse individuale de la 10 ani închisoare la 5 ani închisoare iar, în calea de atac, aplicând raționamentele sus expuse de prezentul judecător, ar fi beneficiat de reducerea pedepsei individuale de la 10 ani închisoare la 4 ani și 6 luni închisoare. Astfel principiul neagravării situației judiciare în propria cale de atac nu ar fi fost cu nimic înfrânt.

De asemenea, dând eficiență în continuare dispozițiilor din Decizia 1/2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală – sub aspectul contopirii pedepselor în caz de concurs de infracțiuni, **prezentul judecător constată că numitul A. ar avea de executat pedeapsa finală de 7 ani și 6 luni închisoare (în loc de pedeapsa rezultantă de 10 ani închisoare aplicată prin sentința penală nr. 108 din 03 februarie 2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. ../99/2011*, rămasă definitivă prin decizia penală a Curții de Apel Iași nr. 931 din 22 decembrie 2016, astfel cum au fost modificate prin decizia penală nr. 935 din data de 8 decembrie 2017 pronunțată de Curtea de Apel Iași în dosar nr. ../45/2017). Aceasta rezultă din aplicarea pedepsei de 6 ani închisoare pentru infracțiunea 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 și a cărei limită nu se impune a fi redusă, la care se adaugă o treime de 1 an și 6 luni închisoare din pedeapsa de 4 ani și 6 luni închisoare aplicată condamnatului pentru infracțiunea de înșelăciune în convenții cu consecințe deosebit de grave, în conformitate cu art. 39 alin. 1 lit. b Noul Cod penal.**

Or, în condițiile în care prima instanță de judecată a dispus executarea de către condamnat a unei pedepse rezultante de 9 ani închisoare, prin aplicarea în mod greșit a

dispozițiilor de la contopirea pedepselor în caz de concurs de infracțiuni 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 sporește cu 3 ani închisoare), iar prin aplicarea corespunzătoare, în prezenta cale de atac, a dispozițiilor din Noul Cod penal în materie de contopire de pedepse în caz de concurs de infracțiuni, astfel cum obligă Decizia 1/2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală, **se ajunge la o pedeapsă finală de 7 ani și 6 luni închisoare, prezentul judecător apreciază că nici în acest caz nu este încălcat principiul neagravării situației juridice în propria cale de atac.**

În primă instanță condamnatului contestator i s-au aplicat în mod nelegal dispozițiile art. 34 alin. 1 lit. b Cod penal 1969, prin reținerea 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 nelegalități în conformitate cu Decizia 1/2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, acesta ar beneficia de o pedeapsă mai mică de 7 ani și 6 luni închisoare. Finalitatea îi este favorabilă. Și în acest caz atât principiul legalității pedepsei (ca și principiu de drept penal substanțial – urmărit de art. 6 Noul Cod penal) cât și principiul neagravării în propria cale de atac (ca și principiu de drept procesual penal) ar fi fost pe deplin respectate și garantate în speță.

În consecință, prezentul judecător apreciază că, urmare a înlăturării dispoziției din sentința 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 și pedeapsa complementară a interzicerii drepturilor prev. de art. 64 alin. 1 lit. a teza a II-a, lit. b și lit. c Cod penal 1969, pe o durată de 5 ani, pe care o sporește cu 3 ani închisoare, în final condamnatul urmând să execute pedeapsa rezultantă de 9 ani închisoare și 5 ani interzicerea drepturilor prev. de art. 64 alin 1 lit. a teza a II-a, b și c VCP.”, în rejudecare, prin decizia pronunțată în contestație cale de atac trebuia să se dispună astfel: În conformitate cu Decizia 1/2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală și art. 39 alin. 1 lit. b Cod penal, **condamnatul A. va executa pedeapsa finală de 7 ani și 6 luni închisoare (în loc de pedeapsa rezultantă de 10 ani închisoare aplicată prin sentința penală nr. 108 din 3.02.2015 pronunțată de Tribunalul Iași în dosarul nr. ../99/2011*, rămasă definitivă prin decizia penală a Curții de Apel Iași nr. 931 din 22.12.2016, astfel cum au fost modificate prin decizia penala nr. 935 din data de 8.12.2017 pronunțată de Curtea de Apel Iași în dosar nr. ../45/2017).**

2. Recunoașterea pe cale incidentală a unei hotărâri judecătorești străine în cadrul unei cereri de reabilitare. Soluții

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 și s-a concluzionat, printre altele, și asupra următoarei probleme de drept:*

Reabilitarea: posibilitatea reținerii reabilitării de drept, pentru o condamnare din România, în cazul în care, în cursul termenului de reabilitare de drept, condamnatul săvârșește o altă infracțiune, în străinătate, pentru care se pronunță o condamnare, soluție 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. 140 alin. (2) și (3) din Legea nr. 302/2004

În cuprinsul minutei s-a reținut 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, condițiile de la art. 165 C. pen. fiind îndeplinite, cât timp hotărârea de condamnare pentru săvârșirea, în termenul de reabilitare de drept, a unei alte infracțiuni, nu a fost recunoscută în România.

Într-o altă opinie, s-a arătat că într-o astfel de situație, reabilitarea de drept nu va opera deoarece textul art. 165 C.pen. presupune ca, în cursul termenului de reabilitare de drept, condamnatul să nu săvârșască o altă infracțiune, fără a distinge dacă pentru aceasta a fost condamnat în țară 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 recunoaștere a hotărârii judecătorești străine o constituie atribuirea hotărârii judecătorești străine de efecte juridice pe teritoriul României, o hotărâre de condamnare recunoscută producând, pe teritoriul României, aceleași efecte ca și o hotărâre de condamnare pronunțată de instanțele naționale, cu atât mai mult cu cât, în momentul recunoașterii hotărârii, instanța este datoare să verifice existența corespondenței infracțiunii care a stat la baza condamnării în străinătate și reincriminarea aceleiași fapte în legislația națională. 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 prelabile 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 investită 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 menționate, este acceptată posibilitatea ca, în cadrul unei cereri principale de reabilitare, fie de drept, fie judecătorească, să se realizeze, pe cale incidentală, recunoașterea unei hotărâri penale străine.

Potrivit actualului **art. 147 alin. 2 și 4 din Legea 302/2004 - Recunoașterea hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de alte efecte decât cel al executării în regim de detenție a pedepsei, precum și a altor acte judiciare emise de autoritățile străine:** “....(2) Recunoașterea hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenție a pedepsei, se face **și pe cale incidentală**, în cadrul unui proces penal în curs, de către procuror, în faza de urmărire penală, sau de către instanța de judecată pe rolul căreia se află cauza spre soluționare.... (4) În situațiile prevăzute la alin. (1) și (2), lipsa unui tratat nu împiedică **recunoașterea hotărârii judecătorești străine, dacă aceasta se dovedește necesară soluționării unei cauze penale sau poate contribui la îmbunătățirea situației inculpatului sau a persoanei condamnate ori la reintegrarea sa.** Dispozițiile art. 137 alin. (1), art. 138, 141 și 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 Sentința 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 recunoașterea următoarelor sentințe penale străine: sentința penală din 17.11.2015, pronunțată în dosarul nr. 15/1723/132255C de Tribunalul Manchester and Salford Magistrates Court din Marea Britanie; sentința penală din 06.06.2016, pronunțată în dosarul nr. 16/2571/79901U de Tribunalul Cenral London Magistrates Court din Marea Britanie; sentința penală din 28.03.2017 pronunțată 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 pronunța această sentință, Judecătoria Suceava a reținut următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava la data de 15.06.2020 sub nr. .../314/2020, petentul A. a solicitat instanței să constate că a intervenit reabilitarea sa de drept raportat la prevederile art. 165 Cod penal și, în subsidiar, să dispună reabilitarea judecătorească raportat la prevederile art. 168 Cod penal, cu referire la următoarele pedepse: pedeapsa de 1 an închisoare pronunțată în dosarul nr. .../285/2012 al Judecătoriei Rădăuți, aplicată prin sentința penală nr. 441/26.06.2012; pedeapsa de 8 luni închisoare pentru infracțiunea prevăzută de art. 337 Cod penal stabilită prin sentința penală nr. 411 din 21.12.2015 în dosar nr. .../314/2015 al Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 pronunțată de Curtea de Apel Suceava.

A solicitat petentul recunoașterea hotărârilor penale și 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 sentința penală nr. 441 din 26.06.2012 petentul a fost condamnat la pedeapsa închisorii de 1 an în dosarul nr. ../285/2012 și că prin sentința penală nr. 411 a Judecătoriei Suceava pronunțată 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 și 8 luni închisoare pentru infracțiunea 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 și 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 și 1 săptămână, a achitat cuantumul amenzilor și cheltuielilor reținute în sarcina sa de statul britanic și solicită recunoașterea acestora precum și a efectelor acestora. Totodată, petentul a mai arătat că a achitat cheltuielile judiciare și că nu figurează cu datorii, conform certificatului de atestare fiscală eliberat la data de 02.12.2019. A menționat petentul că în prezent se află în Marea Britanie, este încadrat în muncă și se află în imposibilitate de a se deplasa în România din cauza pandemiei cauzate de virusul COVID-19.

La data de 21.09.2020 instanța de fond a dispus disjungerea și judecarea separată a cererii privind recunoașterea hotărârilor străine (sub nr. ../314/2020) și a cererii de reabilitare (sub nr. ../314/2020).

Analizând cererea de recunoaștere a hotărârilor penale străine, instanța de fond a reținut următoarele:

Potrivit dispozițiilor 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 sfârșit executarea pedepsei principale sau de la data când aceasta s-a prescris.

Din mențiunile făcute de Compartimentul Executări Penale din cadrul Judecătoriei Suceava și fișa de cazier judiciar a rezultat că petentul a fost condamnat la pedeapsa de 1 an și 8 luni închisoare prin sentința penală nr. 411/21.12.2015 a Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 a Curții 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 național prin dispoziția I.G.P.R. nr. 137415 din 24.04.2016 și că a fost arestat la data de 28.03.2017 de către autoritățile judiciare din Anglia. S-a menționat că până în prezent nu s-au obținut noi date cu privire la o eventuală localizare a acestuia, sens în care se continuă activitățile specifice pentru aducerea la îndeplinire a mandatului de executare.

Instanța de fond a avut în vedere că reabilitarea poate fi solicitată și dispusă cu privire la toate condamnările pe care le-a suferit o persoană, nu doar pentru o parte a acestora (caracterul indivizibil al reabilitării), pronunțate în țară sau străinătate. Astfel, în cazul condamnărilor succesive, este necesar ca pentru toate condamnările să opereze reabilitarea.

În condițiile în care pe numele petentului a fost emis un mandat de executare pentru condamnarea din România, pedeapsa fiind executabilă și nu a fost inițiată și încheiată o procedură prin care să se constate fie executarea pedepsei, fie prescripția executării acesteia, reabilitarea nu poate opera, întrucât prin raportare la dispozițiile art. 167 Cod procedură penală, termenul de reabilitare începe să curgă doar după ce a luat sfârșit executarea pedepsei sau după ce aceasta s-a prescris.

Potrivit dispozițiilor art. 147 alin. 1 din Legea nr. 302/2004, recunoașterea, pe cale principală, a hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenție a pedepsei, se face la sesizarea persoanei interesate sau a procurorului, în condițiile tratatului aplicabil între România și statul emitent, de către

judecătoria în a cărei circumscripție aceasta domiciliază. Astfel, reține instanța fondului că solicitarea recunoașterii și desfășurarea unei proceduri de recunoaștere a hotărârilor străine este strâns legată de scopul urmărit, respectiv producerea de efecte juridice.

În prezenta cauză petentul este cel care a sesizat instanța în vederea recunoașterii hotărârilor străine menționate la capitolul „date atașate” din fișa de cazier judiciar, iar scopul exclusiv al recunoașterii, așa cum este precizat în cerere, este de a obține reabilitarea. Întrucât reabilitarea nu poate opera în acest moment, față de efectul unic urmărit prin cererea de recunoaștere, instanța 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 recunoașterea următoarelor sentințe penale străine: sentința penală din 17.11.2015, pronunțată în dosarul nr. 15/1723/132255C de Tribunalul Manchester and Salford Magistrates Court din Marea Britanie; sentința penală din 06.06.2016, pronunțată în dosarul nr. 16/2571/79901U de Tribunalul Cenral London Magistrates Court din Marea Britanie; sentința penală din 28.03.2017 pronunțată 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 sentințe, 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 instanța de control judiciar, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru data de astăzi, 31 martie 2021.

Analizând apelul prin prisma motivelor invocate, precum și cauza sub toate aspectele de fapt și de drept, în conformitate cu prevederile art. 417 alin.1, 2, art. 420 Cod procedură penală, Curtea reține următoarele:

Potrivit art. 147 din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală – intitulat „**Recunoașterea hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de alte efecte decât cel al executării în regim de detenție a pedepsei, precum și a altor acte judiciare emise de autoritățile străine**” - (1) **Recunoașterea, pe cale principală, a hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenție a pedepsei, se face la sesizarea persoanei interesate sau a procurorului, în condițiile tratatului aplicabil între România și statul emitent, de către judecătoria în a cărei circumscripție aceasta domiciliază.** (2) **Recunoașterea hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenție a pedepsei, se face și pe cale incidentală, în cadrul unui proces penal în curs, de către procuror, în faza de urmărire penală, sau de către instanța de judecată pe rolul căreia se află cauza spre soluționare.** (3) **Recunoașterea hotărârilor judecătorești străine, în vederea deducerii perioadei executate în detenție 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 situațiile prevăzute la alin. (1) și (2), lipsa unui tratat nu împiedică recunoașterea hotărârii judecătorești străine, dacă aceasta se dovedește necesară soluționării unei cauze penale sau poate contribui la îmbunătățirea situației inculpatului sau a persoanei condamnate ori la reintegrarea sa. Dispozițiile art. 137 alin. (1), art. 138, 141 și ale art. 142 alin. (2) se aplică în mod corespunzător.**

Așadar, din interpretarea dispozițiilor legale enunțate instanța de control judiciar concluzionează că recunoașterea hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de alte efecte decât executarea în regim de detenție 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 instanței, 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 pronunțată în dosarul nr. ../285/2012 al Judecătoriei Rădăuți, aplicată prin sentința penală nr. 441/26.06.2012 și la pedeapsa de 8 luni închisoare pentru infracțiunea prevăzută de art. 337 Cod penal stabilită prin sentința penală nr. 411 din 21.12.2015 în dosar nr. ../314/2015 al Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 pronunțată de Curtea de Apel Suceava*). **A solicitat totodată ca, pe cale incidentală, instanța să procedeze la recunoașterea hotărârilor penale emise de Marea Britanie** (făcând referire inițial, 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 obținerii reabilitării.

În motivarea cererii s-a arătat că prin sentința penală nr. 441 din 26.06.2012 petentul a fost condamnat la pedeapsa închisorii de 1 an în dosarul nr. ../285/2012 și că prin sentința penală nr. 411 a Judecătoriei Suceava pronunțată 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 și 8 luni închisoare (inclusă fiind și pedeapsa de 1 an din sentința penală anterioară). **S-a arătat prin cerere că a fost emis mandatul european de arestare privind executarea pedepsei de 1 an și 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 și 1 săptămână**, a achitat cuantumul amenzilor și cheltuielilor reținute în sarcina sa de statul britanic și solicită recunoașterea acestora. Totodată, petentul a mai arătat că a achitat cheltuielile judiciare și că nu figurează cu datorii, conform certificatului de atestare fiscală eliberat la data de 02.12.2019.

Deși solicitarea petentului A. a fost de recunoaștere a hotărârilor penale străine pe cale incidentală, în cadrul cererii de reabilitare și în scopul obținerii reabilitării, instanța de fond astfel sesizată, prin încheierea din data de 21.09.2020, a dispus disjungerea cererii principale de reabilitare și judecarea separată, în prezenta cauză, a cererii de recunoaștere a unor hotărâri judecătorești străine.

În motivarea acestui act decizional Judecătoria a reținut 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 dispoziție al instanței de fond, în sensul disjunerii celor două cereri și judecarea lor separată, drept greșit, dispoziție ce a dus de altfel la compromiterea întregului demers urmărit de către petentul A. prin introducerea cererii în conținutul anterior enunțat.

Astfel, instanța de control judiciar reține că prin **Decizia nr. 9 din 2010 pronunțată de Înalta Curtea de Casație și Justiție în recurs în interesul legii**, pe care instanța de fond și-a bazat motivarea actului decizional de disjungere, s-a dispus asupra interpretării noțiunii de “proces penal în curs”, noțiune cuprinsă la acel moment în art. 119 din Legii 302/2004 cu următorul conținut: „**Art. 119 - Procedura de recunoaștere pe cale incidentală** - Recunoașterea se poate face pe cale incidentală în cadrul unui proces penal în curs, de către procuror în faza de urmărire sau de către instanța de judecată în fața căreia cauza este pendinte”. Alăturat acestui articol, **art. 118 reglementa procedura specială de recunoaștere pe cale principală** astfel: (1) *Recunoașterea hotărârilor penale pronunțate de instanțele judecătorești din străinătate sau a altor acte judiciare străine se poate face și pe cale principală, de către*

instanța de judecată sesizată în acest scop de către condamnat sau de către procuror. (2) În acest caz, competența aparține judecătoreiei în a cărei circumscripție teritorială se află condamnatul. (3) Dispozițiile art. 117 alin. (3) - (6) se aplică în mod corespunzător.

Se observă că la data pronunțării deciziei de către Înalta Curte de Casație și Justiție nu era reglementată special instituția recunoașterii hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de alte efecte decât cel al executării în regim de detenție a pedepsei, astfel cum este reglementată în prezent prin art. 147 din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală.

De asemenea, se observă că problema supusă dezlegării în cauza respectivă consta în aceea dacă recunoașterea, pe cale incidentală, a unei hotărâri judecătorești străine se poate realiza și în faza privind punerea în executare a hotărârilor penale definitive, Înalta Curte de Casație și Justiție răspunzând afirmativ. În considerente Înalta Curte reține 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 investite 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 judecătoreiei 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 judecării 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.”

Așadar Curtea apreciază concluzia instanței de fond drept eronată, printr-o interpretare greșită a Deciziei nr. 9 din 2010 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție în recurs în interesul legii. De altfel, după cum s-a arătat, legislația în vigoare, astfel cum a fost între timp modificată, permite o astfel de recunoaștere pe cale incidentală pentru obținerea altor efecte decât executarea pedepsei în regim de detenție, deci inclusiv pentru obținerea reabilitării.

În acest sens s-au pronunțat și magistrații 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 problema privind posibilitatea reținerii reabilitării de drept, pentru o condamnare din România, în cazul în care, în cursul termenului de reabilitare de drept, condamnatul săvârșește o altă infracțiune, în străinătate, pentru care se pronunță o condamnare care nu este încă recunoscută în România, participanții au reținut, printre altele, că: *“instanța investită 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 însușită și de către **procurorii șefi de secție din cadrul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, Direcției Naționale Anticorupție, Direcției de Investigare a Infraacțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism și al parchetelor de pe lângă curțile de apel, prin minuta întâlnirii din data de 9-10 martie 2020.**

Prezenta instanță de control judiciar observă că, desi cele două cereri au fost disjuncte de judecatorul fondului și tratate ca două cereri separate, fără legătură între ele, motivarea în ambele cauze se bazează pe întrepătrunderea celor două instituții, cea a reabilitării și cea a recunoașterii hotărârilor penale străine, pe legătura intrinsecă dintre ele. A argumentat judecatorul fondului că *petentul este cel care a sesizat instanța în vederea recunoașterii hotărârilor străine menționate la capitolul „date atașate” din fișa de cazier judiciar, iar scopul exclusiv al recunoașterii, așa cum este precizat în cerere, este de a obține reabilitarea. Întrucât reabilitarea nu poate opera în acest moment, față de efectul unic urmărit prin cererea de recunoaștere, instanța de fond a apreciat că această cerere este în acest moment lipsită de temei.*

Mai mult Curtea reține că, deși judecată cererea de recunoaștere a hotărârilor penale străine ca și cauză distinctă, instanța de fond nu a inițiat nici un demers în vederea obținerii de relații, de la autoritățile penale străine, cu privire la hotărârile în discuție, la modalitatea de executare a pedepselor de către inculpat și data executării, astfel cum obligă dispozițiile art. 147 alin. 1 și următoarele din Legea 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală potrivit căroră: **(1) Recunoașterea, pe cale principală, a hotărârilor judecătorești străine, în vederea producerii de efecte juridice, altele decât executarea în regim de detenție a pedepsei, se face la sesizarea persoanei interesate sau a procurorului, în condițiile tratatului aplicabil între România și statul emitent, de către judecătoria în a cărei circumscripție aceasta domiciliază..... Dispozițiile art. 137 alin. (1), art. 138, 141 și ale art. 142 alin. (2) se aplică în mod corespunzător.”** Ori art. 138 prevede că: **În vederea recunoașterii și punerii în executare a hotărârilor judecătorești sau a ordonanțelor penale străine sunt necesare, după caz, următoarele înscrisuri și informații: a) numele, prenumele, pseudonimul, aliasul folosit, numai în cazul cunoașterii acestora, precum și sexul, cetățenia, numărul cărții de identitate sau al pașaportului, data și locul nașterii, fotografia, ultima adresă sau reședință cunoscută, limbile pe care persoana le înțelege;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 grațierea acordată anterior, precum și, dacă este cazul, numărul de zile deduse din totalul de pedeapsă ca urmare a oricăror altor măsuri dispuse conform legislației statului emitent; d) informații cu privire la liberarea condiționată sau anticipată, după caz; e) o copie, certificată pentru conformitate, după caz, a ordonanței penale sau a hotărârii judecătorești date în primă instanță și, dacă este cazul, în exercitarea căilor de atac; f) dispozițiile legale aplicabile;.....**

Potentul are dreptul de a obține recunoașterea hotărârilor penale străine chiar și pe cale principală în vederea valorificării ulterioare a unei cereri de reabilitare. Faptul că, în aprecierea judecatorului de fond, nu sunt îndeplinite la acest moment condițiile pentru acordarea reabilitării, nu îl degreveză pe acesta de obligațiile impuse de lege pentru a proceda la judecarea și soluționarea, pe fond, a cererii de recunoaștere a hotărârilor penale străine. Că aceste hotărâri penale străine există, este dovedit de mențiunile din fișa de cazier judiciar privind pe petentul A. care fac referire la: sentința penală din 17.11.2015, pronunțată în dosarul nr. 15/1723/132255C de Tribunalul Manchester and Salford Magistrates Court din Marea

Britanie, sentința penală din 06.06.2016, pronunțată în dosarul nr. 16/2571/79901U de Tribunalul Cenral London Magistrates Court din Marea Britanie, sentința penală din 28.03.2017 pronunțată 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 autoritățile din Marea Britanie privind liberarea sa condiționată și notificarea de supraveghere, hotărâre cu privire la care instanța nu a făcut un minim de verificări pentru a concluziona asupra pedepsei din executarea căreia petentul fusese liberat condiționat. Ori, prin cererea introductivă petentul a susținut că tocmai pedeapsa de 1 an și 8 luni închisoare aplicată prin sentința penală nr. 411 a Judecătoriei Suceava pronunțată 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.**

Instanța de fond a tratat cu formalism cererea petentului, limitându-se a reține că din mențiunile făcute de Compartimentul Executări Penale din cadrul Judecătoriei Suceava și fișa de cazier judiciar a rezultat că petentul a fost condamnat la pedeapsa de 1 an și 8 luni închisoare prin sentința penală nr. 411/21.12.2015 a Judecătoriei Suceava, definitivă prin decizia penală nr. 417/22.04.2016 a Curții 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 național prin dispoziția I.G.P.R. nr. 137415 din 24.04.2016 și că a fost arestat la data de 28.03.2017 de către autoritățile judiciare din Anglia; că până în prezent nu s-au obținut noi date cu privire la o eventuală localizare a acestuia, sens în care se continuă activitățile specifice pentru aducerea la îndeplinire a mandatului de executare.

Ori, cu atât mai mult, având în vedere aceste relații, judecătorul fondului trebuia să facă demersuri la autoritățile judiciare din Marea Britanie pentru a verifica dacă susținerile petentului se confirmă, dacă a executat sau nu în străinătate pedeapsa de 1 an și 8 luni la care a fost condamnat în România și în baza căreia s-a emis mandatul european de arestare.

Pentru toate argumentele anterior menționate, în temeiul art. 421 pct. 2 lit. b Cod procedură penală, Curtea va **admite apelul** formulat de apelantul petent A. împotriva sentinței penale nr. 19 din data de 07.01.2021 pronunțată de Judecătoria Suceava în dosar nr. 4658/314/2020, va desființa **în totalitate sentința penală sus menționată precum și dispoziția din încheierea din data de 21.09.2020 de disjungere a cererii principale de reabilitare și judecare separată, în prezenta cauză, a cererii incidentale de recunoaștere a unor hotărâri judecătorești străine, cauza urmând a fi trimisă spre rejudecare la Judecătoria Suceava.**

În temeiul art. 275 alin. 3 Cod procedură penală, cheltuielile judiciare din apel vor rămâne în sarcina statului.

3. Contestația în anulare întemeiată pe dispozițiile art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală. Competența materială.

Rezumat:

Contestația în anulare întemeiată pe art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală aparține primei instanțe în situația în care hotărârea judecătorească a rămas definitivă prin neapelare, soluția fiind identică și pentru situația 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 *Sentința penală nr. 42 din data de 26 ianuarie 2021, pronunțată 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 excepția necompetenței materiale a Judecătoriei Suceava, invocată din oficiu. În temeiul art. 50 C.p.p. a fost declinată competența de soluționare a cauzei având ca obiect contestație în anulare – art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., privind pe condamnatul A., în favoarea Curții 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 delegației pentru asistență judiciară obligatorie .. dispunându-se a fi avansat din fondurile Ministerului Justiției ...

Pentru a hotărî astfel, instanța de fond a reținut următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Suceava la data de 05.03.2020, sub nr. 2153/314/2020, contestatorul A. a formulat contestație în anulare împotriva Sentinței penale nr. 176 din 12.04.2018 pronunțată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, definitivă prin Decizia penală nr. 705/01.08.2018 a Curții de Apel Suceava. În motivarea cererii, contestatorul a arătat că prezența la citirea actului de sesizare era obligatorie, astfel încât înțelege să invoce nulitatea absolută a sentinței atacate și anularea mandatului emis în baza acesteia. S-a reținut că, în drept, a invocat dispozițiile **art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p.**

La dosarul cauzei a fost atașată copie după Sentința penală nr. 176 din 12.04.2018 pronunțată 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 și pentru a indica cu exactitate temeiul de drept al prezentei cereri, fiindu-i admisă cererea formulată. Contestatorul A. nu a putut fi prezentat în instanță pentru studierea dosarului, deși 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 își menține contestația în anulare întemeiată pe dispozițiile art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., astfel cum a fost formulată în cererea scrisă înregistrată inițial pe rolul Judecătoriei Suceava.

La același termen de judecată din data de 20.01.2021, instanța, din oficiu, a invocat excepția necompetenței materiale a Judecătoriei Suceava în soluționarea contestației în anulare formulate de contestatorul A..

Examinând actele și lucrările dosarului, în raport de excepția necompetenței materiale a Judecătoriei Suceava, Judecătoria Suceava a reținut următoarele:

Prin Sentința penală nr. 176/12.04.2018 pronunțată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, s-a dispus: „În baza art. 278 Codul penal, cu aplic. art. 44 alin. 1 Codul penal condamnă inculpatul A. la pedeapsa de 1 lună închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de „încălcarea solemnității ședinței”. 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 Botoșani 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.”

Sentința penală menționată anterior a rămas definitivă prin Decizia penală nr. 705 din data de 01.08.2018 a Curții de Apel Suceava prin care s-a respins, ca nefondat, apelul inculpatului A.

În drept, s-a reținut că, în conformitate cu dispozițiile 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 dezbaterile 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 reținut 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 competența 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 și împrejurarea dacă în sprijinul contestației sunt depuse dovezi ori sunt invocate dovezi care sunt depuse la dosar.

În aceste sens, verificându-și, în primul rând, propria competență raportat la competența de soluționare a contestației în anulare, Judecătoria Suceava a constatat că art. 429 C.p.p. prevede că „1) **Contestația în anulare se introduce la instanța care a pronunțat hotărârea a cărei anulare se cere.** 2) **Contestația în anulare pentru cazul în care se invocă autoritatea de lucru judecat se introduce la instanța la care a rămas definitivă ultima hotărâre.”**

S-a reținut că rezultă astfel că, competența judecării contestației în anulare întemeiate pe **cazul prevăzut de art. 426 lit. b C.p.p. aparține primei instanțe (a cărei hotărâre a rămas definitivă prin neapelare sau prin retragerea apelului)** ori **instanței de apel care a pronunțat hotărârea definitivă a cărei anulare se cere.**

Constatând că sentința penală cu privire la care a fost formulată contestația în anulare, în speță Sentința penală nr. 176/12.04.2018 pronunțată 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 Curții de Apel Suceava, Judecătoria Suceava a constatat că instanța competentă să soluționeze contestația 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 excepția necompetenței materiale a Judecătoriei Suceava, invocată din oficiu. În temeiul art. 50 C.p.p., s-a declinat competența de soluționare a cauzei având ca obiect contestație în anulare – art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., privind pe condamnatul A. în favoarea Curții 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 delegației pentru asistență judiciară obligatorie ... dispunându-se a fi avansat din fondurile Ministerului Justiției

Declinată fiind astfel cauza la Curtea de Apel Suceava, la termenul de judecată fixat pentru 14 mai 2021, din oficiu, prezenta instanță a invocat excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava a soluționa contestația în anulare formulată de condamnatul A.

Curtea reține ca real faptul că potrivit art. 429 C.p.p. „1) **Contestația în anulare se introduce la instanța care a pronunțat hotărârea a cărei anulare se cere.** 2) **Contestația în anulare pentru cazul în care se invocă autoritatea de lucru judecat se introduce la instanța la care a rămas definitivă ultima hotărâre.**”

În speță contestatorul și-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 Sentința penală nr. 176/12.04.2018 pronunțată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava, s-a dispus astfel: „În baza art. 278 Codul penal, cu aplic. art. 44 alin. 1 Codul penal condamnă inculpatul A. la pedeapsa de 1 lună închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de „încălcarea solemnității ședinței”. 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 Botoșani 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.”

Deși instanța inițial investită a reținut că sentința penală menționată anterior a rămas definitivă prin Decizia penală nr. 705 din data de 01.08.2018 a Curții de Apel Suceava prin care s-a respins, ca nefondat, apelul inculpatului A., prezenta instanță observă că Decizia penală nr. 705 din data de 01.08.2018 pronunțată de Curtea de Apel Suceava nu a soluționat pe fond apelul formulat de inculpatul A. (astfel cum în mod greșit a reținut Judecătoria Suceava), apelul acestuia fiind respins ca tardiv formulat. Aceasta înseamnă că Sentința penală nr. 176/12.04.2018 pronunțată în dosarul nr. ../314/2016 al Judecătoriei Suceava a rămas definitivă la expirarea termenului de declarare a căii de atac.

Ori, **contestația în anulare întemeiată pe art. 426 alin. 1 lit. b Cod procedură penală aparține primei instanțe în situația în care hotărârea judecătorească a rămas definitivă prin neapelare, soluția fiind identică și pentru situația 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 instanță va admite excepția necompetenței materiale a Curții de Apel Suceava, invocată din oficiu. În temeiul art. 50 C.p.p., va declina competența de soluționare a cauzei având ca obiect contestație în anulare – art. 426 alin. 1 lit. b C.p.p., privind pe condamnatul A. în favoarea Judecătoriei Suceava. Va constata și conflictul negativ de competență între Curtea de Apel Suceava și Judecătoria Suceava. Va sesiza Înalta Curte de Casație și Justiție pentru soluționarea conflictului negativ de competență.

În baza art. 275 alin. 3 și 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 delegației pentru asistență judiciară obligatorie .., ce se va avansa din fondul Ministerului Justiției .

4. Infracțiunea de tăiere fără drept de arbori. Condiții prevăzute de Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru existența elementului material al laturii obiective.

Rezumat:

Potrivit prevederilor art. 107 alin. 1 lit. d din Legea nr. 46/2008 constituie infracțiune silvică, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 50 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, „tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieți sau lăstari din fondul

forestier național și din vegetația forestieră situată pe terenuri din afara acestuia, indiferent de forma de proprietate”. Prin Legea nr. 197 /2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, art. 107 Cod silvic a suferit o serie de modificări. Astfel, față 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 și completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, tăierea fără drept de arbori constituie infracțiune numai dacă aceștia sunt situați în fondul forestier național, nemaifiind însă incriminată tăierea fără drept de arbori din vegetația forestieră situată pe terenuri din afara acestuia.

Potrivit art. 3 alin. 1 din Legea nr. 187/2012, „Dispozițiile art. 4 din Codul penal privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile și în situația în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii, inclusiv a formei de vinovăție, cerută de legea nouă pentru existența infracțiunii”.

În ce privește infracțiunea de tăiere fără drept de arbori, în forma sa anterioară datei de 11.09.2020, pentru existența elementului material al laturii sale obiective nu era suficientă săvârșirea acțiunii interzise, ci era deopotrivă necesară și îndeplinirea, în mod alternativ, a două condiții-cerințe esențiale prevăzute de textul incriminator și atașate acestuia. Astfel, se impunea ca activitatea de tăiere a arborilor să aibă loc fie de pe o suprafață de teren aparținând fondului forestier național, fie ca aceștia să facă parte din vegetația forestieră situată pe terenuri din afara sa.

Ulterior modificărilor intervenite prin Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020, singura condiție impusă de legiuitor este aceea ca fapta să fie comisă prin tăierea fără drept de arbori din fondul forestier național.

(Decizia nr. 92 din data de 1 februarie 2021, dosar nr. 1266/227/2020)

Hotărârea:

Prin sentința penală nr.298 din data de 18.09.2020 pronunțată de Judecătoria Fălticeni în dosar nr. .../227/2020, în baza art. 396 alin. 10 Cod procedură penală, a fost condamnat inculpatul A. pentru săvârșirea infracțiunilor de: tăiere fără drept de arbori, prev. de art. 107 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008, la pedeapsa de 1an și 6 luni închisoare; furt de arbori, prev. de art. 109 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008, la pedeapsa 1an și 6 luni închisoare.

În temeiul art. 38 alin. 1 Cod penal, art. 39 alin. 1 lit. b Cod penal, la pedeapsa de 1an și 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 și 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 Probațiune, la datele fixate de acesta; b) să primească vizitele consilierului de probațiune desemnat cu supravegherea sa; c) să anunțe, în prealabil, schimbarea locuinței și orice deplasare care depășește 5 zile; d) să comunice schimbarea locului de muncă; e) să comunice informații și documente de natură a permite controlul mijloacelor sale de existență.

În temeiul art. 93 alin. 2 Cod penal, pe durata termenului de încercare inculpatul are obligația să frecventeze programele de reintegrare socială derulate de către serviciul de probațiune sau organizate în colaborare cu instituții din comunitate apreciate ca adecvate de către Serviciul de Probațiune.

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 activități va fi stabilit de către Serviciul de Probațiune .

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 și 100 lei de la cercetarea judecătorească.

Pentru a hotărî astfel, a reținut prima instanță că prin rechizitoriul Parchetului de pe lângă Judecătoria Fălticeni nr. 1951/P/2015 din 16 ianuarie 2020, înregistrat la această instanță sub nr. .../227/2020 din 22 mai 2020, a fost trimis în judecată inculpatul A. pentru săvârșirea infracțiunilor de „tăiere fără drept de arbori, prev. de art. 107 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 46/2008 și 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 și sustras un număr de 8 arbori, specia molid, din pădurea aparținând 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 instanței a rezultat următoarea situație de fapt:

La data de 01.05.2015, între Asociația Agricolă M. și inculpatul A. a intervenit o convenție privind exploatarea pășunilor aflate în proprietatea comunei M., înțelegere în baza căreia acesta a luat în folosință suprafața de 35 ha la locul numit "Muncelu", situată în extravilanul satului V. Potrivit clauzelor contractuale, inculpatul avea obligația, printre altele, să evite producerea de pagube fondului forestier. Totodată, în baza înțelegerii inculpatul A. și-a edificat o stână pe suprafața luată în folosință, construcția fiind în apropierea pădurii (fondul forestier administrat de Ocoalele Silvice M. și ..).

Profitând de amplasarea stânei – un loc izolat și 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 și comercializată de inculpat în comuna M. Fapta a fost descoperită de martorul .., funcționar în cadrul Primăriei M., acesta formulând la data de 09.09.2015 un denunț prin care a sesizat comiterea infracțiunilor silvice.

Fiind audiat în cauză în prezența avocatului ales, inculpatul nu a recunoscut săvârșirea faptelor reținute în sarcina sa și nici nu a oferit explicații în pofida faptului că distanța dintre locul în care au fost tăiați arborii și stână este foarte mică.

Din declarațiile martorilor (persoane care au descoperit cioatele arborilor tăiați), reiese că inculpatul A., cu ocazia controlului și a verificărilor efectuate în perioada 31.08.2015-04.09.2015, a recunoscut comiterea faptelor și anume tăierea și sustragerea unui număr de 8 arbori, susținând 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 și depozitat la stâna pe care o deținea în zona "M".

Probatoriul administrat a mai relevat faptul că la stână inculpatul deținea un ferăstrău mecanic (drujbă), unealtă cu care a tăiat cei 8 arbori, aspect care se coroborează cu procesul-verbal de cercetare la fața locului.

Deși a existat suspiciunea că inculpatul A. a mai tăiat și sustras din același 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 prezumția că inculpatul A. este și autorul tăierilor ulterioare), motiv pentru care, cu privire la această ultimă faptă nu s-a dispuns trimiterea în judecată.

Astfel, spre deosebire de denunțul formulat în luna octombrie 2015, din denunțul inițial formulat de martorul .., înregistrat sub nr. 6405/09.09.2015, dar și din declarația 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-denunțător sunt concordante cu declarațiile 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 acești 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 sfârșitul lunii, având în vedere că prima faptă a fost descoperită la data de 31.08.2015.

Prezent în instanță, inculpatul a declarat că recunoaște și regretă faptele pentru care a fost trimis în judecată și a solicitat ca judecata să aibă loc în baza probelor administrate la urmărirea penală, fiind de acord să presteze ore de muncă în folosul comunității.

La individualizarea pedepselor, instanța a avut în vedere poziția procesuală a acestuia, care a solicitat aplicarea prevederilor art. 375 alin. 1, raportate la dispozițiile art. 396 alin. 10 Cod procedură penală, recunoscând și 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.

Funcție de aceste criterii, instanța a apreciat că reeducarea inculpatului se poate realiza prin aplicarea unor pedepse cu închisoarea, cuantumul acestora fiind stabilit în raport și de gravitatea faptelor, de starea de pericol creată, de consecințele acestora și de conduita inculpatului în cursul procesului penal, scopul reeducativ al acestuia putând fi atins fără ca acestea să fie executate în regim de detenție, procedându-se în consecință.

Instanța 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 sentințe au declarat apel partea civilă inculpatul, pentru motivele reținute în încheierea de dezbateri din data de 27.01.2021.

Analizând apelurile prin prisma motivelor invocate, precum și cauza sub toate aspectele de fapt și 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 instanță a reținut corect situația de fapt, dând o justă interpretare probatoriului administrat în cauză.

Astfel, în luna august 2015, inculpatul a tăiat fără drept și sustras un număr de 8 arbori, specia molid, din pădurea aparținând 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 aparține fondului forestier național, acesta făcând parte, conform Amenajementului Pastoral, din pășunile împădurite ale com.M.

Același punct de vedere a fost exprimat și 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 infracțiune silvică se pedepsește cu închisoare de la 2 ani la 7 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 50 de ori mai mare decât prețul 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, puieti sau lăstari din fondul forestier național și din vegetația forestieră situată pe terenuri din afara acestuia, indiferent de forma de proprietate”.

Prin Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, publicată în Monitorul Oficial nr. 823 din 8 septembrie 2020 și 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 și va avea următorul cuprins:

„Art. 107 - (1) Ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieti sau lăstari din fondul forestier național, indiferent de forma de proprietate, constituie infracțiune silvică și se pedepsește 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 național, indiferent de forma de proprietate, constituie infracțiune silvică și se pedepsește 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 prețul 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) și de cel mult 20 de ori mai mare decât prețul 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 puțin 20 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data constatării faptei.”

Astfel, față 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 și completarea Legii nr. 46/2008 - Codul silvic, tăierea fără drept de arbori constituie infracțiune numai dacă aceștia sunt situați în fondul forestier național, nemaifiind însă incriminată tăierea fără drept de arbori din vegetația forestieră situată pe terenuri din afara acestuia.

Potrivit art. 3 alin. 1 din Legea nr. 187/2012, „Dispozițiile art. 4 din Codul penal privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile și în situația în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii, inclusiv a formei de vinovăție, cerută de legea nouă pentru existența infracțiunii”.

În ce privește infracțiunea de tăiere fără drept de arbori, în forma sa anterioară datei de 11.09.2020, pentru existența elementului material al laturii sale obiective nu era suficientă săvârșirea acțiunii interzise, ci era deopotrivă necesară și îndeplinirea, în mod alternativ, a două condiții-cerințe esențiale prevăzute de textul incriminator și atașate acestuia. Astfel, se impunea ca activitatea de tăiere a arborilor să aibă loc fie de pe o suprafață de teren aparținând fondului forestier național, fie ca aceștia să facă parte din vegetația forestieră situată pe terenuri din afara sa.

Ulterior modificărilor intervenite prin Legea nr. 197 din data de 7 septembrie 2020, singura condiție impusă de legiuitor este aceea ca fapta să fie comisă prin tăierea fără drept de arbori din fondul forestier național.

Așa cum mai sus s-a reținut, inculpatul a tăiat arbori de pe o suprafață de pășune împădurită, situată în afara fondului forestier național.

Raportat la cele mai sus expuse, curtea constată că fapta imputată inculpatului există în materialitatea ei, însă nu este dată cerința elementului material al laturii ei obiective care impune ca arborii tăiați să facă parte din fondul forestier național, impusă la prezentul moment de către legiuitor prin modificările aduse Codului silvic pe parcursul soluționării apelului declarat de acesta.

Așa fiind, curtea, în conformitate cu dispozițiile art. 396 alin. 1, 5 Cod procedură penală coroborate cu cele ale art. 17 alin. 2 Cod procedură penală și art. 16 alin. 1 lit. b teza I Cod procedură penală, cu trimitere la art. 4 Cod penal, va dispune achitarea inculpatului pentru săvârșirea infracțiunii 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 săvârșirea infracțiunii 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 și preventiv-educativ, dând posibilitatea unei conștientizări a consecințelor faptei comise și o reintegrare socială viitoare pozitivă a acesteia.

Față de circumstanțele reale ale comiterii infracțiunii și urmările importante pe care le-a produs, aspectele invocate în cuprinsul motivelor de apel de inculpat (lipsa antecedentelor penale, situația familială deosebită, prezentarea în fața instanței, comportamentul în societate, dar și după comiterea faptei, prezentarea la chemările organelor judiciare) nu se înfățișează, în opinia curții ca fiind suficient de relevante pentru a permite reținerea dispozițiilor art. 75 alin. 2 Cod penal, cu consecința atenuării tratamentului sancționator stabilit de judecătorul fondului, cu atât mai mult cu cât toate aceste împrejurări au fost valorificate de prima instanță, în mod corespunzător, prin aplicarea unei pedepse orientate spre minimul special prevăzut de lege redus ca urmare a reținerii 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 comunității, apreciind curtea că prin respectarea obligațiilor timp de 2 ani și de executare a obligației 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 trăiește.

Impunerea unei sau mai multor obligații inculpatului în temeiul art. 93 alin. 1 și 2 Cod penal este obligatorie pentru instanța care face aplicarea art. 91 Cod penal, textul fiind imperativ sub acest aspect. Ceea ce legea lasă la latitudinea instanței este alegerea numărului și a naturii obligațiilor ce se impun.

În ceea ce privește solicitarea inculpatului privind înlocuirea obligației instituite în sarcina sa, respectiv de frecventare programe de reintegrare, cu cea prevăzută la lit.a a aceluiași articol, respectiv de urmare curs de pregătire ori de calificare profesională, curtea o apreciază ca fiind neîntemeiată.

Curtea reține că cererea este argumentată de faptul că noua obligație ar fi în măsură să îl determine pe acesta să aibă o atitudine responsabilă față de valorile sociale pe care legea le protejează, ajutându-l chiar să dobândească cunoștințe pentru a practica o meserie, ceea ce i-ar spori nivelul de trai. Apreciază că obligația impusă nu este oportună în raport de persoana sa, care este bine integrat în societate.

Curtea, față de datele concrete ale cauzei, apreciază că obligația impusă de instanța de fond este o măsură corespunzătoare pentru a asigura persoanei supravegheate șanse sporite de îndreptare, menținerea acesteia fiind necesară. În plus, inculpatul va putea desfășura în continuare activități de natura celor pe care la desfășoară în prezent în vederea asigurării mijloacelor de trai și va fi interesat în adoptarea unei atitudini corecte față de valorile sociale, aspect de natură a diminua perspectivele reiterării comportamentului infracțional.

Relativ la această obligație instituită în sarcina inculpatului, în condițiile 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 menține cele dispuse în acest sens de instanța fondului, însă cu limitarea numărului acestora la unul, suficient pentru a contribui la modificarea comportamentului său social.

Cât privesc criticile aduse modului de soluționare 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 și fișa 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 condițiile în care Primăria com.M. a înțeles să solicite contravaloarea pagubei suferite ca urmare a comiterii infracțiunii a cărei persoană păgubită este și în raport de principiile ce se degajă din dispozițiile art. 19 și 20 Cod procedură penală, în mod greșit a reținut prima instanță

faptul că nu există constituire de parte civilă în cauză. Deosebit de aceasta, cu ocazia dezbaterilor în fond, inculpatul a recunoscut în tot pretențiile civile, declarând că este de acord cu plata lor.

În concluzie, instanța de control judiciar reține că se impunea reținerea calității de parte Primăriei com. M. și, întrunite fiind condițiile răspunderii civile delictuale, obligarea inculpatului la plata contravalorii materialului lemnos în cuantum de 8671,58 lei.

A susținut inculpatul că față de prevederile art. 8 alin. 1 lit. b, alin. 2 lit. b și alin. 3 cu raportare la art. 7 alin. 2 din OUG nr. 85/2006 privind stabilirea modalității de evaluare a pagubelor produse vegetației forestiere din păduri, contravaloarea pagubelor se încasează de către ocolul silvic care asigură administrarea sau serviciile silvice ale pădurii. Potrivit alin. 2 din aceeași ordonanță, sumele care ar fi încasate cu titlu de prejudiciu s-ar distribui 50% pentru fondul de conservare și regenerare al pădurilor, și 50 % proprietarului.

Astfel, UAT M., în cazul în care instanța de control judiciar va aprecia că aceasta are calitate de parte civilă, ar urma să primească un procent de 50 % din suma cu care susține că s-a constituit parte civilă. Cum aceasta nu are asigurate servicii de pază și administrare, nici pentru cei 50% nu s-ar fi putut constitui parte civilă.

Curtea, analizând prevederile legale menționate, alături de cele din Codul silvic care recunoaște dreptul titularului pădurii private la despăgubire, reține că distribuirea sumelor conform OUG nr.85/2006 nu poate leza dreptul material al proprietarului de pădure, fiind vorba doar o chestiune de distribuire și virare a sumelor, ce se poate realiza ulterior pronunțării unei hotărâri de acordare a lor, și nu de respingere a acțiunii civile promovate.

Așa fiind, curtea, constatând întemeiate apelurile declarate, în conformitate cu prevederile art. 421 pct. 2 lit. a Cod procedură penală, le va admite.

Va desființa în parte sentința penală mai sus menționată și, în rejudecare, va proceda în sensul celor de mai sus.

Inculpatul urmează a executa pedeapsa de 1 an și 6 luni închisoare (pentru săvârșirea infracțiunii 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 și 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 obligația să frecventeze un program de reintegrare socială derulat de către serviciul de probațiune sau organizat în colaborare cu instituții din comunitate apreciate ca adecvate de către Serviciul de Probațiune (în loc de programele de reintegrare socială derulate de către serviciul de probațiune sau organizate în colaborare cu instituții din comunitate apreciate ca adecvate de către Serviciul de Probațiune).

În baza art. 93 alin. 3 Cod penal, stabilește 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 acțiunea civilă promovată de partea civilă Primăria com.M. și va obliga inculpatul să plătească acesteia suma de 8671,58 lei.

Având în vedere soluția de achitare ce urmează a se pronunța în cauză, curtea va reduce cuantumul cheltuielilor judiciare din primă instanță la plata căroră inculpatul a fost obligat la 50 lei.

Va menține celelalte dispoziții ale sentinței care nu sunt contrare prezentei decizii.