Procedura insolvenţei. Angajarea răspunderii patrimoniale. Administrator de fapt. Deturnarea activului

Curtea de Apel Cluj, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 388 din 17 ianuarie 2014

Prin decizia civilă nr.10181 din 28.10.2013 pronunţată în dosarul nr…./a2 al Curţii de Apel Cluj s-a respins recursul declarat de recurenţii *G.C. şi G.L.* împotriva sentinţei civile nr. 4032 din 12.06.2013, pronunţată în dosarul nr. …/a2 al Tribunalului Maramureş care a fost menţinută în întregime.

Pentru a hotărî astfel, Curtea de Apel a reţinut că C.I. SPRL Baia Mare, desemnat lichidator în dosarul de faliment al debitoarei SC S.J. SRL Baia Mare, prin acţiunea înregistrată a chemat în judecată pe pârâţii G.C. şi G.L. solicitând obligarea acestora la suportarea unei părţi a pasivului neacoperit al debitoarei, în cuantum de 210.343 lei.

Răspunderea administratorilor faţă de societate se circumscrie sferei răspunderii contractuale determinata de limitele mandatului conferit acestora, mandat care include şi obligaţiile legale instituite în Legea nr. 31/1990, iar răspunderea administratorilor faţă de terţi apare că fiind întotdeauna o răspundere extracontractuală, o răspundere delictuală, aşadar, acesta fiind şi contextul în care judecătorul sindic a circumscris faptele sferei dispoziţiilor art 138 din Legea nr 85/2006.

Obligaţia şi răspunderea administratorilor sunt structurate pe doi piloni, unul care are drept temei prevederile art. 7, teza întâi, din Legea societăţilor comerciale respectiv obligaţiile şi răspunderea circumscrisă mandatului şi cel de-al doilea

pilon, constituit de dispoziţiile legale, întemeiat pe prevederile art. 72, teza a doua, Legea nr 31/1990 care constituie, în fapt, o dispoziţie de trimitere la dreptul societăţilor comerciale.

Răspunderea este fundamentată pe culpă, însă, în ipoteza răspunderii pentru neîndeplinirea obligaţiilor ce decurg din funcţie, elementul subiectiv este prezumat, întrucât este vorba despre obligaţiile de rezultat, în timp ce regimul răspunderii pentru actele de gestiune propriu-zise presupune dovedirea culpei administratorului.

Legiuitorul a instituit doar cerinţa contribuţiei la ajungerea debitorului în insolvenţă fapt care relevă voinţa legiuitorului de a da valoare cauzală şi acelor fapte care, deşi nu au determinat direct starea de insolvenţă, au contribuit la producerea ei.

Aserţiunile recurentei vizând omisiunea judecătorului sindic de analiză a documentelor prezentate în probaţiune şi a apărărilor formulate nu sunt reale , analiza punctuală a condiţiilor necesare pentru antrenarea răspunderii dovedind contrariul raportat la interpretarea dată tuturor probelor administrate de către judecătorul sindic.

Contrar celor susţinute de recurenţi nu sunt simple speculaţii , judecătorul sindic reţinând că din rapoartele întocmite de lichidator rezultă că, în perioada anterioară deschiderii procedurii de insolvenţă, pârâţii au retras din patrimoniul societăţii suma de 210.344 lei pe care nu au decontat-o şi nu au restituit-o, folosind-o în interes personal, contribuind astfel la încetarea de plăţi a debitoarei iar creditorii au fost în mod cert prejudiciaţi.

Lucrarea de expertiză întocmită în cauză de către d-na expert P.R. a confirmat că s-au făcut retrageri succesive, la nivelul sumei de 210.000 lei pentru care s-au întocmit dispoziţii de plată semnate de administratorul statutar G.C. şi că la data

ridicării au fost înregistrate ca avansuri de trezorerie cont 542 iar ulterior au fost transferate în contul 461 debitori diverşi ca fiind sume de recuperat.

Cât priveşte ordinele de deplasare întocmite în perioada ianuarie – decembrie 2009 cu câte 500 euro/zi pentru deplasare externă, în valoare totală de 201.249,65 lei, acestea nu au fost înregistrate în contabilitate în perioada la care se referă, astfel că rezultatele financiare au fost denaturate, pierderea fiind ascunsă, evidenţa contabilă nefiind ţinută corect iar utilizatorii situaţiilor financiare au fost induşi în eroare. .

Forţa probantă a înscrisurilor prezentate şi a probei ştiinţifice a fost raportată la caracterul acestora la împrejurarea că aceste documente contabile nu au corect întocmite , aspect admis şi de recurenţi care au recunoscut că au existat deficienţe în ţinerea contabilităţii astfel că în mod corect s-a apreciat că nu sunt de natură a înlătura statuările din acţiunea introductivă la care prima instanţă a achiesat.

Recurenţii au afirmat că au preferat sa achite salariile si nu obligaţii către Bugetul Asigurărilor Sociale de Stat si ca din aceleaşi sume, au făcut plaţi pentru furnizori si nu in scopuri personale, ce nu au fost dovedite iar plata preferenţială a unor creditori este una din faptele care de asemenea determină insolvenţa.

Instituirea acestui tip de răspundere specială agR.tă a membrilor organelor de conducere care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvenţă a urmărit identificarea unei alternative subsidiare, la îndemâna creditorilor, pentru satisfacerea masei credale.

Legiuitorul a creat în mod expres această formă de răspundere pentru repararea prejudiciului cauzat creditorilor societăţii de către membrii organelor de conducere ale persoanei

juridice, care prin activitatea lor neloială au adus societatea în stare de insolvenţă şi că o consecinţă a acestei stări patrimoniale s-a produs o reducere în valoarea reală a creanţelor pe care o aveau creditorii faţă de societate.

Sensul dispozitiei legale, potrivit căreia judecatorul sindic poate dispune că o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvenţă, să fie suportată de membrii organelor de conducere în ipoteza săvârşirii faptelor enumerate limitativ, trebuie coroborat cu dispozitiile art. 2 din Legea insolvenţei, care statuează că scopul legii este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvenţă.

Determinarea cuantumului prejudiciului trebuie să se realizeze în conditii identice celor dintr-o acţiune în răspundere civilă, prin administrarea tuturor probelor de natură a conduce la aflarea acestor limite iar în speţă probatoriul administrat a confirmat cuantumul, prejudiciul fiind în raport de cauzalitate demonstrat cu fapta.

Susţinerile recurenţilor că fapta ilicită nu există nu au acoperire , fapta invocată îndeplinind întocmai elementele constitutive ale prevederilor art 138 alin.1 lit. a, respectiv împrejurarea că suma de 210.344 lei pentru care s-a solicitat în instanţă atragerea răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere, a fost identificată în evidenta contabila a debitoarei în contul contabil 461 Debitori, fiind provenită din soldul contului 542 “Avansuri de trezorerie nedecontate” respectiv sume de bani ridicate din caseria societăţii de către membrii organelor de răspunderea paraţilor pentru întreg pasivul sau doar pentru o parte din suma si care este cuantumul acestuia, astfel că în mod corect s-a apreciat că aceste bunuri au fost folosite de pârâtă în interesul propriu sau al unei alte persoane.

Răspunderea administratorului fiind una convenţională, culpa administratorului se apreciază după tipul abstract, culpa

levis in abstracto, din aceste motive aflându-se în faţa unei culpe prezumate de unde derivă şi obligativitatea administratorului de a răsturna prezumţia de culpă, sarcina probei aparţinându-i , aşa cum corect a reţinut şi judecătorul sindic, iar în ceea ce priveşte ceilalţi membrii ai organelor de conducere statuările sunt similare .

Înscrisurile prezentate aşa cum s-a evidenţiat anterior nu sunt de natură a răsturna această prezumţie întrucât în fapt relevă că nu a fost respectate nici dispoziţiile care reglementează corecta conducere a contabilităţii.

Raportul de cauzalitate se verifică în concret şi nu pot fi reţinute susţinerile recurenţilor că starea de insolvenţă nu a fost determinată de lipsa acelor sume atâta timp cât s-a demonstrat existenţa unui raport de cauzalitate suficient de caracterizat între fapta reţinută şi starea de insolvenţă cauzată.

Hotărârea pronunţată de judecătorul sindic a fost criticată de către recurenţi susţinându-se că aceasta a fost dată cu aplicarea greşită a legii însă judecătorul sindic a reţinut în mod corect că conform art. 27 al. 1 din Legea insolvenţei, debitorul aflat în stare de insolvenţă, este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispoziţiilor prezentei legi, în termen de maxim 30 de zile de la apariţia stării de insolvenţă, lucru pe care pârâţii nu l-au făcut cu toate că au lucrat în pierdere începând cu luna iulie a anului 2008, aspect ce reiese din lucrarea de expertiză.

Neconcordanţele dintre documentele publice şi cele ale societăţii relevă că societatea a desfăşurat activităţi comerciale fără a ţine o evidenţă contabilă în conformitate cu legea, încercând să ascundă atât veniturile realizate, cât şi natura acestora precum şi activele înregistrate.

Raportul de cauzalitate este prezent în ipoteza în care există fapta generatoare, care a constituit condiţia necesară ,adică

fapta în lipsa căreia dauna nu s-ar fi produs.

Complexitatea vieţii unei societăţi comerciale implică succesiunea şi împletirea unor fapte şi împrejurări între care trebuie decelat care pot îndeplini condiţia de a fi considerate cauza insolvenţei.

Determinarea raportului cauzal specific implică identificarea acelor fapte care fie au declanşat punerea în mişcare a acestor cauze, fie că au favorizat desfăşurarea lor nestingheritǎ ,fie nu au împiedicat această desfăşurare ,deşi intervenţia ar fi fost posibilă şi eficientă împiedecând apariţia consecinţelor nedorite, între care insolvenţa debitoarei care a fost şi cauza prejudiciului creditorilor .

Raportul cauzal nu trebuie să fie întotdeauna unul direct putând fi şi unul mediat în sensul că fapta imputată a permis unor factori exteriori să acţioneze şi să producă prejudiciul.

Practica a reţinut în mod constant premisa coexistenţei dintre cauză şi condiţii, cuprinzând în raportul de cauzalitate nu numai faptele ce constituie cauza necesară, dar şi condiţiile cauzale,adică faptele care au mediat acţiunea cauzală .

Trebuie reţinut că în cazul raportului de cauzalitate ne aflăm în prezenţa a două fapte cunoscute şi a unui mecanism logic de corelare a celor două fapte, care nu este cunoscut şi care trebuie identificat şi probat.

Curtea a apreciat că în sarcina pârâţilor poate fi reţinută săvârşirea faptelor reglementate de art.138 lit. a şi e din Legea nr.85/2006, respectiv a folosit bunurile persoanei juridice in folosul propriu sau in cel al unei alte persoane şi respectiv a deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au marit in mod fictiv pasivul acesteia fapte care au condus la producerea stării de insolvenţă a debitoarei.

Considerentele enunţate au demonstrat că recursul promovat

este nefondat şi în consecinţă în temeiul art 312 C pr civ , Curtea a respins recursul declarat de recurenţii *G.C., G.L.* împotriva sentinţei civile nr. 4032 din 12.06.2013, pronunţată în dosarul nr. …/a2 al Tribunalului Maramureş pe care a menţinut-o in întregime.

Împotriva acestei decizii au formulat contestaţie în anulare pârâţii G.C. şi G.L. solicitând admiterea acesteia şi rejudecând recursul, să se dispună casarea sentinţei atacate şi respingerea cererii de atragerea răspunderii.

În motivele contestaţiei în anulare se arată că prin decizia nr. 10181/28.10.2013 Curtea de Apel Cluj Secţia a II-a civilă a soluţionat recursul formulat împotriva sentinţei civile nr. 4032/12.06.2013 pronunţată de către Tribunalul Maramureş.

Recursul formulat împotriva acestei sentinţe, aşa cum a fost completat în termenul prevăzut de art. 8 alin 2 din Legea nr. 85/2006, a fost structurat pe trei motive principale, două dintre acestea nefiind analizate de către instanţa de control judiciar, respectiv cele de la punctul 1 şi 3 din completarea la recurs, iar cel de al treilea, respectiv punctul 2 al completării motivelor de recurs, a fost avut în vedere formal fără o analiză reală a argumentelor aduse în combaterea considerentelor instanţei de fond şi fără a fi respectate cerinţele minimale impuse de exigenţele dreptului la un proces echitabil, garantat de art. 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, aşa cum sunt reflectate de practica Curţii Europene.

În esenţă, prin sentinţa nr. 4032/12.06.2013 Tribunalul Maramureş a admis cererea formulată de către lichidatorul judiciar şi a dispus obligarea noastră la suportarea pasivului debitoarei SC S.J. SRL în sumă de 210.343 lei.

Arată că instanţa de fond a reţinut faptul că suma respectivă a fost ridicată cu titlul de avansuri de trezorerie ceea ce a condus la concluzia însuşirii şi folosirii acesteia în interes

personal. Deşi prin expertiza efectuată în cauză expertul a constat că toate aceste sume au fost cheltuite în interesul societăţii debitoare şi că există documente justificative , respectiv ordine de deplasare în interesul societăţii, aceste documente nu au fost luate în considerare, cu motivaţia neînscrierii lor în contabilitatea societăţii.

Astfel, pe de o parte s-a reţinut săvârşirea faptelor prevăzute de art. 138 lit.a şi e din Legea nr. 85/2006 , iar pe de altă parte a faptei prevăzute de art. 138 lit d din Legea nr. 85/2006 întrucât prin neînscrierea în contabilitate a ordinelor de deplasare rezultatele financiare au fost denaturate şi pierderea contabilă a fost micşorată , ducându-i în eroare pe utilizatorii situaţiilor financiare.

Prin cererea de recurs au fost invocate următoarele motive: 1. încălcarea de către instanţa de fond a dreptului la apărare şi pronunţarea asupra unor aspecte şi reţinerea unor fapte care nu au fost invocate de către lichidatorul judiciar prin cererea de atragere a răspunderii şi care nu au fost puse în discuţia părţilor, respectiv cauzarea stării de insolvenţă prin neţinerea unei contabilităţi în confirmitate cu legea prevăzută de art. 138 lit d din Legea nr. 85/2006 , ceea ce făcea aplicabile dispoziţiile art. 304 alin 5 Cod procedură civilă.

Menţionează că acest motiv invocat la punctul 1 al completării recursului nu a fost analizat de către instanţa de control judiciar.

Astfel, instanţa de recurs nu s-a pronunţat asupra acestui motiv limitându-se la a prelua susţinerile instanţei de fond cu privire la neînscrierea actelor justificative în evidenţa contabilă şi încălcarea dispoziţiilor privitoare la ţinerea contabilităţii.

Precizează că la punctul 3 din completarea motivelor de recurs s-a invocat faptul că ***judecătorul sindic nu a analizat***

detaliat în ce a constat răspunderea fiecărui pârât şi care sunt faptele săvârşite de fiecare, în condiţiile în care răspunderea este personală, iar începând cu data de 16.07.2008 societatea a fost administrată exclusiv de către G.L., în baza procurii autentificată sub nr. 2955/16.07.2008, întrucât G.C. ,administratorul statutar, a fost plecat în străinătate după care a avut un alt loc de muncă, iar după deschiderea procedurii administrator special a fost tot G.L..

Instanţa de recurs a omis a analiza acest motiv de recurs, nefiind analizate argumentele privitoare la faptul că marea majoritate a dispoziţiilor de plată au fost semnate de către G.L., chiar şi cele emise anterior deschiderii procedurii, aspecte care pot fi verificate direct-de către instanţa de control judiciar din analiza dispoziţiilor de plată ataşate raportului de expertiză, expertul reţinând eronat că semnătura aparţine lui G.C., prin raportare la faptul că acesta deţinea funcţia de administrator.

Activitatea acestuia s-a limitat exclusiv la semnarea formală a bilanţurilor contabile, condiţie impusă de organele fiscale pentru înregistrarea situaţiilor financiare, în virtutea calităţii sale de administrator statutar, bilanţuri care însă au fost întocmite de o firmă specializată de contabilitate.

În ceea ce priveşte săvârşirea faptei prevăzute de art. 138 lit. a şi e din Legea nr. 85/2006 motivele invocate la punctul 2 al cererii de recurs nu au fost in realitate analizate, instanţa de control judiciar limitându-se la preluarea considerentelor instanţei de fond şi adăugarea unor formulării generice privitoare la natura juridică a atragerii răspunderii şi elementele care o compun , fără o analiză aplicată la situaţia concretă ce fusese dedusă judecăţii şi fără o analiză a elementelor esenţiale invocate de către recurenţi în combaterea motivaţiei judecătorului sindic şj a raţionamentului logico juridic al acestuia.

La analiza acestui aspect al contestaţiei în anulare trebui

avute în vedere exigenţele impuse sub acest aspect de către practica Curţii Europene a Drepturilor Omului în vederea respectării dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenţie, care impune indicarea de către judecători cu suficientă claritate a motivelor de care îşi întemeiază deciziile (cauza Hadjianastassiou contra Greciei din 16.12.1992) examinarea efectivă a problemelor esenţiale care-i sunt supuse aprecierii, preluarea argumentelor instanţei inferioare nefiind considerate suficientă, instanţa de control judiciar fiind ţinută să analizeze efectiv şi în mod real argumentele expuse (Hotărârea HElle contra Finlanda, din 19.12.1997).

Curtea a apreciat în mod constant că este sarcina instanţei de a proceda la un examen efecitv al mijloacelor şi elementelor de probă ale părţilor pentru a le aprecia pertinenţa (Hotărârea Perez contra Franţei, cererea nr. 47.287/1999, paragraful 80, CEDH I, cauza Van der Hurk împotriva Olandei, din 19.04.1994. seria A, nr. 288, paragraful 59).

În motivele de recurs s-a invocat faptul că ridicarea de avansuri de trezorerie nu semnifică însuşirea bunurilor în interes personal decât în măsură în care nu se poate face dovada că sumele ridicate nu au fost folosite în interesul societăţii.

Aşa cum arată şi expertul contabil cheltuirea sumelor ridicate în interesul societăţii a fost justificată prin existenţa ordinelor de deplasare care îndeplinesc toate condiţiile legale pentru a fi considerate acte justificative. Legalitatea unui act justificativ şi înscrierea lui în contabilitate sunt două lucruri total diferite.

Actul justificativ este un act de contabilitatea primară care are menirea de a descărca persoana care a ridicat avansul de trezorerie de obligaţia restiturii sumelor primite , făcând dovada cheltuirii lui în interesul societăţii şi care are valoare probantă prin el însuşi şi nu prin înregistrarea în

contabilitate, neexistând nicio dispoziţie legală care să îi condiţioneze forţa probantă de operarea menţiunilor echivalente în evidenţa contabilă.

Menţionează că înscrierea lui în contabilitate este o operaţiuni ulterioară, care presupune efectuarea unor menţiuni în balanţa contabilă prin care sumele respectiv se

consideră a fi cheltuieli făcute în vederea îndeplinii obiectului de activitate şi care nu afectează validitatea lui. Pentru a putea fi reţinută o nelegalitate a emiterii ordinelor de deplasare sau a decontării acestor cheltuieli ar fi trebuit aduse argumente legate de modul de emitere acestora şi nu se înregistrare a lor, ceea ce în speţă nu s-a întâmplat.

Aşa cum se specifică în raportul de expertiză, ordinele de deplasare îndeplinesc toate condiţiile legale pentru a justifica modul de cheltuire a sumelor respectiv, iar omisiunea efectuării menţiunilor corespunzătoare în registrele contabile este o eroare rectificabilă care nu afectează legalitatea operaţiunii.

Aceste aspecte esenţiale au fost în mod expres invocate în cadrul completării motivelor de recurs şi nu au fost analizate de către instanţa de control judiciar care s-a limitat a prelua susţinerea instanţei de fond cu privire la faptul că neînscrierea unui act în evidenţa contabilă conduce la nerecunoaşterea forţei probante a înscrisului. Conform acestui raţionament, omisiunea compartimentului contabilitate de a opera în balanţa contabilă menţiunile privitoare la depunerea de către un funcţionar sau salariat a documentelor prin care justifică efectuarea unor cheltuieli urmare a deplasării în interes de serviciu conduce la concluzia că înscrisurile prin care face dovada efectuării cheltuielilor şi ordinul de deplasare nu au valoare legală, iar sumele avansate de către instituţie au fost însuşite de către acesta.

De asemenea, instanţa de control judiciar a preluat susţinerea

instanţei de fond cu privire la faptul că prin neînregistrarea în contabilitate a ordinelor de deplasare au fost denaturate rezultatele financiare, pierderea a fost ascunsă, evidenţa contabilă nefiind ţinută corect, iar utilizatorii situaţiilor financiare au fost induşi în eroare.

Aceste aspecte privitoare la erori în evidenţele contabile au fost reţinute în argumentarea săvârşirii faptei de a folosi bunurile societăţii şi de a le folosi în interes personal, deşi fapta de neţinere a unei evidenţe contabile în conformitate cu legea este reglementată distinct la art. 138 lit. d din Legea nr. 85/2006 aşa cum a fost reţinută de către instanţa de fond, încadrare care nu a fost însă reţinută de către instanţa de recurs, motivarea acesteia fiind extrem de neclară sub acest aspect.

Dacă ar fi reţinut şi incidenţa art. 138 lit d din Legea nr. 85/2006, instanţa de control judiciar ar fi trebuit să analizeze şi motivele invocate la punctul 1 din completarea la recurs, ceea ce în cauză nu s-a întâmplat.

Pe de altă parte nu a fost analizat de către instanţa de control judiciar un element esenţial din punctul 2 al motivelor de recurs şi anume faptul că reţinerea în paralel a celor două argumente este contradictorie.

Astfel, dacă li se impută pârâţilor faptul că nu au înregistrat în contabilitate ordinele de deplasare înseamnă că aceste ordine de deplasare îndeplineau cerinţele legale pentru a fi considerate documente justificative şi dovedeau faptul că sumele de bani ridicate din casieria societăţii au fost utilizate în interesul societăţii, deci nu au fost însuşite de către pârâţi, astfel încât nu sunt întrunite elementele constitutive ale art. 138 lit. a şi e din Legea nr. 85/2006 singura problemă în discuţie rămânând acea a unor erori din contabilitate care ar putea cel mult discutate din perspectiva art. 138 lit. d din Legea nr. 85/2006, care nu a fost reţinut de către instanţa de recurs care nu a analizat susţinerile

părţilor cu privire la lipsa oricărei legături concrete de cauzalitate între aceste erori şi starea de insolvenţă, aşa cum au fost în mod concret invocate la punctul 1 din completarea la motivele de recurs.

Dacă ar fi folosit în interes personal aceste sume, ordinele de deplasare nu trebuiau înscrise în contabilitate şi nu ar fi fost influenţate datele din bilanţul final.

În ceea ce priveşte impactul pe care l-a avut o astfel de eroare în activitate societăţii au fost aduse argumente concrete privitoare la faptul că nu are nici o legătură de cauzalitate, neputând fi apreciată că ar fi contribuit la ajungerea societăţii în încetare de plăţi în condiţiile în care nu există creditori care să fi fost înşelaţi de o pierdere contabilă mai mică şi care să fi fost determinantă pentru luarea deciziei de încheiere a unor contracte, avându-se în vedere că peste 95% din creanţe sunt către bugetul de stat, aspecte care au omis a fi analizate de către instanţa de recurs, dincolo de faptul că aceste fapte pot cel mult să fie circumscrise prevederilor art. 138 lit d din legea, care nu au fost analizate şi nici reţinute de către instanţa de recurs.

În concluzie, solicită a se avea în vedere faptul că instanţa de recurs a omis a analiza două dintre motivele de recurs, iar în ceea ce priveşte al treilea motiv s-a limitat la preluarea argumentelor instanţei de fond şi inserarea unor consideraţii neclare şi generale privind natură juridică a răspunderii fără o analizată concretă a argumentelor esenţiale invocate în recurs, ceea ce reprezintă o încălcarea a dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi care face aplicabile dispoziţiile art. 318 alin 1 Cod procedură civilă, singurul remediu intern disponibil.

Deliberând asupra cererii de retractare curtea reţine următoarele:

Omisiunea necercetării unei critici esenţiale pe care se sprijină o apărare poate fi asimilată, în anumite circumstanţe, motivului de contestaţie în anulare reglementat de dispoziţiile art. 318 alin. 1 teza a II-a C.pr.civ.

Analizând elementele silogismului judiciar, curtea reţine că instanţa de recurs a cercetat motivele cererii de reformare privind nerespectarea dreptului la apărare al pârâţilor şi încălcarea principiului disponibilităţii prin depăşirea de către judecătorul sindic al limitelor în care a fost învestit de titularul cererii.

Instanţa de recurs a validat de asemenea apărările evocate de autorul cererii privind existenţa ilicitului imputat pârâţilor precum şi a asupra legăturii de cauzalitate dintre acuzaţia de fraudă întemeiată pe art. 138 lit.a, e şi ajungerea debitoarei în stare de insolvenţă.

Contestatorii susţin că instanţa de recurs a omis a analiza două dintre motivele de recurs, iar în ceea ce priveşte al treilea motiv s-a limitat la preluarea argumentelor instanţei de fond şi inserarea unor consideraţii neclare şi generale privind natură juridică a răspunderii fără o analizată concretă a argumentelor esenţiale invocate în recurs, ceea ce reprezintă o încălcarea a dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi care face aplicabile dispoziţiile art. 318 alin 1 Cod procedură civilă, singurul remediu intern disponibil.

Curtea reţine însă că instanţa de recurs a omis a cerceta doar acele critici evocate de recurenţi în completarea motivelor de recurs privind *neimplicarea administratorului statutar în activitatea de gestiune, necesitatea departajării răspunderii între administratorul de fapt şi de drept*, *neîntrunirea cerinţelor de fond pentru antrenarea răspunderii pentru acoperirea pasivului întrucât sumele ridicate din casierie ar fi fost folosite în interesul societăţii, înscrisurile depuse în probaţiune* îndeplinind calitatea de document justificativ .

Aşa fiind curtea, în baza prevederilor art. 318 C.proc.civ va admite contestaţia în anulare.

Procedând la rejudecarea recursului prin prisma acestor critici de nelegalitate, curtea reţine că cererea de reformare este nefondată în raport de următoarele considerente:

Legea insolvenţei a integrat însă acestei răspunderi excepţionale doar faptele ilicite enumerate limitativ în articolul 138, judecătorul sindic putând dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvenţă, să fie suportată de către administratorii care au cauzat starea de insolvenţă, prin una dintre următoarele fapte:

a) au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice **în folosul propriu** sau în cel al unei alte persoane;

b) au făcut acte de comerţ **în interes personal**, sub acoperirea persoanei juridice;

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

d) au ţinut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ţinut contabilitatea în conformitate cu legea;

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

f) au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăti;

g) în luna precedentă încetării plăţilor, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferinţă unui creditor, în dauna celorlalţi creditori.

Norma sancţionează, în unele dintre ipotezele sale, abuzul

executivului, care a urmărit satisfacerea unui interes personal în detrimentul celui social, afectând prin conduita sa nu numai compania, ci şi întreaga comunitate de interese din jurul acesteia.

Astfel, judecătorului sindic îi revine misiunea de a verifica regularitatea actelor de gestiune în raport cu interesul social şi de a repera abuzul care a condus la instaurarea stării de insolvenţă, deoarece sarcina acoperirii pasivului poate atribuită doar acelor administratori care se fac vinovaţi de valorificarea capitalului întreprinderii conform interesului personal, ori care, prin politica de gestiune promovată, nu au urmărit protejarea interesului social, ci ocrotirea altor interese.

Interesul social şi interesul personal al administratorului sunt două din limitele puterilor conferite acestuia prin lege şi statut. Misiunea executivului este extrem de clară, aceea de a milita pentru „cauza” interesului social, orice abatere de la obiectivul menţionat trebuind atent cercetată, deoarece frauda constituie o importantă barieră pentru exercitarea prerogativelor de administrare.

Calitatea de administrator de fapt nu se prezumă, ea se demonstrează prin analiza conduitei, comportamentului administratorului de drept, dar şi a celui despre care se presupune că a condus efectiv întreprinderea .

Este administrator de fapt cel care conduce societatea fără a fi legal învestit cu putere de reprezentare de către organele sociale.

Potrivit acestei definiţii, administratorul de fapt se distinge de administratorul statutar în mod esenţial, cel din urmă fiind expres desemnat prin statut sau legal învestit de către organele sociale. Din această perspectivă, calitatea de administrator de fapt se caracterizează prin imixtiunea în atribuţiile conferite reprezentantului legal .

Drept urmare, prezenţa unuia sau mai multor administratori statutari nu exclude demersul menit să identifice existenţa unei puteri autonome de control, exercitată de o altă persoană care nu a fost învestită cu prerogative de conducere.

Probaţiunea relevă existenţa unei administrări de fapt, activitatea pozitivă de gestiune fiind condusă de o altă persoană decât reprezentantul legal al

debitoarei(din perspectiva menţiunilor efectuate în registrul de publicitate opozabile terţilor).

Probele existente dovedesc că administratorul statutar nu a semnat ordinele /dispoziţiile de plată prin care lichidităţile pe care debitoarea la avea în patrimoniu au fost externalizate.

În consecinţă, teza săvârşirii de către acesta a unor manopere ilicite în legătură cu activul nu se verifică.

Ce i se poate reproşa administratorului statutar este numai omisiunea de a se îngriji de afacerile întreprinderii, acceptarea funcţiei din motive de complezenţă . În procedura insolvenţei nu se poate profila o răspundere autonomă a administratorului pentru neparticiparea la procesul decizional şi acceptarea funcţiei de complezenţă, atât timp cât fapta în sine nu se pliază pe una din situaţiile evocate de art. 138 lit.a-g, ***dar este posibilă antrenarea unei răspunderi solidare dacă sunt îndeplinite şi restul cerinţelor referioare la existenţa unei răspunderi autonome a autorului pentru o faptă ilicită din categoria celor evocate de art 138.***

Efectele generate de regula solidarităţii pe orizontală trebuie şi pot fi valorificate de lege lata în acest cadru procesual fiindcă art. 138 alin 4 instituie regula solidarităţii fără nicio altă nuanţă privitoare la natura faptei ori atitudinea în plan psihic acelui chemat să răspundă în temeiul solidarităţii.

Justificat sau nu, exigenţa legiuitorului sporeşte faţă de administratorul statutar chemat să răspundă în solidar cu autorul(administratorul de fapt), chiar dacă greşeala imputată celui dintâi nu se încadrează în enumerarea limitativă făcută de art.138 lit.a-g .

Faptul că ***administratorul statutar nu a fost implicat direct în operaţiunile de gestiune a patrimoniului debitoarei şi împrejurarea că marea majoritate a dispoziţiilor de plată au fost semnate numai de administratorul de fapt G.L. nu prezintă relevanţă.***

Pârâţii nu pot fi exoneraţi de răspunderea pentru acoperirea pasivului atâta vreme cât manoperele ilicite privind activul patrimonial săvârşite de administratorul de fapt au fost pe deplin probate iar administratorul statutar a fost chemat să răspundă ***în solidar cu autorul ilicitului intenţional întemeiat pe regula solidarităţii.***

Este evident că administratorul de fapt a optat pentru acţiuni neprotective faţă de patrimoniul social externalizând active în baza unor ordine de plată, pentru a justifica o cheltuială aferentă unor operaţiuni fictive .

Există o serie de indicii obiective care pot fundamenta prezumţia simplă că deplasările externe în vederea încheierii unor contracte nu au avut loc.

Toate deciziile cu repercusiuni fiscale trebuie luate doar în scopul realizării obiectivului pentru care „întreprinderea" fost constituită . Orice diminuare a activului net, ca urmare a acestor operaţiuni, ar trebui să aibă în compensare o contrapartidă materială sau nematerială.

Angajarea cheltuielilor cu deplasările externe nu a avut în compensare o contrapartidă materială sau nematerială.

Nu există nici un alt document care să justifice necesitatea angajării acestor cheltuieli pentru cazare , masă , transport,

la nivelul substanţial declarat şi decontat, acela de 500 euro/zi.

Ordinele de deplasare au fost întocmite lunar pentru intervalul ianuarie 2009-octombrie 2009, decembrie 2009-septembrie 2010 consemnând o durată a deplasărilor cuprinsă între 5 şi 10 zile . Cu alte cuvinte 5- 10 din cele 22 de zile

lucrătoare dintr-o lună recurenta s-a aflat teoretic în străinătate pentru a încheia contracte , contracte care de altfel nu a fost perfectate.

Ritmicitatea, durata acestor deplasări şi valoarea pretinsă spre decontare, absenţa altor documente justificative care să emane de la terţi coroborate cu situaţia financiară a debitoarei(ţinând cont de pasivul acumulat în perioada de referinţă) constituie indicii obiective care pot fundamenta prezumţia că documentele în discuţie au fost întocmite pro causa tocmai pentru a justifica lipsa sumei de 201.249,65 lei din patrimoniul debitoarei.

Prin urmare, înscrisurile depuse în probaţiune nu aveau aptitudinea de a proba realitatea operaţiunilor economice consemnate .

Activul societăţii se reflectă în inventarul anual şi în bilanţul contabil. Inventarierea reprezintă ansamblul operaţiunilor prin care se constată existenţa tuturor elementelor patrimoniale de activ şi de pasiv, cantitativ, valoric sau numai valoric, după caz, existente în patrimoniul societăţii la data la care se efectuează această operaţiune. Bilanţul contabil este cel care reflectă elementele activului patrimonial, grupele principale de elemente ce trebuie să se regăsească în acest document fiind: activele imobilizate (imobilizări corporale, necorporale, financiare), activele circulante (stocuri creanţe, titluri de plasament sau alte valori), conturile de regularizare şi asimilate de activ (cheltuieli înregistrate în avans, diferenţe de conversie-

activ), primele de rambursare a obligaţiunilor.

Reprezintă *metode de deturnare* a activului nerestituirea bunurilor aparţinând societăţii de către administrator , transferul fără contrapartidă a unor mărfuri ce constituie proprietatea debitoarei .

Jurisprudenţa a statuat că numai existenţa unei contrapartide reale şi suficiente, care să fie expresia echilibrului dintre angajamentele asumate de părţile contractante îl poate apăra pe administrator de răspundere. Soluţia pare naturală cât timp compatibilitatea liberalităţilor cu principiul specialităţii capacităţii de folosinţă trebuie pusă sub semnul îndoielii.

Fapta constând în deturnarea activelor societăţii constituie în egală măsură un abuz de bunuri sociale.

În bilanţul contabil apar elemente de activ care nu se regăsesc efectiv în patrimoniul debitoarei . Înscrisurile depuse în probaţiune de recurentă nu dovedesc modalitatea de ieşire din patrimoniul debitoarei a activelor evidenţiate în ultimul bilanţ .

Nepredarea valorilor înscrise în bilanţ constituie un indiciu temeinic al prezumţiei simple că recurenta G.L. a săvârşit acte de dispoziţie aspra unor bunuri care alcătuiau patrimoniul societar, acte care au afectat conţinutul acestuia.

Diminuarea activului net cu aceste valori fără o compensare reală se află în mod cert în raport de cauzalitate cu insuficienţa activului şi justifică obligarea pârâţilor la suportarea pasivului.

Neapelarea la mecanismul prezumţiilor judiciare ar face imposibilă, în cazul dat, identificarea legăturii dintre diferitele acte privitoare la gestiune socială şi consecinţele economice financiare care au condus la încetarea plăţilor. Soluţia se întemeiază pe principiul protecţiei creditorilor şi

adagiul nemo auditur propriam turpitudinem allegans , nimănui nefiindu-i îngăduit să se prevaleze de propria incorectitudine pentru a obţine protecţia judiciară a unui drept. A nu admite că există un raport de cauzalitate caracterizat între fapta imputată şi insuficienţa activului ar însemna să se permită celui căruia i se „reproşează" conduita frauduloasă să se apere de răspundere prevalându-se de propria sa culpă.

Creditorii ar fi puşi astfel în imposibilitatea dovedirii originilor insuficienţei activului, misiunea stabilirii situaţiei patrimoniale a societăţii la diferite etape devenind practic imposibilă pentru titularii acţiunii.

Odată activată regula răspunderii solidare devine superfluă orice discuţie privind posibilitatea scindării/divizării răspunderii între administratorulstatutar şi cel de fapt funcţie de amploarea , semnificaţia faptelor săvârşite de pârâţi.

Fiind întrunite condiţiile prevăzute de art. 138 lit. a, e din Legea nr.85/2006 în mod corect prim instanţă a admis acţiunea în acoperirea pasivului.

Sursa: www.curteadeapelcluj.ro