COD 1023-HOT.18-inch.aman.

R O M Â N I A

CURTEA DE APEL ....

SECTIA ....

Dosar nr. ....

## ÎNCHEIERE

Şedinţa publică de la ....

Completul compus din:

PREŞEDINTE COD 1023

Judecător ....

Grefier ...

....

Pe rol se află soluţionarea apelului declarat de reclamanta T. S.A. împotriva sentinţei nr....... pronunţată de Tribunalul.... în dosar nr.....

La apelul nominal făcut în şedinţa publicăse prezintă avocat M. pentru apelanta reclamantă şi avocat G. pentru intimata pârâtă.

Procedura este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefiercare învederează că s-a parcurs procedura prealabilă premergătoare fixării primului termen de judecată.

Avocata apelantei depune la dosar note scrise şi practică judiciară la care a făcut referire în motivele de apel, respectiv sentinţa nr......pronunţată de Tribunalul ..... şi Decizia nr..... a Curţii de Apel ....., din care un exemplar se comunică cu avocatul intimatei.

Nemaifiind alte cereri de formulat, instanţa acordă cuvântul în dezbateri.

Avocata apelantei solicită admiterea apelului aşa cum a fost formulat, cu consecinţa admiterii cererii de emitere a unei ordonanţe preşedinţiale şi dispunerea măsurilor solicitate.

Susţine că obiectul cererii de ordonanţă preşedinţială a fost suspendarea dreptului intimatei de a utiliza sumele executate din scrisoarea de garanţie de bună conduită şi suspendarea obligaţiei de reîntregire a garanţiei de bună conduită.

Mai susţine că întrucât, între timp de la judecata litigiului în fond, contractul încheiat între părţi a fost reziliat, cel de-al doilea petit privind obligaţia de reîntregire a garanţiei de bună execuţie nu mai subzistă, la acest moment fiind lipsit de obiect. Faţă de acest aspect solicită a se reţine că atât instanţa fond, cât şi pârâta au reţinut că principalul motiv pentru care au considerat că cererea de ordonanţă preşedinţială ar fi inadmisibilă este că admiterea acesteia ar duce la suspendarea obligaţiei de reîntregire garanţiei de bună execuţie care ar echivala cu suspendarea actului administrativ, care putea fi cerută doar în condiţiile art.53 alin.2 din Legea nr.101/2012. Arată că având în vedere că acest capăt de cerere nu mai subzistă şi nici contractul nu mai este în fiinţă, este evident că aşa cum arată şi jurisprudenţa depusă în cauză şi decizia ICCJ, cererea de ordonanţă preşedinţială este admisibilă, admiterea acesteia nu va avea ca şi consecinţă suspendarea vreunui act administrativ, întrucât acesta nici nu mai există, prin urmare solicită să instanţei treacă peste acest motiv de inadmisibilitate.

Mai arată că cel de-al doilea motiv de inadmisibilitate reţinut de către instanţa de fond este că admiterea acesteia ar duce la încălcarea art.2321 Cod civil, care consacră caracterul autonom şi irevocabil al garanţiei de bună execuţie, context în care solicită instanţei a se trece şi peste acest motiv de inadmisibilitate, întrucât oricum scrisorile de garanţie de bună execuţie au fost executate, sumele sunt la dispoziţia intimatei la acest moment. Este evident că admiterea acestei măsuri nu ar putea conduce la revocarea scrisorilor de garanţie de bună execuţie, având în vedere că faptul că acestea au fost deja executate şi ceea ce solicită este o măsură în legătură cu acest contract administrativ încheiat, respectiv ca intimata să nu poată utiliza sumele, să le ţină în contul acesteia până când se va soluţiona litigiul în fond.

Dacă se va trece şi peste acest motiv de inadmisibilitate, sub aspect condiţiilor prevăzute de art.997 alin.1 Cod pr.civilă, solicită să se constate că este îndeplinită condiţia urgenţei în cauză, chiar şi în raportul Societăţii Riscuri Servicii Financiare depus la instanţa fond de către intimată, se arată că deşi societatea într-adevăr nu are un risc de a intra insolvenţă, se arată că are un indicator negativ de rambursare a datoriilor, ceea ce ar face ca sumele executate acum în cuantum de aproape 1 milion de euro, în cazul în care ar câştiga litigiul în fond, să poată fi recuperate foarte greu, situaţie în care apreciază că este îndeplinită condiția urgenţei.

În privinţa caracterului vremelnic, susţine că intimata invocă un argument care nu are nici o legătură cu vremelnicia şi anume că această condiţie nu ar fi îndeplinită pentru că blocarea dreptului de a dispune liber de sumele executate ar fi de natură să prejudicieze intimata, însă, însăşi natura măsurii solicitate de către apelantă demonstrează caracterul vremelnic, sumele vor rămâne la dispoziţia intimatei, doar că aceasta nu va avea dreptul să le utilizeze până va fi soluţionat litigiul în fond, prin urmare consideră că această măsură este vremelnică prin natura ei.

Susţine că aparenţa dreptului este în favoarea apelantei, întrucât trimiterea facturii de penalităţi şi executarea penalităţilor de întârziere ar fi presupus emiterea unei determinări din partea inginerului în cauză, ori aceste acte administrative prin care au fost impuse penalităţi în favoarea apelantei au fost emise fără a fi respectată procedura contractuală prin care inginerul ar fi determinat că intimata este într-adevăr îndreptăţită la plata penalităţilor de întârziere. Nu solicită cheltuieli de judecată.

Avocatul intimatei solicită respingerea apelului şi menţinerea sentinţei instanţei de fond ca fiind legală şi temeinică pentru motivele arătate în întâmpinare şi expuse oral.

Ca urmare a susţinerilor colegei susţine că în fapt calea apelului a fost formulată împotriva sentinţei instanţei de fond în condiţiile în care aceasta acceptă că este vorba de un contract administrativ a cărui suspendare se urmăreşte în urma admiterii pretenţiilor formulate, că acest contract nu mai este în fiinţă la momentul la care se judecă apelul, că măsurile provizorii pe care le solicită apelanta nu mai sunt de actualitate, dat fiind faptul că scrisoarea de garanție a fost executată, banii sunt în posesia intimatei în raport de dispoziţiile contractuale, a căror incidenţă au încetat ca urmare a rezilierii contractului.

Prin urmare, solicită să se constate că măsura de suspendare a obligaţiei de reîntregire a scrisorii de garanţie de bună execuţie solicitate de antreprenor pe calea ordonanţei preşedinţiale ar fi avut ca efect implicit suspendarea contractului încheiat între părţi, iar în ceea ce priveşte măsurile provizorii întemeiate pe dispoziţiile art.997 Cod pr.civilă, apreciază că acestea trebuie să se înscrie în limita unor măsuri conservatorii, ori nu se află în situaţia în care efectul solicitărilor formulate de către apelantă ar consta în măsuri conservatorii, în vederea conservării unui drept al apelantei.

Susţine că ori de câte ori aceste efecte ale unor măsuri provizorii afectează substanţa efectivă a dreptului celeilalte părţi, măsura nu poate fi dispusă în temeiul art.997 Cod pr.civilă, deci instanţa de fond a apreciat în mod corect ca admisibilă cererea de ordonanţă preşedinţială.

Mai susţine că este lesne de constatat că în ipoteza admiterii ordonanţei președințiale sunt evenimentele care s-au succedat, care ar fi constat în imposibilitatea transmiterii efective a executării contractului, respectiv a transmiterii notificării de reziliere a contractului şi a rezilierii efective a acestuia pentru neîndeplinirea obligaţiilor de către antreprenor. Prin urmare, ca urmare a declarării admisibilă a ordonanţei preşedinţiale, susţine că beneficiarul s-ar fi aflat într-un blocaj în execut contractului.

Apreciată că instanţa de fond a decis în mod legal şi pertinent că întâietate în aplicarea dispoziţiilor legale referitoare la capetele de cerere ale apelantei se indică art.53 al.2 Legea nr.101/2006, unde dă întâietate în ceea ce priveşte soluţionarea unor diferende rezultate din aplicarea/executarea unor contracte de achiziţie publică.

În ceea ce priveşte cererea de suspendarea a demersurilor de reîntregire a garanţiei bancare, apreciază că această cerere nu reprezintă un act legat de executarea scrisorii de garanţie ca şi contract comercial, ori a admite contrariul şi a pretinde că este admisibilă prezenta acţiune, conducea la îngrădirea pe calea ordonanţei preşedinţiale a dreptului intimatei de a rezilia contractul de lucrări.

În ceea ce priveşte suspendarea a oricăror demersuri prin care solicită reîntregirea scrisorii de garanție formulată pe calea apelului, susţine aşa cum a prezentat şi apelanta, că de fapt este lipsită de interes, deoarece la momentul pronunţării instanţei de fond în data de 12.01.2017 a intervenit efectiv rezilierea contractului.

Din perspectiva motivelor prezentate privind incidenta prevederilor art.2321 Cod civil, apreciază că măsura privind suspendarea dreptului beneficiarului de a utiliza sumele executate cu titlu de penalităţi era inadmisibilă la momentul pronunţării sentinţei şi a rămas astfel şi în apel raportat la dispoziţiile art.2321 Cod civil, deoarece apelanta nu a invocat un temei legal sau contractul pentru îngrădirea dreptului intimatei de a dispune liber de suma încasată în baza unui contract bilateral de garanție încheiat între bancă şi intimată, la care apelanta nu este parte.

Susţine că măsura solicitată nu este una conservatorie, iar prin dispunerea măsurii solicitate s-ar încălca astfel caracterul irevocabil al garanţiei executate benevol de bancă la prima cerere a intimatei fără ca banca să fie parte a acestui litigiu, precum nici în litigiul de fond.

Ca atare, o garanție cu caracter irevocabil stabilită potrivit art.2321 alin.1 Cod civil, banca neputând revoca angajamentul asumat, prin ordonanţă preşedinţială de suspendare a dreptului intimatei de a utiliza sumele deja executate, s-ar fi obţinut rezultatul de revocare a efectului scrisorii de garanţie emisă irevocabil.

În ceea ce priveşte admisibilitatea în principiu a cererii de ordonanţă preşedinţială, susţine că apelanta argumentează faptul că cererea de ordonanţa preşedinţială este în principiu admisibilă pentru că ar viza executarea scrisorii de garanţie, care nu este act administrativ şi generează raporturi juridice civile, ori măsurile solicitate pe calea ordonanţei preşedinţiale nu ţin de executarea scrisorii de garanţie, deoarece această scrisoare de garanţie a fost executată efectiv înainte de promovarea acţiunii, inclusiv a apelului.

În concluzie, susţine că măsurile solicitate pe calea ordonanţei preşedinţiale sunt ulterioare executării scrisorii de garanţie, că acestea nu ţin de executarea scrisorii de garanţie, că intimata nu a contestat admisibilitatea acestei cereri din perspectiva unui presupus caracterului administrativ al scrisorii de garanţie, iar instanţa de fond nu a reţinut în sentinţă că cererea de ordonanţă președințială a fi inadmisibilă raportat la vreun presupus caracter administrativ al scrisorii de garanţie bancară, respectiv a raporturilor juridice derivate din executarea acestuia, ci în mod corect a reţinut prin sentinţă că apelanta pe calea ordonanţei preşedinţiale a solicitat admiterea unor măsuri provizorii şi nu suspendarea unui act administrativ reglementat de prevederile art.14 şi 15 din Legea nr.554/2004,

Mai susţine că procedura ordonanţei preşedinţială este o procedură derogatorie de la dreptul comun procesual fiind reglementată de titlul VI. În acest context, faţă de obiectul cererii de ordonanţă preşedinţială a apelantei formulată în temeiul dispoziţiilor art.997 Cod pr.civilă, apreciază că această cerere este admisibilă în principiu, aceasta fiind şi practica ICCJ, numai că este exclusă justificarea admisibilităţii în principiu a cererii de ordonanţă preşedinţială bazată pe o pretinsă îmbogățire fără justă cauză a intimatei pe seama patrimoniu apelantei, aşa cum susţine apelanta, ori în raport de condiţiile reglementate de prevederile art.1345 din Noul Cod civil, nu are loc o micşorare a patrimoniului apelantei, întrucât banca a fost cea care a executat scrisoarea de garanţie bancară, iar apelanta nu a putut face dovada unei acţiuni în regres, iar în al doilea rând, dat fiind caracterul subsidiar al invocării unui astfel de temei, apreciază că se află pe tărâm contractuale, iar în materia îmbogăţirii fără justă cauza practica judecătorească a subliniat de drept că acțiunea din contract exclude acţiunea prin îmbogățire fără just temei.

Prin urmare, apreciază că nu sunt îndeplinite condiţiile de admisibilitate a cererii de ordonanţă preşedinţială prevăzute de art.997 alin.1 Cod pr.civilă, deoarece nu este îndeplinită condiţia urgenţei, condiția caracterului vremelnic şi aparenţa de drept este în favoarea intimatei, aşa cum a prezentat detaliat în întâmpinare. Solicită cheltuieli de judecată pe cale separată.

Dat fiind faptul că la acest termen de judecată i s-au comunicat documente noi, solicită acordarea unui termen pentru a-i da posibilitatea să depună concluzii scrise.

* **CURTEA DE APEL –**

Pentru a se depune concluzii scrise la solicitarea apărătorului ales al intimatei S.C. A......

**DISPUNE :**

Amână pronunţarea în cauză la data de.....

Pronunţată în şedinţa publică de la ...

PRESEDINTE, GREFIER,

. ...