

# **Procedura insolvenței. Angajarea răspunderii patrimoniale. Administrator de fapt. Deturnarea activului**

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

Prin decizia civilă nr.10181 din 28.10.2013 pronunțată în dosarul nr.../a2 al Curții de Apel Cluj s-a respins recursul declarat de recurenții G.C. și G.L. împotriva sentinței civile nr. 4032 din 12.06.2013, pronunțată în dosarul nr. .../a2 al Tribunalului Maramureș care a fost menținută în întregime.

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

Răspunderea administratorilor față de societate se circumscrie sferei răspunderii contractuale determinată de limitele mandatului conferit acestora, mandat care include și obligațiile legale instituite în Legea nr. 31/1990, iar răspunderea administratorilor față de terți apare că fiind întotdeauna o răspundere extracontractuală, o răspundere delictuală, așadar, acesta fiind și contextul în care judecătorul sindic a circumscris faptele sferei dispozițiilor art 138 din Legea nr 85/2006.

Obligația și răspunderea administratorilor sunt structurate pe doi piloni, unul care are drept temei prevederile art. 7, teza întâi, din Legea societăților comerciale respectiv obligațiile și răspunderea circumscrisă mandatului și cel de-al doilea

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

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

Legiuitorul a instituit doar cerința contribuției la ajungerea debitorului în insolvență fapt care relevă voința legiuitorului de a da valoare cauzală și acelor fapte care, deși nu au determinat direct starea de insolvență, au contribuit la producerea ei.

Aserțiunile recurente vizând omisiunea judecătorului sindic de analiză a documentelor prezentate în probațiune și a apărărilor formulate nu sunt reale , analiza punctuală a condițiilor necesare pentru antrenarea răspunderii dovedind contrariul raportat la interpretarea dată tuturor probelor administrate de către judecătorul sindic.

Contrar celor susținute de recurenți nu sunt simple speculații , judecătorul sindic reținând că din rapoartele întocmite de lichidator rezultă că, în perioada anterioară deschiderii procedurii de insolvență, pârâții au retras din patrimoniul societății suma de 210.344 lei pe care nu au decontat-o și nu au restituit-o, folosind-o în interes personal, contribuind astfel la încetarea de plăți a debitoarei iar creditorii au fost în mod cert prejudiciați.

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 dispoziții de plată semnate de administratorul statutar G.C. și că la data

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

Cât privește 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, evidența contabilă nefiind ținută corect iar utilizatorii situațiilor financiare au fost induși în eroare. .

Forța probantă a înscrisurilor prezentate și a probei științifice a fost raportată la caracterul acestora la împrejurarea că aceste documente contabile nu au corect întocmite , aspect admis și de recurenți care au recunoscut că au existat deficiențe în ținerea contabilității astfel că în mod corect s-a apreciat că nu sunt de natură a înlătura statuările din acțiunea introductivă la care prima instanță a achiesat.

Recurenții au afirmat că au preferat sa achite salariile si nu obligații către Bugetul Asigurărilor Sociale de Stat si ca din aceleași sume, au făcut plăți pentru furnizori si nu in scopuri personale, ce nu au fost dovedite iar plata preferențială a unor creditori este una din faptele care de asemenea determină insolvența.

Instituirea acestui tip de răspundere specială agR.tă a membrilor organelor de conducere care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvență 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 societății de către membrii organelor de conducere ale persoanei

juridice, care prin activitatea lor neloială au adus societatea în stare de insolvență și că o consecință a acestei stări patrimoniale s-a produs o reducere în valoarea reală a creanțelor pe care o aveau creditorii față de societate.

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

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

Susținerile recurențelor 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 instanță atragerea răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere, a fost identificată în evidenta contabilă a debitoarei în contul contabil 461 Debitori, fiind provenită din soldul contului 542 "Avansuri de trezorerie nedecontate" respectiv sume de bani ridicate din caseria societății de către membrii organelor de răspundere parașilor pentru întreg pasivul sau doar pentru o parte din suma și 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 convențională, culpa administratorului se apreciază după tipul abstract, culpa

levis in abstracto, din aceste motive aflându-se în fața unei culpe prezumate de unde derivă și obligativitatea administratorului de a răsturna prezumția de culpă, sarcina probei aparținându-i , așa cum corect a reținut și judecătorul sindic, iar în ceea ce privește ceilalți membrii ai organelor de conducere statuările sunt similare .

Înscrierile prezentate așa cum s-a evidențiat anterior nu sunt de natură a răsturna această prezumție întrucât în fapt relevă că nu a fost respectate nici dispozițiile care reglementează corecta conducere a contabilității.

Raportul de cauzalitate se verifică în concret și nu pot fi reținute susținerile recurenților că starea de insolvență nu a fost determinată de lipsa acelor sume atâta timp cât s-a demonstrat existența unui raport de cauzalitate suficient de caracterizat între fapta reținută și starea de insolvență cauzată.

Hotărârea pronunțată de judecătorul sindic a fost criticată de către recurenți susținându-se că aceasta a fost dată cu aplicarea greșită a legii însă judecătorul sindic a reținut în mod corect că conform art. 27 al. 1 din Legea insolvenței, debitorul aflat în stare de insolvență, este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maxim 30 de zile de la apariția stării de insolvență, lucru pe care pârâții 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.

Neconcordanțele dintre documentele publice și cele ale societății relevă că societatea a desfășurat activități comerciale fără a ține o evidență contabilă în conformitate cu legea, încercând să ascundă atât veniturile realizate, cât și natura acestora precum și activele înregistrate.

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

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

Complexitatea vieții unei societăți comerciale implică succesiunea și împletirea unor fapte și împrejurări între care trebuie decelat care pot îndeplini condiția de a fi considerate cauza insolvenței.

Determinarea raportului cauzal specific implică identificarea acelor fapte care fie au declanșat punerea în mișcare a acestor cauze, fie că au favorizat desfășurarea lor nestingerită, fie nu au împiedicat această desfășurare, deși intervenția ar fi fost posibilă și eficientă împiedecând apariția consecințelor nedorite, între care insolvența debitoarei care a fost și cauza prejudiciului creditorilor.

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

Practica a reținut în mod constant premisa coexistenței dintre cauză și condiții, cuprinzând în raportul de cauzalitate nu numai faptele ce constituie cauza necesară, dar și condițiile cauzale, adică faptele care au mediat acțiunea cauzală.

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

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

Considerentele enunțate au demonstrat că recursul promovat

este nefondat și în consecință în temeiul art 312 C pr civ , Curtea a respins recursul declarat de recurenții G.C., G.L. împotriva sentinței civile nr. 4032 din 12.06.2013, pronunțată în dosarul nr. .../a2 al Tribunalului Maramureș pe care a menținut-o în întregime.

***Împotriva acestei decizii au formulat contestație în anulare pârâții G.C. și G.L. solicitând admiterea acesteia și rejudecând recursul, să se dispună casarea sentinței atacate și respingerea cererii de atragerea răspunderii.***

În motivele contestației în anulare se arată că prin decizia nr. 10181/28.10.2013 Curtea de Apel Cluj Secția a II-a civilă a soluționat recursul formulat împotriva sentinței civile nr. 4032/12.06.2013 pronunțată de către Tribunalul Maramureș.

Recursul formulat împotriva acestei sentințe, așa 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 instanța de control judiciar, respectiv cele de la punctul 1 și 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 instanței de fond și fără a fi respectate cerințele minime impuse de exigențele dreptului la un proces echitabil, garantat de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, așa cum sunt reflectate de practica Curții Europene.

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

Arată că instanța de fond a reținut faptul că suma respectivă a fost ridicată cu titlul de avansuri de trezorerie ceea ce a condus la concluzia însușirii și folosirii acesteia în interes

personal. Deși prin expertiza efectuată în cauză expertul a constatat că toate aceste sume au fost cheltuite în interesul societății debitoare și că există documente justificative , respectiv ordine de deplasare în interesul societății, aceste documente nu au fost luate în considerare, cu motivația neînscrierii lor în contabilitatea societății.

Astfel, pe de o parte s-a reținut săvârșirea faptelor prevăzute de art. 138 lit.a și 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 și pierderea contabilă a fost micșorată , ducându-i în eroare pe utilizatorii situațiilor financiare.

Prin cererea de recurs au fost invocate următoarele motive: 1. încălcarea de către instanța de fond a dreptului la apărare și pronunțarea asupra unor aspecte și reținerea unor fapte care nu au fost invocate de către lichidatorul judiciar prin cererea de atragere a răspunderii și care nu au fost puse în discuția părților, respectiv cauzarea stării de insolvență prin neținerea unei contabilități în confirmitate cu legea prevăzută de art. 138 lit d din Legea nr. 85/2006 , ceea ce făcea aplicabile dispozițiile art. 304 alin 5 Cod procedură civilă.

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

Astfel, instanța de recurs nu s-a pronunțat asupra acestui motiv limitându-se la a prelua susținerile instanței de fond cu privire la neînscrierea actelor justificative în evidența contabilă și încălcarea dispozițiilor privitoare la ținerea contabilității.

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

*detaliat în ce a constatat răspunderea fiecărui pârât și care sunt faptele săvârșite de fiecare, în condițiile 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..*

*Instanța de recurs a omis a analiza acest motiv de recurs, nefiind analizate argumentele privitoare la faptul că marea majoritate a dispozițiilor de plată au fost semnate de către G.L., chiar și cele emise anterior deschiderii procedurii, aspecte care pot fi verificate direct-de către instanța de control judiciar din analiza dispozițiilor de plată atașate raportului de expertiză, expertul reținând eronat că semnătura aparține lui G.C., prin raportare la faptul că acesta deținea funcția de administrator.*

*Activitatea acestuia s-a limitat exclusiv la semnarea formală a bilanțurilor contabile, condiție impusă de organele fiscale pentru înregistrarea situațiilor financiare, în virtutea calității sale de administrator statutar, bilanțuri care însă au fost întocmite de o firmă specializată de contabilitate.*

În ceea ce privește săvârșirea faptei prevăzute de art. 138 lit. a și e din Legea nr. 85/2006 motivele invocate la punctul 2 al cererii de recurs nu au fost în realitate analizate, instanța de control judiciar limitându-se la preluarea considerentelor instanței de fond și adăugarea unor formulări generice privitoare la natura juridică a atragerii răspunderii și elementele care o compun , fără o analiză aplicată la situația concretă ce fusese dedusă judecății și fără o analiză a elementelor esențiale invocate de către recurenți în combaterea motivației judecătorului sindic și a raționamentului logico juridic al acestuia.

La analiza acestui aspect al contestației în anulare trebui

avute în vedere exigențele impuse sub acest aspect de către practica Curții Europene a Drepturilor Omului în vederea respectării dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenție, care impune indicarea de către judecători cu suficientă claritate a motivelor de care își întemeiază deciziile (cauza Hadjianastassiou contra Greciei din 16.12.1992) examinarea efectivă a problemelor esențiale care-i sunt supuse aprecierii, preluarea argumentelor instanței inferioare nefiind considerate suficientă, instanța de control judiciar fiind ținută să analizeze efectiv și în mod real argumentele expuse (Hotărârea HElle contra Finlanda, din 19.12.1997).

Curtea a apreciat în mod constant că este sarcina instanței de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor și elementelor de probă ale părților pentru a le aprecia relevanța (Hotărârea Perez contra Franței, 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 însușirea bunurilor în interes personal decât în măsură în care nu se poate face dovada că sumele ridicate nu au fost folosite în interesul societății.

Așa cum arată și expertul contabil cheltuirea sumelor ridicate în interesul societății a fost justificată prin existența ordinelor de deplasare care îndeplinesc toate condițiile legale pentru a fi considerate acte justificative. Legalitatea unui act justificativ și înscrierea lui în contabilitate sunt două lucruri total diferite.

Actul justificativ este un act de contabilitate primară care are menirea de a descărca persoana care a ridicat avansul de trezorerie de obligația restituirii sumelor primite , făcând dovada cheltuirii lui în interesul societății și care are valoare probantă prin el însuși și nu prin înregistrarea în

contabilitate, neexistând nicio dispoziție legală care să îi condiționeze forța probantă de operarea mențiunilor echivalente în evidența contabilă.

Menționează că înscrierea lui în contabilitate este o operațiune ulterioară, care presupune efectuarea unor mențiuni în balanța contabilă prin care sumele respectiv se

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

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

Aceste aspecte esențiale au fost în mod expres invocate în cadrul completării motivelor de recurs și nu au fost analizate de către instanța de control judiciar care s-a limitat a prelua susținerea instanței de fond cu privire la faptul că neînscrierea unui act în evidența contabilă conduce la nerecunoașterea forței probante a înscrisului. Conform acestui raționament, omisiunea compartimentului contabilitate de a opera în balanța contabilă mențiunile privitoare la depunerea de către un funcționar 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 și ordinul de deplasare nu au valoare legală, iar sumele avansate de către instituție au fost însușite de către acesta.

De asemenea, instanța de control judiciar a preluat susținerea

instanței de fond cu privire la faptul că prin neînregistrarea în contabilitate a ordinelor de deplasare au fost denaturate rezultatele financiare, pierderea a fost ascunsă, evidența contabilă nefiind ținută corect, iar utilizatorii situațiilor financiare au fost induși în eroare.

Aceste aspecte privitoare la erori în evidențele contabile au fost reținute în argumentarea săvârșirii faptei de a folosi bunurile societății și de a le folosi în interes personal, deși fapta de neținere a unei evidențe contabile în conformitate cu legea este reglementată distinct la art. 138 lit. d din Legea nr. 85/2006 așa cum a fost reținută de către instanța de fond, încadrare care nu a fost însă reținută de către instanța de recurs, motivarea acesteia fiind extrem de neclară sub acest aspect.

Dacă ar fi reținut și incidența art. 138 lit d din Legea nr. 85/2006, instanța de control judiciar ar fi trebuit să analizeze și 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 instanța de control judiciar un element esențial din punctul 2 al motivelor de recurs și anume faptul că reținerea în paralel a celor două argumente este contradictorie.**

Astfel, dacă li se impută pârâților faptul că nu au înregistrat în contabilitate ordinele de deplasare înseamnă că aceste ordine de deplasare îndeplineau cerințele legale pentru a fi considerate documente justificative și dovedeau faptul că sumele de bani ridicate din casieria societății au fost utilizate în interesul societății, deci nu au fost însușite de către pârâți, astfel încât nu sunt întrunite elementele constitutive ale art. 138 lit. a și e din Legea nr. 85/2006 singura problemă în discuție 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 reținut de către instanța de recurs care nu a analizat susținerile

**părților cu privire la lipsa oricărei legături concrete de cauzalitate între aceste erori și starea de insolvență, așa 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 și nu ar fi fost influențate datele din bilanțul final.**

În ceea ce privește impactul pe care l-a avut o astfel de eroare în activitate societății 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 societății în încetare de plăți în condițiile în care nu există creditori care să fi fost înșelați de o pierdere contabilă mai mică și care să fi fost determinantă pentru luarea deciziei de încheiere a unor contracte, avându-se în vedere că peste 95% din creanțe sunt către bugetul de stat, aspecte care au omis a fi analizate de către instanța 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 și nici reținute de către instanța de recurs.

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

***Deliberând asupra cererii de retractare curtea reține următoarele:***

*Omisiunea necercetării unei critici esențiale pe care se sprijină o apărare poate fi asimilată, în anumite circumstanțe, motivului de contestație în anulare reglementat de dispozițiile art. 318 alin. 1 teza a II-a C.pr.civ.*

*Analizând elementele silogismului judiciar, curtea reține că instanța de recurs a cercetat motivele cererii de reformare privind nerespectarea dreptului la apărare al pârâților și încălcarea principiului disponibilității prin depășirea de către judecătorul sindic al limitelor în care a fost investit de titularul cererii.*

*Instanța de recurs a validat de asemenea apărările evocate de autorul cererii privind existența ilicitului imputat pârâților precum și a asupra legăturii de cauzalitate dintre acuzația de fraudă întemeiată pe art. 138 lit.a, e și ajungerea debitoarei în stare de insolvență.*

*Contestatorii susțin că instanța de recurs a omis a analiza două dintre motivele de recurs, iar în ceea ce privește al treilea motiv s-a limitat la preluarea argumentelor instanței de fond și inserarea unor considerații neclare și generale privind natură juridică a răspunderii fără o analizată concretă a argumentelor esențiale invocate în recurs, ceea ce reprezintă o încălcarea a dreptului la un proces echitabil garantat de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și care face aplicabile dispozițiile art. 318 alin 1 Cod procedură civilă, singurul remediu intern disponibil.*

*Curtea reține însă că instanța de recurs a omis a cerceta doar acele critici evocate de recurenți în completarea motivelor de recurs privind neimplicarea administratorului statutar în activitatea de gestiune, necesitatea departajării răspunderii între administratorul de fapt și de drept, neîntrunirea cerințelor de fond pentru antrenarea răspunderii pentru acoperirea pasivului întrucât sumele ridicate din casierie ar fi fost folosite în interesul societății, înscrisurile depuse în probațiune îndeplinind calitatea de document justificativ .*

Așa fiind curtea, în baza prevederilor art. 318 C.proc.civ va admite contestația în anulare.

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

Legea insolvenței a integrat însă acestei răspunderi excepționale doar faptele ilicite enumerate limitativ în articolul 138, judecătorul sindic putând dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de către administratorii care au cauzat starea de insolvență, 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 comerț **în interes personal**, sub acoperirea persoanei juridice;

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

d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut 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 plăți;

g) în luna precedentă încetării plăților, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori.

Norma sancționează, 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 și 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 și de a repera abuzul care a condus la instaurarea stării de insolvență, deoarece sarcina acoperirii pasivului poate atribuită doar acelor administratori care se fac vinovați 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 și interesul personal al administratorului sunt două din limitele puterilor conferite acestuia prin lege și statut. Misiunea executivului este extrem de clară, aceea de a milita pentru „cauza” interesului social, orice abatere de la obiectivul menționat trebuind atent cercetată, deoarece fraudă 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 și a celui despre care se presupune că a condus efectiv întreprinderea .

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

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

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

***Probațiunea relevă existența unei administrări de fapt, activitatea pozitivă de gestiune fiind condusă de o altă persoană decât reprezentantul legal al***

***debitoarei( din perspectiva mențiunilor efectuate în registrul de publicitate opozabile terților).***

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

***În consecință, teza săvârșirii de către acesta a unor manopere ilicite în legătură cu activul nu se verifică.***

***Ce i se poate reproșa administratorului statutar este numai omisiunea de a se îngriji de afacerile întreprinderii, acceptarea funcției din motive de complezență . În procedura insolvenței nu se poate profila o răspundere autonomă a administratorului pentru neparticiparea la procesul decizional și acceptarea funcției de complezență, atât timp cât fapta în sine nu se pliază pe una din situațiile evocate de art. 138 lit.a-g, dar este posibilă antrenarea unei răspunderi solidare dacă sunt îndeplinite și restul cerințelor referitoare la existența unei răspunderi autonome a autorului pentru o faptă ilicită din categoria celor evocate de art 138.***

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

*Justificat sau nu, exigența legiuitorului sporește față de administratorul statutar chemat să răspundă în solidar cu autorul( administratorul de fapt), chiar dacă greșeala 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 operațiunile de gestiune a patrimoniului debitoare și împrejurarea că marea majoritate a dispozițiilor de plată au fost semnate numai de administratorul de fapt G.L. nu prezintă relevanță.*

*Pârâții nu pot fi exonerati de răspunderea pentru acoperirea pasivului atâta vreme cât manoperele ilicite privind activul patrimonial săvârșite de administratorul de fapt au fost pe deplin probate iar administratorul statutar a fost chemat să răspundă în solidar cu autorul ilicitului intențional întemeiat pe regula solidarității.*

*Este evident că administratorul de fapt a optat pentru acțiuni neprotective față de patrimoniul social externalizând active în baza unor ordine de plată, pentru a justifica o cheltuială aferentă unor operațiuni fictive .*

*Există o serie de indicii obiective care pot fundamenta prezumția 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 operațiuni, 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 substanțial declarat și 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 și 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 și valoarea pretinsă spre decontare, absența altor documente justificative care să emane de la terți coroborate cu situația financiară a debitoarei( ținând cont de pasivul acumulat în perioada de referință) constituie indicii obiective care pot fundamenta prezumția că documentele în discuție au fost întocmite pro causa tocmai pentru a justifica lipsa sumei de 201.249,65 lei din patrimoniul debitoarei.*

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

**Activul societății** se reflectă în inventarul anual și în bilanțul contabil. Inventarierea reprezintă ansamblul operațiunilor prin care se constată existența tuturor elementelor patrimoniale de activ și de pasiv, cantitativ, valoric sau numai valoric, după caz, existente în patrimoniul societății la data la care se efectuează această operațiune. Bilanțul 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 creanțe, titluri de plasament sau alte valori), conturile de regularizare și asimilate de activ (cheltuieli înregistrate în avans, diferențe de conversie-

activ), primele de rambursare a obligațiunilor.

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

Jurisprudența a statuat că numai existența unei contrapartide reale și suficiente, care să fie expresia echilibrului dintre angajamentele asumate de părțile contractante îl poate apăra pe administrator de răspundere. Soluția pare naturală cât timp compatibilitatea liberalităților cu principiul specialității capacității de folosință trebuie pusă sub semnul îndoielii.

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

În bilanțul contabil apar elemente de activ care nu se regăsesc efectiv în patrimoniul debitoarei . Înscrisurile depuse în probațiune de recurentă nu dovedesc modalitatea de ieșire din patrimoniul debitoarei a activelor evidențiate în ultimul bilanț .

Nepredarea valorilor înscrise în bilanț constituie un indiciu temeinic al prezumției simple că recurenta G.L. a săvârșit acte de dispoziție aspra unor bunuri care alcătuiau patrimoniul societar, acte care au afectat conținutul acestuia.

*Diminuarea activului net cu aceste valori fără o compensare reală se află în mod cert în raport de cauzalitate cu insuficiența activului și justifică obligarea pârâților la suportarea pasivului.*

***Neapelarea la mecanismul prezumțiilor judiciare ar face imposibilă, în cazul dat, identificarea legăturii dintre diferitele acte privitoare la gestiune socială și consecințele economice financiare care au condus la încetarea plăților. Soluția se întemeiază pe principiul protecției creditorilor și***

***adagiul nemo auditur propriam turpitudinem allegans , nimănui nefiindu-i îngăduit să se prevaleze de propria incorectitudine pentru a obține protecția judiciară a unui drept. A nu admite că există un raport de cauzalitate caracterizat între fapta imputată și insuficiența activului ar însemna să se permită celui căruia i se „reproșează” conduita frauduloasă să se apere de răspundere prevalându-se de propria sa culpă.***

Creditorii ar fi puși astfel în imposibilitatea dovedirii originilor insuficienței activului, misiunea stabilirii situației patrimoniale a societății la diferite etape devenind practic imposibilă pentru titularii acțiunii.

Odată activată regula răspunderii solidare devine superfluă orice discuție privind posibilitatea scindării/divizării răspunderii între administratorulstatutar și cel de fapt funcție de amploarea , semnificația faptelor săvârșite de pârâți.

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

*Sursa: [www.curteadeapelcluj.ro](http://www.curteadeapelcluj.ro)*