

R O M Â N I A
CURTEA DE APEL TIMIȘOARA
SECȚIA A II-A CIVILĂ

DECIZIA CIVILĂ Nr. 2069/2012
Ședința publică din 26 noiembrie 2012

Completul compus din:
Președinte A. B.
Judecător P. M.
Judecător M.O. G.
Grefier M. O.

Pe rol se află pronunțarea asupra recursurilor declarate de contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin și de R. & P. SPRL Cluj Napoca, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC M. SA, împotriva sentinței civile nr.77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caraș Severin în dosarul nr.2518/115/2010, (conform mențiunii de pe sentință, respectiv dosarul nr.2518/115/2010/a7, conform mențiunii de pe dosar), în contradictoriu cu creditoarea intimată SC K. E. SRL și cu intimata M. AG, având ca obiect contestație.

Se constată că recurenta Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin a depus la dosar, la data de 23.11.2012, completare concluzii scrise, iar recurentul R. & P. SPRL a depus la dosar, la data de 23.11.2012, concluzii scrise.

Dezbaterea în fond a cauzei și susținerile părților au avut loc în ședința publică din 19.11.2012, cele declarate fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată care face parte integrantă din prezenta hotărâre, iar pronunțarea asupra cauzei s-a amânat pentru data de astăzi.

C U R T E A

Deliberând, constată următoarele:

Prin sentința civilă nr.77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caraș Severin în dosarul nr.2518/115/2010, (conform mențiunii de pe sentință, respectiv dosarul nr.2518/115/2010/a7, conform mențiunii de pe dosar) s-a respins excepția lipsei calității procesuale active a reclamantului DGFP Arad invocată de lichidatorul R.&P. SPRL Cluj Napoca și *s-a admis în parte contestația* formulată astfel cum a fost precizată de creditorul DGFP Arad, *împotriva Raportului de activitate nr.VIII întocmit de lichidatorul R.&P. SPRL Cluj Napoca, s-a dispus înlăturarea măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr.VIII din 18.10.2011 și în consecință revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraoferțării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitorului, s-a respins capătul de cerere privind obligarea lichidatorului R.&P. SPRL Cluj Napoca la plata prejudiciului de 11.000.000 lei și s-a respins capătul de cerere privind anularea măsurii de restituire a garanției de participare către K. E. SRL București.*

Pentru a pronunța această sentință, instanța de fond a reținut următoarele:

La data de 25.10.2011 creditorul DGFP Arad a formulat contestație împotriva măsurilor luate de lichidator și evidențiate prin raportul lunar privind descrierea

modului de îndeplinire a atribuțiilor, publicat la data de 19.10.2011 în BPI, solicitând înlăturarea ca neîntemeiate a susținerilor lichidatorului cuprinse în raportul contestat în sensul că SC K. E. SRL „și-a retras oferta motivând acest demers prin prisma demersurilor orchestrate de către ANAF, privind anularea procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitorului”, Raportat la susținerile lichidatorului în sensul existenței unui prejudiciu în cuantum de 11.000.000 lei, să se constate vicierea procedurii de adjudecare și obligarea în solidar a persoanelor responsabile la plata diferenței în conformitate cu prevederile art.1349 din Legea nr.287/2009 privind Codul Civil. Mai solicită să oblige lichidatorul să depună toate actele care au stat la baza încheierii de certificare nr.11190/14.09.2011; a arătat că înțelege să conteste și actele care au stat la baza măsurilor ce au fost luate prin raportul publicat în BPI nr.11182/19.10.2011, respectiv încheierea de certificare nr.11190/14.06.2011. (fila 6-13 dosar.vol.V), a arătat că în raportul lunar publicat în BPI nr.11182/19.10.2011 lichidatorul a afirmat că „...Societatea Comercială K.E. SRL și-a retras oferta motivându-și acest demers prin prisma demersurilor orchestrate de către ANAF, privind anularea procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitorului SC M. SA”, a învederat că din adresa SC K.E. SRL, înregistrată la sediul lichidatorului sub nr.2539/08.09.2011 nu reiese că această societate își retrage oferta „ca urmare a orchestrărilor ANAF”, ci chiar lichidatorul este cel care a comunicat ofertantului existența unor situații tensionate și litigioase între DGFP Caraș-Severin și lichidator, precum și posibilitatea restituirii garanției de participare, a mai arătat că în regulamentul de valorificare a patrimoniului debitorului, lichidatorul a menționat că „Prezenta procedură se va desfășura cu respectarea următoarelor principii: principiul maximizării valorii activului debitorului; principiul tratamentului echitabil al ofertanților; principiul transparenței operațiunilor efectuate și principiul privilegiului creditorului garantat asupra bunului primit în garanția creanței sale”, a apreciat că lichidatorul nu a respectat principiile invocate, încălcându-și propriul regulament.

În ce privește petitul privind constatarea nulității încheierii de certificare nr.11190/14.06.2011 prin care a fost declarat câștigător M. AG, a apreciat că procedura a fost viciată. SC K.E. SRL a depus oferta în data de 03.08.2011, iar în data de 05.08.2011 și-a declarat intenția de a se retrage, la numai două zile de la data depunerii. La data depunerii ofertei – 03.08.2011, SC K.E. SRL avea cunoștință de situația tensionată și litigioasă dintre creditorul majoritar și lichidator, având în vedere că acesta a comunicat acest fapt prin adresa nr.7175/02.08.2011; a considerat că lichidatorul avea obligația ca adresele emise către ofertanți să fie supuse în prealabil aprobării adunării creditorilor/comitetului creditorilor, având în vedere că avea consecințe asupra procedurii de negociere. De asemenea, lichidatorul avea obligația, în baza principiului maximizării averii debitorului să anunțe de îndată Comitetul creditorilor și adunarea creditorilor de această modificare, în vederea stabilirii unei strategii în comun cu aceștia, cu atât mai mult cu cât ofertantul și-a manifestat în continuare interesul pentru achiziționarea activului aparținând debitorului.

A apreciat că procedura de negociere este viciată având în vedere faptul că deși ofertantul SC K.E. SRL și-a retras oferta, totuși în data de 14.09.2011 au fost desigilate plicurile ambilor ofertanți. A considerat că atâta vreme cât SC K.E. SRL și-a retras oferta nu exista nici un motiv și nici un temei de drept ca la data de 14.09.2011 acesta să fie prezent la desigilarea plicurilor. Prin retragerea ofertei acesta și-ar fi pierdut calitatea de participant astfel încât la data de 14.09.2011 comisia trebuia să declare câștigătoare singura ofertă rămasă și să desigileze singurul plic rămas.

În ceea ce privește obligarea la repararea prejudiciului creat a apreciat că în speță sunt îndeplinite condițiile generale ale răspunderii civile delictuale reglementată de prevederile art.1349 din Legea nr.287/2009 privind Codul Civil, respectiv lichidatorul avea îndatorirea să nu aducă atingere prin acțiunile sale intereselor legitime ale creditorilor din prezenta procedură, iar prin emiterea adresei către ofertantul SC K.E. SRL, lichidatorul a lezat interesele creditorilor înscriși la masa credală a debitorului, cauzând un prejudiciu de 11.000.000 lei.

În drept a invocat disp.art.21 din Legea nr.85/2006 și celelalte acte normative invocate și dispă.art.1349 din Legea nr.289/2009 privind Codul Civil.

La data de 07.11.2011 creditorul DGFP Arad a precizat contestația formulată în sensul că a mai solicitat obligarea lichidatorului să depună, pe lângă Încheierea de certificare nr.11190/14.09.2011 toate înscrisurile care au stat la baza emiterii acesteia (proces-verbale de negociere directă, procesul verbal de ședință, corespondența efectuată cu toți ofertanții, etc.) și să completeze raportul cu privire la aceste măsuri și cu privire la restituirea garanției de participare către SC K.E. SRL.

În motivare a arătat că prin raportul de activitate VIII privind descrierea modului de îndeplinire a atribuțiilor prevăzute în sarcina lichidatorului și justificarea cheltuielilor efectuate, în temeiul art.21 coroborat cu art.25 din Legea nr.85/2006 pentru perioada 08.09.2011 – 14.10.2011, lichidatorul a adus la cunoștința creditorilor o serie de măsuri care au fost luate, pe care le apreciază ca nelegale. Astfel, arată că lichidatorul a încălcat prevederile Legii nr.85/2006 cu privire la modul de publicare și aducere la cunoștința participanților la procedură a rapoartelor cuprinzând îndeplinirea atribuțiilor prevăzute în sarcina acestuia și justificarea cheltuielilor efectuate.

La art.21 se prevede că rapoartele se depun la dosarul cauzei, iar un extras se publică în BPI. Din actele anexate în probațiune, lichidatorul nu face dovada comunicării raportului în BPI. De asemenea arată că nr."VIII" nu corespunde cu numărul rapoartelor publicate de acesta în BPI. Ultimul raport publicat în BPI este cel din 19.10.2011, pe care arată că l-a contestat și care nu are niciun număr de înregistrare.

A considerat că în condițiile în care deține un procent majoritar de 84,4% din totalul creanțelor de recuperat, lichidatorul avea obligația să aplice procedura în mod corect, asigurând efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de lege și asigurând realizarea în condițiile legii a drepturilor și obligațiilor sale ca și creditor. Aceste demersuri legale și obligatorii sunt obligații pe care lichidatorul și le-a asumat ca și participant la aplicarea procedurii prin efectul legii. Această obligație de respectare a prevederilor art.5 din Legea nr.85/2006 este întărită și de faptul că acesta a participat și a fost selectat în baza Ordinului nr.1009/2007, privind procedurile de selecție a practicienilor în insolvență agreeți de ANAF.

A apreciat că încă de la începutul raportului rezultă modul tendențios prin care lichidatorul încearcă să acopere gravele greșeli pe care le-a făcut și care au avut drept consecință crearea unui prejudiciu de 11.000.000 lei.

Astfel, în mod tendențios lichidatorul a încercat să inducă în eroare instanța menționând că, deși a comunicat invitația creditorului DGFP Caraș-Severin de a participa în 14.09.2011 ora 12 în fața notarului public P. D. F. la deschiderea supraofertelor în prezența comisiei de negociere, acesta nu a dat curs invitației și „în aceste condiții” la data mai sus menționată în prezența „comisiei de negociere” a fost desemnată câștigătoare societatea M. AG din Elveția.

A considerat că prin acest demers lichidatorul încerca să acopere o încălcare flagrantă a Regulamentului de valorificare a patrimoniului debitorului aprobat în

19.01.2011 de către Adunarea Generală a Creditorilor. În acest regulament se prevede la pct.3 constituirea unei comisii de negociere din care face parte în mod obligatoriu un reprezentant al creditorului majoritar ANAF.

Această comisie era singura abilitată de Adunarea Generală a Creditorilor să negocieze cu ofertanții și să procedeze la deschiderea supraofertelor în vederea desemnării câștigătorului. Orice altă modificare a componenței comisiei de negociere fără aprobarea Adunării Generale a Creditorilor este nulă și neavenită.

Cu toate acestea lichidatorul, fără aprobarea Adunării Generale a Creditorilor a schimbat componența comisiei eliminând în mod abuziv reprezentantul creditorului majoritar ANAF.

A arătat că acesta este motivul neprezentării sale la această „deschidere a supraofertelor” în prezența unei „comisii de negociere” care nu reprezintă voința Adunării Generale a Creditorilor.

A învederat că lichidatorul denaturează în mod intenționat adevărul la momentul când afirmă că SC K.E. SRL și-ar fi retras oferta, motivând această acțiune „prin prisma demersurilor orchestrate de ANAF privind anularea procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitorului”. Din cuprinsul adresei societății ofertante rezultă că lichidatorul este persoana care a comunicat acestuia existența unor situații tensionate și litigioase între DGFP Caraș-Severin și R.& P.SPRL, precum și posibilitatea restituirii garanției de participare.

A apreciat că lichidatorul este persoana care a determinat ofertantul să-și retragă oferta. Mai mult, în regulamentul de valorificare a patrimoniului debitorului, lichidatorul a menționat că „Prezenta procedură se va desfășura cu respectarea următoarelor principii: principiul maximizării valorii activului debitorului; principiul tratamentului echitabil al ofertanților; principiul transparenței operațiunilor efectuate și principiul privilegiului creditorului garantat asupra bunului primit în garanția creanței sale”.

A apreciat că lichidatorul nu a respectat principiile invocate, încălcându-și propriul regulament.

Astfel, lichidatorul a influențat în mod direct stabilirea adjudecatarului deoarece prin formularea adresei către SC K.E. SRL a indus acesteia o stare de incertitudine cu privire la desfășurarea procedurii de selectare afirmând în adresa nr.7175/02.08.2011 că „ofertanții pot cere restituirea garanției de participare la licitație, datorită apariției situațiilor litigioase promovate de către creditorul majoritar”.

A învederat că toate acțiunile întreprinse de Adunarea creditorilor și Comitetul creditorilor (cerere anulare a procedurii de valorificare, suspendare a procedurii de valorificare, cerere de înlocuire a lichidatorului) au fost exercitate în condițiile Legii nr.85/2006 și cu respectarea drepturilor conferite de lege participanților la procedură. Astfel, că acestea nu pot fi considerate niciodată „situații litigioase” sau „demersuri orchestrate promovate de creditor”, care să constituie motiv de retragere de la o procedură de valorificare a unor bunuri, mai ales că au fost exercitate de Adunarea creditorilor/Comitetul creditorilor și au avut la bază motive temeinice.

SC K.E. SRL a depus oferta în data de 03.08.2011, iar în data de 05.08.2011 și-a declarat intenția de a se retrage, la numai două zile de la data depunerii. La data depunerii ofertei – 03.08.2011, SC K.E. SRL avea cunoștință de situația tensionată și litigioasă dintre creditorul majoritar și lichidator, având în vedere că acesta a comunicat acest fapt prin adresa nr.7175/02.08.2011.

A considerat că lichidatorul avea obligația ca adresele emise către ofertanți să fie supuse în prealabil aprobării adunării creditorilor/comitetului creditorilor, având în vedere că avea consecințe asupra procedurii de negociere. De asemenea,

lichidatorul avea obligația, în baza principiului maximizării averii debitorului să anunțe de îndată Comitetul creditorilor și adunarea creditorilor de această modificare, în vederea stabilirii unei strategii în comun cu aceștia, cu atât mai mult cu cât ofertantul și-a manifestat în continuare interesul pentru achiziționarea activului aparținând debitorului.

A apreciat că procedura de negociere este viciată având în vedere faptul că deși ofertantul SC K.E. SRL și-a retras oferta, totuși în data de 14.09.2011 au fost desigilate plicurile ambilor ofertanți.

A considerat că atâta vreme cât SC K.E. SRL și-a retras oferta nu exista nici un motiv și nici un temei de drept ca la data de 14.09.2011 acesta să fie prezent la desigilarea plicurilor. Prin retragerea ofertei acesta și-ar fi pierdut calitatea de participant astfel încât la data de 14.09.2011 comisia trebuia să declare câștigătoare singura ofertă rămasă și să desigileze singurul plic rămas.

În ceea ce privește obligarea la repararea prejudiciului creat a apreciat că în speță sunt îndeplinite condițiile generale ale răspunderii civile delictuale reglementată de prevederile art.1349 din Legea nr.287/2009 privind Codul Civil.

A arătat că acțiunea exercitată de către lichidator, fără acordul Adunării generale a creditorilor și Comitetului creditorilor, constând în formularea unei adrese doar către unul din participanți și anume SC K.E. SRL la procedura de atribuire, prin care a determinat retragerea ofertei formulate de acesta constituie o acțiune nelegală din partea lichidatorului. Consecința acestor acțiuni s-a concretizat în retragerea ofertantului cu cea mai mare ofertă, care s-a dovedit ulterior a fi un prejudiciu în cuantum de 11.000.000 lei, reprezentând diferența dintre oferta M. AG și oferta SC K.E. SRL.

Mai mult, culpa lichidatorului rezultă și din refuzul acestuia de a răspunde dacă demersurile efectuate față de SC K.E. SRL au fost realizate și față de ceilalți participanți la procedura de valorificare, considerând astfel că acesta, cu intenție, a încercat influențarea procedurii de valorificare și cele din urmă a și reușit.

A arătat că deși a solicitat lichidatorului prin adresa nr.38262/02.09.2011 să comunice dacă a restituit garanția de participare ofertantului SC K.E. SRL, acesta nu a comunicat oficial, existând totuși indicii că lichidatorul a și restituit această garanție de participare. Acest fapt nu este însă permis de caietul de sarcini și nici nu a consultat în prealabil singurii factori decidenți ai procedurii și anume Adunarea creditorilor și Comitetul creditorilor.

A apreciat că între acțiunile nelegale întreprinse de lichidator și prejudiciul cauzat există o certă legătură de cauzalitate.

Față de aceste aspecte, a considerat că sunt îndeplinite condițiile generale ale răspunderii, respectiv lichidatorul avea îndatorirea să nu aducă atingere prin acțiunile sale intereselor legitime ale creditorilor din prezenta procedură, iar prin emiterea adresei către ofertantul SC K.E. SRL, lichidatorul nu a făcut altceva decât să lezeze interesele creditorilor înscriși la masa credală a debitorului, cauzând un prejudiciu de 11.000.000 lei, astfel cum a constatat el însuși în raportul contestat.

În ceea ce privește solicitarea pe care a adresat-o instanței de a obliga lichidatorul să depună înscrisurile care au stat la baza emiterii Încheierii de certificare nr.11190/14.09.2011 (procesele verbale de negociere directă, procesul verbal de ședință, corespondența efectuată cu toți ofertanții, etc) și de a completa raportul lunar cu privire și la aceste măsuri învederează că nu i-au fost comunicate aceste înscrisuri pentru a putea analiza legalitatea acestora și eventual de a le contesta, ținând cont și de faptul că deține calitatea de terț față de procedură, întrucât a fost înlăturat în mod ilegal din comisia de negociere. Mai mult prin adresa

nr.38262/21.09.2011 emisă de DGFP Arad în reprezentarea DGFP Caraș-Severin a solicitat în mod expres ca toate aceste înscrisuri să-i fie comunicate fără însă a primi vreun răspuns.

În drept invocă disp.art.21 din Legea nr.85/2006 și celelalte acte normative invocate.

Lichidatorul a depus întâmpinare prin care a solicitat în principal, pe cale de excepție, respingerea contestației împotriva măsurilor lichidatorului evidențiate în cuprinsul Raportului de activitate nr.VIII ca fiind tardiv introdusă, raportat la disp.art.21 din Legea nr.85/2006 și în subsidiar, respingerea ca fiind nefondată. De asemenea a solicitat respingerea cererii privind obligarea sa la plata prejudiciului de 11.000.000 lei, în principal, pe cale de excepție, ca fiind introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă și în subsidiar respingerea cererii ca nefondată.

În motivare lichidatorul a arătat că raportul de activitate contestat a fost depus la dosarul cauzei în data de 20.10.2011, fiind publicat în BPI nr.11182/19.10.2011. Raportat la data introducerii contestației, 04.11.2011, față de data depunerii raportului de activitate, 20.10.2011, a apreciat că termenul de formulare a contestațiilor a fost depășit, motiv pentru care înțelege să susțină excepția tardivității cu toate consecințele sale.

Prevederile art.21 ale Legii nr.85/2006 reglementează expres procedura formulării contestațiilor împotriva măsurilor luate de lichidator, astfel că alin.3 prevede: „Contestația trebuie să fie înregistrată în termen de 3 zile de la depunerea raportului prevăzut la alin.1” – n.n. raportul lunar al lichidatorului.

Pe fondul cauzei a considerat că această contestație este nefondată, întrucât la data de 18.10.2011 a procedat la întocmirea Raportului privind modul de îndeplinire a atribuțiilor prevăzute în sarcina sa și justificarea cheltuielilor efectuate, în temeiul art.21 coroborat cu art.25 din Legea nr.85/2006 pentru perioada 08.09.2011 – 14.10.2011. Raportul de activitate nr.VIII a fost înregistrat la nivelul lichidatorului sub nr.103/18.10.2011. Acesta a fost publicat în BPI nr.11182/19.10.2011 și a fost depus la dosarul cauzei în data de 20.10.2011. Consideră că susținerile creditorului cum că raportul de activitate nr.VIII nu a fost publicat în BPI sunt neîntemeiate.

În ceea ce privește afirmația creditorului referitor la demersurile lichidatorului de a determina societatea SC K.E. SRL să își retragă oferta, a menționat că prin Sentința nr.503/CC/01.08.2011, pronunțată în dosarul nr.2495/115/2011, fără citarea lichidatorului, la cererea DGFP Caraș-Severin, pe cale de ordonanță președințială, s-a dispus suspendarea provizorie a procedurii de valorificare a bunurilor aflate în patrimoniul debitorului până la soluționarea de către judecătorul sindic a cererii de anulare a aceleiași proceduri, cerere înregistrată pe rolul Tribunalului Caraș-Severin la data de 28.07.2011 în dosarul de faliment al debitorului nr.1518/115/2010. Procedura de valorificare a bunurilor aflate în patrimoniul debitorului a fost astfel suspendată la cererea și inițiativa DGFP Caraș-Severin fără ca acest creditor să consulte în prealabil Comitetul de creditori, al cărui președinte a fost desemnat. Prin adresa nr.8970/02.08.2011, DGFP Caraș-Severin i-a transmis o copie a sentinței, solicitându-i să pună în aplicare de îndată dispozițiile hotărârii judecătorești, cu mențiunea că „nepunerea în aplicare a unei hotărâri judecătorești constituie faptă prevăzută de legea penală”. Astfel, procedura de valorificare a fost stopată.

A procedat la anunțarea participanților care s-au calificat în faza supraofertării că procedura a fost suspendată, existând riscul și probabilitatea ca aceasta să fie și anulată, întrucât DGFP Caraș-Severin, fără a consulta și ceilalți creditori din procedură a formulat și depus la dosarul cauzei, la data de 28.07.2011, o cerere de anulare a întregii proceduri de valorificare.

În aceste condiții, prin adresele nr.7175/02.08.2011 și nr.7176/02.08.2011 a transmis o notificare către cele două societăți care s-au calificat în faza supraofertării – M. AG și SC K.E. SRL. Notificările transmise către ofertanți au fost depuse în anexele 4 și 5.

Cu aceeași ocazie și în baza aceluiași demersuri întreprinse de către DGFP Caraș-Severin, pentru a nu exista suspiciuni cu privire la conținutul plicurilor cu supraoferte, a depus plicurile conținând supraofertele înregistrate de M. AG și SC K.E. SRL, la sediul notarului public I. P.F., în vederea păstrării acestora în depozit, până la soluționarea pe fond a cererii de anulare a procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitorului. Încheierea notarială de primire în depozit a fost depusă în anexa nr.6. Eliberarea plicurilor urma să se facă doar în prezența sa împreună cu reprezentanții societăților ofertante.

Prin adresa nr.824/07.09.2011, transmisă prin fax în data de 08.09.2011, SC K.E. SRL și-a retras oferta, solicitând în mod expres restituirea garanției de participare. Această adresă se regăsește în anexa nr.7.

Lichidatorul a învederat că prin Sentința comercială nr.89/JS/CC/08.09.2011 s-a respins cererea de anulare a procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitorului, astfel că a procedat la continuarea demersurilor de valorificare a bunurilor din averea debitorului.

Raportat la cererea SC K.E. SRL cu nr.824/07.09.2011, având în vedere că această societate a menționat că nu își menține oferta, a restituit, la data de 12.09.2011, garanția de participare, nemaexistând nici un temei legal pentru reținerea ei.

Întrucât procedura negocierii directe a presupus parcurgerea mai multor etape în care participanții la procedură au putut supraoferta, câștigătorul procedurii a fost desemnat la data de 14.09.2011, singurul pas care mai trebuia îndeplinit fiind deschiderea plicurilor conținând supraofertele.

În acest sens, prin adresa cu nr.8375/12.09.2011, a transmis creditorului DGFP Caraș-Severin invitația de a participa în data de 14.09.2011, ora 12,00 în fața notarului public P.I. F., la deschiderea supraofertelor, în prezența Comisiei de negociere, creditorul înțelegând să nu dea curs acestei invitații (anexa nr.8).

A menționat că DGFP Caraș-Severin a fost invitat să participe în calitate de observator, pentru a asigura transparența procedurii și pentru a se evita contestațiile ulterioare, acesta fiind înlocuit din Comisia de Negociere încă din data de 19.07.2011.

A apreciat că atitudinea creditorului majoritar ca fiind de rea-credință, întrucât de fiecare dată când s-a pus problema participării sale active la procedura de valorificare nu a înțeles să dea curs invitațiilor, ci dimpotrivă s-a rezumat la formularea unor contestații care afectează și încetinesc nejustificat procedura de valorificare.

În aceste condiții, la data de 14.09.2011, ora 12,00, în fața notarului public P.I. F., s-a procedat la deschiderea supraofertelor, în prezența Comisiei de negociere, fiind desemnată câștigătoare societatea M. AG din Elveția. La deschiderea plicurilor conținând supraofertele au participat ambele societăți ofertante.

Raportat la participarea SC K.E. SRL la deschiderea plicurilor conținând supraofertele, a menționat că participarea acesteia era obligatorie, întrucât prin încheierea notarială de primire în depozit era menționat că „Ofertele vor fi eliberate reprezentanților R.ªP. SPRL în prezența societăților ofertante SC K.E. SRL București și societatea M. AG, Zug, Elveția”. Arată că deși societatea SC K.E. SRL și-a

rezervat dreptul de a reveni asupra deciziei de retragere a ofertei, aceasta și-a menținut decizia de renunțare și în fața notarului public. Desigilarea ambelor plicuri s-a realizat de către notarul public pentru a verifica dacă plicurile conțineau într-adevăr supraofertele. A mai arătat că desigilarea ambelor plicuri a fost necesară pentru asigurarea transparenței procedurii, pentru a nu exista contestații ulterioare, fie din partea participanților, fie din partea creditorilor.

Comisia de negociere a analizat doar oferta celor de la M. AG, fără a se analiza oferta formulată de către SC K.E. SRL, întrucât aceasta nu putea produce nici un fel de efecte juridice.

A învederat că nu a întreprins nici un demers prin care să determine societățile participante la procedura de valorificare să își retragă ofertele. A aplicat un tratament egal participanților la procedură, M. AG și SC K.E. SRL fiind anunțați în aceeași zi, prin notificări cu același conținut, că procedura de valorificare a fost suspendată. SC K.E. SRL și-a retras oferta datorită incertitudinii rezultatului procedurii de valorificare. M. AG a fost declarată câștigătoarea procedurii de valorificare, în mod legal și transparent. A arătat că nu a avut nici un interes să determine retragerea ofertei de 6.000.000 Euro făcută de SC K.E. SRL, întrucât onorariul stabilit de creditorii este un onorariu de succes, în funcție de încasările efectuate.

A apreciat că toate acuzațiile ce i-au fost aduse sunt lipsite de probatoriul aferent, fiind simple afirmații lipsite de temei.

A considerat că a respectat principiile sub imperiul cărora s-a desfășurat procedura de valorificare a bunurilor din averea debitorului.

În ce privește principiul maximizării averii debitorului a arătat că a reușit valorificarea terenurilor absolut indispensabile exploatării și a licenței de exploatare la un preț mai mare decât valoarea de evaluare a tuturor bunurilor din averea debitorului. A considerat că a aplicat un tratament egal și echitabil participanților la procedură. Principiul transparenței procedurii a fost respectat în totalitate, neexistând nici o contestație cu privire la acest aspect, nici din partea creditorilor și nici din partea ofertanților. În ce privește principiul privilegiului creditorului garantat asupra bunului primit în garanția creanței sale, acesta nu poate fi pus în discuție raportat la procedura valorificării terenurilor absolut indispensabile exploatării și a licenței de exploatare, întrucât acestea sunt libere de sarcini și nici un creditor nu are vreo garanție instituită asupra lor.

Referitor la capătul de cerere privind obligarea sa la repararea prejudiciului creat prin retragerea ofertei SC K.E. SRL, a arătat că în cuprinsul raportului contestat a adus la cunoștință faptul că această societate și-a retras oferta. De asemenea a menționat că diferența dintre oferta declarată câștigătoare și oferta retrasă este de aproximativ 11.000.000 lei, sumă care ar fi acoperit o mare parte din creanțele înscrise în tabelul de creanțe. Retragerea ofertei de către SC K.E. SRL nu a fost cauzată de vreo faptă culpabilă, nefiind identificate fapte sau persoane culpabile care să determine societatea să își retragă oferta.

Pe fond, lichidatorul a apreciat ca nefondată solicitarea creditorului de a-l obliga să suporte prejudiciul de 11.000.000 lei, menționând că însăși motivarea în drept a cererii este eronată, întrucât prevederile art.1349 și urm. din Noul Cod Civil nu sunt aplicabile în situația de față. Consideră că prevederile legale aplicabile în situația de față sunt cele ale art.998-999 coroborate cu art.1169 din Vechiul Cod Civil.

Răspunderea civilă delictuală presupune existența sau întrunirea cumulată a elementelor constitutive și anume: prejudiciul, fapta ilicită, raportul de cauzalitate

între fapta ilicită și prejudiciul cauzat, precum și vinovăția sau greșeala autorului faptei ilicite și prejudiciabile. Astfel, acestea nu sunt îndeplinite, în cauză nefiind dovedită vreo faptă ilicită cauzatoare de prejudicii.

A menționat că DGFP Caraș-Severin nu are calitate procesuală în formularea unei acțiuni în răspundere patrimonială, întrucât „prejudiciul” la care se face referire nu a fost suportat de DGFP Caraș-Severin ci de întreaga masă credală a debitorului. Așadar, fără o aprobare prealabilă a Adunării generale a creditorilor, DGFP Caraș-Severin nu are calitate procesuală în susținerea capătului de cerere privind repararea unui prejudiciu care în fond nici măcar nu există.

Fapta sa de a se conforma unei hotărâri judecătorești precum și unei adrese transmise de către creditorul majoritar, instituții fundamentale ale statului Român, nu poate fi considerată o faptă ilicită, ci dimpotrivă, o faptă obligatorie și în concordanță cu legislația în vigoare.

Astfel, întrucât nu există faptă ilicită, nefiind îndeplinite condițiile cumulative ale răspunderii civile delictuale, cererea creditorului trebuie respinsă ca fiind nefondată.

La data de 19.01.2012 creditorul DGFP Arad a depus precizare la contestație prin care a solicitat și anularea măsurii dispuse de către lichidator prin care s-a dispus restituirea garanției de participare în cuantum de 4.227.001 lei către SC K.E. SRL fără a avea acordul Adunării creditorilor/Comitetului creditorilor și cu nerespectarea prevederilor legale și a Regulamentului de valorificare a bunurilor debitorului.

Creditorul a considerat că lichidatorul, în mod nelegal a dispus restituirea garanției de participare cu nerespectarea prevederilor legale și a Regulamentului de valorificare a bunurilor debitorului. Menționează că oferta depusă de SC K.E. SRL a fost acceptată de către Comisia de valorificare, mai mult această societate a și depus o supraofertă. În aceste condiții SC K.E. SRL nu mai avea dreptul conform Regulamentului de valorificare să-și retragă oferta formulată și în consecință nu mai avea dreptul să obțină restituirea garanției de participare.

În cauză s-a administrat proba cu înscrisuri și interogatoriul lichidatorului.

Din examinarea actelor și înscrisurilor aflate la dosarul cauzei judecătorul sindic a reținut următoarele:

Prin încheierea de ședință din data de 29 martie 2012 s-a respins excepția tardivității introducerii contestației invocată de lichidator.

Excepția lipsei calității procesuale active a creditorului DGFP Arad invocată de lichidator este neîntemeiată și a respins-o deoarece creditorul DGFP Arad are calitatea procesuală activă pentru a formula contestația conform art.21 din Legea nr.85/2006 care prevede că „oricare dintre creditorii precum și orice altă persoană interesată pot face contestație împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar” și are calitate procesuală activă ca în cadrul acestei contestații să ceară repararea unui prejudiciu, fiind creditor în procedura insolvenței, reprezentând creditorul DGFP Caraș-Severin.

Potrivit Regulamentului de valorificare a patrimoniului debitorului SC M. SA comisia de negociere va fi formată din 3 membri, respectiv practicianul în insolvență reprezentant al lichidatorului, un angajat/colaborator al lichidatorului, un reprezentant al creditorului majoritar ANAF.

Regulamentul de valorificare a fost prezentat în ședința Adunării creditorilor din 06.01.2011 și a fost aprobat în ședința Adunării creditorilor din 19.01.2011.

Potrivit aceluiași regulament plicurile conținând supraofertele vor fi deschise de către Comisia de Negociere în termen de 2 zile de la expirarea termenului stabilit pentru înregistrarea supraofertelor.

Contestația formulată de creditorul DGFP Arad apare întemeiată privitor la nerespectarea Regulamentului motivat pe faptul că din Comisia de Negociere nu a făcut parte un reprezentant ANAF.

Pentru prima etapă a procedurii de negociere calendarul activităților a fost comunicat de lichidator creditorului DGFP Caraș-Severin pentru perioada 22.07. – 03.08.2011.

Activitățile privitor la etapa ulterioară datei de 03.08.2011 trebuiau îndeplinite de lichidator în temeiul Regulamentului de valorificare care prevedea că din comisia de negociere trebuie să facă parte un reprezentant ANAF.

Dacă creditorul DGFP Caraș-Severin nu și-a desemnat un reprezentant până la data de 21.07.2011 – dată la care s-a întrunit Comisia de Negociere la sediul lichidatorului pentru verificarea ofertelor depuse de către ofertanți, aceasta fiind faza intermediară a procedurii de valorificare așa cum arată și lichidatorul (fila 8 dosar vol.VI). ulterior acestei date și pentru perioada următoare, a supraofertării, lichidatorul urma să asigure componența comisiei de negociere conform Regulamentului.

La solicitarea lichidatorului pentru ca DGFP Caraș-Severin să numească o persoană pentru a asista la deschiderea plicurilor conținând supraofertele creditorul DGFP Arad a răspuns că nu e desemnat nici un reprezentant din partea ANAF la deschiderea plicurilor în data de 14.09.2011 și va analiza oportunitatea exercitării căii de atac împotriva sentinței Tribunalului Caraș-Severin nr.89/JS/CC/08.09.2011 (filele 145, 147 vol.V dosar).

În aceste împrejurări, această etapă a deschiderii plicurilor conținând supraofertele este ulterioară formulării cererilor de sistare/anulare a valorificării bunurilor formulate de DGFP în 25.07.2011, respectiv 28.07.2011, cereri care s-au soluționat irevocabil.

Procedura de negociere a fost astfel viciată întrucât la deschiderea plicurilor conținând supraofertele din data de 14.09.2011 din Comisia de Negociere nu a făcut parte reprezentantul ANAF conform Regulamentului de valorificare aprobat de creditorii iar lichidatorul a întreprins măsurile luate fără a avea în vedere că creditorul DGFP i-a comunicat că va analiza oportunitatea exercitării căii de atac și nu desemnează un reprezentant.

Încheierea de certificare notarială nr.11190/14.09.2011 s-a întocmit privitor la declararea câștigătorului procedurii de valorificare de către comisia de negociere în care nu a fost reprezentat creditorul ANAF.

Contestația apare întemeiată și pentru următoarele motive invocate de creditorul DGFP Arad:

În Regulamentul de valorificare s-a prevăzut că privitor la modalitatea de valorificare se va opta pentru vânzarea prin negociere directă, pornindu-se de la prețul minim stabilit în Raportul de evaluare.

În procesul verbal de negociere lichidatorul a menționat că oferta financiară formulată de ofertantul M. AG este inferioară celei minime aprobate de creditorii și cu toate acestea ofertantul M. AG a fost acceptat în faza de supraofertare, supraofertele fiind depuse de M. AG la 31.07.2011 și de SC K.E. SRL la 01.08.2011.

Procedura de negociere apare viciată și pentru că ofertantul SC K.E. SRL și-a retras oferta dar totuși a participat la 14.09.2011 la desigilarea plicurilor conținând supraofertele deși prin retragerea ofertei și-a pierdut calitatea de participant.

În consecință măsurile luate de lichidator cuprinse în raportul de activitate nr.VIII vor fi înlăturate și se va dispune revenirea la situația anterioară.

Întrucât cei doi ofertanți s-au prezentat la negociere la faza intermediară a procedurii de valorificare iar procedura urmată în acea etapă nu a fost anulată (soluțiile instanței fiind irevocabile) procedura de supraofertare va fi reluată de la etapa supraofertării prevăzute de la pasul 5 al Regulamentului de valorificare.

Deși creditorul DGFP Arad a cerut să se constate nulitatea încheierii de certificare nr.11190/14.09.2011, prin infirmarea măsurilor lichidatorului și revenirea la situația anterioară încheierea de certificare notarială va rămâne fără efecte, nu se va dispune nulitatea ei pentru că nu s-a cerut înscrierea în fals a acestui înscris.

Instanța a respins capătul de cerere al contestației privind obligarea lichidatorului la repararea prejudiciului de 11.000.000 lei pentru următoarele considerente:

Pentru angajarea răspunderii civile delictuale se cere întrunirea cumulativă a condițiilor privind existența unui prejudiciu, existența unei fapte ilicite, existența unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu, existența vinovăției celui care a cauzat prejudiciul.

În speță nu s-a făcut dovada îndeplinirii cumulative a acestor condiții.

Astfel nu există fapta ilicită, lichidatorul a înștiințat ambii ofertanți despre situația existentă în urma pronunțării ordonanței președințiale și a trimis adresă atât ofertantului M. AG cât și ofertantului SC K.E. SRL (filele 174, 177 vol.V dosar).

În acest sens lichidatorul a arătat că prin adresa nr.8970/02.08.2011 DGFP a transmis o copie de pe sentința nr.503/CC/01.08.2011 pronunțată de Tribunalul Caraș-Severin solicitându-i să pună în aplicare dispozițiile acesteia (fila 129 vol.V dosar).

Ofertantul SC K.E. SRL a comunicat în scris că apreciază că nu se mai justifică reținerea unei garanții de participare cu o valoare atât de mare iar la data de 05.08.2011 a solicitat retragerea garanției de participare.

În aceste împrejurări concrete nu s-a dovedit existența unui prejudiciu și apare neîntemeiată cererea creditorului DGFP Arad de a obliga lichidatorul la plata sumei de 11.000.000 lei, în cauză nefiind un prejudiciu ca rezultat al încălcării unui drept subiectiv, respectiv ca efect negativ urmare a unei fapte ilicite.

În cauză nu există raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu în sensul că prin fapta sa lichidatorul a provocat acel prejudiciu și nu există vinovăția ca element subiectiv în conduita lichidatorului, acesta dând curs solicitării DGFP prin comunicarea situației existente la acea dată ambilor ofertanți.

Instanța a respins capătul de cerere al contestației privind anularea măsurii de restituire a garanției de participare a ofertantului SC K.E. SRL deoarece restituirea garanției s-a făcut la cererea acestui ofertant.

Astfel SC K.E. SRL a comunicat în scris că a observat de pe BPI că pe lângă litigiile existente creditorul majoritar a propus și înlocuirea lichidatorului, a invocat faptul că nu se întrevode soluționarea irevocabilă a cererii DGFP de anulare ce avea termen la 08.09.2011 în mai puțin de 60 zile timp rămas până la anularea licenței de exploatare și a apreciat că nu se mai justifică reținerea unei garanții de participare cu o valoare atât de mare astfel că la data de 05.08.2011 a solicitat retragerea garanției de participare (filele 141-142 vol.V dosar).

Regulamentul de valorificare prevede doar restituirea garanției pentru participanții care nu au obținut posibilitatea de a supraoferta și către ofertanții participanți la supraofertare care nu au câștigat negocierea.

Creditorul contestator DGFP Arad nu a indicat alt temei prevăzut de lege care să nu fi fost respectat ci face referire doar la nerespectarea prevederilor legale și a Regulamentului de valorificare și la lipsa acordului adunării creditorilor. Or lichidatorul a arătat că nu-și putea asuma indisponibilizarea pe o perioadă nedeterminată a sumei de 1 milion de Euro și nu avea temei legal pentru blocarea sumei reprezentând garanția de participare pe o perioadă lungă decât cea asumată de ofertanți prin înscrierea la negociere (fila 112 vol.VI dosar).

Pentru aceste motive instanța, constatând întemeiată în parte contestația formulată de creditorul DGFP Arad a dispus admiterea în parte a contestației, a dispus înlăturarea măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr.VIII din 18.10.2011, a dispus revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitorului, a respins capetele de cerere privind obligarea lichidatorului la plata prejudiciului de 11.000.000 lei și anularea măsurii de restituire a garanției de participare către SC K.E. SRL.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, a declarat recurs creditoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin, solicitând admiterea acestuia și modificarea în parte a sentinței recurate în sensul admiterii contestației sale completate și precizate cu consecința înlăturării tuturor măsurilor luate de către lichidatorul judiciar și evidențiate în raportul de activitate nr.VIII, publicat în Buletinul procedurilor de insolvență nr.11.182/19.10.2011 și a obligării lichidatorului judiciar la repararea prejudiciului de 11.000.000 lei.

În motivarea recursului creditoarea arată că hotărârea atacată este lipsită de temei legal, fiind dată cu încălcarea și aplicarea greșită a legii și cuprinde dispoziții contradictorii (art. 304 pct. 7 și 9 C. proc. Civilă).

Referitor la primul argument al instanței potrivit căruia nu sunt îndeplinite condițiile pentru angajarea răspunderii lichidatorului judiciar și obligarea acestuia la repararea prejudiciului de 11.000.000 lei, creditoarea arată că prima instanță în mod greșit a apreciat că în speță nu sunt îndeplinite condițiile generale ale răspunderii instituite prin dispozițiile art. 998 și 999 cod civil, care constituie temeiul pentru stabilirea condițiilor generale răspunderii, respectiv:

- existența unui prejudiciu, ca element esențial al răspunderii delictuale constă în rezultatul, în efectul negativ suferit de o anumită persoană ca urmare a faptei ilicite săvârșită de o altă persoană. În speța de față prejudiciul suferit constă în suma de bani ce urma a fi încasată în contul de lichidare ca urmare a valorificării bunurilor din averea debitoarei, cu consecința a-și îndeștula creanța din aceste sume;

- existența unei fapte ilicite, aceasta constă în acțiunile realizate de lichidatorul judiciar având drept consecință retragerea de la procedura de licitație a unuia dintre ofertanți (SC K.E. SRL).

Lichidatorul judiciar prin demersurile efectuate (notificarea ofertanților cu privire la posibilitatea retragerii din procedura de valorificare și restituirea cauțiunii), a obstrucționat flagrant dreptul creditorilor de a controla deciziile manageriale sub aspectul oportunității în condițiile art.11 alin.2 din Legea nr.85/2006.

Astfel, lichidatorul judiciar a influențat în mod direct stabilirea adjudecatarului deoarece prin formularea unei adrese către SC K.E. SRL a indus acesteia o stare de incertitudine cu privire la desfășurarea procedurii de selectare afirmând în adresa nr. 7175/02.08.2011 că „ofertanții pot cere restituirea garanției de participare la licitație, datorită apariției situațiilor litigioase promovate de către creditorul majoritar”.

Afirmația mai sus menționată se susține cu atât mai mult cu cât ofertantul SC K.E. SRL în data de 05.08.2011, la trei zile după transmiterea notificării mai sus menționate, a și solicitat restituirea cauțiunii și s-a retras din procedura de valorificare a bunurilor SC M. SA.

Creditoarea recurentă menționează că, lichidatorul judiciar nu a fost în măsură să indice vreun temei legal pentru demersul său, singura justificare fiind adresa Agenției Naționale de Administrare Fiscala prin care i se aduce la cunoștință soluția instanței de judecată.

Mai mult, așa cum a arătat prin contestația formulată lichidatorul judiciar a fost acela care a determinat retragerea ofertantului SC K.E. din procedura de valorificare, în aceste condiții susținerile judecătorului sindic conform cărora nu ar exista o faptă ilicită sunt total greșite, în opinia recurentei.

Pe de altă parte, în practica judecătorească s-a admis obligarea autorului prejudiciului de a plăti despăgubiri și în unele situații în care pierderea suferită era consecința încălcării unui simplu interes.

- existența unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu, recurenta creditoare consideră, contrar susținerilor primei instanțe, că acesta există.

În acest sens prevederile art. 998 din codul civil precizează că, fapta omului care "cauzează altora prejudiciu", obligă la repararea acestuia. Astfel în acest cadru al răspunderii este necesar să se stabilească nu un raport de cauzalitate în general, ci raportul de cauzalitate specific dintre acțiunea sau inacțiunea omenească cu caracter ilicit și prejudiciu.

Susținerile judecătorului sindic conform cărora "lichidatorul judiciar prin acțiunile sale doar a dat curs solicitării DGFP prin comunicarea situației existente la acea dată ambilor ofertanți" sunt doar parțial adevărate, ceea ce a omis judecătorul sindic este faptul că lichidatorul și-a depășit la momentul în care din propria inițiativă a oferit ofertanților posibilitatea de a se retrage din procedura de ofertare și chiar a dispus restituirea cauțiunii.

Recurenta creditoare mai arată că în speța de față există un raport de cauzalitate direct și imediat între acțiune/fapta lichidatorului judiciar, de a notifica posibilitatea retragerii ofertei și prejudicierea creditorilor reprezentată de retragerea de îndată a ofertei și a de sumei achitată cu titlu de garanție de participare.

Recurenta creditoare menționează că, în situația în care lichidatorul judiciar nu ar fi restituit garanția, efect al acceptării retragerii ofertei, creditorii si-ar fi putut recupera prejudiciul reprezentând diferența de preț din garanție depusă de ofertantul în cauză.

- existența vinovăției celui ce a cauzat prejudiciul, constând în intenția, neglijența și imprudența cu care a acționat. Necesitatea existenței acestui element al răspunderii rezultă expres din dispozițiile art. 998 și 999 Cod civil care prevăd răspunderea celui a cărui "greșeala" ori a cărui "neglijență" sau "imprudență" a "ocazonat" prejudiciul. Vinovăția lichidatorului judiciar este una evidentă, acesta neaducând la cunoștința creditorilor intențiile sale cu privire la notificarea și nici la posibilitatea restituirii garanției de participare.

Cu privire la respingerea greșită a capătului de cerere al contestației privind anularea măsurii de restituire a garanției de participare a ofertantului SC K.E. SRL deoarece restituirea garanției s-a făcut la cererea acestui ofertant, recurenta creditoare arată următoarele:

Cu toate că prin sentința pronunțată judecătorul sindic a reținut că Regulamentul de valorificare prevede doar restituirea garanției pentru participanții care nu au obținut posibilitatea de a supraoferta și către ofertanții participanți la

supraofertare care nu au câștigat negocierea în mod paradoxal a respins cererea de anulare a măsurii de restituire a garanției de participare.

Nici argumentul judecătorului sindic conform căruia restituirea garanției de participare se impunea deoarece aceasta a fost solicitată de SC K.E. SRL nu este fondat și legal, în opinia recurenteii.

Astfel, oferta depusă de SC K.E. SRL a fost acceptată de către Comisia de negociere, mai mult această societate a și depus o supraofertă, în aceste condiții ofertantul nu mai avea dreptul conform Regulamentului de valorificare să-și retragă oferta formulată și nici să obțină restituirea garanției de participare.

De altfel, scopul acestei garanții de participare era tocmai acela de a garanta creditorii că ofertanții la procedura de valorificare nu renunță intempestiv la procedura de valorificare, mai ales în etape foarte avansate ale procedurii cum a fost în speță, decât cu consecința asumată a ofertanților că vor pierde garanția de participare.

Mai mult, prin răspunsul la întrebarea nr. 4 din Interogatoriu, chiar lichidatorul judiciar a recunoscut faptul că în regulamentul de valorificare a bunurilor debitoarei cât și în Caietul de sarcini întocmit la data de 22.06.2011 nu se prevede în mod expres situațiile în care se poate dispune dreptul de a fi retrasă o ofertă sau restitui garanția de participare.

Astfel, în condițiile în care Regulamentul de valorificare și caietul de sarcini constituie legea părților implicate în procedura de valorificare a bunurilor SC M. SA, "lege" care nu a stabilește această posibilitate, în conformitate cu principiul "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" (unde legea nu distinge nici noi nu trebuie să distingem), lichidatorul judiciar nu avea posibilitatea ca din propria inițiativă să ia aceste măsuri, fără a încălca flagrant "legea părților", lucru care a fost nesocotit de prima instanță.

Se mai arată că prima instanță greșit a reținut că D.G.F.P. Arad nu indică alt temei prevăzut de lege care să nu fi fost respectat ci face referire doar la nerespectarea prevederilor legale, Regulamentul de valorificare și lipsa acordului adunării creditorilor.

Din punctul de vedere al recurenteii încălcarea celor trei elemente mai sus menționate sunt mai mult decât suficiente pentru a justifica anularea măsurii de restituire a garanției de participare cu atât mai mult cu cât lichidatorul judiciar a efectuat toate aceste demersuri fără a informa în prealabil creditorii așa cum acesta recunoaște prin răspunsul dat la întrebarea a 6 a din interogatoriu.

Recurenta învederează instanței de recurs că la momentul când lichidatorului judiciar i-a fost solicitat temeiul legal în baza căruia au fost notificați ofertanții cu privire la posibilitatea retragerii cauțiunii, nu a fost în măsură să indice în mod concret acest temei legal.

Lichidatorul judiciar s-a limitat în a invoca tot felul de dispoziții legale care în mod evident nu au nicio legătură cu speța, deoarece acesta nu a fost în măsură a justifica în mod clar și legal măsura abuzivă pe care a luat-o din propria inițiativă.

Nici argumentul conform căruia lichidatorul a arătat că nu-și putea asuma indisponibilizarea pe o perioadă nedeterminată a sumei de 1 milion de euro nu este pertinent în condițiile în care asumarea acestei decizii nici nu trebuia făcută de lichidatorul judiciar, ci acesta trebuia să se consulte în prealabil cu factorii decidenți din procedură (Adunarea creditorilor, Comitetul Creditorilor) dacă se impune sau nu restituirea garanției.

În schimb lichidatorul a decis să ia o măsura care îi depășea sfera de atribuții cu consecințe dăunătoare pentru creditorii.

Pe de altă parte, hotărârea primei instanțe este și contradictorie raportat la respingerea cererii de anulare a măsurii de restituire a garanției de participare în condițiile în care s-a dispus reluarea procedurii de valorificare de la etapa supraofertării prevăzute de la pasul 5 al Regulamentului de valorificare.

Astfel, s-a ajuns în situația ca SC K.E. SRL să participe la faza de supraofertare fără a avea îndeplinită una din condițiile de participare la procedura de valorificare a bunurilor SC M. SA, adică achitarea unei garanții de 1 milion de euro, garanție care în mod nelegal a fost restituită de lichidatorul judiciar.

Pentru considerentele mai sus menționate, recurenta creditoare solicită admiterea recursului.

În drept, recurenta creditoare invocă dispozițiile art. 304 indice 1, art. 304 pct. 7, 9 din Codul de procedură civilă, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Împotriva aceleiași sentințe, în termen legal, a declarat recurs și R. & P. SPRL Cluj Napoca, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC M. SA solicitând admiterea acestuia și pe cale de consecință: admiterea excepției autorității de lucru judecat, cu privire la componența Comisiei de Negociere directă și cu privire la validarea procedurii de valorificare, în baza art. 166 din Codul de Procedură Civilă, ca urmare a pronunțării Deciziei Civile nr. 494/05.03.2012 a Curții de Apel Timișoara, în principal, casarea sentinței recurate și trimiterea cauzei spre rejudecare (art. 304 pct. 5 C.p.c.), în vederea refacerii cadrului procesual și asigurării contradictorialității și a dreptului la apărare al tuturor părților implicate în procedură, în subsidiar, modificarea în parte a sentinței recurate, în sensul menținerii tuturor măsurilor luate de lichidatorul judiciar cuprinse în Raportul de activitate nr. VIII din data de 18.10.2011, ca fiind legale și în conformitate cu Legea insolvenței nr. 85/2006, cu Regulamentul de valorificare a bunurilor din averea debitoarei, conținând prețurile și modalitatea de vânzare și cu Caietul de sarcini completat, întocmit pentru vânzarea bunurilor imobile absolut indispensabile exploatarei miniere împreună cu cesionarea licenței de exploatare, cu consecința respingerii contestației formulate de către D.G.F.P. Arad în reprezentarea D.G.F.P. Caras Severin, astfel cum a fost precizată, ca fiind nefondată.

În motivarea recursului, lichidatorul arată, în fapt, la data de 18.10.2011, a întocmit Raportul privind modul de îndeplinire a atribuțiilor prevăzute în sarcina sa și justificarea cheltuielilor efectuate, în temeiul art. 21 coroborat cu art. 25 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, pentru perioada 08.09.2011-14.10.2011 (anexa nr. 3).

Raportul de activitate nr. VIII a fost înregistrat la nivelul lichidatorului judiciar R. & P. SPRL, sub nr. 103/18.10.2011. În temeiul art. 21 din Legea insolvenței, raportul de activitate amintit mai sus a fost publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 11.182/19.10.2011, acesta fiind totodată depus la dosarul cauzei în data de 20.10.2011 (anexa nr. 6) cuprinzând:

1. Demersuri efectuate de către lichidatorul judiciar pentru valorificarea bunurilor din averea debitoarei.

Prin Sentința comercială nr. 89/JS/CC, pronunțată în ședința Camerei de consiliu din data de 08 Septembrie 2011 în dosarul cu numărul 2518/115/2010, aflat pe rolul Tribunalului Caras Severin, judecătorul sindic a respins cererea de anulare a procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitoarei S.C. M. SA., formulată de creditoarea D.G.F.P. Caras Severin.

Având în vedere acest aspect, lichidatorul judiciar a continuat realizarea demersurilor de valorificare a bunurilor din averea debitoarei.

Astfel, întrucât procedura negocierii directe a presupus parcurgerea mai multor etape în care participanții la procedură au putut supraoferta, câștigătorul procedurii a fost desemnat la data de 14 septembrie 2011.

În acest sens, lichidatorul judiciar, prin adresa cu nr. 8375/12.09.2011 a transmis creditoarei DGFP Caras Severin invitația de a participa în data de 14 Septembrie 2011, ora 12:00, în fața notarului public P.I. F., la deschiderea supraofertelor, în prezența Comisiei de negociere, creditoarea înțelegând să nu dea curs acestei invitații.

În aceste condiții, la data de 14 Septembrie 2011, ora 12:00, în fața notarului public P.I. F., s-a procedat la deschiderea supraofertelor, în prezența Comisiei de negociere, fiind desemnată câștigătoare societatea M. AG din Elveția cu sediul social în Elveția, Zug, înregistrată la Registrul Comerțului din Cantonul Zug, cu nr. CH - 170.3.025.938-2, din data de 20.11.2002.

Cu ocazia desigilării plicurilor s-a constatat că societatea M. AG din Elveția a oferit suma de 14.036.155,00 lei, sumă la care se adaugă TVA-ul aferent iar societatea K.E. SRL a oferit suma de 6.000.000 euro (aproximativ 25.200.000 lei), sumă la care se adaugă TVA-ul aferent.

Totuși, prin adresa cu nr. 824/07.09.2011, K.E. SRL și-a retras oferta motivându-și acest demers prin prisma acțiunilor orchestrate de către ANAF privind anularea procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitoarei S.C. M. S.A.

Grupul de societăți M. AG deține o companie care are ca obiect de activitate construcțiile și materialele de construcții, prestând inclusiv servicii de design pentru produsele respective.

Referitor la investițiile ce urmează a se efectua, reprezentanții ofertantului au declarat cu ocazia negocierilor că acestea vor fi suportate atât din fonduri proprii, cât și din fonduri obținute de la bănci. În ceea ce privește cuantumul minim al investițiilor prevăzut în cuprinsul Caietului de sarcini, respectiv 50 milioane de euro, reprezentanții ofertantului au declarat cu ocazia procedurii de negociere directă că din punctul lor de vedere costurile necesare pentru relansarea activității vor fi net superioare celor 50.000.000 de euro, având în vedere că doar uzina de flotație costă aproximativ 35.000.000 euro.

Așadar, în urma procedurii amintite mai sus, au fost adjudecate în favoarea M. AG, următoarele bunuri imobile absolut indispensabile exploatării minereului cuprifera, împreună cu transferul Licenței de exploatare 2781/2001: Halda Valea Mare, în suprafață totală de 176.000 mp; Halda Terezia, în suprafață totală de 293.125 mp; Halda Apele Albe, în suprafață totală de 202.336 mp; lazuri de decantare, în suprafață totală de 1.409.740 mp; Amplificare lazuri, în suprafață totală de 1.658.527 mp; Valea Mare, în suprafață de 69.881 mp; Incinta de preparare, în suprafață totală de 203.206 mp; Teren Carieră Concasor, cu o suprafață totală de 60.124 mp; Teren carieră de bananite, în suprafață totală de 998.684 mp; Teren incinta de preparare, în suprafață totală de 187.769 mp; Teren alimentare apă bananite, în suprafață totală de 11.691 mp; Teren drumuri transport, în suprafață totală de 102.335 mp;

Lichidatorul menționează că la acest moment a fost încasat integral prețul stabilit cu ocazia deschiderii plicurilor conținând supraofertele prin încheierea de certificare nr. 11190/14.09.2011.

2. Demersuri efectuate de către lichidatorul judiciar pentru realizarea transferului Licenței de exploatare către M. AG.

În acest sens, lichidatorul judiciar arată că a întocmit toate documentele necesare, urmând ca în cel mai scurt timp să se depună cererea de aprobarea a transferului licenței către A.N.R.M.

Față de măsurile lichidatorului judiciar, D.G.F.P. Arad, în reprezentarea D.G.F.P. Caras Severin, a formulat contestație.

Lichidatorul judiciar arată că hotărârea recurată este nelegală, raportat la prevederile art. 304 pct. 5 din Codul de Procedură Civilă – „când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat formele de procedură prevăzute sub sancțiunea nulității de art. 105 alin. 2”.

Având în vedere că procedura de negociere directă a implicat în mod direct interesele mai multor părți, respectiv: creditorii debitoarei SC M. SA, lichidatorul judiciar și ofertanții, lichidatorul judiciar apreciază că în cauză au fost grav încălcate formele de procedură prevăzute sub sancțiunea nulității de art. 105 alin. 2 din Codul de Procedură Civilă, în cauză nefiind citate toate părțile.

În acest sens, lichidatorul judiciar învederează instanței de recurs că în cauză nu au fost citite cele două societăți care s-au calificat în faza supraofertării, respectiv M. AG și K.E. SRL.

Lichidatorul judiciar apreciază că în aceste condiții nu a fost respectat dreptul la apărare al celor două societăți și nici contradictorialitatea procedurii, fiind încălcate flagrant două dintre principiile fundamentale ale procesului civil.

După cum reiese din probatoriul administrat în cauză, societățile M. AG și K.E. SRL s-au calificat în faza supraofertării în cadrul procedurii de negociere directă privind valorificarea bunurilor imobile absolut indispensabile exploatarei împreună cu transferul Licenței de exploatare nr. 2781/2001.

Totodată trebuie observat că prin încheierea de certificare nr. 11190/14.09.2011, întocmită de către notarul public P.I. F. (anexa nr. 7), societatea M. AG din Elveția a fost declarată câștigătoare a procedurii de negociere directă, aceasta oferind suma de 14.036.155,00 lei, sumă la care se adaugă TVA-ul aferent.

În aceste condiții societatea M. AG din Elveția a fost privată de dreptul de a-și apăra o investiție de ordinul milioanei de euro, în calcul intrând prețul oferit cu ocazia supraofertării, contravaloarea onorariilor avocațiale și a studiilor efectuate în vederea demarării lucrărilor de respectare a obligațiilor de mediu asumate prin Caietul de sarcini.

Mai mult, cu ocazia judecării contestației, la solicitarea creditoarei s-a pus problema declarării câștigătoare a societății K.E. SRL, în condițiile în care aceasta și-a retras oferta.

Raportat la aceste considerente lichidatorul judiciar apreciază că au fost grav încălcate formele de procedură civilă prevăzute sub sancțiunea nulității de art. 105 alin. 2 din Codul de Procedură Civilă, motiv pentru care se impune casarea sentinței recurate și trimiterea cauzei spre rejudecare (art. 304 pct. 5 CPC), în vederea refacerii cadrului procesual legal și a asigurării contradictorialității și a dreptului la apărare al tuturor părților implicate în procedură, în caz contrar hotărârea judecătorului sindic neputând fi opozabilă niciuneia dintre părțile care nu au participat la judecarea cauzei pe fond.

Art. 304 pct. 6 din Codul de Procedură Civilă a cerut, instanța a acordat mai mult decât s-a cerut ori ceea ce nu s-a cerut”:

În susținerea acestui motiv de recurs lichidatorul învederează instanței de recurs faptul că judecătorul sindic s-a pronunțat *plus petita*, dispunând înlăturarea tuturor măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr. VIII din data de 18.10.2011 și în consecință revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitoarei.

Astfel, în contestația formulată de către creditoare, nu există nici un capăt de cerere prin care să se solicite revenirea la situația anterioară și reluarea procedurii de valorificare de la etapa supraofertării.

De asemenea această problemă nu a fost pusă în discuția părților în vederea respectării dreptului legitim la apărare și a principiului contradictorialității fapt ce a determinat o gravă încălcare a drepturilor procesuale.

În aceste condiții, lichidatorul judiciar consideră că se impune modificarea sentinței recurate în sensul înlăturării din cuprinsul dispozitivului acesteia a mențiunii privind înlăturarea tuturor măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr. VIII din data de 18.10.2011 și în consecință revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitoarei.

Lichidatorul judiciar apreciază că sentința recurată a fost dată cu încălcarea dispozițiilor legale prev. de art. 304 pct. 9 din Codul de Procedură Civilă - "când hotărârea pronunțată este lipsită de temei legal ori a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a legii".

Prin Sentința Comercială nr. 901/JS/04.11.2010 (anexa nr. 8), pronunțată în dosarul cu numărul 2518/115/2010, aflat pe rolul Tribunalului Caras Severin, a fost respinsă contestația formulată de S.C. M. S.A. admitându-se cererile creditorilor A.N.A.F. și S.C. N. S. S.R.L. și pe cale de consecință s-a dispus deschiderea procedurii simplificate de insolvență împotriva debitoarei, „R. & P.” SPRL, fiind numită în calitate de lichidator judiciar.

În cadrul Ședinței Adunării Generale a Creditorilor din data de 19.01.2011, a fost supus spre aprobarea creditorilor și aprobat "Regulamentul de valorificare a bunurilor din averea debitoarei, conținând prețurile și modalitatea de vânzare".

La data 25.07.2011 creditoarea DGFP Caras Severin a formulat și depus la dosarul cauzei o cerere prin care a solicitat judecătorului sindic anularea procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitoarei SC M. SA, aceasta fiind respinsă ca nefondată prin Sentința comercială nr. 89/JS/CC/08.09.2011 (anexa nr. 9), pronunțată în cadrul dosarului cu numărul 2518/115/2010, aflat pe rolul Tribunalului Caras Severin.

Prin Sentința nr. 503/CC/01.08.2011 (anexa nr. 10), pronunțată în dosarul cu nr. 2495/115/2011, fără citarea lichidatorului judiciar, la cererea D.G.F.P. Caras Severin, pe cale de Ordonanță președințială, s-a dispus suspendarea provizorie a procedurii de valorificare a bunurilor aflate în patrimoniul debitoarei S.C. M. S.A., până la soluționarea de către judecătorul sindic a cererii de anulare a aceleiași proceduri, cerere înregistrată pe rolul Tribunalului Caraș-Severin la data de 25.07.2011 în dosarul de faliment al debitoarei S.C. M. S.A. cu numărul 2518/115/2010.

Prin ambele acțiuni judiciare se susținea, printre altele, că lichidatorul judiciar a stabilit o altă componentă a comisiei de negociere în scopul ocrotirii principiului transparenței.

În considerarea aspectelor prezentate mai sus, la inițiativa și prin demersurile întreprinse de creditoarea D.G.F.P. Caras Severin, procedura de valorificare a bunurilor din averea debitoarei în ceea ce privește valorificarea bunurilor imobile absolut indispensabile exploatarei împreună cu transferul licenței de exploatare, a fost stopată la pasul în care participanții și-au înregistrat supraofertele, urmând ca acestea să fie deschise de Comisia de Negociere - Pasul 8 din "Regulamentul de valorificare a bunurilor din averea debitoarei, conținând prețurile și modalitatea de vânzare".

Sentința comercială nr. 89/JS/CC, pronunțată în ședința Camerei de consiliu din data de 08 Septembrie 2011, în dosarul cu numărul 2518/115/2010, aflat pe rolul Tribunalului Caras Severin, prin care judecătorul sindic a respins cererea de anulare a procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitoarei S.C. M. S.A., formulată de creditoarea D.G.F.P. Caras Severin, a fost atacată cu recurs.

Prin Decizia Civilă nr. 494/05.03.2012 (anexa nr. 10), Curtea de Apel Timișoara a respins recursul declarat de creditoarea D.G.F.P. Caras Severin, împotriva Sentinței comerciale nr. 89/JS/CC, din data de 08 Septembrie 2011, în dosarul cu numărul 2518/115/2010, tranșând în mod definitiv problema componentei Comisiei de Negociere și constatând legalitatea constituirii acesteia (paginile 45-47 din Decizie), astfel că în cauză intervine autoritatea de lucru judecat.

"Referitor la susținerile recurente că lichidatorul judiciar a stabilit o altă componentă a comisiei de negociere în scopul ocularii principiului transparenței și pentru a înlătura controlul creditorilor asupra modului de desfășurare a procedurii de negociere, Curtea constată că aceste susțineri sunt neîntemeiate".

"În consecință, lipsa reprezentantului DGFP Caras Severin din componența comisiei de negociere se datorează tocmai atitudinii culpabile a acestei creditoare, care nu și-a desemnat în termen reprezentantul în această comisie, lichidatorul judiciar fiind nevoit, datorită acestei atitudini, să procedeze la modificarea componenței acestei comisii."

"În mod evident, având în vedere schimbarea componenței acestei comisii, de la data de 26.07.2011 reprezentanții creditoarei DGFP Caras Severin nu mai puteau să facă parte din această Comisie."

Întrucât procedura negocierii directe a presupus parcurgerea mai multor etape în care participanții la procedură au putut supraoferta, câștigătorul procedurii a fost desemnat la data de 14 Septembrie 2011, singurul pas care mai trebuia îndeplinit fiind deschiderea plicurilor conținând supraofertele - Pasul 8 din "Regulamentul de valorificare a bunurilor din averea debitoarei, conținând prețurile și modalitatea de vânzare".

În acest sens, lichidatorul judiciar, prin adresa cu nr. 8375/12.09.2011 (anexa nr. 11), a transmis creditoarei DGFP Caras Severin invitația de a participa în data de 14 Septembrie 2011, ora 12:00, în fața notarului public P.I. F., la deschiderea supraofertelor, în prezența Comisiei de negociere, creditoarea înțelegând să nu dea curs acestei invitații.

Lichidatorul menționează că creditoarea DGFP Caras Severin a fost invitată să participe în calitate de observator, pentru a asigura transparența procedurii și pentru a se evita contestațiile ulterioare, aceasta fiind înlocuită din Comisia de Negociere încă din data de 19.07.2011.

Este de observat atitudinea creditorului majoritar, care, cu rea credință, de fiecare dată când s-a pus problema participării sale active la procedura de valorificare nu a înțeles să dea curs invitațiilor lichidatorului judiciar, ci dimpotrivă a înțeles de fiecare dată să adopte o atitudine distructivă, rezumându-se la formularea unor contestații care afectează și încetinesc nejustificat procedura de valorificare, refuzând expres numirea unui reprezentant, așa cum reiese din Adresa nr. 36960/13.09.2011 emisă de DGFP Arad (anexa nr. 12).

În aceste condiții, la data de 14 Septembrie 2011, ora 12:00, în fața notarului public P.I. F., s-a procedat la deschiderea supraofertelor, în prezența Comisiei de negociere, fiind desemnată câștigătoare societatea M. AG din Elveția cu sediul social în Elveția, Zug, înregistrată la Registrul Comerțului din Cantonul Zug, cu nr. CH - 170.3.025.938-2, din data de 20.11.2002.

Deși creditoarea contestatoare nu a solicitat niciodată revenirea la situația anterioară, judecătorul sindic a dispus înlăturarea tuturor măsurilor lichidatorului judiciar cuprinse în Raportul de activitate nr. VIII, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute la Pasul 5 al Regulamentului de valorificare a patrimoniului debitoarei, motivându-și soluția prin prisma următoarelor argumente nelegale:

Potrivit Regulamentului de valorificare a patrimoniului debitorului SC M. SA comisia de negociere va fi formată din 3 membrii, respectiv practicianul în insolvență reprezentant al lichidatorului, un angajat/colaborator al lichidatorului, un reprezentant al creditorului majoritar ANAF.

Potrivit aceluiași Regulament, plicurile conținând supraofertele vor fi deschise de Negociere în termen de 2 zile de la expirarea termenului stabilit supraofertelor.

Procedura de negociere a fost viciată întrucât la deschiderea plicurilor conținând supraofertele din data de 14.09.2011, din Comisia de Negociere nu a făcut parte reprezentantul ANAF conform Regulamentului de valorificare aprobat de creditori, iar lichidatorul judiciar a întreprins măsurile luate fără a avea în vedere că creditorul DGFP i-a comunicat că va analiza oportunitatea exercitării căii de atac și nu desemnează un reprezentant.

În procesul verbal de negociere lichidatorul a menționat că oferta financiară formulată de ofertantul M. AG este inferioară celei minime aprobate de creditori și cu toate acestea ofertantul M. AG a fost acceptat în faza de supraofertare, supraofertele fiind depuse de M. AG la 31.07.2011 și de K.E. la data de 01.08.2011.

Procedura de negociere directă apare viciată și pentru faptul că ofertantul K.E. și-a retras oferta dar totuși a participat la 14.09.2011 la desigilarea plicurilor conținând supraofertele deși prin retragerea ofertei și-a pierdut calitatea de participant.

Referitor la componența Comisiei de Negociere care a procedat la deschiderea plicurilor conținând supraofertele, lichidatorul arată că trebuie avute în vedere următoarele aspecte:

Componența Comisiei de negociere a fost schimbată începând cu data de 19.07.2011, DGFP Caras Severin fiind înlocuită din cadrul comisiei, consecință a pasivității de care a dat dovadă pe parcursul întregii proceduri, măsură confirmată de către judecătorul sindic care prin Sentința comercială nr. 89/JS/CC menționează că aceste aspect nu afectează dispozițiile din Regulament:

"Prin Regulamentul de valorificare a bunurilor din averea debitorului aprobat, comisia de negociere este cea care verifică și analizează dosarele de oferte. Neînțelegerile existente între lichidator și ANAF București privitoare la reprezentantul ce trebuia desemnat pentru a se prezenta în comisie nu modifică și nu afectează dispozițiile Regulamentului privitor la rolul și atribuțiile comisiei de negociere".

Prin Decizia Civilă nr. 494/05.03.2012 Curtea de Apel Timișoara a respins recursul declarat de creditoarea D.G.F.P. Caras Severin, împotriva Sentinței comerciale nr. 89/JS/CC, din data de 08 Septembrie 2011, în dosarul cu numărul 2518/115/2010, tranșând în mod definitiv problema componentei Comisiei de Negociere și constatând legalitatea constituirii acesteia (paginile 45-47 din Decizie), astfel că în cauză intervine autoritatea de lucru judecat.

Lichidatorul reiterează faptul că creditoarea DGFP Caras Severin a fost invitată să participe în calitate de observator, pentru a asigura transparența procedurii și pentru a se evita contestațiile ulterioare, aceasta fiind înlocuită din Comisia de Negociere încă din data de 19.07.2011, refuzând în stilul caracteristic participarea în mod activ la procedură.

Față de toate aspectele prezentate anterior, hotărârea judecătorului sindic apare ca fiind nelegală, întrucât nu a ținut cont de autoritatea de lucru judecat cu privire la componența Comisiei de Negociere.

Mai mult, dacă inițial judecătorul sindic prin Sentința comercială nr. 89/JS/CC menționează că înlocuirea creditorului majoritar din componența Comisiei de Negociere nu afectează dispozițiile din Regulament, revine asupra unei soluții definitive și declară procedura ca fiind viciată.

Față de toate argumentele prezentate mai sus, lichidatorul apreciază că procedura deschiderii plicurilor conținând supraofertele nu a fost viciată, aceasta desfășurându-se în fața notarului public și a membrilor Comisiei de Negociere, astfel cum aceasta a fost modificată.

Referitor la inserarea în cuprinsul procesului verbal de negociere directă a faptului că oferta financiară formulată de M. AG este inferioară celei minime aprobate de creditorii și cu toate acestea ofertantul M. a fost acceptată în faza supraofertării, lichidatorul arată că, așa cum am susținut și probat și în cadrul ședinței de judecată din data de 24.05.2012, ambele societăți calificate în faza supraofertării, au oferit în faza premergătoare acestei etape prețuri peste valoarea stabilită în Raportul de evaluare, Regulamentul de valorificare și Caietul de sarcini.

Deși prețul avansat de ofertante a fost superior celui aprobat de creditorii pentru a se califica în faza supraofertării, în cuprinsul ambelor procese verbale de negociere directă s-a făcut mențiunea că acesta este inferior prețului minim aprobat de creditorii.

Referitor la acest aspect lichidatorul susține că a învederat judecătorului sindic că inserarea acestei mențiuni în cuprinsul procesului verbal a fost o strategie a lichidatorului judiciar de a-i determina pe ofertanți să avanseze o supraofertă cât mai mare, în vederea maximizării averii debitoarei.

Așadar, după cum reiese din Procesul verbal încheiat în data de 26.07.2011, privind ședința de negociere directă desfășurată cu reprezentantul ofertantului M. AG, prețul avansat de către această societate a fost de 5.555.555,00 lei plus TVA, preț care este superior celui minim aprobat de către creditorii, acest aspect fiind facil de verificat prin raportare la Regulamentul de valorificare întocmit.

Totodată, trebuie observat că judecătorul sindic nu combate faptul că oferta societății M. AG este superioară celei aprobate de către creditorii, ci se rezumă la a constata că procedura a fost viciată ca urmare a faptului că în cuprinsul procesului verbal de negociere directă se menționează că aceasta ar fi fost inferioară.

În aceste condiții fie judecătorul sindic nu a verificat cele învederate de către lichidatorul judiciar pe baza probatoriului administrat în cauză, fie a considerat că prețul oferit a fost superior celui aprobat de creditorii, dar că mențiunea din cuprinsul procesului verbal nu ar fi dat dreptul societății M. AG să participe la faza supraofertării.

De asemenea, în cuprinsul motivării, judecătorul sindic apreciază în mod corect că procedura de valorificare a fost validată în mod definitiv prin Decizia Civilă nr. 494/05.03.2012 de către Curtea de Apel Timișoara, până la momentul supraofertării, astfel că nu se mai poate pune problema legalității calificării în faza de supraofertare a societății M. AG, precum nici problema legalității constituirii Comisiei de Negociere.

În aceste condiții, întrucât procedura de valorificare a fost validată în integralitatea sa, în cauză intervine autoritatea de lucru judecat, motiv pentru care judecătorul sindic nu a avut la bază nici un temei legal care să îi permită anularea parțială a procedurii de valorificare.

Pentru toate aceste considerente, lichidatorul apreciază că procedura de valorificare a bunurilor din averea societății debitoare nu a fost viciată printr-o simplă mențiune din cuprinsul procesului verbal de negociere directă (validat prin Decizia Curții de Apel Timișoara, în condițiile în care în realitate a fost respectat Regulamentul de valorificare în integralitatea lui.

Referitor la faptul că ofertantul K.E. și-a retras oferta dar totuși a participat la data de 14.09.2011 la desigilarea plicurilor conținând supraofertele deși prin retragerea ofertei și-a pierdut calitatea de participant, lichidatorul arată că așa cum a menționat și în cuprinsul Raportului de activitate nr. VIII și după cum se poate observa cu ușurință și din cuprinsul încheierii de certificare nr. 11190/14.09.2011, la deschiderea plicurilor conținând supraofertele au participat atât societatea M. AG cât și societatea K.E. SRL.

Raportat la participarea K.E. SRL la deschiderea plicurilor conținând supraofertele, lichidatorul menționează că participarea acesteia era obligatorie prin prisma următoarelor considerente, chiar dacă societatea și-a retras oferta încă din data de 08.09.2011: prin încheierea notarială de primire în depozit a plicurilor conținând supraofertele se menționează imperativ: Ofertele vor fi eliberate reprezentanților R. & P. SPRL în prezența societăților ofertante SC K.E. SRL București și societatea M. AG, Zug, Elveția; după cum corect susține și creditoarea DGFP Caras Severin, societatea K.E. și-a rezervat dreptul de a reveni asupra deciziei de retragere a ofertei, însă aceasta și-a menținut decizia de renunțare și în fața notarului public; desigilarea ambelor plicuri s-a realizat de către notarul public pentru a verifica dacă plicurile conțineau într-adevăr supraofertele; desigilarea ambelor plicuri a fost necesară pentru asigurarea transparenței procedurii, pentru a nu exista contestații ulterioare, fie din partea participanților, fie din partea creditorilor. De asemenea, se poate observa cu ușurință și faptul că Comisia de negociere a analizat doar oferta celor de la M. AG, fără a se analiza oferta formulată de către K.E., întrucât aceasta nu putea produce nici un fel de efecte juridice. Raportat la aceste aspecte, lichidatorul judiciar arată că este fără putință de tăgadă că participarea societății K.E. SRL la deschiderea plicurilor conținând supraofertele nu a afectat în vreun fel procedura de valorificare, dreptul vreunui creditor sau determinarea ofertei câștigătoare, motiv pentru care soluția judecătorului sindic este nelegală.

În probațiune, pe lângă înscrisurile anexate recursului, lichidatorul judiciar a solicitat acvirarea dosarului cu nr. 2518/115/2010/a3 aflat în arhiva Tribunalului Caras Severin, dosar care a fost atașat prezentului dosar.

Lichidatorul judiciar R. & P.SPRL Cluj Napoca a formulat și întâmpinare în cauză prin care a solicitat respingerea recursului declarat de contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin, ca nefondat și menținerea sentinței recurate ca fiind temeinică și legală în ce privește respingerea capătului de cerere privind obligarea lichidatorului la plata prejudiciului de 11.000.000 lei și la respingerea capătului de cerere privind anularea măsurii de garanție de participare către SC K.E. SRL București.

În motivare lichidatorul reiterează susținerile din recurs privind demersurile efectuate de acesta pentru valorificarea bunurilor din averea debitoare, pentru realizarea transferului licenței de exploatare către M. AG și apărările contestatoarei D.G.F.P. Arad din cuprinsul contestației.

În continuare lichidatorul arată, raportat la susținerile creditoarei recurente, că în cauză devin incidente disp.art.998, 999 și 1169 Cod civil.

Raportat la aceste prevederi legale, lichidatorul arată că răspunderea civilă delictuală presupune existența sau întrunirea cumulativă a următoarelor condiții sau elemente constitutive: prejudiciu, fapta ilicită, raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul cauzat și vinovăția sau greșeala autorului faptei ilicite și prejudiciabile.

Astfel, lichidatorul arată că în mod corect judecătorul sindic a constatat că aceste condiții nu sunt îndeplinite în speță, nefiind dovedită vreo faptă ilicită cauzatoare de prejudiciu.

Lichidatorul arată că prin adresele nr.7175/2.08.2011 și 7176/2.08.2011 a transmis o notificare societăților M. AG și CDF E. prin care le-a înștiințat despre suspendarea procedurii de valorificare până la soluționarea de către judecătorul sindic a cererii de anulare a aceleiași proceduri.

Arată că acest demers obligatoriu a fost efectuat ca urmare a pronunțării sentinței nr.503/CC/1.08.2011 în dosarul nr.2495/115/2011 prin care s-a dispus suspendarea provizorie a procedurii de valorificare a bunurilor aflate în patrimoniul debitoarei SC M. SA până la soluționarea de către judecătorul sindic a cererii de anulare a aceleiași proceduri, precum și ca urmare a adresei nr.8970/2.08.2011 transmisă lichidatorului de către D.G.F.P. Caraș Severin prin care s-a solicitat punerea în aplicare a sentinței menționate.

Față de cele menționate, lichidatorul arată că la inițiativa și prin demersurile întreprinse de creditoarea D.G.F.P. Caraș Severin, procedura de valorificare a bunurilor din averea debitoarei a fost stopată.

Lichidatorul mai arată că sentința recurată este legală și temeinică și în ce privește respingerea capătului de cerere privind anularea măsurii de restituire a garanției de participare către K.E. SRL, pentru următoarele motive:

La baza reținerii garanției de participare a stat procedura de valorificare prin negociere directă a bunurilor din averea debitoarei SC M. SA, procedură ce a fost lipsită de efecte juridice ca urmare a pronunțării sentinței nr.503/CC/1.08.2011 în dosarul nr.2495/115/2011.

Raportat la cererea K.E. cu nr.824/7.09.2011 prin care acesta a menționat că nu își mai menține oferta coroborat cu solicitarea expresă a acesteia de a i se restitui garanția de participare, lichidatorul arată că a restituit la data de 12.09.2011 garanția de participare, nemaexistând nici un temei legal pentru reținerea ei.

Față de cele arătate, lichidatorul solicită respingerea recursului declarat de creditoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin.

Creditoarea recurentă Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin a formulat și întâmpinare în cauză prin care a solicitat respingerea recursului declarat de lichidatorul R. & P.SPRL Cluj Napoca, ca netemeinic și nelegal.

În motivare creditoarea arată că argumentele invocate de lichidator sunt netemeinice și nelegale raportat la faptul că prima instanță a considerat în mod corect că procedura de negociere este viciată.

Astfel, creditoarea arată că susținerea lichidatorului, privind necitarea în cauză a societăților K.E. SRL și M. AG, este neîntemeiată deoarece citarea tuturor părților implicate în procedură a fost efectuată în conformitate cu art.7 din Legea nr.85/2006.

Pe de altă parte creditoarea arată că a sesizat judecătorul sindic prin formularea unei contestații împotriva măsurilor luate de lichidatorul judiciar R.& P.SPRL și evidențiate în raportul de activitate nr.VIII privind descrierea modului de îndeplinire a atribuțiilor prevăzute în sarcina lichidatorului judiciar și justificarea cheltuielilor efectuate, în temeiul art. 21 coroborat cu art. 25 din Legea nr. 85/2006.

În aceste condiții având în vedere că au fost contestate măsurile luate de lichidatorul judiciar prin Raportul de activitate nr. VIII, creditoarea susține că nici nu era necesară citarea în cauză a M. AG și K.E. SRL, așa cum prevede art. 21 alin. 4 din Legea nr. 85/2006.

În ce privește argumentul invocat de lichidatorul judiciar privind faptul că prin contestația formulată nu s-a solicitat revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării, creditoarea arată că a solicitat constatarea vicierei procedurii de licitație ca urmare a măsurilor întreprinse de lichidatorul judiciar, lucru pe care l-a și făcut judecătorul sindic la momentul când a constatat că procedură este viciată.

Referitor la argumentul invocat de lichidatorul judiciar prin care a arătat că hotărârea recurată este dată cu interpretarea greșită a legii, creditoarea arată că judecătorul sindic în mod corect a reținut faptul că la „deschiderea plicurilor conținând supraofertele din data de 14.09.2011 din Comisia de Negociere nu a făcut parte reprezentantul ANAF”, cu toate că în conformitate cu Regulamentul de valorificare aprobat de creditorii prezența acestuia era obligatorie.

Această comisie era singura abilitată de Adunarea Generală a Creditorilor să negocieze cu ofertanții și să procedeze la deschiderea supraofertelor în vederea desemnării câștigătorului. Orice altă modificare a componenței comisiei de negociere fără aprobarea Adunării Generale a Creditorilor este nulă și neavenită.

Cu toate acestea lichidatorul judiciar fără aprobarea Adunării Generale a Creditorilor a schimbat componența comisiei eliminând în mod abuziv participarea reprezentantului creditorului majoritar ANAF la deschiderea plicurilor cu supraofertele.

Simpla invitație în calitate de observator al reprezentantului ANAF la așa zisă „deschidere a supraofertelor” în prezența unei „comisii de negociere” care nu reprezintă voința Adunării Generale a Creditorilor, nu poate acoperi această regulă stabilită prin Regulamentul de Valorificare a bunurilor SC M. SA aprobat de Adunarea Generală a Creditorilor.

În aceste condiții creditoarea se întreabă în baza cărui regulament i-a transmis lichidatorul judiciar invitația de a participa la deschiderea supraofertelor în condițiile în care a fost exclusă în mod abuziv din comisia de negociere, iar în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitoarei S.C. M. S.A. aprobată în 19.01.2011 de Adunarea Generală a Creditorilor nu se prevede posibilitatea participării la deschiderea supraofertelor a altor persoane în afara celor desemnate prin regulament.

Creditoarea mai arată că judecătorul sindic în mod corect a reținut că „în procesul verbal de negociere lichidatorul a menționat că oferta financiară formulată de ofertantul M. AG este inferioară celei minime aprobate de creditorii și cu toate acestea ofertantul M. AG a fost acceptat în faza de supraofertare”, considerând că argumentele invocate de lichidatorul judiciar prin recursul formulat nu sunt de natură a înlătura constatările judecătorului sindic, care rezultă cu puterea evidenței din simpla lectură a procesului verbal de negociere.

Se mai arată că Tribunalul Caras Severin în mod corect a reținut că „procedura de negociere apare viciată și pentru că ofertantul SC K.E. SRL și-a retras oferta dar totuși a participat la 14.09.2011 la desigilarea plicurilor conținând supraofertele deși prin retragerea ofertei și-a pierdut calitatea de participant”.

Ori, atâta vreme cât S.C. K.E. S.R.L. a înțeles să-și retragă oferta încă din data de 08.09.2011, la data de 14.09.2011 nu mai avea dreptul să participe la desigilarea plicurilor. Prin urmare nu există niciun motiv și niciun temei de drept ca la

data 14.09.2011 S.C. K.E. S.R.L. sa fie prezent la desigilarea plicurilor, deoarece prin retragerea ofertei S.C. K.E. S.R.L. și-ar fi pierdut calitatea de participant.

Față de aceste aspecte contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin solicită respingerea recursului lichidatorului R.& P. SPRL Cluj Napoca.

Contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin a formulat și concluzii scrise în cauză prin care a reiterat susținerile din recurs și din întâmpinare.

Lichidatorul judiciar R. & P. SPRL Cluj Napoca a formulat și concluzii scrise în cauză prin care a arătat următoarele:

Concomitent cu o contestație împotriva măsurilor luate de lichidatorul judiciar (întemeiată pe art.21 din Legea 85) creditorul DGFP Arad, în calitate de persoana interesată, a formulat și o cerere de obligare a lichidatorului la plata de despăgubiri pretins cauzate prin exercitarea atribuțiilor ce revin acestuia în procedura falimentului. Creditoarea și-a întemeiat cererea de daune pe dispozițiile art. 1359 din Noul Cod civil. Judecătorul sindic a pus în discuție și a modificat temeiul reținând că trebuie să analizeze incidența art. 998 și urm. din vechiul Cod civil. În mod evident că cererea de despăgubiri este autonomă și poate fi analizată numai distinct de contestația reglementată de art.21 din aceeași lege, chiar dacă, în unele situații se poate accepta că soluția dată contestației este o chestiune preliminară a răspunderii lichidatorului. Lichidatorul a indicat ca unic temei aplicabil cererii de despăgubiri art.22 alin. (4) din Legea insolvenței. În ședința publică din 19.11.2012 reprezentantul DGFP Arad a confirmat că și-a întemeiat cererea și pe dispozițiile legii insolvenței, fără a contrazice temeiul sugerat de lichidatorul judiciar ca fiind unicul aparent aplicabil. Lichidatorul arată că, dacă este acceptat că temeiul de drept al cererii DGFP Arad este și art.22 alin. (4) din Legea insolvenței atunci recursul declarat de DGFP Arad contra sentinței nr. 77/JS/CC/24.05.2012 este inadmisibil pentru motivele ce urmează:

Înainte de a expune însă motivele, lichidatorul învederează instanței de recurs că în măsura în care nu ar fi reținut ca temei al cererii DGFP Arad și prevederile art.22 alin (4) din Legea 85 atunci ar trebui puse în discuția părților și clarificate cel puțin următoarele chestiuni: competența judecătorului sindic (căci nu exista alt text care să îi recunoască acestuia competența specială), componența completului (fiind evident că cererea nu a fost repartizată aleatoriu), calea de atac (fiind o cerere de daune de drept comun a cărei soluție este supusă apelului), timbrajul (întrucât nu ar mai fi aplicabil art.6 lit.c) din Legea 146/1997 și nici vreuna din scutirile reglementate de art.15 ori 17 din aceeași lege, întrucât ANAF și Direcțiile din subordinea acesteia sunt persoane distincte (chiar dacă subordonate) de Ministerul de Finanțe și cererea nu vizează venituri publice).

Inadmisibilitatea recursului este evidențiată de prevederile art.22 alin (5) din Legea nr.85/2006 care atrag aplicarea în mod corespunzător a prevederilor art.108⁴ și art.108⁵ din Codul de procedura civilă ce reglementează o altă cale de atac decât recursul: reexaminarea, soluționată de aceeași instanță, adică o cale de retractare.

Lichidatorul subliniază că art.22 alin. (5) - ca normă de trimitere - nu face distincție între diferitele soluții ce pot fi date de judecătorul sindic unei cereri de despăgubire, astfel că, dacă legiuitorul nu distinge nici interpretul nu trebuie să distingă, urmând ca regimul hotărârilor de admitere, admitere în parte sau respingere a unei cereri de despăgubiri să fie identic: reexaminarea reglementată de art.108⁴ și

art.108⁵ din Codul de procedura civila care trebuie aplicata în mod corespunzător și din acest punct de vedere nu doar pentru ca e vorba de procedura de faliment.

Lichidatorul exprimă, așadar, opinia că împotriva hotărârii pe care o pronunța judecătorul sindic în soluționarea unei cereri fondată pe art.22 alin (4), indiferent dacă este hotărâre de admitere/admitere parțială/respingere, se poate exercita numai calea de atac reglementata de art.108⁴ și art.108⁵ din Codul de procedura civila.

Lichidatorul mai arată că se impune respingerea recursului formulat de Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin pentru motivele arătate în întâmpinare și pentru următoarele:

Cu privire la fapta lichidatorului judiciar de a-i înștiința pe ambii ofertanți despre situația suspendării provizorii a procedurii de valorificare a bunurilor debitoarei, aceasta nu are un caracter ilicit. Din contră, lichidatorul avea datoria de a aduce la cunoștința ofertanților situația procedurii, ca urmare a pronunțării sentinței de suspendare - așa cum transmisese și DGFP Caras Severin printr-o adresă lichidatorului, „nepunerea în aplicare a unei hotărâri judecătorești constituie fapta prevăzută de legea penală” (art. 271 Cod penal).

Astfel, fapta lichidatorului judiciar trebuie calificată ca o măsură obligatorie realizată sub imperativul legii.

Raporturile dintre creditori și lichidator sunt reglementate expres și limitativ de lege, astfel că lichidatorul nu acționează și nu răspunde contractual față de primii.

În ceea ce privește prejudiciul, lichidatorul precizează că acesta nu există, în condițiile în care contractul cu K.E. SRL nu s-a perfectat, iar supraoferta acestei societăți nu a putut fi evaluată (datorită retragerii societății din procedură), nu se poate spune cu certitudine că există un prejudiciu și mai ales, acesta nu poate fi cuantificat atât timp cât nu s-a procedat la negocierea și încheierea contractului. În aceste condiții, ipoteza prejudiciului rămâne doar la stadiul de ipoteză.

Retragerea K.E. SRL din procedura constituie o decizie unilaterală asumată a unui terț, luată în deplină cunoștință de cauză. Din acest punct de vedere, văzând prevederile art. 316 raportat la art. 294 C. proc. civ., retragerea nu poate fi analizată în prezentul cadru procesual, deoarece instanța de fond nu a fost investită cu verificarea legalității retragerii.

Mutatis mutantis, din argumentele expuse mai sus și probatoriul administrat în cauză rezultă totodată și lipsa vinovăției lichidatorului: demersurile lichidatorului judiciar privind notificarea celor doi ofertanți au avut la bază autorizarea legii precum și comanda autorității legitime, cauze care înlătură vinovăția.

Se mai arată că afirmațiile creditoarei cum că nu s-ar fi indicat vreun temei legal pentru demersul lichidatorului sunt nejustificate, lichidatorul replicând în mod tranșant la aceasta critică prin răspunsul la interogatoriul formulat de creditoare (pct. 7 din răspunsul la interogatoriu din 18.04.2012).

Referitor la criticile recurente D.G.F.P. privind anularea măsurilor de restituire a garanției, lichidatorul arată că nu-și putea asuma legal reținerea garanției de participare în quantum de un milion de euro pe o perioadă nelimitată, în condițiile în care calendarul de valorificare a bunurilor debitoarei nu putea fi respectat (dintr-o cauză externă sau imputabilă creditorului reclamant), aflându-se totodată sub presiunea ofertantului (care își exprimase intenția de a „uza de toate mijloacele legale și procesuale necesare recuperării sumei [...] la care se vor adăuga cheltuielile aferente”).

În continuare lichidatorul judiciar reiterează argumentele arătate în cererea de recurs privind admiterea recursului său.

Contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin a formulat și completare la concluziile scrise, prin care a arătat următoarele:

Cu privire la excepția inadmisibilității recursului D.G.F.P. raportat la capătul de cerere privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, excepție invocată de lichidatorul judiciar R. & P. SPRL, creditoarea solicită respingerea excepției formulate ca fiind netemeinică și nelegală.

La termenul din data de 19.11.2012 lichidatorul judiciar R. & P. SPRL a invocat excepția inadmisibilității recursului formulat de D.G.F.P. raportat la capătul de cerere privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, motivându-și această excepție pe prevederile art. 22 din Legea nr. 85/2006 în sensul că împotriva Sentinței civile nr. 77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caraș Severin, calea de atac era cerere de reexaminare și nu recursul.

Creditoarea Consideră că în speță nu sunt incidente prevederile art. 22 alin. 5 din Legea nr. 85/2006, având în vedere următoarele:

În primul rând, capătul de cerere privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, este o cerere în răspundere delictuală întemeiată pe prevederile art. 998 - 999 din Codul civil ca urmare a faptelor săvârșite de lichidatorul judiciar în îndeplinirea greșită a atribuțiilor conferite de Legea nr. 85/2006.

Acest capăt de cerere este în strânsă legătură cu activitatea desfășurată de lichidatorul judiciar în condițiile Legii nr. 85/2006, activitate care așa cum s-a arătat nu a fost realizată cu respectarea întocmai a prevederilor Legii nr. 85/2006 și nu putea fi formulată decât în cadrul procedurii, judecătorul sindic fiind singurul în măsură din punct de vedere legal a cenzura activitatea desfășurată de lichidatorul judiciar (art. 11 alin. 2 din Legea nr.85/2006).

În aceste condiții, creditoarea arată că prevederile Codului Civil cu prevederile Legii nr. 85/2006 sunt în strânsă legătură și se completează reciproc în ceea ce privește capătul de cerere formulat de ea.

În al doilea rând, lichidatorul judiciar în recurs nu mai poate modifica natura juridică a capătului de cerere formulat de creditoarea D.G.F.P. în condițiile în care judecătorul sindic a statut prin hotărârea pronunțată faptul că D.G.F.P. „are calitatea procesuală activă în cadrul acestei contestații să ceară repararea unui prejudiciu, fiind creditor în procedura insolvenței”.

Mai mult, modul în care a fost formulată și modul în care a înțeles să soluționeze această cerere judecătorul sindic, în cu totul alte condiții decât acelea prevăzute de art. 22 din Legea nr. 85/2006, nu a fost contestat de lichidatorul judiciar nici în fața primei instanțe și nici mai apoi prin recurs împotriva hotărârii judecătorești, natura juridică a acestui capăt de cerere fiind tranșată irevocabil.

Pentru toate aceste considerente, creditoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin solicită respingerea excepției invocate de lichidatorul judiciar R. & P. SPRL.

Analizând recursurile declarate, din prisma motivelor invocate, și din oficiu, conform art. 304/1 Cpc., Curtea a reținut următoarele:

La fond, prin sentința civilă nr.77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caraș Severin în dosarul nr.2518/115/2010, (conform mențiunii de pe sentință, respectiv dosarul nr.2518/115/2010/a7, conform mențiunii de pe dosar) s-a respins excepția lipsei calității procesuale active a reclamantului DGFP Arad invocată de lichidatorul R.& P.SPRL Cluj Napoca și *s-a admis în parte contestația* formulată astfel

cum a fost precizată de creditorul DGFP Arad, *împotriva Raportului de activitate nr.VIII întocmit de lichidatorul R.& P.SPRL Cluj Napoca*, s-a dispus *înlăturarea măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr.VIII din 18.10.2011 și în consecință revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitorului*; s-a mai respins capătul de cerere privind obligarea lichidatorului R.& P.SPRL Cluj Napoca la plata prejudiciului de 11.000.000 lei și s-a respins capătul de cerere privind anularea măsurii de restituire a garanției de participare către K.E. SRL București.

1. Motivele de recurs ale părților sunt grupate în două categorii, prima dintre acestea privind modul de soluționare a cererii formulate de D.G.F.P. privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, față de care s-a arătat, în calea de atac că, pe de o parte, nu a fost soluționată legal, iar, pe de altă parte că, temeiul de drept invocat atât de creditoare cât și cel reținut de instanță nu conduce, în esență, la acest mod de soluționare a a cererii, atât procedural cât și material.

Excepția invocată de lichidatorul judiciar R.& P. SPRL, (a inadmisibilității recursului formulat de D.G.F.P. raportat la capătul de cerere privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, motivată pe prevederile art. 22 din Legea nr. 85/2006 în sensul că împotriva acestui petit din sentinței civile nr. 77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caras Severin, calea de atac era cerere de reexaminare și nu recursul), necesită, anterior pronunțării, unele clarificări. Deși, acestea nu au fost făcute de niciuna dintre părți la fond, și nici discutate, din inițiativa judecătorului, ele au fost analizate, în recurs, raportat la susținerile ambelor părți, expuse pe larg, mai sus.

Astfel, creditoarea consideră că în speță nu sunt incidente prevederile art. 22 alin. 5 din Legea nr. 85/2006, raportat la faptul că petitul privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, este o cerere în răspundere delictuală întemeiată pe prevederile art. 998 - 999 din Codul civil ca urmare a faptelor săvârșite de lichidatorul judiciar în îndeplinirea greșită a atribuțiilor conferite de Legea nr. 85/2006, capăt de cerere aflat în strânsă legătură cu activitatea desfășurată de lichidatorul judiciar în condițiile Legii nr. 85/2006, activitate care așa cum s-a arătat nu a fost realizată cu respectarea întocmai a prevederilor Legii nr. 85/2006 și nu putea fi formulată decât în cadrul procedurii, judecătorul sindic fiind singurul în măsură din punct de vedere legal a cenzura activitatea desfășurată de lichidatorul judiciar (art. 11 alin. 2 din Legea nr.85/2006).

Tot creditoarea susține că lichidatorul judiciar în recurs nu mai poate modifica natura juridică a capătului de cerere formulat de creditoarea D.G.F.P. în condițiile în care judecătorul sindic a statut prin hotărârea pronunțată faptul că D.G.F.P. „are calitatea procesuală activă în cadrul acestei contestații să ceară repararea unui prejudiciu, fiind creditor în procedura insolvenței”, iar modul în care a fost formulată și modul în care a înțeles să soluționeze această cerere judecătorul sindic, în cu totul alte condiții decât acelea prevăzute de art. 22 din Legea nr. 85/2006, nu a fost contestat de lichidatorul judiciar nici în fața primei instanțe și nici mai apoi prin recurs împotriva hotărârii judecătorești, natura juridică a acestui capăt de cerere fiind tranșată irevocabil.

Lichidatorul, însă, a solicitat în timpul dezbaterii ca reprezentantul creditoarei să precizeze temeiul de drept al cererii, aceasta, la rândul său, arătând că este întemeiată pe dispozițiile L. 85/2006.

Din discuția contradictorie a rezultat concluzia că temeiul de drept nu ar putea fi decât cel cuprins în prevederile art. 22 alin. 5 din Legea nr. 85/2006, chiar raportat la faptul că petitul privind obligarea lichidatorului judiciar la plata prejudiciului în cuantum de 11.000.000 lei, este aparent, raportat la răspunderea civilă delictuală. Indiferent dacă s-au vehiculat temeiurile Codului civil anterior, sau al celui nou, motivarea dată petitului pe care îl analizăm critică activitatea greșit întreprinsă de lichidator în împrejurarea în care suma pretinsă cu titlu de despăgubire ar fi putut fi, teoretic, câștigată de masa credală.

Articolul menționat (22) stabilește, în alin. 4 că, dacă prin fapta prevăzută la alin. 3 (*care permite judecătorul-sindic să sancționeze administratorul judiciar cu amendă judiciară de la 1.000 lei la 5.000 lei în cazul în care acesta, din culpă sau cu rea-credință, nu își îndeplinește sau îndeplinește cu întârziere atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul-sindic*) administratorul judiciar a cauzat un prejudiciu, judecătorul-sindic va putea, la cererea oricărei părți interesate, să îl oblige pe acesta la acoperirea prejudiciului produs.

Alin. 5 prevede procedura de urmat în cazul amenzilor și al despăgubirii prevăzute la alin. (1), (3) și, respectiv la alin. (4), respectiv aplicabilitatea dispozițiilor art. 108⁴ și 108⁵ din Codul de procedură civilă, respectiv că *amenda și despăgubirea se stabilesc prin încheiere executorie, care se comunică celui obligat, dacă măsura a fost luată în lipsa acestuia, iar calea de atac incidentă în cauză, este, conform prevederilor 108⁵ Cpc numai cererea de reexaminare, formulată în termen de 15 zile, după caz, de la data la care a fost luată măsura sau de la data comunicării încheierii. Cererea se soluționează prin încheiere irevocabilă, dată în camera de consiliu, de către instanța de judecată ori de președintele instanței de executare care a aplicat amenda sau despăgubirea.*

Ca urmare, textele legale stabilesc atât procedura specială în cadrul căreia se soluționează o astfel de cerere, cât și obiectul unei astfel de cereri care, la rândul ei, este în corelație cu constatarea de către judecătorul sindic, din oficiu sau la cerere a aspectelor privitoare la *neîndeplinirea sau îndeplinirea cu întârziere a atribuțiilor prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul-sindic, fapte săvârșite din culpă sau cu rea-credință*. În același context, dacă se stabilește existența unui prejudiciu, (deci după sau în același timp cu constatarea săvârșirii faptei de la alin. 3), la cererea oricărei părți interesate, va obliga practicianul în insolvență să îl acopere.

Fără a intra în discuțiile doctrinei privitoare la necesitatea sau nu a existenței unei sesizări privind aplicarea sancțiunii cu amenda, anterior obligării practicianului la acoperirea prejudiciului, din înscrisurile dosarului și din modul de soluționare a cauzei la fond, se deduce cu ușurință faptul că, prima instanță nu s-a preocupat, în cadrul soluționării acestui petit nici de stabilirea corectă a temeiului de drept incident în cauză, nici de procedura soluționării cererii, raportat la textul de lege ce acordă posibilitatea judecării unei cereri privitoare la existența și acoperirea unui pretins prejudiciu produs prin, eventuala, fapta culpabilă, ori din reaua credință a practicianului. S-a limitat doar la respingerea cererii, fără a distinge între cadrul legal impus de dreptul comun și cel stabilit, în mod derogatoriu de Legea insolvenței.

Față de aceste considerente, Curtea nu va mai analiza celelalte susțineri ale părților, fiind utilă o rejudecare, pe fond a petitului, raportat la considerentele de procedură și de fond expuse supra fiind fără efect criticile privitoare la admisibilitatea căii de atac, câtă vreme acțiunea nu a fost corect calificată și soluționată. În rejudecare, instanța va analiza atât excepțiile invocate în cauză, cât și susținerea privitoare la fapta producătoare de prejudiciu, respectiv greșita restituire a sumei de

bani, fără a exista vreun acord cu creditorii, în contra celor cuprinse în caietul de sarcini și a regulamentului întocmit în vederea vânzării bunurilor.

2. În ceea ce privește soluția pronunțată de prima instanță asupra *contestației* formulate de creditorul DGFP Arad, *împotriva Raportului de activitate nr.VIII întocmit de lichidatorul R.& P.SPRL Cluj Napoca*, prin care s-a admis aceasta și s-a dispus *înlăturarea măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr.VIII din 18.10.2011 și în consecință revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitorului*, este incident motivul de casare prevăzut de disp. art. 312 alin. 5 Cpc.

Astfel, din criticile aduse hotărârii, se desprinde faptul că, în urma analizei făcute de instanță, s-a considerat că se impune ca măsurile luate de lichidator cuprinse în raportul de activitate nr.VIII să fie înlăturate și se va dispune revenirea la situația anterioară; deoarece, cei doi ofertanți s-au prezentat la negociere la faza intermediară a procedurii de valorificare iar procedura urmată în acea etapă nu a fost anulată (soluțiile instanței fiind irevocabile) procedura de supraofertare va fi reluată și că deși creditorul DGFP Arad a cerut să se constate nulitatea încheierii de certificare nr.11190/14.09.2011, prin infirmarea măsurilor lichidatorului și revenirea la situația anterioară încheierea de certificare notarială va rămâne fără efecte, nu se va dispune nulitatea ei pentru că nu s-a cerut înscrierea în fals a acestui înscris.

Cu toate acestea, prin dispozitiv se dispune revenirea la situația anterioară și reluarea supraofertei, fără a se preciza în cuprinsul considerentelor aspectele ce lămuresc soluția dată, care sunt măsurile din raportul de activitate care sunt înlăturate, aspectul pentru care deși invocată excepția tardivității contestației cu privire la care se dezbate, ea a fost omisă a avea incidență în speță, de ce împieteează asupra procedurii faptul că, deși și-a retras unul dintre participanți oferta, aceasta a fost citată la deschiderea plicurilor, conform sau nu, asumărilor făcute prin înscrisuri.

Analizând solicitarea contestatoarei, raportat la criticile aduse prin recurs hotărârii, rezultă că într-adevăr, judecătorul sindic s-a pronunțat *plus petita*, dispunând înlăturarea tuturor măsurilor luate de lichidator cuprinse în Raportul de activitate nr. VIII din data de 18.10.2011 și în consecință revenirea la situația anterioară, urmând ca procedura să se reia de la etapa supraofertării prevăzute în Regulamentul de valorificare a patrimoniului debitoarei, deși în contestația formulată de către creditoare, nu există nici un capăt de cerere prin care să se solicite revenirea la situația anterioară și reluarea procedurii de valorificare de la etapa supraofertării, fără ca o astfel de măsură să fi fost pusă în discuția părților în vederea respectării dreptului la apărare și a principiului contradictorialității.

De asemenea, instanța de fond omite a se pronunța asupra incidenței soluției pronunțate ca urmare a cererii aceleiași creditoare, prin care a solicitat judecătorului sindic anularea procedurii de valorificare a bunurilor din averea debitoarei SC M. SA, aceasta fiind respinsă prin s.c. nr. 89/JS/CC/08.09.2011, iar prin decizia civilă nr. 494/05.03.2012 Curtea de Apel Timișoara a respins recursul declarat de creditoarea D.G.F.P. Caras Severin, împotriva Sentinței comerciale nr. 89/JS/CC, din data de 08 Septembrie 2011 reținând că ... *referitor la susținerile recurente că lichidatorul judiciar a stabilit o altă componentă a comisiei de negociere în scopul ocularii principiului transparenței și pentru a înlătura controlul creditorilor asupra modului de desfășurare a procedurii de negociere, Curtea constată că aceste susțineri sunt neîntemeiate ... lipsa reprezentantului DGFP Caras Severin din componenta comisiei de negociere se datorează tocmai atitudinii culpabile a acestei creditoare, care nu și-*

a desemnat în termen reprezentantul în această comisie, lichidatorul judiciar fiind nevoit, datorită acestei atitudini, să procedeze la modificarea componenței acestei comisii.

În fine, în ceea ce privește critica omisiunii de a cita în cauză cele două societăți care s-au calificat în faza supraofertării, respectiv M. AG și K.E. SRL, s-a criticat faptul că soluționarea cauzei s-a făcut cu greșita constituire a cadrului legal, câtă vreme cele două participante erau direct interesate de modul de soluționare a cauzei.

În acest cadru legal, deși niciuna dintre cele două părți nu au participat la soluționarea cauzei, instanța avea obligația de a analiza, raportat la disp. art. 7 alin. 2 din Legea insolvenței, dacă, în speță, drepturile sau interesele vreunei dintre părți sunt sau pot fi afectate de finalitatea demersului juridic. Spre deosebire de dreptul comun, procedura specială în baza căreia se desfășoară litigiul, cuprinde prevederi exprese în acest sens, tocmai pentru a evita soluții prin care terții străini față de litigiul pe rol ar putea fi lezați, instanța având rolul de a constitui cadrul legal în mod corect. Față de acest considerent, omis a fi apreciat de prima instanță, deși se dispune, în final, reluarea unei proceduri la care au participat și alte părți decât cele litigante, se evidențiază, de asemenea, un motiv de casare al hotărârii, urmând ca la rejudecarea pricinii judecătorul sindic să facă aprecierile convenite în raport de textul art. 7 din L. nr. 85/2006.

Totodată, prima instanță va da eficiență dispozițiilor art. 129 Cpc., pentru lămurirea situației de fapt și motivarea în drept pe care părțile le invocă în susținerea pretențiilor și apărărilor lor, scop în care este în drept să le ceară acestora să prezinte explicații, oral sau în scris, precum și să pună în dezbaterea lor orice împrejurări de fapt ori de drept, chiar dacă nu sunt menționate în cerere sau în întâmpinare.

Raportat la considerentele mai sus expuse, cu aplicarea dispozițiilor art. 312 Cpc., se vor admite recursurile declarate de contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin și de R.& P. SPRL Cluj Napoca, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC M. SA, împotriva sentinței civile nr.77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caraș Severin în dosarul nr.2518/115/2010, (conform mențiunii de pe sentință, respectiv dosarul nr.2518/115/2010/a7, conform mențiunii de pe dosar), se va casa sentința recurată și se va trimite cauza spre rejudecare aceleiași instanțe.

PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE

Admite recursurile declarate de contestatoarea Direcția Generală a Finanțelor Publice a Județului Arad în nume propriu și în reprezentarea Direcției Generale a Finanțelor Publice Caraș Severin și de R.& P.SPRL Cluj Napoca, în calitate de lichidator judiciar al debitoarei SC M. SA, împotriva sentinței civile nr.77/JS/CC/24.05.2012 pronunțată de Tribunalul Caraș Severin în dosarul nr.2518/115/2010, (conform mențiunii de pe sentință, respectiv dosarul nr.2518/115/2010/a7, conform mențiunii de pe dosar).

Casează sentința recurată și trimite cauza spre rejudecare aceleiași instanțe.
Irevocabilă.

Pronunțată în ședința publică din 26 noiembrie 2012.

Președinte,
A. B.

Judecător,
P. M.

Judecător,
M. O. G.

Grefier,
M.O.

Red.A.B./3. 01 2013.
tehn.M.O./ 2 ex./3. 01.2013
Primă instanță: Tribunalul Caraș Severin
judecător: I. T. C.