

Centrul de studii și cercetări de drept privat – CSCDP
Centrul de cercetări juridice fundamentale
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE
NR. 2/2017

Coordonator număr: RSJ 2/2017
Conf. univ. dr. Daniela Gărăiman



Vol. 31 (2/2017)

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**
Copyright © 2017 **S.C. Universul Juridic S.R.L.**
Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin
S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al
S.C. Universul Juridic S.R.L.

REDACȚIE: tel./fax: 021.314.93.13
tel.: 0732.320.666
email: redactie@universuljuridic.ro

DEPARTAMENTUL tel.: 021.314.93.15
DISTRIBUȚIE: fax: 021.314.93.16
email: distributie@universuljuridic.ro

www.universuljuridic.ro

ISSN: 1454-3699

Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:
<http://drept.ucv.ro/RSJ>
Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:
rsj@universuljuridic.ro

REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

Redactor-șef:

Prof. univ. dr. **SEVASTIAN CERCEL** – Decan al Facultății de Drept,
Universitatea din Craiova

Editor executiv:

Prof. univ. dr. **LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept,
Universitatea din Craiova

Secretar de redacție:

Lect. univ. dr. **MATEI DIACONU** – Universitatea din Craiova

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. dr. **Patrick Charlot** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii Doctorale și al Centrului de Studii și Cercetări Juridice și Politice
- Prof. univ. dr. **Yan Laidie** – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța
- Prof. univ. dr. **Nicolas Queloz** – Fost decan al Facultății de Drept, Fost Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză
- Prof. univ. dr. **Flavius Baias** – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept
- Prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova
- Prof. univ. dr. **Gabriel Boro** – Rector al Universității „Nicolae Titulescu” din București
- Prof. univ. dr. **Eugen Chelaru** – Universitatea din Pitești
- Prof. univ. dr. **Ion Dogaru** – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei Române
- Prof. univ. dr. **Ioan Leș** – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Radu I. Motica** – Universitatea de Vest din Timișoara
- Prof. univ. dr. **Nicolae Popa** – Fost președinte al Curții Constituționale a României, fost președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție
- Prof. univ. dr. **Tudorel Toader** – Rector al Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
- Prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Florin Streteanu** – Decan al Facultății de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca
- Prof. univ. dr. **Lucian Bercea** – Decan al Facultății de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara
- Prof. univ. dr. **Mircea Duțu** – Directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
-

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Prof. univ. dr. **Gabriel Olteanu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Călina Jugastru**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Daniel Ghiță**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Daiana Maura Vesmaș**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Adrian Circa**, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Septimiu Vasile Panainte**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Dan Constantin Măță**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept
- Prof. univ. dr. **Viorel Găină**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Lavinia Elena Stuparu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălin Savu Ticu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Florin Mangu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Conf. univ. dr. **Maria Lavinia Tec**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept
- Lect. univ. dr. **Mădălina Cristina Dănișor**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice
conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012
Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, HeinOnline și Index Copernicus*

CUPRINS

| | |
|--|-----|
| Grupul transnațional de societăți <i>Carmen Tamara UNGUREANU</i> | 9 |
| Publicitatea actelor juridice în reglementarea Noului Cod Civil <i>Gabriel TIȚA-NICOLESCU</i> | 27 |
| Sub auspiciile principiului precauției. Societățile comerciale, între risc și profit <i>Flaminia STÂRC-MECLEJAN</i> | 40 |
| Conceptul de control fiscal <i>Ioana Maria COSTEA</i> | 50 |
| Decizia de sancționare disciplinară a salariatului în cadrul procedurii insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență <i>Daniela MOȚIU</i> | 59 |
| Natura juridică a răspunderii membrilor organelor de conducere în cadrul procesului de insolvabilitate/insolvență. Studiu de doctrină și jurisprudență <i>Artur TARLAPAN</i> | 73 |
| Excluderea asociatului care, pus în întârziere, nu aduce aportul la care s-a obligat <i>Sebastian BODU</i> | 81 |
| Considerații privind reglementarea clauzei de neconcurență în codul muncii român <i>Roxana Cristina RADU</i> | 96 |
| Propunerea și depunerea planului de reorganizare în procedura insolvenței <i>Viorel GĂINĂ</i> | 107 |
| Considerații cu privire la efectele suspensive ale art. 75 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de insolvență și de insolvență asupra acțiunilor în rezoluțiunea contractelor de vânzare-cumpărare întemeiate pe art. 1549 Cod Civil aflate pe rolul instanțelor sau introduse după deschiderea procedurii insolvenței <i>Carmen Adriana DOMOCOȘ</i> | 119 |

| | |
|--|-----|
| Situația din Crimeea: evoluție și perspective <i>Bogdan ADRIAN</i> | 129 |
| Guvernanța europeană și mijloacele de informare și modernizare a sectorului public în cadrul Uniunii Europene (UE). Studiu de caz: analiza legislației UE privind cadrul comun al administrațiilor publice europene și cooperarea administrativă <i>Anca Parmena OLIMID</i> | 137 |
| Obiectul principal al contractului de credit în valută din perspectiva clauzelor care stabilesc rambursarea în moneda creditului. Cauza C-186/16 Andriuc și alții împotriva Banca Românească SA <i>Răzvan SCAFEȘ</i> | 148 |
| The principle of environmental protection in internal law and in the European Union <i>Anca Ileana DUȘCĂ</i> | 158 |
| Abuzul de bunuri sociale – conflictul de interese dintre asociat/acționar și societate <i>Lucian-Constantin NIȚULEASA</i> | 164 |
| Aspecte referitoare la dreptul la un proces echitabil în cadrul procedurilor privind achizițiile publice <i>Adriana-Florina MARTA (BĂLĂȘOIU)</i> | 172 |
| Aspecte teoretice și practice privind sancționarea infractorilor minori <i>Vali Ștefania ILEANA-NIȚĂ</i> | 183 |
| Procedura plângerii contravenționale <i>George-Cristinel ZAHARIA</i> | 196 |

CONTENTS

| | |
|--|-----|
| Transnational corporations <i>Carmen Tamara UNGUREANU</i> | 9 |
| Publicity of legal transactions under the New Civil Code <i>Gabriel TIȚA-NICOLESCU</i> | 27 |
| Under the auspice of precautionary principle, companies, between risk and profit <i>Flaminia STÂRC-MECLEJAN</i> | 40 |
| The concept of fiscal control <i>Ioana Maria COSTEA</i> | 50 |
| Decision to disciplinary sanction of the employee during insolvency proceedings regulated by law no. 85/2014 on procedures the prevention of insolvency and insolvency <i>Daniela MOȚIU</i> | 59 |
| The legal nature of the liability of the members of management bodies in the process of insolvency. Study of doctrine and jurisprudence <i>Artur TARLAPAN</i> | 73 |
| Exclusion of the associate who, notified of the delay, does not make the contribution to which he was bound <i>Sebastian BODU</i> | 81 |
| Considerations regarding the regulation of the non-competition clause in the Romanian Labor Code <i>Roxana Cristina RADU</i> | 96 |
| The framework and the submission of the reorganization plan in the insolvency procedure <i>Viorel GĂINĂ</i> | 107 |
| Considerations about the suspensive effect by the article no 75 of the law no 85/2014 regarding the insolvency proceedings in the trials <i>Carmen Adriana DOMOCOȘ</i> | 119 |

| | |
|--|-----|
| The situation in Crimea: evolution and perspectives <i>Bogdan ADRIAN</i> | 129 |
| European governance and means of informing and modernizing the public sector in the European Union (EU). Case study: analysis of EU legislation regarding the common frame of european public administrations and administrative cooperation <i>Anca Parmena OLIMID</i> | 137 |
| The principal object of the credit contracts in foreign currency from the perspective of the clauses establishing the reimbursement in the same currency. Case C-186/16 Andriuc and others v. Banca Românească SA <i>Răzvan SCAFEȘ</i> | 148 |
| The principle of environmental protection in internal law and in the European Union <i>Anca Ileana DUȘCĂ</i> | 158 |
| The abuse of social goods - conflict of interest between the shareholders and the company <i>Lucian-Constantin NIȚULEASA</i> | 164 |
| Aspects of the right to a fair trial in public procurement procedures <i>Adriana-Florina MARTA (BĂLĂȘOIU)</i> | 172 |
| Theoretical and practical aspects regarding the sanctioning of a juvenile offender <i>Vali Ștefania ILEANA-NIȚĂ</i> | 183 |
| The contravention complaint procedure <i>George-Cristinel ZAHARIA</i> | 196 |

GRUPUL TRANȘNAȚIONAL DE SOCIETĂȚI

*Prof. univ. dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Facultatea de Drept
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*

Rezumat

Lucrarea tratează problematica grupului de societăți în contextul comerțului internațional. Plecând de la definiția noțiunii de grup transnațional de societăți (GTS), se încearcă o prezentare în linii generale a modurilor de constituire a GTS, a naționalității și a legii aplicabile acestuia, atingând și situația stabilirii naționalității prin utilizarea instituției piercing the corporate veil. Sunt analizate succint drepturile GTS, care se referă la drepturile internaționale ale omului și la protecția investițiilor și obligațiile GTS, cu prezentarea răspunderii acestuia pentru încălcările drepturilor omului.

Cuvinte-cheie: grup transnațional de societăți (GTS), naționalitate, lege aplicabilă, drepturile și obligațiile GTS

Abstract

The paper deals with the issue of the transnational corporations in the context of international trade. Starting from the definition of the concept of a transnational corporation (TNC), it is attempted to give a general overview of the ways in which a TNC is constituted, its nationality and the applicable law to it, as well as the situation of establishing its nationality by using piercing the corporate veil. The TNC rights, which are related to international human rights and the protection of investments and TNC obligations, are presented briefly, with the presentation of its liability for human rights violations.

Keywords: transnational corporations (TNC), nationality, applicable law, TNC rights and obligations

Introducere

Grupul transnațional de societăți (în continuare, GTS) este un participant important în relațiile economice internaționale¹. Acesta beneficiază de putere economică și socială, ceea ce îi facilitează pătrunderea în toate sectoarele economiei ale unei țări, inclusiv în cele de stat; în unele situații, îndeplinește funcții quasi-guvernamentale, oferind infrastructură, servicii sociale, locuințe și chiar organizare de alegeri².

Grupurile transnaționale de societăți influențează economia statelor (statele slab dezvoltate sunt dependente de grupurile transnaționale), această influență având atât aspecte pozitive, cât și negative.

În literatura juridică, puțini sunt autorii care analizează grupurile multinaționale dintr-un unghi pozitiv, arătând contribuția lor la creșterea economică, la transferul de tehnologie, la crearea de locuri de muncă, la specializarea personalului ș.a., majoritatea autorilor concentrându-se asupra problemelor create de grupurile multinaționale, de la acapararea pieței naționale și eliminarea profesioniștilor locali, până la evaziune fiscală, poluarea mediului, încălcarea drepturilor omului (muncă forțată, muncă desfășurată de copii, sprijinirea financiară și intervenția în politica statală ale unor regi-muri politice care încalcă drepturile omului) ș.a.

Pentru a privi cât se poate de obiectiv grupurile transnaționale, nu trebuie adoptată nici poziția avocatului acestora, nici pe aceea a avocatului persoanelor care au fost sau pot fi afectate de activitatea multinaționalelor, ci poziția unui jurist obser-vator. Plecând de la această idee, în cele ce urmează se va încerca o prezentare generală a grupului transnațional de societăți cu implicațiile acestuia în dreptul co-merțului internațional, analizând, pe rând, noțiunea de grup transnațional de socie-tăți (1), modurile de constituire a acestuia (2), naționalitatea și legea aplicabilă GTS (3), drepturile și obligațiile GTS (4).

1. Noțiunea de grup transnațional de societăți

Noțiunea de grup transnațional de societăți sau alte noțiuni utilizate, precum, so-cietăți multinaționale, întreprinderi multinaționale, corporații multinaționale [multi-national corporations (MNC)/ transnational corporations (TNC)/multinational entre-prises (MNE)] reprezintă denumiri diferite, cu o semnificație similară.

¹ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *Droit du commerce international*, Ed. Dalloz, ed. a 3-a, Paris, 2014, p. 182.

² Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *Multinational corporations in international law*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 129 – December 2013, p. 1, material dis-ponibil online la adresa: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp121-130/wp129-wouters-chane.pdf, consultat la 11 ianuarie 2017.

În această lucrare va fi utilizată, în principal, noțiunea de *grup transnațional de societăți (GTS)*, având în vedere că în legislația românească este folosit termenul de *grup de societăți*, neexcluzând posibilitatea de a alterna termenii, în anumite situații. Preferința pentru noțiunea de GTS are și o altă justificare, care provine din confuziile create în practica judiciară românească. Astfel, confruntându-se cu litigii referitoare la grupul de societăți, unele instanțe au confundat grupul de societăți cu grupul de interes economic, iar altele au utilizat termeni improprii, precum grup de firme, grup economic, grup economic de firme, grup corporativ, grup comercial, grup societar, grup de companii, consorțiu³.

Deși GTS este prezent, activ și influent în economiile statelor, nu a fost formulată o definiție unanim acceptată, ci multiple definiții, care prezintă elemente comune.

În plan internațional, GTS este definit prin norme *soft law*⁴. Astfel, în *UN Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* din 2003⁵, GTS este considerat ca fiind o entitate economică, ce desfășoară operațiuni economice în mai mult de un stat sau un grup de mai multe entități economice care acționează în două sau mai multe state, indiferent de forma juridică, fie că desfășoară activități în statul de origine sau în alt stat, fie că acționează individual sau colectiv.

În OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) *Guidelines for multinational enterprises*⁶ este dată o altă definiție, mai largă: GTS operează în toate sectoarele economiei și conține, de regulă, companii sau alte entități stabilite în mai mult de un stat, care sunt legate între ele, astfel încât pot coordona operațiunile lor în diferite moduri; când una sau mai multe dintre aceste entități au capacitatea de a exercita o influență semnificativă asupra activităților celorlalte, gradul lor de autonomie poate varia de la un GTS la altul; proprietatea asupra acestor entități poate fi privată, de stat sau mixtă.

În literatura juridică s-a considerat că noțiunea de GTS, din punct de vedere juridic, este vagă, pentru că nu înseamnă o singură societate, ci un grup de societăți sau alte entități de afaceri integrate într-o entitate multinațională⁷. „Integrarea” poate lua diferite forme. Forma clasică este aceea a unui grup de societăți în care o societate-mamă controlează filialele ei prin intermediul acțiunilor pe care le deține sau altor forme de proprietate.

³ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți din perspectiva practicii judecătorești*, în *Revista română de drept al afacerilor* nr. 11/2015, p. 82-83.

⁴ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 2.

⁵ Disponibil online la adresa: <http://www.refworld.org/docid/403f46ec4.html>, consultat la 22 august 2017.

⁶ Disponibil online la adresa: <http://www.oecd.org/corporate/mne/>, consultat la 11 ianuarie 2017.

⁷ Galf-Peter Calliess, *Introduction: Transnational Corporations Revisited*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, issue 2, 2011, p. 604.

O altă formă utilizată este aceea a unor unități de afaceri formal independente și integrate în lanțuri globale de producție și distribuție, prin intermediul contractelor pe termen lung. De ex, în cazul subcontractării internaționale, licenței, contractului de *manufacturing* (cunoscut în țările din estul Europei ca *lohn*), controlul este exercitat pe bază de dependență economică⁸. În industriile moderne, flexibilitatea este mai importantă decât controlul asupra bunurilor⁹. Caracteristica esențială este abilitatea uneia sau mai multor societăți să controleze alte societăți, indiferent dacă conexiunea dintre acestea se realizează pe baza deținerii unui procent din acțiuni sau doar pe bază de contract.

Alți autori au definit GTS ca fiind orice formă de activitate a unei societăți – societatea-mamă - exercitată în mai multe state, prin intermediul altor societăți, care sunt dominate de către societatea-mamă prin diferite mijloace și astfel sunt asociate strategiei globale ale acesteia¹⁰.

*O societate multinațională este o întreprindere care se angajează în investiții străine directe și deține sau, în diferite moduri, controlează activități în mai mult decât un stat*¹¹. Această definiție este larg acceptată de cercurile academice și de afaceri, precum și de organizațiile internaționale (OECD, DITE – UNCTAD - *Division on Investment, Technology and Enterprise Development*), de guverne și entități transnaționale.

Existența grupului de societăți se caracterizează, deci, prin apartenența mai multor societăți la un ansamblu economic internațional, supuse principiilor unității de acțiune, de strategie sau de finanțare¹².

În România, noțiunea de grup de societăți nu are o reglementare generală. Grupurile de societăți sunt doar realități *de fapt*, alcătuite din societatea-mamă și filialele sale¹³.

Referiri la grupul de societăți există, însă, în mai multe acte normative, elaborate pentru anumite domenii. Astfel, de exemplu, în Codul insolvenței (Legea 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență¹⁴) există referiri la *grupul de societăți*, atât național, cât și la grupul transnațional de societăți, privitor la procedura insolvenței. *Grupul de societăți* reunește două sau mai multe societăți între care există strânse conexiuni determinate de exercitarea controlului de către

⁸ Graf-Peter Calliess, *op. cit.*, p. 604.

⁹ Graf-Peter Calliess, *op. cit.*, p. 605.

¹⁰ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 182.

¹¹ John H. Dunning, Sariana M. Lundan, *Multinational Enterprises and Global Economy*, Second Edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2008, p. 3.

¹² Michel Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, ed. a 3-a, Ed. Lextenso, Montchrestien, 2011, p. 401.

¹³ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți în dreptul comercial italian. Scurte considerații de drept comparat*, în Revista română de drept al afacerilor, nr. 3 /2013, p. 69.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014 cu modificările și completările ulterioare.

societatea-mamă ori asociatul dominant, respectiv de capacitatea de influențare a deciziilor și a activității desfășurate, fără ca prin aceasta să ia naștere o entitate juridică distinctă (art. 5, punctul 9, 35, 37 și 62).

Aceeași definiție este dată grupului de societăți în Ordinul Ministerului finanțelor publice nr. 1802 din 29 decembrie 2014 pentru aprobarea Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate¹⁵ (secțiunea 1.2, punctele 9-11). În Codul fiscal¹⁶, în art. 7 pct. 26 este definită noțiunea de persoană afiliată, care sugerează apartenența la un grup.

În literatura juridică din România¹⁷, se apreciază că grupul de societăți este caracterizat prin controlul exercitat de societatea dominantă (sau de acționarul dominant) asupra societăților din grup și de riscul unic al activității derulate de grup¹⁸.

2. Moduri de constituire a GTS

GTS este guvernat de principiul dominării, care înseamnă puterea uneia sau mai multor societăți de a organiza procesul de elaborare a deciziilor în alte societăți¹⁹. Organizarea grupului se bazează pe adaptare: adaptarea la piață, adaptarea la constrângerile juridice, adaptarea la schimbările politice²⁰. GTS este o entitate vie, mobilă, aflată în permanentă mișcare, determinată de factori strategici și juridici, ceea ce face imposibilă abordarea sa ca formă unitară și face greu de stabilit centrul său, precum și periferiile sale²¹.

Controlul grupului se realizează prin două categorii de tehnici: instituționale și relaționale. *Tehnicile instituționale* se referă la influența directă sau indirectă pe care o conferă deținerea capitalului și a dreptului de vot în procesul decizional sau în desemnarea membrilor organelor de conducere. *Tehnicile relaționale* se referă la controlul prin intermediul contractelor (de transfer de tehnologie, de licență, de distribuție), care creează dependență²².

¹⁵ Publicat în M. Of. nr. 963 din 30 decembrie 2014.

¹⁶ Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, publicată în M. Of. nr. 688 din 10 septembrie 2015, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁷ Pentru o prezentare detaliată a grupului de societăți, a se vedea, Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2011; Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți din perspectiva practicii judecătorești*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 11/2015.

¹⁸ Gheorghe Piperea, *Drept comercial. Întreprinderea, în reglementarea NCC*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 363 și urm.; Gheorghe Piperea, *Grupurile de societăți și influența acestora asupra principiilor fundamentale ale contractelor bilaterale*, în Analele Universității din București, Seria Drept, nr. 11/2011.

¹⁹ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 402.

²⁰ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 404.

²¹ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 405.

²² Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 405.

Astfel, GTS poate alege diferite moduri de a intra pe piețe străine²³, prin:

- crearea de *filiale deținute în întregime de societatea-mamă*, acestea pot fi create prin *merging and acquisitions (M&As)*, adică prin fuziuni transnaționale sau prin preluarea controlului, adică prin achiziții²⁴ sau prin crearea unei noi entități;

- *exporturi*, care pot fi directe, indirecte (când exportul este preluat de un agent, altul decât societatea de producție), de cooperare (frecvent, între întreprinderi mici și mijlocii) și transferuri intra-societare (schimbarea de bunuri și servicii între societatea-mamă și filialele ei);

- contracte de *licență*; prin contractul de licență titularul unui drept de proprietate intelectuală (licențiatorul), cum este un brevet, o marcă, *know-how*, dă permisiunea unei alte persoane (beneficiarul licenței) să *folosească* proprietatea sa în schimbul unui preț (redevențe sau *royalties*);

- *contracte turnkey*; un contract *turnkey* este acela în care un investitor străin se angajează să proiecteze și să construiască/execute un anumit obiectiv; investitorul realizează obiectivul în mod independent, până când este gata de funcționare²⁵; ulterior, se încheie un contract de asistență tehnică, care necesită specialiști de care dispune doar investitorul;

- *contracte de franciză*; franciza este o formă particulară de distribuție; contractul de franciză este bazat pe colaborarea continuă dintre doi comercianți, prin care unul dintre aceștia, francizorul autorizează pe beneficiar să producă și/sau comercializeze anumite mărfuri sau să presteze anumite servicii, folosindu-se de numele comercial, de marca și de *know-how*-ul lui și beneficiind de asistență din partea acestuia, în schimbul unei remunerații periodice plătită de beneficiar, numită redevență;

- *contractele manufacturing sau research and development (R&D)*; acestea sunt contracte *outsourcing* (de externalizare), care permit unei societăți să externalizeze pe piețe străine o parte sau totalitatea cercetării, dezvoltării, marketingului, distribuției, vânzărilor și serviciilor;

- *alianța strategică*, este acordul de cooperare între două sau mai multe societăți pentru a satisface interese comune; nu implică crearea unei noi entități;

- *original equipment manufacturers (OEMs)*; sunt societăți agent care importă componente de produse de la societatea-mamă în vederea asamblării și vânzării sub marca societății-mamă; acest mod este foarte obișnuit în industria auto;

²³ Mustafa Sakr, Andre Jordaan, *Emerging multinational corporations: Theoretical and conceptual framework*, Economic Research Southern Africa, working paper 574, 2016, online: https://www.econrsa.org/system/files/publications/working_papers/working_paper_574.pdf, consultat la 11 ianuarie 2017.

²⁴ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 187-190.

²⁵ Pentru detalii, a se vedea, Schneider M.E., *Turnkey Contracts. Concept, liabilities, claims*, în *The International Construction Law Review*, nr. 3/1986, [Online] la: http://www.lalive.ch/data/publications/mes_turnkey_contracts.pdf, consultat la 1 octombrie 2016.

- *joint venture agreements*; operațiunea *joint venture* are, în principal, două forme: *equity joint venture* - entitate separată constituită între o societate străină și una locală; *contractual joint venture* - contract între cel puțin două părți, în care fiecare societate își păstrează independența; alegerea uneia dintre aceste forme de *joint venture* arată gradul de implicare a societăților în colaborarea pe care o presupune un *joint venture*.

3. Naționalitatea și legea aplicabilă unui GTS

Naționalitatea societății/persoanei juridice este expresia competenței unui stat de a stabili legătura cu naționalii săi²⁶ și servește pentru determinarea *condiției juridice a străinilor*. *Legea aplicabilă* sau *lex societatis* reglementează *funcționarea* societății/persoanei juridice.

Din punct de vedere juridic, GTS nu poate avea o naționalitate unică și nici o lege aplicabilă unică, deoarece un GTS nu înseamnă o singură societate, ci un grup de societăți sau alte entități de afaceri conectate și integrate într-o entitate multinațională²⁷.

Naționalitatea unui GTS nu poate fi unică și datorită faptului că, în absența personalității juridice a grupului, nu se poate recunoaște naționalitatea acestuia, care este un atribut al personalității juridice²⁸. În prezent, nu există un statut juridic al GTS²⁹.

Forma clasică a GTS este aceea a unui grup de societăți în care o societate-mamă controlează filialele ei prin intermediul acțiunilor sau altor forme de proprietate. Prin urmare, *stabilirea naționalității și a legii aplicabile unui GTS înseamnă stabilirea naționalității și a legii aplicabile fiecărei unități componente*.

Naționalitatea fiecărei societăți din grup se stabilește utilizând criteriile clasice (în funcție de sistemul de drept de referință) și anume acelea ale sediului social, înregistrării (*incorporation*), criteriul controlului; acestea nu pot determina, însă, naționalitatea GTS în integralitatea lui³⁰, ci doar a fiecărei unități componente a acestuia. Criteriile se pot folosi separat sau combinat³¹.

²⁶ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 156.

²⁷ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți din perspectiva practicii judecătorești*, *op. cit.*, p. 83.

²⁸ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 27.

²⁹ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 182.

³⁰ Boris Wandoren, *La nationalité des entreprises multinationales: fiction ou réalité juridique?*, disertație, 2008, p. 135, disponibilă online la adresa: <http://www.archipel.uqam.ca/1087/1/M10443.pdf>, consultată la 13 ianuarie 2017.

³¹ Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, p. 188 și urm.

Criteriul sediului social se utilizează, de regulă în sistemul de drept romano-germanic. Sediul social are două forme: *sediul statutar*, adică locul ales de asociați pentru înregistrarea societății, care depinde de voința fondatorilor societății și care nu garantează întotdeauna realitatea legăturilor dintre societate și statul pe teritoriul căruia este stabilit sediul și *sediul real*, adică locul unde societatea este efectiv implantată și de unde sunt conduse activitățile sale și este gestionată societatea și care este stabilit în mod obiectiv și imperativ de judecător, după verificarea situației concrete, reale³².

Sediul statutar prezintă avantajele unicității, stabilității relative, identificării cu ușurință, publicității în registrele publice.

În Codul civil român, în art. 2571 alin. (1), se arată că persoana juridică are naționalitatea statului pe al cărui teritoriu și-a stabilit, potrivit actului constitutiv, *sediul social*. Prin urmare, criteriul determinării naționalității este acela al *sediului social statutar*. Prin excepție, potrivit art. 2571 alin. (2), în cazul în care există sedii în mai multe state, determinant pentru a identifica naționalitatea persoanei juridice este sediul real. Prin *sediul real* se înțelege locul unde se află centrul principal de conducere și de gestiune a activității statutare, chiar dacă hotărârile organului respectiv sunt adoptate potrivit directivelor transmise de acționari sau asociați din alte state.

În comerțul internațional, în mod frecvent societatea poate avea sedii în mai multe state. Aplicarea în toate aceste cazuri a criteriului sediului social real poate conduce la conflicte de legi în stabilirea naționalității. De exemplu, o instanță din România ar putea considera că o societate are naționalitatea statului unde se află sediul ei real, iar în statul respectiv să existe prevederi care să arate că naționalitatea se stabilește potrivit sediului statutar.

De aceea, această prevedere a fost interpretată în literatura juridică de specialitate³³ ca fiind una excepțională, care se aplică în situația în care sediul statutar se dovedește a fi fictiv și nu în fiecare situație în care societatea are sedii în mai multe state. Deci, regula în dreptul internațional privat român este criteriul sediului statutar, care este similar cu criteriul *incorporation* din *common law*, iar excepția este criteriul sediului social real.

Dezavantajul criteriului sediului social real este acela că nu asigură stabilitatea sediului, locul de gestiune și conducere a societății putând suferi modificări în timp.

În sistemul de drept romano-germanic se folosește, în multe state, criteriul sediului social real, cu tendința, însă, a orientării spre criteriul sediului statutar.

³² V. M. Menjucq, *La notion de siège social: une unité introuvable en droit international et en droit communautaire*, în *Melanges Béguin*, 2005, p. 499 și urm. apud. Alina Oprea, *Observații privind regimul persoanelor juridice în dreptul internațional privat român din perspectiva reglementărilor din noul Cod civil*, în SUBB *lurisprudentia* nr. 3/2011, p. 20.

³³ Alina Oprea, *op. cit.*, p. 21.

Criteriul *incorporation* pentru determinarea naționalității societății se folosește, mai ales, în sistemul de drept anglo-saxon.

Conform criteriului *incorporation*, societatea are naționalitatea statului pe teritoriul căruia a îndeplinit formalitățile de constituire și a fost înregistrată/înmatriculată. Acest criteriu seamănă cu cel al sediului statutar din statele de tradiție romano-germanică.

Criteriul *incorporation* prezintă avantajele simplității și stabilității, naționalitatea societății nefiind influențată de modificarea sediului sau de locul activităților principale ale acesteia³⁴. Dezavantajul principal este considerat riscul potențial de fraudă și de fictivitate, fondatorii înregistrând societatea într-un stat „atractiv”, mai ales din punct de vedere fiscal, cu intenția de a desfășura activitatea principală într-un alt stat, eludând astfel dispozițiile lui legale³⁵.

Criteriul controlului are o utilizare redusă. Prin control se înțelege puterea exercitată de acționari cu privire la conducerea și funcționarea societății. Este, însă, dificil de stabilit, în vederea determinării naționalității societății, cine deține capitalul, care este identitatea reală a acționarilor și care este cetățenia lor³⁶.

De exemplu, în Convenția de la Washington din 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state³⁷, în art. 25 pf. 2 lit. b se face referire la criteriul controlului, în vederea stabilirii competenței *Centrului internațional pentru reglementarea diferendelor relative la investiții* (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID)

În Franța, se utilizează criteriul controlului pentru a refuza unei societăți anumite drepturi de acces la activități economice din sectoare considerate sensibile pentru economia națională³⁸.

Determinarea naționalității societății prezintă *utilitate*, atât în plan intern, cât și internațional.

Pe plan intern, în anumite domenii ale activității economice, statul tratează diferit pe străini față de naționalii săi. Este ceea ce numim condiția juridică a străinilor pe teritoriul unui stat.

Pe plan internațional, naționalitatea societății servește pentru utilizarea instituției *protecției diplomatice*. Protecția diplomatică este o instituție specifică dreptului internațional public, prin care statul îl apără pe naționalul său, în cazul în care acesta a suferit un prejudiciu ca rezultat al acțiunilor unui alt stat. Statul care exercită pro-

³⁴ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 160.

³⁵ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 160.

³⁶ Catherine Kessedjian, *Droit du commerce international*, Ed. Presses Universitaires de Frances, Paris, 2013, p. 107.

³⁷ Ratificată de România prin Decretul 62/1975, publicat în Buletinul Oficial nr. 56 din 7 iunie 1975.

³⁸ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 161.

tecția diplomatică se substituie în drepturile persoanei private prejudiciate, iar disputa se soluționează în ordinea juridică internațională, de regulă în fața Curții Internaționale de Justiție, subiecte fiind statele³⁹.

Utilitatea naționalității societății reiese și din materia *dreptului investițiilor*, în care se face distincția între investitorul străin și cel care are naționalitatea statului gazdă. Pentru ca investitorul străin să se bucure de protecție în statul gazdă, trebuie să existe un tratat bilateral de protecție a investițiilor între statul a cărui naționalitate o are investitorul străin și statul gazdă.

Piercing the corporate veil. În stabilirea naționalității GTS se poate utiliza și instituția *piercing the corporate veil/lifting the corporate veil*, în traducere, *străpungerea vălului corporativ*. Aceasta este o instituție de proveniență anglo-saxonă, care înglobează totalitatea ipotezelor în care personalitatea juridică a unei societăți este ignorată, pentru a vedea dincolo de vălul corporativ⁴⁰ și a stabili reala naționalitate a societății. Ridicarea vălului corporativ este un termen care descrie, deci, procedura de ignorare a personalității juridice a unei societăți pentru a ajunge la persoana sau persoanele din spatele structurii corporative⁴¹.

De exemplu, în dreptul internațional al investițiilor a fost utilizată instituția *piercing the corporate veil* în vederea stabilirii naționalității investitorului-reclamant pentru a determina competența ICSID. ICSID soluționează litigii dintre state și investitori ai altor state, în baza Convenției de la Washington din 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state. În Convenție este stabilită, în art. 25, o dublă condiție referitoare la competența ICSID: investitorul să fie naționalul unuia dintre cele două state părți la BIT (*Bilateral Investment Treaty* - Tratat bilateral de investiții) și să nu aibă naționalitatea celui alt stat cu care se judecă; naționalitatea se stabilește folosind dreptul național.

Astfel, în cauza *TSA Spectrum de Argentina S.A. (TSA) c. Argentina*⁴², în temeiul BIT-ului încheiat între Olanda și Argentina, ICSID s-a considerat necompetent să soluționeze litigiul, după ce a stabilit că societatea TSA, o companie de naționalitate olandeză, reclamantă în speță, era, de fapt, proprietatea și era controlată de un cetățean argentinian. Pentru a hotărî astfel, a avut în vedere BIT-ul, care în art. 1 arată că naționalitatea investitorului se poate stabili utilizând criteriul controlului.

³⁹ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, Sabine Corneloup, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁰ Lorena Butușină, *Piercing the corporate veil*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 8/2013, p. 84.

⁴¹ Alper Hakkı YAZICI, *Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent?*, în *Law & Justice Review*, Year:5, Issue:9, December 2014, p. 131.

⁴² Speța este disponibilă online pe site-ul ICSID, la adresa: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf>, consultat la 23 august 2017.

Instituția străpunerii vălului corporativ este reglementată (chiar dacă nu sub această denumire) și în *dreptul românesc*, în art. 193 alin. (2) Cod civil care prevede că „Nimeni nu poate invoca împotriva unei persoane de bună-credință calitatea de subiect de drept a unei persoane juridice, dacă prin aceasta se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice”.

„Expresie a obligației generale de exercitare a drepturilor cu bună-credință, textul condiționează ignorarea personalității juridice de utilizarea calității de subiect de drept pentru ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice”⁴³.

O formă a instituției străpunerii vălului corporativ este reglementată în Legea societăților nr. 31/1990. Conform art. 237¹, „(3) Asociatul care, în fraudă creditorilor, abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale și de personalitatea juridică distinctă a societății răspunde nelimitat pentru obligațiile neachitate ale societății dizolvate, respectiv lichidate. (4) Răspunderea asociatului devine nelimitată în condițiile alin. (3), în special atunci când acesta dispune de bunurile societății ca și cum ar fi bunurile sale proprii sau dacă diminuează activul societății în beneficiul personal ori al unor terți, cunoscând sau trebuind să cunoască faptul că în acest mod societatea nu va mai fi în măsură să își execute obligațiile.”. În literatura juridică⁴⁴ s-a afirmat că, în acest caz, este vorba, de fapt, despre aplicarea teoriei societății fictive, potrivit căreia, un asociat, fie că este persoană fizică sau juridică, răspunde față de creditorii societății cu propriul patrimoniu, dacă a abuzat de limitarea răspunderii și a realizat o confuziune între patrimoniul propriu și cel al societății.

În cazul unui grup de societăți, prin confuziunea de patrimonii, societățile din grup sunt instrumente utilizate pentru realizarea interesului grupului, iar personalitatea lor juridică este fictivă.

Instituția străpunerii vălului corporativ a început să fie utilizată în practica judiciară din România⁴⁵.

Legea aplicabilă GTS (lex societatis)

În ceea ce privește *legea aplicabilă* unui GTS, în literatura juridică de drept internațional privat⁴⁶ s-a propus utilizarea *centrului de decizii* ca punct de legătură

⁴³ Lorena Butușină, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁴ Gheorghe Piperea, *Drept comercial...op. cit.*, p. 383-389.

⁴⁵ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți din perspectiva practicii judecătorești*, în Revista română de drept al afacerilor, nr. 11/2015, p. 81-104.

⁴⁶ Berthold Goldman (care s-a născut la București, pe 12 septembrie 1913, dar care a studiat și a profesat în Franța) a fost inițiatorul utilizării acestui punct de legătură; a se vedea, Michel Menjuq, *op. cit.*, p. 25-29.

pentru determinarea unei *legi unice* a grupului⁴⁷. Centrul de decizii reprezintă un punct de legătură care reunește criteriul sediului real cu criteriul controlului⁴⁸. Centrul grupului nu este ușor de determinat însă, deoarece, fie centrul de decizii este diferit de societatea care deține majoritatea capitalului, fie nu există un centru unic de decizii, ci mai multe, parțiale. În primul caz, poate fi situația unui *holding*⁴⁹, care, din punct de vedere juridic, are calitatea de societate-mamă a grupului. Este posibil ca holding-ul să fie creat într-un stat cu fiscalitate atractivă, acesta să dețină acțiunile fostei societăți-mamă, devenită societate de exploatare, localizată în alt stat, dar centrul de decizii să nu fie *holding*-ul, ci fosta societate-mamă⁵⁰.

Holding-ul nu se confundă cu GTS. *Holding*-ul este societatea dominantă a grupului, care exercită controlul asupra societăților din grup prin intermediul acțiunilor (control acționarial)⁵¹. *Holding*-ul asigură o direcție comună de dezvoltare a GTS, prin „trasarea politicii de grup, fixarea de obiective, elaborarea proiectului de buget și investiții, planul pentru extinderea grupului, centralizarea trezoreriei”, achizițiile centralizate, vânzările controlate etc.⁵².

Ideea abordării unitare a GTS, prin stabilirea unei legi aplicabile unice, nu își are originea în practică, ci aparține teoreticienilor. GTS profită de diferența între legislațiile care guvernează societățile, membre ale grupului și nu are nici un interes ca funcționarea grupului să fie supusă unei legi unice. Dimpotrivă, multitudinea de legi aplicabile societăților din grup este un factor de optimizare a gestiunii grupului⁵³.

În absența reglementării GTS, legăturile de afiliere sau de dominație se manifestă prin recunoașterea unei comunități de interese a grupului, ceea ce permite societății-mamă să efectueze anumite operațiuni în detrimentul unei filiale, cu condiția ca aceasta să fie în interesul grupului⁵⁴.

4. Drepturile și obligațiile GTS

GTS, deși joacă un rol foarte important în plan economic și social, nu este reglementat prin norme obligatorii, nici la nivel internațional, nici la nivel național

⁴⁷ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 406-408.

⁴⁸ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ În România societatea holding nu este reglementată; într-un proiect de lege referitor la grupurile de societăți, *societatea holding / societatea-mamă este definită ca fiind „entitatea din cadrul unui grup de societăți care deține participării ce îi conferă controlul asupra acestora”* (disponibilă online la adresa: www.araco.org/jom/images/buletin/.../Holding.doc, consultat la 27 august 2017).

⁵⁰ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 407.

⁵¹ Gheorghe Piperea, *Drept comercial... op. cit.*, p. 366.

⁵² Gheorghe Piperea, *Drept comercial... op. cit.*, p. 366.

⁵³ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 409.

⁵⁴ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 412; Gheorghe Piperea, *Drept comercial... op. cit.*, p. 374-376.

(cu excepția legislației din Germania, care conține prevederi referitoare la acestea și a unor reglementări portugheze⁵⁵ și italiene⁵⁶).

Legislațiile naționale nu dispun de instrumente apte să reglementeze funcționarea GTS și să exercite controlul asupra acestuia. Așa cum am văzut, nu se poate stabili naționalitatea unui GTS, ci doar a societăților care fac parte din grup, iar grupul folosește o rețea descentralizată de structuri de producție, distribuție și este deosebit de flexibil în ceea ce privește relocalizarea operațiunilor și a profiturilor⁵⁷.

Imposibilitatea statelor de a reglementa GTS a condus la elaborarea de norme, mai ales *soft law*, pe plan internațional, care se referă, pe de o parte la *drepturile* GTS, drepturi care sunt garantate prin intermediul dreptului internațional al investițiilor și a drepturilor internaționale ale omului, iar, pe de altă parte se referă la *obligățiile* GTS, care sunt ținute să răspundă pentru încălcările drepturilor omului, pentru încălcarea regulilor referitoare la protecția mediului înconjurător, ale dreptului internațional al muncii și ale dreptului penal internațional.

Având în vedere caracterul internațional al drepturilor și al obligațiilor GTS, s-a pus întrebarea dacă *grupurile transnaționale de societăți sunt subiecte de drept internațional public*.

Regula este că statele suverane sunt subiecte de drept internațional public (DIPb). A fi subiect de DIPb înseamnă a avea drepturi și obligații internaționale și capacitatea de a apăra drepturile prin promovarea de acțiuni în justiția internațională⁵⁸. Majoritatea autorilor consideră că GTS nu este subiect de DIPb⁵⁹. Chiar dacă în DIPb există prevederi referitoare la GTS, aceasta nu înseamnă că are drepturi și obligații. Alți autori⁶⁰ au recunoscut pentru GTS calitatea de subiect de DIPb pornind de la rolul GTS la nivel internațional, explicat prin privatizarea DIPb prin intermediul dreptului investițiilor și al arbitrajului. Alți autori⁶¹ consideră că DIPb nu are subiecte și obiecte, ci doar participanți, printre aceștia numărându-se și GTS.

⁵⁵ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 403-404.

⁵⁶ Manole Ciprian Popa, *Grupurile de societăți în dreptul comercial italian. Scurte considerații de drept comparat*, în Revista română de drept al afacerilor, nr. 3 /2013, p. 65 și urm.

⁵⁷ Nicolás Zambrana Tévar, *Shortcomings and disadvantages of existing legal mechanisms to hold multinational corporations accountable for human rights violations*, în Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2012), Vol. 4, N° 2, pp. 398-399, disponibil online la adresa: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1630/707>, consultat la 25 august 2017.

⁵⁸ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁰ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 4 cu autorii citați acolo.

⁶¹ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 2003, p. 49.

Drepturile GTS recunoscute de DIPb se referă la Drepturile internaționale ale omului și la Protecția investițiilor.

Drepturile internaționale ale omului. Conform art. 34⁶² din Convenția CEDO (Convenția Europeană a Drepturilor Omului)⁶³, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CtEDO) garantează protecție societăților, inclusiv GTS.

CtEDO a decis în favoarea societăților în trei situații care au fost considerate delicate⁶⁴: protecția afacerii considerată domiciliu (*Société Colas Est and others v. France - 2002*⁶⁵), protecția discursului pur comercial (*Autronic AG v. Switzerland - 1990*⁶⁶) și acordarea de daune materiale pentru prejudicii nemateriale (*Comingersoll S.A. v. Portugal - 2000*⁶⁷).

În afară de CEDO, nici o altă convenție nu asigură protecție societăților. Astfel, în *American Convention on Human Rights* numai persoanele fizice sunt protejate (art. 1, alin. 2)⁶⁸. În preambulul *International Covenant on Civil and Political Rights*⁶⁹ se precizează că protecția asigurată prin convenție privește numai persoanele fizice.

Protecția investițiilor. Pornind de la efectele benefice ale activității internaționale a GTS, dreptul internațional al investițiilor îi garantează anumite drepturi. Acestea apar în dreptul internațional cutumiar, în tratatele de protecție a investițiilor bi și multilaterale, în contractele încheiate între GTS și statele gazdă⁷⁰.

În dreptul internațional cutumiar există reguli care asigură o protecție minimă a investitorului, cum este aceea referitoare la exproprierea investiției, care, pentru a

⁶² Art. 34. „Cereri individuale. Curtea poate fi sesizată, printr-o cerere, de orice persoană fizică, organizație neguvernamentală sau grup de particulari care se pretind victime ale unei încălcări de către una dintre Înaltele Părți Contractante a drepturilor recunoscute în Convenție sau în Protocoalele sale. Înalta Parte Contractantă se angajează să nu împiedice prin nicio măsură exercițiul eficace al acestui drept.”

⁶³ Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, disponibilă online la adresa: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf, consultată la 25 august 2017.

⁶⁴ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 5-6.

⁶⁵ Speța este disponibilă online pe site-ul CtEDO, la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60431>, consultată la 27 august 2017.

⁶⁶ Pentru o prezentare comentată a speței, a se vedea, Winfried H.A.M. van den Muijsenbergh, Sam Rezai, *Corporations and the European Convention on Human Rights*, în *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 25/2012, p. 56-58, disponibil online la adresa: http://www.mcgeorge.edu/Documents/Conferences/GlobeJune2012_Corporationsandthe.pdf, consultat la 27 august 2017.

⁶⁷ Speța este disponibilă online pe site-ul CtEDO, la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58562>, consultată la 27 august 2017.

⁶⁸ Textul convenției poate fi consultat online la adresa: <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, accesat la 27 august 2017.

⁶⁹ Textul convenției poate fi consultat online la adresa: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, accesat la 27 august 2017.

⁷⁰ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 7.

fi legală, trebuie să aibă loc în interes public, fără arbitrar, fără discriminare bazată pe naționalitate și cu plata unei despăgubiri juste⁷¹.

Tratatele Bilaterale de Investiții (*Bilateral Investment Treaties* - BIT-urile) reprezintă instrumentele de bază, pe care le invocă investitorii pentru apărarea drepturilor lor. BIT-urile conțin prevederi cu privire la: definiția investiției, a investitorului, tratamentul aplicat investiției străine, expropriere, transfer profit, soluționarea litigiilor, *umbrella clause* [care obligă părțile contractante (statele) să respecte orice prevederi din dreptul lor național cu privire la investiții, transformând obligația contractuală a statului într-o obligație de drept internațional public], tratament just și echitabil, nediscriminare (clauza tratamentului național, clauza națiunii celei mai favorizate). În ceea ce privește soluționarea litigiilor, investitorii pot introduce o acțiune direct împotriva statului gazdă; investitorii pot alege între o instanță națională, de stat sau arbitrală, ori UNCITRAL Rules (pentru arbitraj comercial) sau ICSID⁷².

În BIT-urile încheiate recent⁷³ sunt incluse și clauze care protejează statul gazdă, nu numai pe investitori, clauze care se referă la interesul public, drepturile omului, protecția mediului, răspunderea penală.

În tratatele multilaterale există prevederi similare cu acelea din BIT-uri. De exemplu, în *North American Free Trade Agreement* (NAFTA)⁷⁴ sau *Energy Charter Treaty*⁷⁵.

Obligațiile GTS în dreptul internațional public.

La nivel internațional există o anumită așteptare, atât din partea statelor în curs de dezvoltare (importatoare de investiții), cât și din partea organizațiilor guvernamentale, ca statele de origine ale GTS să exercite un control asupra activității acestuia, mai ales prin măsuri care să asigure că GTS nu acționează în detrimentul statelor gazdă și că respectă standardele internaționale⁷⁶.

⁷¹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, UK, 2008, p. 11-17; Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 7.

⁷² Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 8.

⁷³ Pentru o prezentare detaliată, a se vedea, Jan Wouters, Sanderijn Duquet, Nicolas Hachez, *International Investment Law: the Perpetual Search for Consensus*, în Olivier De Schutter, Johan Swinnen, Jan Wouters (eds.) *Foreign Direct Investment and Human Development. The law and economics of International Investment Agreements*, Ed. Routledge, New York, 2013, p. 25-70.

⁷⁴ Textul convenției poate fi consultat la adresa <http://www.naftanow.org/>, accesat la 29 august 2017.

⁷⁵ Textul tratatului poate fi consultat la adresa: <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>, accesat la 29 august 2017.

⁷⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, UK, 2010, p. 144.

GTS nu are obligații directe conform dreptului internațional, dar există și se dezvoltă un corp de norme *soft law*, care are ca scop reglementarea conduitei acestuia. Printre acestea se numără:

- *Guiding Principles on Business and Human Rights*⁷⁷ din 2011, care au fost bine primite de GTS și receptate de state cu intenția de a le transforma în norme obligatorii. Cu toate acestea, nu au, încă, un impact în practica GTS⁷⁸.

- *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁷⁹ reprezintă un alt set de recomandări referitoare la o conduită responsabilă a GTS, cu ultima versiune din 2011.

- *ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* este un instrument neobligatoriu, care privește dreptul muncii, încheiat între angajați, angajatori și state, cu ultima versiune din 2017⁸⁰.

- *Global Compact* este o inițiativă *soft law* pentru societățile care, în mod voluntar se angajează să respecte și să sprijine zece principii, în domeniul drepturilor omului, al dreptului muncii, mediului înconjurător și anti-corupției⁸¹; în prezent, la această inițiativă ONU participă 162 de state.

Deși nu au obligații conform dreptului internațional public, GTS este tras la răspundere în fața instanțelor naționale civile și penale pentru încălcările drepturilor omului.

GTS poate încălca *direct* drepturile omului prin: angajarea de copii la muncă, muncă forțată, criterii discriminatorii de angajare, prejudicii aduse mediului și, prin asta, punerea în pericol a vieții și sănătății oamenilor.

GTS poate încălca *indirect* drepturile omului prin sprijinirea financiară, prin intervenția în politica statală sau prin crearea de infrastructură în state ale căror regimuri politice încălcă drepturile omului.

Există o jurisprudență semnificativă în această materie, mai ales în SUA⁸², datorită existenței *Alien Tort Claims Act* (ATCA) din 1789, potrivit căruia orice delict din dreptul internațional a fost considerat a fi de competența instanțelor din SUA⁸³. Prin ATCA, instanțele americane au devenit un fel de justiție internațională pentru

⁷⁷ Disponibile online la adresa: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, accesate la 29 august 2017.

⁷⁸ Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹ Textul este disponibil online la adresa: <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>, accesat la 29 august 2017.

⁸⁰ Textul este disponibil online la adresa: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang-en/index.htm, consultat la 29 august 2017; a se vedea și, Letnar Cernic, Jernej, *Corporate Responsibility for Human Rights: Analyzing the ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* în *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1. pp. 24-34, 2009, disponibil online la adresa: <https://ssrn.com/abstract=1459548>, consultat la 29 august 2017.

⁸¹ Informații pot fi consultate online la adresa: <https://www.unglobalcompact.org/>, accesate la 29 august 2017.

⁸² Pentru detalii, a se vedea, Jan Wouters, Anna-Luise Chané, *op. cit.*, p. 17-19.

⁸³ M. Sornarajah, *op. cit.*, p. 149.

încălcarea drepturilor omului. În 1997 ATCA a fost folosit pentru prima oară de o instanță din California⁸⁴ pentru soluționarea cauzei *Doe v. Unocal*, în care o societate multinațională a fost chemată în judecată pentru încălcarea drepturilor omului. Reclamanții au pretins că *Unocal*, un GTS având societatea-mamă de naționalitate nord-americană, care construia o țeavă de gaz pentru guvernul din Birmania, a participat la tortura, munca forțată și uciderea populației aborigene din Birmania de către guvernul birmanez; în fața instanței americane, Birmania a invocat imunitatea de jurisdicție; *Unocal*, înainte de judecarea cauzei pe fond, a fost de acord să tranzacționeze (*to settle*) plătind victimelor despăgubiri⁸⁵. În *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, Ken Saro-Wiwa și opt compatrioți ai săi au fost executați de guvernul nigerian pentru protestele împotriva poluării mediului de către companiile petroliere. Grupul de societăți *Royal Dutch Petroleum* a fost acuzat de complicitate cu regimul militar nigerian la abuzurile împotriva drepturilor omului. Înainte de a ajunge în fața instanței, în 2009, *Royal Dutch Petroleum*, negând toate acuzațiile, a acceptat să plătească familiilor victimelor despăgubiri în valoare de 19,5 milioane dolari⁸⁶.

Instanțele nord americane au soluționat diferite cauze de încălcări ale drepturilor omului de către GTS, precum *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.* (2007), *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.* (2009), *Romero v. Drummond Co.*, *Bowoto v. Chevron Corp.*, *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*⁸⁷.

În 2010, la presiunea comunității de afaceri nord americane, în cauza *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Corp.* (2010), instanța (*2nd Circuit Court*) a ajuns la concluzia că GTS nu poate fi tras la răspundere conform ATCA. Ca urmare a acestei decizii, *US Supreme Court* s-a pronunțat în 2013, confirmând decizia *2nd Circuit Court*, în sensul că ATCA nu este aplicabil atunci când fapta prejudiciabilă a avut loc în afara teritoriului SUA⁸⁸.

Concluzii

GTS este o entitate vie, aflată în permanentă mișcare, determinată de factori strategici și juridici, ceea ce face imposibilă abordarea sa ca formă unitară și face

⁸⁴ Theresa (Maxi) Adamski, *The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations*, în *Fordham International Law Journal*, vol. 34, nr. 6/2011, p. 1517 și urm.

⁸⁵ M. Sornarajah, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁶ Amerson, Jena Martin, *What's in a Name? Transnational Corporations as Bystanders Under International Law*, în *St. John's Law Review*, Vol. 85, nr. 1/2011, disponibil online la adresa: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol85/iss1/1>, consultat la 29 august 2017.

⁸⁷ Stefanie Khoury, David Whyte, *Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action*, Ed. Routledge, New York, 2017, p. 82 și urm.

⁸⁸ Stefanie Khoury, David Whyte, *op. cit.*, p. 86.

greu de stabilit centrul său, precum și periferiile sale⁸⁹. Indiferent de forma pe care o îmbracă, GTS este guvernat de *principiul controlului*.

GTS nu are personalitate juridică proprie. Societățile membre ale grupului, cu personalitate juridică, sunt tratate ca persoane juridice independente din punct de vedere juridic în majoritatea legislațiilor, inclusiv în România.

Cu toate acestea, *apartenența la grup* nu este lipsită de orice efect juridic. Astfel, de exemplu, utilizarea instituției *piercing de corporate veil* pentru ignorarea personalității juridice a unei societăți în scopul de a ajunge la persoana sau persoanele din spatele structurii corporative, care o controlează; faptul că GTS este ținut să răspundă pentru încălcările drepturilor omului, pentru încălcarea regulilor referitoare la protecția mediului înconjurător, ale dreptului internațional al muncii și ale dreptului penal internațional.

Recunoașterea unor efecte juridice, în anumite situații, prin tratarea grupului ca o entitate juridică distinctă, este o încercare *de a controla pe cel care controlează* și a răspunde în acest mod așteptărilor care există la nivel internațional, atât din partea statelor importatoare de investiții, cât și din partea organizațiilor neguvernamentale, ca statele de origine ale grupurilor de societăți să exercite un control asupra activității acestora, mai ales prin măsuri care să asigure că GTS nu acționează în detrimentul statelor gazdă și că respectă standardele internaționale. Conform a ceea ce spunea Montesquieu în „*De l'esprit des lois*” (1748), pentru a nu se abuza de putere, intervine o altă putere, care o temperează pe prima; „puterea oprește puterea”⁹⁰.

⁸⁹ Michel Menjucq, *op. cit.*, p. 405.

⁹⁰ „Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, *le pouvoir arrête le pouvoir*” (a se vedea, Cartea XI, cap. IV, material disponibil online la adresa: [http://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_\(%C3%A9d._Nourse\)/Livre_11#CHAPITRE_IV._Continuation_du_m.C3.AAme_sujet](http://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_(%C3%A9d._Nourse)/Livre_11#CHAPITRE_IV._Continuation_du_m.C3.AAme_sujet), consultat la 16 septembrie 2017).

PUBLICITATEA ACTELOR JURIDICE ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

*Conf. univ. dr. Gabriel TIȚA-NICOLESCU
Universitatea Transilvania din Brașov - Facultatea de Drept*

Rezumat

După cum știm, pe lângă forma cerută ad validitatem și forma cerută ad probationem, în dreptul nostru se mai vorbește despre o a treia formă posibilă pe care ar putea să o necesite, în anumite situații, un act juridic, și anume forma cerută pentru opozabilitatea față de terți a actului juridic. În realitate însă, nu putem vorbi despre o cerință de formă propriu-zisă, aparte, pentru că, spre deosebire de celelalte două cerințe (pentru validitate sau pentru probațiune), în cazul de față, actul juridic are deja o anumită formă (fie ad validitatem, fie ad probationem), însă mai trebuie îndeplinită o anumită formalitate pentru ca acel act juridic să fie opozabil terților.

Cu alte cuvinte, actul juridic respectiv este perfect valabil, produce efecte depline între părți și, mai mult, are valoare probatorie deplină între părți, însă pentru a putea fi invocat și față de terți, se cere îndeplinită condiția opozabilității. Întrebarea la care ne propunem să răspundem aici, așadar, este următoarea: când și în ce măsură se consideră că un anumit contract (act juridic) este opozabil terților?

Răspunsul este următorul: ca regulă, condiția de opozabilitate este considerată îndeplinită atunci când actul juridic este supus unei anumite proceduri formale, procedură numită publicitate. Prin excepție, opozabilitatea este considerată efectuată și fără publicitate, atunci când actul juridic are o dată certă, precum și atunci când opozabilitatea se realizează prin comunicarea unei notificări cu privire la actul juridic (de pildă, prin notificarea făcută debitorului cedat, în cazul cesiunii de creanță).

De lege lata, publicitatea unui act juridic se realizează, în prezent, prin menționarea, înscrierea, înregistrarea actului juridic respectiv într-un anumit registru public. Cele mai importante registre publice prin intermediul cărora se asigură publicitatea și opozabilitatea actelor în România sunt, potrivit art. 18 NCC, Cartea funciară, Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare și Registrul Comerțului. Despre aceste registre vom vorbi în cele ce urmează.

Cuvinte-cheie: *forma cerută pentru validitatea actului, forma cerută pentru probațiunea actului, forma cerută pentru opozabilitatea față de terți, publicitatea actului juridic, data certă a înscrisurilor, Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, Cartea Funciară, Registrul Comerțului.*

Publicity of legal transactions under the new civil code

Abstract

As we know, besides the form required ad validitatem and ad probationem, our law deals with a third form a legal transaction may require under certain circumstances, namely the form required for opposability to third parties. However, we cannot actually speak about a form requirement in itself, as, unlike the other two forms (for validity and for evidence), a legal transaction already has a form here (either ad validitatem or ad probationem), but there is another formality to be observed so that such legal transaction be opposable to third parties.

In other words, such legal transaction is perfectly valid, bears effects for the parties and, furthermore, it has full evidence value between the parties, but, in order to be invoked to third parties, the opposability condition must be fulfilled. Therefore, the question we intend to answer herein is: when and to what extent is a contract (legal transaction) considered to be opposable to third parties?

The answer is the following: as a rule, the opposability condition is deemed to have been fulfilled when the legal transaction has undergone certain formal procedures, which is called publicity. By way of exception, opposability is deemed to have been gained without publicity when the legal transaction bears a certified date, as well as when a notification has been carried out concerning such legal transaction (for instance, by notification to the assigned debtor, in case of debt assignment).

De lege lata, currently, the publicity of a legal transaction is carried out by mentioning, recording and registering it with a public registry. The most important public registers whereby transaction publication and opposability are achieved in Romania are, according to art. 18 NCC, the Land Registry, Electronic Archive for Security Interests and the Trade Registry. These registers will be dealt with below.

Keywords: *form required for the validity of a transaction, form required for the evidence of a transaction, form required for opposability to third parties, publicity of legal transaction, certified date of documents, Electronic Archive for Security Interests, Land Registry, Trade Registry.*

Precizări prealabile privind opozabilitatea și publicitatea actelor juridice

Opozabilitatea efectelor contractului, ca noțiune, este definită de prevederile noului Cod civil, legea stipulând expres și inechivoc efectele unui contract față de terți. Astfel, în primul rând, ca principiu (de la care pot exista însă excepții), contractul produce efecte numai între părțile contractante, nu și față de terți. Dar, chiar dacă nu produce efecte față de terți, contractul este opozabil terților, ceea ce înseamnă că terții se pot prevala de efectele contractului, fără a avea însă dreptul de a cere executarea lui (cu excepția cazurilor prevăzute de lege) și fără a putea aduce atingere drepturilor și obligațiilor născute din contract (art. 1.281 NCC). Așadar, riguros vorbind, forma cerută pentru opozabilitate este, în fapt, un demers pe care trebuie să îl facă părțile semnatare ale unui act (sau alte părți interesate) pentru ca acest act să devină opozabil și *terților*, dat fiind că între părți (sau succesorii lor universali ori cu titlu universal) actele juridice produc oricum efecte depline, chiar dacă nu au fost îndeplinite formalitățile de opozabilitate / publicitate. Un prim exemplu relevant îl putem oferi din materia garanțiilor reale; potrivit legii, ipoteca mobilă trebuie înscrisă în arhiva electronică de garanții reale mobiliare, iar ipoteca imobiliară trebuie înscrisă în registrele de carte funciară, ambele înscrieri fiind cerute pentru opozabilitatea față de terți.

Pe de altă parte, câteva reguli de bază trebuie să subliniem aici referitor la publicitate, legate, în principal, de modul de reglementare a acestei formalități. Astfel, reținem, în primul rând, cu titlu de principiu, că în cazurile în care este cerută cerința opozabilității față de terți, legea prevede, fără niciun dubiu și în mod expres, că este necesară în acest scop îndeplinirea unei anumite formalități de publicitate. În al doilea rând, orice procedură de publicitate, precum și condițiile în care această publicitate operează se stabilesc numai prin lege; prin urmare, nicio persoană publică sau privată, nici chiar o autoritate publică, nu poate impune îndeplinirea unei anumite formalități de publicitate, dacă legea nu o cere; în mod simetric, orice renunțare sau restrângere a dreptului de a îndeplini o formalitate de publicitate, precum și orice clauză penală sau altă sancțiune stipulată pentru a împiedica exercitarea acestui drept sunt considerate nescrise. În fine, un alt aspect prealabil care trebuie lămurit este cel legat de cine poate cere publicitatea unui act. Potrivit noilor prevederi legale, îndeplinirea formalității de publicitate poate fi cerută de orice persoană, chiar dacă este lipsită de capacitatea de exercițiu.

Efectele publicității actului juridic

Din moment ce publicitatea a fost efectuată, actul juridic respectiv produce efectele prevăzute de lege, și anume opozabilitatea *erga omnes* a acestuia (față de orice persoană terță); cu alte cuvinte, nimeni nu poate invoca faptul că nu a cunoscut dreptul, actul sau faptul supus publicității, dacă formalitatea de publicitate a fost

legal îndeplinită. Așadar, avem un prim principiu esențial de reținut în materia efectelor publicității actului juridic: publicitatea are ca efect opozabilitatea actului, iar nu efect constitutiv de drepturi¹.

Un al doilea principiu, la fel de important, este faptul că publicitatea nu validează dreptul sau actul juridic cu privire la care s-a efectuat publicitatea și nici nu întrerupe cursul prescripției extinctive, afară de cazul în care prin lege se dispune altfel. Astfel, dacă un act juridic era afectat de o cauză de nulitate, efectuarea publicității cu privire la actul juridic nu acoperă nulitatea, actul juridic respectiv putând fi desființat pentru neîndeplinirea cerințelor de fond sau de formă (totuși, trebuie făcută aici precizarea că terții care s-au încrezut cu bună-credință în existența și valabilitatea actului făcut public în condițiile legii pot invoca anumite drepturi legate de efectele aceluși act juridic²). Tot astfel, un act juridic făcut public în condițiile legii este supus termenelor de prescripție raportat la data nașterii lui, și nu la data efectuării publicității; cu alte cuvinte, îndeplinirea condițiilor de publicitate a actului juridic, care se poate produce, firește, la o dată ulterioară încheierii actului juridic, nu afectează sub nicio formă curgerea termenului de prescripție, neavând, prin urmare, nici efect suspensiv și nici întreruptiv al prescripției³.

Sanctiunea neîndeplinirii cerințelor de publicitate

Sanctiunea lipsei publicității este cât se poate de clară, fiind inechivoc prevăzută de lege, pentru a fi evitate orice confuzii: actul juridic supus publicității însă pentru care nu s-a efectuat publicitatea este *inopozabil* terților, ceea ce înseamnă că terții îl pot ignora. Excepția de la această regulă este însă la fel de clară și, în același timp, la fel de importantă: actul juridic este, totuși, opozabil terților, chiar și în lipsa îndeplinirii formalităților de publicitate, atunci când se *dovedește* că terții au cunoscut de existența actului juridic *pe altă cale*. Avem însă și o excepție de la excepție: atunci când legea prevede că simpla cunoaștere de fapt nu suplinește, totuși, lipsa de publicitate, absența publicității poate fi invocată de către orice persoană interesată, inclusiv de către tertul care a cunoscut, pe altă cale, actul juridic supus publicității.

În toate cazurile însă, simpla cunoaștere a actului juridic nu suplinește lipsa de publicitate față de *alte* persoane decât tertul care, în fapt, le-a cunoscut.

¹ Prin excepție, simpla formalitate a publicității actului juridic poate avea efect constitutiv de drepturi, nu numai de opozabilitate, însă numai dacă legea prevede în mod expres acest efect [posibilitatea rezultă din art. 20 alin. (1) NCC și, *per a contrario*, din art. 22 alin. (1) NCC].

² Avem aici în vedere acele cazuri și condiții expres prevăzute de lege, în care publicitatea actului poate produce efecte achizitive în favoarea terților dobânditori de bună-credință.

³ De pildă, dacă un contract de cesiune de acțiuni a fost încheiat la data de 1 februarie 2015, însă a fost depus la registrul comerțului pentru a deveni opozabil terților la data de 1 octombrie 2015, termenul de prescripție pentru plata prețului acțiunilor (presupunând că acesta nu a fost plătit) urmează a fi calculat de la data nașterii obligației de plată (1 februarie), iar nu de la data efectuării publicității (1 octombrie).

Formele publicității. Considerații introductive

După ce am văzut ce se înțelege prin publicitate, care sunt efectele îndeplinirii publicității și care sunt efectele neîndeplinirii acesteia, este oportun, în mod firesc, să vedem, în concret, care sunt modalitățile de publicitate a unui act juridic, așa cum sunt acestea prevăzute de actualul Cod civil.

Astfel, *de lege lata*, publicitatea unui act juridic se realizează prin menționarea, înscrierea, înregistrarea actului juridic respectiv într-un anumit *registru public*. Cele mai importante registre publice prin intermediul cărora se asigură publicitatea și opozabilitatea actelor în România sunt, potrivit actualului cod civil român:

- Cartea funciară;
- Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare;
- Registrul Comerțului.

Înainte de a aborda, pe scurt, fiecare dintre aceste registre, trebuie să mai punctăm trei precizări importante și comune tuturor formelor de publicitate, indiferent de registrul în care se realizează.

O primă lămurire trebuie făcută în ceea ce privește *concurusul* dintre formele de publicitate. Sub acest aspect, legea prevede că dacă un drept, act, fapt sau orice raport juridic este supus în același timp unor formalități de publicitate diferite, neefectuarea unei cerințe de publicitate nu este acoperită de îndeplinirea alteia.

O a doua lămurire prealabilă, foarte importantă, este legată de efectele înscrierilor făcute în aceste registre publice. Sub acest aspect, legea pleacă (corect și oportun, din punctul nostru de vedere) de la o prezumție simplă, și anume se presupune că dacă un drept, act sau fapt a fost înscris într-un registru public, se prezumă că el *există*, cât timp nu a fost radiat sau modificat în condițiile legii. *Per a contrario*, în cazul în care un drept, act sau fapt a fost radiat, se prezumă că el nu există. Desigur, prezumția este relativă, persoana interesată putând face dovada contrară.

În fine, potrivit actualului Cod civil, cu titlu de principiu, reținem că *orice* persoană, chiar fără a justifica un interes, poate, în condițiile legii, să consulte registrele publice privitoare la un drept, act, fapt sau o anumită situație juridică și să obțină extrase sau copii certificate de pe acestea.

Cartea funciară

Cartea funciară este cel mai important registru folosit în materia drepturilor reale, așa cum în materia dreptului societar cel mai important registru este registrul comerțului, despre care vom vorbi mai jos.

Deși ceea ce ne interesează aici sunt, în principal, aspectele legate de opozabilitatea actului juridic, trebuie să precizăm încă de la început faptul că, spre deosebire de alte registre publice, regula este că înscrierea în cartea funciară are caracter *constitutiv*, și nu de opozabilitate. Considerăm însă că este important să

abordăm aici câteva reguli elementare legate de publicitatea actelor juridice prin cartea funciară, tocmai pentru a delimita foarte clar acest aspect important, privitor la efectul înscrierii într-un registru.

Astfel, potrivit art. 885 NCC, sub rezerva unor dispoziții legale contrare⁴, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciara se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea. Regula este, așadar, că operațiunile de publicitate prin cartea funciară denumite *intabulare, înscriere sau înscriere provizorie* au caracter *constitutiv* de drepturi.

Dar în cartea funciară se pot realiza și alte operațiuni de publicitate, prin efectuarea unor mențiuni care au ca efect opozabilitatea actului juridic și nu nașterea însăși a dreptului; într-un astfel de caz, înscrierea are caracter de *opozabilitate* iar nu caracter constitutiv de drepturi. O astfel de mențiune făcută publică prin intermediul cărții funciare și care are ca efect opozabilitatea față de terți este denumită generic sub termenul de *notare*. Potrivit art. 902 NCC, opozabilitatea față de terți a drepturilor, faptelor și raporturilor juridice se efectuează prin notare în cartea funciară, în următoarele cazuri:

1. punerea sub interdicție judecătorească și ridicarea acestei măsuri;
2. cererea de declarare a morții unei persoane fizice, hotărârea judecătorească de declarare a morții și cererea de anulare sau de rectificare a hotărârii judecătorești de declarare a morții;
3. calitatea de bun comun a unui imobil;
4. convenția matrimonială, precum și modificarea sau, după caz, înlocuirea ei;
5. destinația unui imobil de locuință a familiei;
6. locațiunea și cesiunea de venituri;
7. aportul de folosință la capitalul social al unei societăți;
8. interdicția convențională de înstrăinare sau de grevare a unui drept înscris;
9. vânzarea făcută cu rezerva dreptului de proprietate;
10. dreptul de a revoca sau denunța unilateral contractul;
11. pactul comisoriu și declarația de rezoluțiune sau de reziliere unilaterală a contractului;
12. antecontractul și pactul de opțiune;
13. dreptul de preempțiune născut din convenții;
14. intenția de a înstrăina sau de a ipoteca;

⁴ Excepțiile sunt prevăzute tot de noul Cod civil care, la art. 887, precizează că drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, expropriere pentru cauză de utilitate publică. De asemenea, potrivit legii, nici drepturile reale dobândite prin vânzare silită, nu trebuie înscrise în cartea funciară; cu toate acestea, dacă urmărirea imobilului nu a fost în prealabil notată în cartea funciară, drepturile reale astfel dobândite nu vor putea fi opuse terților dobânditori de bună-credință.

15. schimbarea rangului ipotecii, poprirea, gajul sau constituirea altei garanții reale asupra creanței ipotecare;
16. deschiderea procedurii insolvenței, ridicarea dreptului de administrare al debitorului supus acestei măsuri, precum și închiderea acestei proceduri;
17. sechestrul, urmărirea imobilului, a fructelor ori veniturilor sale;
18. acțiunea în prestație tabulară, acțiunea în justificare și acțiunea în rectificare;
19. acțiunile pentru apărarea drepturilor reale înscrise în cartea funciară, acțiunea în partaj, acțiunile în desființarea actului juridic pentru nulitate, rezoluțiune ori alte cauze de ineficacitate, acțiunea revocatorie, precum și orice alte acțiuni privitoare la alte drepturi, fapte, alte raporturi juridice în legătură cu imobilele înscrise;
20. punerea în mișcare a acțiunii penale pentru o înscrisere în cartea funciară săvârșită printr-o faptă prevăzută de legea penală.

O primă precizare care se impune are în vedere natura actelor juridice ce se pot nota în cartea funciară. Așa cum se poate observa, pe lângă drepturile reale, care, în mod firesc, trebuie să facă obiectul mențiunilor în cartea funciară, multe notări în cartea funciară vizează *drepturi de creanță*, drepturi derivând din contracte, unele dintre aceste drepturi putând fi notate pentru prima dată în cartea funciară. Avem în vedere cesiunile de venituri⁵, clauzele contractuale referitoare la denunțarea sau rezilierea contractului, pactul comisoriu și declarațiile de reziliere/rezoluțiune ale unui contract⁶ ori promisiunile făcute în baza antecontractelor și pactelor de opțiune. Acestea prezintă interes pentru materia dreptului contractual, în timp ce chestiunile legate de intabularea, înscrierea și notarea în cartea funciară a drepturilor reale vor face obiectul de studiu al materiei drepturilor reale.

A doua precizare pertinentă, față de tematica pe care o abordăm aici, este legată de efectul notării actelor juridice în cartea funciară. Așa cum am arătat, numai din momentul notării, actele juridice devin opozabile terților cu excepția cazurilor în care se dovedește că terții le-au cunoscut pe altă cale. Totuși, chiar și în astfel de cazuri, efectuarea publicității prin notare este cerută pentru opozabilitatea actului juridic, atunci când din lege rezultă că simpla cunoaștere a acestuia nu este suficientă pentru a suplini lipsa de publicitate.

A treia precizare se referă la sensul noțiunii de *terț* în materie de carte funciară. Reținem, sub acest aspect, că prin terți se înțelege orice persoană care a dobândit un drept real sau un alt drept în legătură cu imobilul înscris în cartea funciară.

⁵ Cesiunea de venituri se referă la transmiterea unui drept de creanță ce presupune încasarea periodică a unor venituri, cum ar fi, de pildă, veniturile din chirii. Dacă aceste chirii provin din închirierea unui bun imobil, cesiunea trebuie notată în cartea funciară, pentru opozabilitate. În cazul în care cesiunea are ca obiect o universalitate de creanțe, actuale sau viitoare, aceasta nu este opozabilă terților decât prin înscrierea cesiunii în arhiva electronică, și nu în cartea funciară; cu toate acestea, cesiunea nu este opozabilă debitorilor cedatți decât din momentul comunicării ei.

⁶ Potrivit art. 1.552 alin. (3) NCC, în toate cazurile, declarația de rezoluțiune sau de reziliere se înscrie în cartea funciară ori, după caz, în alte registre publice, pentru a fi opozabilă terților.

În fine, cu privire la publicitatea prin cartea funciară și cu relevanță în materia dreptului contractual, mai precizăm că părțile pot nota și orice alt fapt sau raport juridic care are legătură cu imobilul, cum ar fi, de pildă, notarea unei clauze de inalienabilitate a unui bun imobil⁷.

Arhiva electronică

Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare (denumirea mai simplă folosită fiind și cea de Arhiva Electronică sau, prescurtat, AEGRM) este un sistem de evidență a priorității ipotecilor mobiliare și, în același timp, un sistem de publicitate care asigură înregistrarea operațiunilor privind ipotecile mobiliare și publicitatea acestor operațiuni. Arhiva electronică este structurată pe bunuri și pe persoane și este unică la nivel național, însă pentru efectuarea înregistrărilor pot fi autorizate persoane care îndeplinesc anumite cerințe; în practică, persoanele care efectuează în mod frecvent mențiunile în arhivă sunt camerele de comerț și industrie din fiecare județ, precum și avocații special acreditați în acest scop.

După înscrierea ipotecii mobiliare, operatorul va emite un document denumit Aviz de înscriere a garanției (sau Aviz de garanție), document care asigură publicitatea garanției și stabilește rangul acesteia în raport cu alți creditori.

În arhivă se pot înscrie toate ipotecile mobiliare constituite asupra bunurilor mobile, indiferent dacă aceste bunuri mobile sunt corporale (echipamente sau utilaje, recolte, păduri etc.), sunt incorporale (acțiuni sau părți sociale, drepturi de creanță) sau reprezintă dreptul asupra unor conturi bancare. În plus, în mod expres, pentru evitarea oricăror dubii, actualul Cod civil stipulează cazuri specifice de înscriere a garanției în arhivă, care asigură opozabilitatea și publicitatea față de terți a operațiunii, după cum urmează:

- Înscrierea fiduciei în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare (art. 781 NCC);

⁷ Clauza de inalienabilitate (*pactum de non alienando*) este o clauză prin care se impune de către transmitător (testator, vânzător, donator etc.) interdicția de înstrăinare a unui bun, pentru o perioadă de cel mult 49 de ani, însă numai dacă există un interes serios și legitim. Posibilitatea inserării unei astfel de clauze în dreptul nostru privat, anterior noului Cod civil, a făcut obiectul unor discuții doctrinale ample, în lipsa unor prevederi permissive exprese, tendința majoritară fiind de nerecunoaștere a valabilității unei astfel de clauze. În prezent însă, clauza de inalienabilitate este recunoscută ca fiind valabilă, în anumite condiții, și beneficiază de o reglementare expresă (art. 627-629 NCC). Potrivit legii, clauza de inalienabilitate nu poate fi invocată împotriva dobânditorilor bunului sau a creditorilor proprietarului care s-a obligat să nu înstrăineze decât dacă este valabilă și îndeplinește condițiile de opozabilitate. Pentru opozabilitate, clauza de inalienabilitate trebuie să fie supusă formalităților de publicitate prevăzute de lege, adică să fie notată în cartea funciară. Neîndeplinirea condițiilor de opozabilitate nu îl lipsește însă pe beneficiarul clauzei de inalienabilitate de dreptul de a pretinde daune-interese proprietarului care nu se conformează acestei obligații.

- Înscrierea declarației de rezoluțiune sau reziliere în cartea funciară sau în alte registre publice, ceea ce include și cazul înscrierii în arhivă [art. 1.552 alin. (3) NCC];
- Înscrierea cesiunii unei universalități de creanțe în arhivă (1.579 NCC) pentru opozabilitate față de terți (cu toate acestea, față de debitorii cedați, cesiunea devine opozabilă doar după comunicare).

Registrul comerțului

În materia societăților (denumite, până la intrarea în vigoare a noului Cod civil, societăți comerciale), publicitatea actelor juridice constând în înregistrări, înmatriculări, mențiuni și radieri se face prin registrul comerțului.

Registrul comerțului se ține de către Oficiul Registrului Comerțului, care este organizat în fiecare județ și în municipiul București, în subordinea tribunalului. La nivel național se ține Oficiul Național al Registrului Comerțului, instituție publică în subordinea Ministerului Justiției. Oficiile județene ale registrului comerțului vor comunica Oficiului Național al Registrului Comerțului orice înmatriculare sau mențiune operată, în termen de 15 zile de la efectuare. Registrul comerțului este alcătuit din două registre, unul pentru înregistrarea persoanelor fizice și un altul pentru înregistrarea persoanelor juridice. Oficiul Registrului Comerțului mai ține și dosare pentru fiecare profesionist, cu actele depuse de acesta.

Înregistrarea și mențiunile sunt opozabile terților din momentul efectuării lor în registrul comerțului ori de la publicarea lor în Monitorul Oficial, Partea a IV-a, în cazul în care legea dispune astfel.

Modificările care impun efectuarea mențiunilor în registrul comerțului sunt prevăzute de lege și se referă, în principal, la modificarea actului constitutiv al societății, la donația, vânzarea, locațiunea sau gajul fondului de comerț, la numele, cetățenia, data și locul nașterii reprezentanților legali, la hotărârea de divorț a persoanei fizice, precum și cea de împărțire a bunurilor comune, la deschiderea procedurii de reorganizare judiciară sau de faliment, la hotărârea de condamnare a persoanei fizice pentru fapte penale care îl fac nedemn de a exercita această profesie și, în general, la orice modificare privitoare la actele, faptele și mențiunile înregistrate. Înregistrarea în registrul comerțului a acestor mențiuni se face într-un termen de cel mult 15 zile de la data actelor și faptelor supuse obligației de înregistrare. Dar înregistrarea mențiunilor se poate face și de către alte persoane interesate, în termen de cel mult 30 de zile de la data când au cunoscut actul sau faptul supus înregistrării, precum și din oficiu, pentru mențiunile referitoare la deschiderea procedurii de insolvență sau faliment, pentru cele referitoare la hotărârile penale sau de divorț instanța urmând a comunica registrului comerțului un extras de pe aceste hotărâri.

În principiu, înscrierile în registrul comerțului au caracter de *opozabilitate* și nu caracter constitutiv de drepturi; în acest sens, cu titlu de exemplu, amintim dispozițiile semnificative ale art. 203 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile, potrivit căroră, față de terți, transmiterea părților sociale are efect numai de la data

înscrierii ei în registrul comerțului (deși, în acest caz, vorbim, în aceeași măsură, și despre un efect constitutiv). Prin excepție, înscrierea în registrul comerțului are efect constitutiv atunci când se referă la însăși înregistrarea societății, dată de la care, practic, dobândește personalitate juridică, adică societatea începe să existe; caracterul constitutiv de drepturi al înregistrării (înmatriculării) societății în registrul comerțului rezultă inechivoc din dispozițiile art. 41 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 privind societățile.

Data certă

O formalitate aparte dar din ce în ce mai frecventă în materia înscrisurilor este constatarea și atestarea datei certe a unui act juridic, adică așa-numita *dată certă*. Atunci când legea cere forma sub semnătură privată a actului, în principiu, acest înscris trebuie să aibă și o dată certă⁸.

Formalitatea datei certe este cerută exclusiv pentru *opozabilitate* față de terți (cu o singură excepție, pe care o vom preciza mai jos); data certă nu este cerută pentru probațiunea actului și, cu atât mai puțin, nu este cerută pentru validitate. Pentru a înțelege exact natura juridică a acestei formalități, trebuie reținut faptul că un înscris legal întocmit, sub aspectul cerințelor de fond, produce toate efectele între părți, el fiind obligatoriu pentru părțile semnate, chiar și în lipsa unei date certe; în schimb, față de terți el este opozabil numai dacă are o dată certă sau de la data obținerii datei certe. Așadar, data certă poate fi considerată fie data întocmirii actului, fie o altă dată, ulterioară datei întocmirii actului.

De pildă, între două persoane se încheie un contract de cesiune de părți sociale, la o anumită dată menționată în înscrisul constatator al convenției, să spunem, la 1 octombrie 2017. Acest contract devine obligatoriu între părți din momentul semnării sale, însă, pentru a putea fi opus terților (să poată fi făcut opozabil terților), el trebuie să fi dobândit o dată certă, adică data menționată în act (1 octombrie 2017) să fi fost atestată în vreuna dintre modalitățile prevăzute de lege. În caz contrar, el poate deveni opozabil terților doar din ziua în care dobândește o astfel de dată certă, chiar dacă această zi este o altă dată decât data încheierii actului (să spunem, de la 15 noiembrie 2017); față de terți, el produce efecte numai de la această dată, adică de la data dobândirii datei certe.

În materie de locațiune a bunurilor imobile, o aplicație o întâlnim atunci când bunul închiriat este înstrăinat. Potrivit legii (art. 1.811 NCC), dreptul locatarului (chiriașului) este opozabil dobânditorului astfel:

- în cazul imobilelor înscrise în cartea funciară, dacă locațiunea a fost notată în cartea funciară;

- în cazul imobilelor neînscrise în cartea funciară, dacă data certă a locațiunii este anterioară datei certe a înstrăinării.

⁸ A se vedea și A. Ciurea, *Fișe de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 136.

Formalitatea datei certe este cerută de lege numai *înscrisurilor sub semnătură privată*, întrucât înscrisurile autentice atestă toate elementele convenției încheiate, respectiv identitatea părților și consimțământul acestora cu privire la conținutul actului, semnătura părților, dar și data încheierii.

Data certă este opozabilă tuturor terților, inclusiv Statului și autorităților publice⁹. Noile reglementări legale instituie expres principiul opozabilității față de terți a convenției din momentul în care aceasta a primit dată certă¹⁰ și enumeră, limitativ, modalitățile în care se consideră că actul juridic a dobândit dată certă. Astfel, potrivit prevederilor exprese ale art. 278 din noul Cod de procedură civilă¹¹, data înscrisurilor sub semnătură privată este opozabilă altor persoane decât celor care le-au întocmit, numai din ziua în care a devenit certă, prin una dintre modalitățile prevăzute de lege, respectiv:

- Data certă acordată de către o *persoană* care are această competență stabilită prin lege. Din acest punct de vedere, înscrisul dobândește dată certă din ziua în care a fost prezentat spre a se conferi dată certă de către notarul public, executorul judecătoresc sau alt funcționar competent în această privință (de pildă, de către avocat). Trebuie precizat aici că dreptul de a acorda dată certă unui înscris trebuie recunoscut în mod expres și inechivoc prin lege.

- Data certă acordată prin prezentarea înscrisului la o *instituție publică*. Din acest punct de vedere, înscrisul dobândește dată certă din ziua când a fost înfățișat la o autoritate sau instituție publică, făcându-se despre aceasta mențiune pe înscrisuri, cum ar fi, de pildă, prin depunerea actului de cesiune părți sociale la oficiul registrului comerțului, prin depunerea contractului de închiriere la administrația financiară sau prin depunerea actului de vânzare-cumpărare a autovehiculului la organele de poliție¹².

⁹ De pildă, în materia executării silite, data certă prezintă importanță și față de executorul judecătoresc, care este ținut să respecte prevederile anumitor acte care îndeplinesc această formalitate.

¹⁰ Principiul aplicabil în această materie era cuprins și în vechiul Cod civil. Astfel, potrivit art. 1182 din C. civ. 1864, „*data scripturii private nu face credință în contra persoanelor a treia interesate, decât din ziua în care s-a înfățișat la o dregătorie publică, din ziua în care s-a înscris într-un registru public, din ziua morții aceleuia sau unui din acei care l-au subscris, sau din ziua în care va fi fost trecut fie și în prescurtare în acte făcute de ofițeri publici, precum procese-verbale pentru punerea pecetii sau pentru facerea de inventare*”.

¹¹ În prezent, chestiunea în discuție legată de data certă a înscrisurilor este reglementată, în mod corect, de Codul de procedură civilă (și nu de Codul civil), chiar dacă discutăm despre ea la dreptul substanțial civil. Problema concretă se pune în cazul judecării unui litigiu, atunci când una dintre părți depune în probațiune un înscris, care va putea fi însă ignorat de partea adversă, invocând lipsa datei certe.

¹² Într-o speță, societatea de asigurare a obținut pe cale judecătorească anularea unei polițe de asigurare auto, având în vedere că la data încheierii contractului de asigurare asiguratul nu era proprietarul autoturismului, întrucât, deși se prezentase un contract de vânzare-cumpărare tipizat, instanța a considerat că acesta nu dobândește dată certă decât din momentul înmatriculării (C. Ap. Galați, dec. civ. nr. 334/2003, disponibilă pe www.legeaz.net).

- Data certă acordată prin înscrierea într-un *registru* sau alt document public, de pildă, data certă a cererii de chemare în judecată [data înregistrării la registratura instanței, prin aplicarea ștampilei de intrare, potrivit art. 199 alin. (1) NCPC] sau data actelor administrative (data înregistrării în registrul autorității publice, care poate fi diferită de data emiterii actului).

- Dată certă acordată prin menționarea oficială a înscrisului respectiv în cuprinsul unui *alt* înscris care are data certă. Din acest punct de vedere, înscrisul dobândește dată certă din ziua în care cuprinsul lui este reprodus, chiar și pe scurt, în înscrisuri autentice, precum încheieri, procese-verbale pentru punerea de sigilii sau pentru facere de inventar.

- Data certă dobândită ca urmare a *decesului* persoanei. Din acest punct de vedere, înscrisul dobândește dată certă din ziua morții (de pildă, în cazul testamentului olograf) ori din ziua când a survenit neputința fizică de a scrie a celui care l-a întocmit sau a unuia dintre cei care l-au scris, după caz.

- Data certă dobândită din ziua în care s-a petrecut un alt fapt de aceeași natură care dovedește în chip neîndoielnic anterioritatea înscrisului.

Legea prevede expres și anumite excepții legate de data certă a înscrisurilor. Astfel, sunt opozabile terților, *fără* a fi îndeplinită formalitatea datei certe, următoarele înscrisuri:

- Înscrisurile întocmite de profesioniști (facturile, registrele comerciale, situațiile financiare etc.) adică cele întocmite în exercițiul activității unei întreprinderi. Un astfel de înscris este prezumat a fi fost făcut la data consemnată în cuprinsul său, iar, dacă nu conține nicio dată, aceasta poate fi stabilită în raporturile dintre părți cu orice mijloc de probă, însă, în același timp, poate fi combătută cu orice mijloc de probă (art. 277 NCPC).

- Chitanțele liberatorii. Legea permite judecătorilor să considere un înscris care conține o chitanță de plată a unei sume de bani ca având data menționată în cuprinsul acesteia, fără a fi necesară vreuna din modalitățile de dobândire a datei certe despre care am vorbit mai sus, însă numai sub rezerva unor dispoziții legale contrare, adică numai dacă legea cere și în aceste cazuri dată certă [art. 278 alin. (2) NCPC].

În dreptul procesual, data certă are o importanță mare, hotărâtoare pentru soluționarea cauzei, întrucât în funcție de aceasta se calculează termenele de decădere prevăzute de lege pentru introducerea unor acțiuni, cereri sau căi de atac. Potrivit art. 199 alin. (1) NCPC, cererea de chemare în judecată, depusă personal sau prin reprezentant, sosită prin poștă, curier, fax¹³ sau scanată și transmisă prin poștă

¹³ Practica judiciară a statuat însă că data inscripționată pe transmiterea fax nu este dată certă, decât dacă este confirmată și de operatorul serviciului de telefonie, în speță, Romtelecom; în cauza respectivă s-a stabilit astfel, că data depunerii cererii este data înregistrării recursului la

electronică ori prin înscris în formă electronică, se înregistrează și primește data certă prin aplicarea ștampilei de intrare¹⁴.

Îndeplinirea formalității datei certe nu conferă caracter executoriu înscrisului, întrucât, în principiu, ca regulă fundamentală, au caracter executoriu numai înscrisurile autentice. Există însă câteva excepții prevăzute de lege în materia contractelor care au ca obiect transmiterea dreptului de folosință asupra unui bun. Astfel, în cazul contractului de comodat, la data expirării contractului de comodat și în cazul decesului comodatului, contractul de comodat încheiat în formă autentică sau printr-un înscris sub semnătură privată cu dată certă constituie titlu executoriu (art. 2.157 NCC). La fel, în cazul contractului de locațiune, acest contract având caracter executoriu pentru plata chiriei atunci când este încheiat în formă autentică, dar și atunci când este constat prin înscris sub semnătură privată care a fost înregistrat la organele fiscale, înregistrare care atribuie contractului, așa cum arătam, dată certă (art. 1.798 NCC). În fine, în cazul contractului de arendare, acesta are caracter executoriu pentru plata arendei dacă este încheiat în formă autentică sau sub semnătură privată dar înregistrat la consiliul local, înregistrare care atribuie contractului, de asemenea, dată certă (art. 1.845 NCC).

Singura excepție care vizează caracterul *ad validitatem* al înscrisului cu dată certă este prevăzută de lege în materia subrogației¹⁵. Subrogația consimțită de debitor este *valabilă* numai dacă actul de împrumut și chitanța de plată a datoriei au dată certă, în actul de împrumut se declară că suma a fost împrumutată spre a se plăti datoria, iar în chitanță se menționează că plata a fost făcută cu banii împrumutați de noul creditor.

registratură (C. Ap. Bacău – Secția civilă, minori și familie, conflicte de muncă și asigurări sociale, dec. civ. nr. 1422 din 16 noiembrie 2009). Avem rezerve cu privire la această soluție, dată fiind evoluția tehnicii și prevederile noului Cod de procedură civilă.

¹⁴ Pe lângă înregistrarea actului la registratura instanței, acesta se consideră depus înăuntrul termenului prevăzut de lege și prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat. De asemenea, actul depus de partea interesată înăuntrul termenului prevăzut de lege la unitatea militară ori la administrația locului de deținere unde se află această parte este, de asemenea, considerat ca făcut în termen. Prin urmare, în materia care ne interesează aici, recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată, ceea ce înseamnă că, în acest fel, actul se bucură de o dată certă a depunerii.

¹⁵ Așa cum vom dezvolta într-un capitol viitor, subrogația este o procedură legală prin care un creditor este înlocuit cu un alt creditor ca urmare a plății datoriei, iar debitorul urmează a fi obligat în continuare față de noul creditor (plata este condiția necesară pentru subrogație, spre deosebire de cesiunea de creanță). Subrogația poate fi legală sau convențională, iar cea convențională poate fi consimțită de creditor sau consimțită de debitor. Subrogația este consimțită de debitor atunci când acesta se împrumută spre a-și plăti datoria și, pe această cale, transmite împrumutătorului drepturile creditorului față de care avea datoria respectivă.

SUB AUSPICIILE PRINCIPIULUI PRECAUȚIEI. SOCIETĂȚILE COMERCIALE, ÎNTRE RISC ȘI PROFIT

Lect. univ. dr. *Flaminia STĂRC-MECLEJAN*
Universitatea de Vest, Facultatea de drept

*«Sunt multe căi care duc către „minunata lume nouă”
(Aldous Huxley, Reîntoarcerea în minunata lume nouă)*

Rezumat

Trăim într-o „societate a riscului”, cum spunea Ulrich Beck, în care confrunțați cu drame la originile cărora vom regăsi aproape întotdeauna industria și tehnologia, tindem să asociem progresul cu riscul mai degrabă decât cu bunăstarea. Dacă ne-am ralia la opinia aceluiași autor, că am putea instituționaliza neîncrederea într-un mod pozitiv, prin intermediul principiului precauției de exemplu, ca garanție a grijii pentru binele comun, ar trebui să ne întrebăm dacă - în măsura în care companiile iau decizii cu implicații asupra bunăstării comunităților, ele ar trebui să adopte acest principiu în procesul decizional?

Aparent, precauția ar privi mai puțin companiile, al căror scop declarat de lege este de a procura profit, cât mai degrabă autoritățile și instituțiile publice, mandatate să apere interesul public. Dar decizia de a lua măsuri fără a deține toate datele științifice relevante are nevoie astăzi, în un mod cert, de o abordare precaută, independent de decident, potrivit dreptului în vigoare. Din această perspectivă, principiul precauției ar avea potențialul de a impune noi standarde de diligență în procesul decizional al companiilor, care riscă să „plătească” civil, penal or chiar cu reputația lipsa de vigilență. Politicile publice și cele corporative nu ar mai putea fi, în acest caz, percepute ca două lumi paralele, supuse unor precepte fundamental diferite, căci, în măsura în care își autoreglementează activitatea, companiile definesc, la rândul lor, ordinea publică. Despre cum anume și-ar putea îndeplini cât mai bine această misiune companiile, Comisia Europeană făcea recent precizări în Comunicarea sa pentru o nouă definiție a responsabilității sociale corporative.

Cuvinte-cheie: companii, risc, profit, bine comun, principiul precauției.

Abstract

We live in a „risk society”, as Ulrich Beck has famously phrased it, where faced with dramas at the origins of which we will almost inevitably find industry and

technology, we rather tend to associate progress with risk than with well-being. If we shared the opinion of the same author, that we could institutionalize distrust in a positive way, so as to serve as a kind of protective barrier, a guarantee of the interests of society, by means of the precautionary principle, for example, we should ask ourselves whether - to the extent to which companies make decisions affecting the well-being of communities, they should adopt this principle in their decision-making process?

Apparently, precaution would not concern companies, whose purpose is to gain profit, according to the law, but public authorities and institutions, that have the mandate to safeguard the public good. Still, the decision to take action, without having all the relevant scientific data, now certainly needs a cautious approach, independent of the decision-maker, according to the law in force. From this perspective, the precautionary principle could have the potential of imposing a new standard of care in the decision-making process of companies, that would risk civil, criminal or even market sanctions for their lack of due care. As a result, public and corporate policies would no more be treated as separate worlds, committed to fundamentally different precepts; insofar as they self-regulate their activity, companies also define public policy. As to how this mission could be best accomplished by companies, the European Commission has recently brought clarifications in its Communication on a new definition of corporate social responsibility.

Keywords: companies, risk, profit, public good, precautionary principle.

Dacă ți-ai dori o imagine nedisimulată a lumii moderne, ai descoperi că „deși în ipostaze diferite, nefericirea se întâlnește pretutindeni”¹. Să ne închipuim, cum ne propunea *Bertrand Russell*, „că te afli în New York, cea mai tipic modernă dintre metropolele lumii. Du-te pe o stradă aglomerată în orele de lucru sau pe o autostradă în weekend, sau la o serată dansantă; golește-ți spiritul de propriul eu și lasă-te invadat rând pe rând de personalitățile străinilor întâlniți. Vei constata că fiecare din aceste mulțimi umane diferite își are grijile și frământările ei. La cei întâlniți în orele lucrătoare vei observa anxietate, concentrare excesivă, dispepsie, lipsă de interes pentru orice nu ține de treburile în care sunt prinși, incapacitate de a se amuza, insensibilitate față de semenii. Pe autostradă în weekend vei vedea bărbați și femei, toți de condiție bună, unii dintre ei foarte bogați, porniți în căutare de plăceri. Toți merg cu aceeași viteză – a celui mai lent automobil din coloană; din pricina mașinilor este cu neputință de văzut șoseaua sau peisajul din jur, deoarece privitul într-o parte ar putea provoca accidente; toți ocupanții mașinilor sunt absorbiți

¹ B. Russell, *În căutarea fericirii*, Ed. Humanitas, București, 2013, p. 13.

de dorința de a depăși alte mașini, dar nu o pot face din cauza aglomerației; dacă se sustrag acestei ocupații, cum se întâmplă la răstimpuri celor ce nu stau la volan, sunt cuprinși de o imensă plictiseală, care le imprimă pe figuri o expresie de nemulțumire trivială”².

Surprinzând în fragmentul citat expresia unei societăți atinse de „angoasa civilizației”³, Russell descria din anul 1930 prezentul, epoca inovațiilor și a noilor tehnologii, pe care le dorim tot mai performante, dar care ne oferă prea puțin satisfacție. Trăim se pare într-o „societate a riscului”⁴, cum spunea Ulrich Beck, în care confrunțați cu drame la originile cărora regăsim aproape întotdeauna industria și tehnologia (tehnologia nucleară, ingineria genetică, telefonია mobilă etc.)⁵, tindem să asociem progresul cu riscul mai degrabă decât cu bunăstarea⁶. Confrunțați cu limitele reacțiilor *a posteriori*, ce s-au dovedit de atât de multe ori „întârziate”, în fața noii tipologii de prejudicii, ne-ar mai rămâne doar să convingem oamenii de știință să ne explice inovațiile și să le motiveze beneficiile. Ideea lui Beck ar fi să instituționalizăm neîncrederea în mod pozitiv, așa încât ea să devină un fel de barieră de protecție, pentru binele comun și pentru interesele comunității⁷. Principiul precauției ar fi instrumentul juridic de preferat, în îndeplinirea acestui scop.

Aspectul care ne preocupă în lucrarea de față este, de aceea, dacă în măsura în care iau decizii cu implicații asupra bunăstării comunităților, comercializând și propagând inovațiile tehnice și tehnologice, companiile ar trebui să adopte principiul precauției în cadrul procesului decizional⁸. Ar exista, la prima vedere, o discrepanță între preocupările pe care le pretindem companiilor - să promoveze inovația, să susțină schimbarea, dar evitând să ne prejudicieze în vreun fel prin schimbările pe care le aduc. Potrivit legii, scopul companiilor este acela de a realiza profit sau economii, beneficii care sunt destinate a fi distribuite apoi asociaților⁹, așa încât precauția

² *Ibidem*.

³ K. R. Popper, *Societatea deschisă și dușmanii ei. Vraja lui Platon*, vol. I, Humanitas, București, 2005, p. 265.

⁴ U. Beck, *Risk Society. Towards a New Modernity* (traducere M. Ritter), Sage Publications, London, 1992.

⁵ A se vedea H. Jonas, *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique* (trad. J. Greisch), Paris, Cerf, 1992, *passim*.

⁶ De exemplu, și P. Rosanvallon, *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust* (trad. Arthur Goldhammer, Harvard University), Cambridge University Press 2008, p. 9.

⁷ U. Beck, *op. cit.*, *passim*.

⁸ A se vedea legat de această problemă și C. MacDonald, *The Precautionary Principle and the Ethics of Corporate Decision Making*, Canadian Society for the Study of Practical Ethics, 2006, lucrare disponibilă online la adresa: <http://www.csspe.ca/papers/2006/Precautionary-Principle-Corporate-Ethics.pdf>, p. 2; M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *Corporate Social Responsibility - A Legal Analysis*, LexisNexis, Canada, 2009, p. 347 *et seq.*

⁹ Conform articolului 1 (i) din Legea societăților nr. 31/1990, „în vederea desfășurării de activități cu scop lucrativ, persoanele fizice și persoanele juridice se pot asocia și pot constitui societăți cu

ar privi mai puțin companiile, cât mai degrabă autoritățile și instituțiile publice, mandatate să apere interesul public¹⁰. Dar decizia de a lua măsuri fără a deține toate datele științifice relevante are nevoie, în un mod cert, astăzi de o abordare precaută, independent de decident, potrivit dreptului în vigoare.

Declarația de la Rio privind mediul și dezvoltarea din 14 iunie 1992 formula juridic principiul precauției, „(p)entru a proteja mediul, Statele vor folosi o abordare precaută, în funcție de capacitățile lor”, definindu-l: **„În cazurile în care există pericolul producerii unor pagube severe sau ireversibile, nu se va utiliza ca argument lipsa certitudinii științifice integrale, pentru a amâna aplicarea unor măsuri eficiente (s. n.) sub aspectul costurilor, în vederea prevenirii producerii degradării mediului”** (principiul 15), principiul precauției fiind afirmat, literalmente, pentru prima dată în dreptul internațional prin o Declarație ministerială privind protecția Mării Nordului din anul 1987¹¹. În situații de incertitudine științifică, în care riscurile sunt ridicate, principiul precauției căuta să stimuleze factorii de decizie să acționeze mai prompt¹².

În momentul de față, regimul juridic al principiului precauției încă este dezbătut, părerile fiind foarte împărțite. Există, pe de o parte, voci care îl declară neștiințific, opus progresului și sursă de suprareglementare, și, pe de alta, păreri care susțin că el nu face decât să contribuie la protejarea sănătății noastre și a mediului înconjurător împotriva unor pericole complexe, susținând un tip de progres mai adaptat nevoilor oamenilor și mediului, în prezența incertitudinii științei¹³. O variabilă-tip a diferitelor sensuri ce îi sunt atribuite principiului ar consta în gradul de incertitudine științifică care ar putea determina acțiuni din partea autorităților¹⁴. Dar se pot evidenția de asemenea și alte variabile în diferitele sale interpretări, precum gravitatea riscurilor implicate sau a situațiilor și costurile potențiale ale acțiunii sau inacțiunii¹⁵.

personalitate juridică, cu respectarea dispozițiilor prezentei legi”. „Prin contractul de societate două sau mai multe persoane se obligă reciproc să coopereze pentru desfășurarea unei activități și să contribuie la aceasta prin aporturi bănești, în bunuri, în cunoștințe specifice sau prestații, cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta (1). Fiecare asociat contribuie la suportarea pierderilor proporțional cu participarea la distribuția beneficiului, dacă prin contract nu s-a stabilit altfel (2)” (art. 1881 C. civ.).

¹⁰ C. MacDonald, *op. cit.*, p. 4. Parlamentul European sublinia în Rezoluția sa din 6 februarie 2013 referitoare la responsabilitatea socială a întreprinderilor: un comportament responsabil și transparent al întreprinderilor și o creștere economică durabilă (2012/2098(INI)) că „întreprinderile nu se pot substitui funcțiilor autorităților publice în materie de promovare, punere în aplicare și control al normelor sociale și de mediu”.

¹¹ Conform acesteia: **„este necesară o abordare precaută pentru a proteja** (s.n.) Marea Nordului de eventualele efecte nocive ale celor mai periculoase substanțe ...”.

¹² D. Bourguignon, *The precautionary principle. Definitions, applications and governance*, disponibil online la adresa: <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>.

¹³ D. Bourguignon, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ *Idem*, p. 7.

¹⁵ Prin hotărârea sa din 13 septembrie 2017, în cauza C-III/16, *Giorgio Fidenato și alții*, CJUE constată că „atunci când nu este dovedit că un produs autorizat prin Regulamentul nr. 1829/2003 sau în

Dezbaterea este adesea polarizată între punctul de vedere care s-ar circumscrie „optimismului tehnologic” și încrederii în progres și care ar vrea să convingă de inutilitatea suprareglementării activităților industriale și cel subsumat „pesimismului tehnologic”, care revendică reglementarea cât mai strictă în aceste domenii¹⁶. Diferitele interpretări ale principiului – începând cu cea minimalistă¹⁷ și până la cea maximalistă¹⁸, își găsesc totuși un numitor comun în ideea evitării producerii unor efecte negative în situații de *incertitudine științifică*¹⁹. Atunci când riscurile pot fi stabilite cu certitudine, devine aplicabil principiul prevenției²⁰.

Principiul precauției a intrat și în atenția Comisiei Europene, care a făcut precizări importante într-o Comunicare a sa privind recurgerea la principiul precauției²¹. Potrivit Comisiei, atingerea echilibrului corect, ce permite luarea unor decizii proporționale, nediscriminatorii, transparente și consecvente, asigurând în același timp nivelul ales de protecție, necesită o abordare a analizei de risc structurate, pe baza a trei elemente: evaluarea riscului, managementul riscului și comunicarea riscului. Principiul precauției prezintă relevanță deosebită în contextul gestionării riscurilor.

Recurgerea la acest principiu ar presupune *in concreto*:

- identificarea efectelor potențial negative ale unui fenomen, produs sau ale unui proces;

- o evaluare științifică a riscurilor care, din cauza insuficienței datelor, caracterul lor neconcludent sau inexact, nu permite cu suficientă certitudine determinarea riscului în cauză.

conformitate cu acesta poate în mod evident să prezinte un risc grav pentru sănătatea umană, pentru sănătatea animală sau pentru mediu, Comisia nu este obligată, în temeiul articolului 34 din acest regulament coroborat cu articolul 53 din Regulamentul nr. 178/2002 să adopte măsuri de urgență în sensul acestor articole. Curtea subliniază că principiul precauției, care presupune o incertitudine științifică cu privire la existența unui anumit risc, nu este suficient pentru adoptarea unor asemenea măsuri. Deși acest principiu poate justifica adoptarea unor măsuri provizorii de gestiune a riscului în domeniul alimentelor în general, el nu permite înlăturarea sau modificarea, în special prin simplificarea lor, a dispozițiilor prevăzute în cazul alimentelor modificate genetic, întrucât acestea au făcut deja obiectul unei evaluări științifice complete anterior introducerii lor pe piață.

¹⁶ Prezentarea aceasta este desigur schematică, pentru interpretări ale principiului precauției și complexitatea discuțiilor pe această temă subiect, a se vedea, de exemplu, D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, L'Harmattan, 2008; M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *op. cit.*, p. 347 *et seq.*

¹⁷ Potrivit căreia incertitudinea nu justifică lipsa acțiunii și legislația în ciuda absenței unor dovezi științifice complete cu privire la un anumit risc.

¹⁸ Incertitudinea necesită legislație până la dovada absenței riscului.

¹⁹ D. Bourguignon, *op. cit.*, p. 4 *et seq.*

²⁰ Altfel spus, prevenția constă în luarea măsurilor necesare nesurvenirii unui eveniment previzibil sau probabil, în timp ce precauția merge mai departe, spre adoptarea de măsuri pozitive împotriva riscurilor care nu pot fi nici chiar probabilizate (Fl. Stărc-Meclejan, *Responsabilitatea socială corporativă și nevoia de noi principii în dreptul societății*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 153 *et seq.*).

²¹ Comunicarea Comisiei privind recurgerea la principiul precauției Bruxelles, 2.2.2000 COM (2000) 1 final.

Alegerea răspunsului în fața unei anumite situații este astfel rezultatul unei decizii eminentamente politice, în funcție de nivelul de risc „acceptabil” în societatea care trebuie să suporte acest risc.

Punerea în aplicare a unei abordări fondate pe principiului precauției ar trebui să înceapă cu o evaluare științifică, cât se poate de completă și, dacă este posibil, identificând în fiecare etapă gradul de incertitudine științifică. Factorii de decizie ar trebui să ia în considerare o evaluare a impactului potențial al lipsei de acțiune și a incertitudinilor evaluării științifice, în momentul în care decid dacă este necesar să ia măsuri pe baza principiului precauției. Toate părțile interesate ar trebui să ia parte, în măsura posibilului, la studiul diferitelor opțiuni care pot fi luate în considerare în materie de gestionare a riscurilor, de îndată ce rezultatele evaluării științifice și / sau ale evaluării riscului sunt disponibile, iar procedura trebuie să fie cât mai transparentă posibil.

Măsurile trebuie să fie proporționale cu nivelul de protecție vizat, să nu fie discriminatorii în aplicarea lor și, de asemenea, să fie concordante cu măsurile deja luate în situații similare sau folosind metode similare. Măsurile presupun examinarea beneficiilor și a costurilor antrenate de decizia de a acționa sau de a nu acționa. Această examinare ar trebui să includă o analiză economică cost / beneficii, atunci când acest lucru este adecvat și fezabil. Și alte metode de analiză, cum ar fi cele referitoare la eficacitatea și impactul socio-economic al opțiunilor posibile, pot intra în calcul. În plus, decidenții pot fi, de asemenea, ghidați de considerente non-economice, cum ar fi protecția sănătății.

Chiar având caracter provizoriu, măsurile ar trebui menținute atât timp cât datele științifice rămân incomplete, imprecise sau neconcludente și atât timp cât riscul este considerat suficient de important pentru a nu accepta ca el să fie suportat de societate. Menținerea lor depinde de evoluția datelor științifice, prin prisma cărora ele trebuie să fie reevaluate. Cercetările științifice vor trebui, astfel, continuate pentru a obține date complete. Măsurile adoptate pe baza principiului precauției trebuie reexaminare și, dacă este necesar, trebuie modificate în funcție de rezultatele cercetării științifice și de monitorizarea impactului acestora.

Ceea ce este cel mai important de reținut din Comunicarea Comisiei este că aplicarea principiului precauției presupune declanșarea unui proces deliberativ organizat, în fața incertitudinii. Este adevărat, Comisia vizează de principiu implementarea noilor standarde decizionale de către autoritățile publice.

În ultimii ani însă domeniul de aplicare a principiului precauției s-a extins și în privința persoanelor juridice de drept privat, dacă este să ne raportăm la jurisprudența și la literatura recentă²². Din această perspectivă, în special aceea a companiilor care trebuie să performeze pe piețe competitive, principiului precauției ar putea

²² Opinia concordantă a Judecătorului Zupančič în cauza *Băcilă c. României*, CEDO 2 martie 2010.

cauza probleme, atât timp cât refuzul de a ține pasul cu inovația, din motive de precauție, constituie prin definiție un dezavantaj. Iar administratorii companiilor, care ar lua decizii pe baza principiului precauției, ar putea fi „acuzati” că nu urmăresc să satisfacă interesele asociațiilor în mod prioritar, încălcându-și obligațiile fiduciare. Potrivit legii, membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu prudență și diligența unui bun administrator și cu loialitate, în interesul societății (art. 1441 alin. 1 și 4 din Legea nr. 31/1990). În abordarea „tradițională”, interesul societății comerciale, vizat de articolul citat, s-ar suprapune interesului prioritar al acționarilor / asociațiilor de a obține profit. Ceea ce ar face puțin probabil interesul său (și al administratorilor, implicit) de a aplica principiul precauției în cadrul procesului decizional.

Potrivit jurisprudenței recente, pe de altă parte: „Se pune problema de a ști cum putem traduce și transpune principiul precauției într-o cauză determinată. Substanța acestui principiu trebuie avută în vedere pe planul constituțional, și anume politic, cel mai abstract. Astfel, înțelegem cu ușurință că principiul precauției nu are altă finalitate decât o simplă răsturnare a sarcinii probei. Deși teoria principiului precauției poate părea complicată multor persoane, aceasta nu este în mod intrinsec nimic altceva din punct de vedere juridic decât o prezumție refragabilă (presumptio juris). La nivelul politic cel mai abstract, această prezumție răstoarnă ipoteza de bun-simț conform căreia orice activitate industrială este inofensivă pentru mediu și individ. Această ipoteză a fost considerată de bun simț timp de numeroase decenii după revoluția industrială. Multiplicarea activităților chimice și a altor activități dăunătoare mediului a dus totuși la conștientizarea la nivel politic a faptului că nu mai poate fi luată în considerare caracterul dăunător al unor asemenea activități.

În mod logic, extinderea la nivel politic a acestei conștientizări de bun-simț este însoțită de răsturnarea prezumției. Prin urmare, **în conformitate cu principiul precauției, întreprinderea care desfășoară o activitate periculoasă pentru mediu este cea care trebuie să dovedească, de preferință în avans, că activitatea respectivă nu va fi toxică pentru mediu și, prin extensie, că nu va fi toxică nici pentru ființa umană.** (s. n.) (...) Raționamentul juridic tradițional, depășit de eveniment, nu oferă răspuns la această problemă evidentă. În timp ce Curtea noastră tratează diferite tipuri de încălcări tehnice ale drepturilor omului consacrate prin Convenția europeană a drepturilor omului, această modalitate de autoreferire face abstracție de problema urgentă pe care o pune realitatea palpabilă, numai din cauză că respectivul cadru conceptual interzice integrarea problemelor reale în cadrul de referință. Teoria cauzalității reprezintă una din aceste bariere conceptuale.

Principiul precauției nu este mai puțin capabil să răstoarne situația chiar și în împrejurări specifice precum cele din cauzele Tătar și Băcilă. În prezența unui început de dovadă privind toxicitatea mediului poluat, problema care se pune în raport cu principiul precauției este în prezent aceea de a ști dacă statul parte la Convenție poate sau nu să susțină în mod convingător argumentul contrar. Acesta

dispune de toate mijloacele pentru a demonstra caracterul dăunător al mediului; poate să angajeze tot felul de experți și să dispună tot felul de expertize științifice. Prin urmare, reclamantul trebuie să își păstreze dreptul procedural fundamental la o răsturnare a sarcinii probei. Este echitabil să se răstoarne prezumția pentru a proteja integritatea fizică și demnitatea umană a individului în fața unui mediu care nu ar fi degradat în mod periculos dacă barierele juridice și factuale de care dispune statul ar fi stabilite și ar funcționa conform principiului precauției (s.n.)”.

CJUE preciza în soluția sa din *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA*²³ că Directiva 2004/35 privind răspunderea pentru mediul înconjurător în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului „nu se opune unei reglementări naționale care permite autorității competente ce acționează în cadrul acestei directive să prezume existența unei legături de cauzalitate, inclusiv în cazul unor poluări cu caracter difuz, între anumiți operatori și o poluare constatată (s.n.), și aceasta în temeiul proximității instalațiilor acestora cu zona de poluare. Cu toate acestea, conform principiului „poluatorul plătește”, pentru a prezuma astfel o asemenea legătură de cauzalitate, această autoritate trebuie să dispună de indicii plauzibile care pot fundamenta prezumția acesteia, precum proximitatea instalației operatorului cu poluarea constatată și corespondența dintre substanțele poluante găsite și compușii utilizați de operatorul menționat în cadrul activităților sale”.

Această jurisprudență recentă referitoare la răsturnarea de către principiul precauției a prezumției conform căreia orice activitate industrială este inofensivă pentru mediu și individ transformă principiul într-un instrument eficient de prevenire a riscurilor (de daune).

Lipsa unei atitudini suficient de precaute din partea unei companii a fost reținută, de exemplu, în Franța într-un caz legat de sănătatea publică. Este vorba de decizia pronunțată în cauza *Distilben*, un medicament prescris femeilor însărcinate, în anii '70, care a cauzat malformații și cancere copiilor expuși în uter. Curtea de Casație a Franței a imputat laboratorului farmaceutic, în speță, faptul că și-a încălcat obligația de „vigilență”, neluând măsurile necesare în prezența incertitudinii cu privire la efectele adverse ale medicamentului²⁴.

Cu siguranță că acest nou tip de răspundere (pentru viitor) nu poate să nu influențeze politicile companiilor care, pentru a evita să plătească civil, ar trebui să dezvolte o abordare precaută și standarde de „vigilență” care să le permită identificarea

²³ Hotărârea Curții (Marea Cameră), 9 martie 2010.

²⁴ Curtea de Casație, secția I civ., decizia din 7 martie 2006, în *RCA*, 2006, com. nr. 164, obs. C. Radé. Pentru un comentariu pe marginea hotărârii, a se vedea și G. Viney, *Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées* în *Recueil Dalloz* 2007, p. 1542. Pentru o explorare a posibilităților de asimilare a „incertitudinii” în drept, a se vedea, de exemplu V. Forray, *Peut-être. Incertitude du risque et dialectique de la responsabilité* în *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, vol. 59, nr. 4, iunie 2014, p. 847-887.

și prevenirea riscurilor viitoare²⁵. Din această perspectivă, așa cum a subliniat doctrina²⁶, principiul precauției ar avea potențialul de a impune noi standarde de diligență în procesul decizional al companiilor, care riscă să „plătească” civil, penal or chiar cu reputația.

Global Compact²⁷ este principala declarație de asumare a principiului precauției de către companii; conform principiului său 7 - *Companiile ar trebui să sprijine o abordare preventivă a provocărilor legate de mediu*. Potrivit acestei inițiative, companiile ar trebui să ia în calcul că:

- deși este adevărat că prevenirea daunelor aduse mediului poate presupune costuri suplimentare de implementare, remedierea acestora costă adesea mult mai mult, dacă se au în vedere, de exemplu, costurile de tratament sau cele atrase de atingerile aduse reputației companiilor;

- investițiile în modele de producție care nu sunt durabile au un randament mai mic pe termen lung decât investițiile în operațiuni durabile. Îmbunătățirea performanțelor de mediu înseamnă un risc financiar mai mic, un aspect important pentru asiguratorii;

- cercetarea și dezvoltarea legate de produse mai ecologice pot avea beneficii semnificative pe termen lung.

Despre cum și-ar putea îndeplini cât mai bine companiile această misiune, Comisia Europeană preciza recent, propunând o nouă definiție a responsabilității sociale corporative (RSC), că „[r]espectarea legislației în vigoare și a contractelor colective încheiate între partenerii sociali constituie o condiție esențială pentru îndeplinirea acestei responsabilități. **Pentru a-și îndeplini în totalitate responsabilitățile sociale, întreprinderile ar trebui să dispună de o procedură prin care să integreze preocupările sociale, etice, de mediu și cele care țin de drepturile omului și de protecția consumatorilor în activitățile lor de afaceri și în strategia lor, în strânsă colaborare cu părțile interesate (s. n.)**”²⁸.

Este vorba despre adoptarea de către companii a unor norme de conformare, referitoare la modul în care trebuie definite obiectivele unei companii, modalitățile de a le atinge și monitorizarea rezultatelor. Abordarea juridică a acestor standarde private este inedită, prin aceea că, fără a fi impuse din exterior, ele instituie mai multe obligații constrângătoare în sarcina companiilor: de a avea o anumită conduită, a o declara și de a-și explica atitudinea, din perspectiva responsabilității sociale. În cazul în care nu ar adopta o atitudine responsabilă, companiile ar trebui să suporte consecințele, chiar

²⁵ A se vedea, în acest sens, și J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis droit », PUF, 2011, p. 518-519.

²⁶ C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ, 2014, p. 375; M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *op. cit.*, p. 388 *et seq.*

²⁷ <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7>.

²⁸ Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social și Comitetul Regiunilor „O nouă strategie a UE (2011-2014) pentru responsabilitatea socială a întreprinderilor”, COM (2011) 681 final.

înainte de a răspunde juridic, pentru că ele au astăzi obligația de a-și declara public această opțiune sau, în caz contrar, de a prezenta explicații²⁹. Nevoia de a lua în calcul efectele activității desfășurate, în domeniul social sau al mediului, e determinată în plus și de faptul că o companie riscă altfel să se expună judecății opiniei publice³⁰.

Potrivit Rezoluției Parlamentului European referitoare la responsabilitatea socială a companiilor³¹, RSC nu este un instrument de marketing, singura modalitate prin care aceasta poate fi dezvoltată în întregime fiind integrarea sa în strategia generală de afaceri a companiilor și aplicarea și transpunerea sa în activitatea zilnică și strategia financiară a companiilor. Parlamentul încuraja crearea unei legături între responsabilitatea socială a companiilor și buna guvernare a acestora, considerând că Comisia ar trebui să încurajeze companiile să ia decizii referitoare la strategia lor în materie de responsabilitate socială la nivelul consiliului de administrație. Parlamentul solicita Comisiei și statelor membre să introducă coduri de administrare a companiilor care să reflecte importanța responsabilității tuturor membrilor personalului și care să stabilească o legătură puternică între performanța întreprinderii în domeniul social, al mediului și al drepturilor omului și rezultatele sale financiare.

Dând companiilor șansa de a-și recupera libertatea individuală (căci, peste tot, companiile caută astăzi să-și alinieze practicile la coduri de bune practici adoptate în domeniul economic, social sau al protecției mediului³²), conceptul de responsabilitate socială corporativă le pretinde, în același timp, să se reîntoarcă la colectivitate³³. Politicile publice și cele corporative nu ar mai putea fi, în acest caz, percepute ca două lumi paralele, supuse unor precepte fundamentale diferite. Căci, în măsura în care își autoreglementează activitatea, companiile definesc, la rândul lor, ordinea publică³⁴, devenind „spectatori angajați” ai societății contemporane.

²⁹ Încununând lunga serie de dezbateri de opinii pe acest subiect, o nouă Directivă 2014/95/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2014 de modificare a Directivei 2013/34/UE, privind prezentarea de informații nefinanciare și de informații privind diversitatea de către anumite întreprinderi și grupuri mari, și-a asumat ca obiectiv să ofere un regim juridic, de aplicabilitate generală, RSC. Dar există și o serie de cadre internaționale pentru comunicarea informațiilor sociale și de mediu, precum Inițiativa de Raportare globală (Global Reporting Initiative (GRI)), Consiliul pentru stabilirea standardelor de raportare în domeniul schimbărilor climatice (Climate Disclosure Standards Board (CDSB)) sau Federația Internațională a Contabililor (International Federation of Accountants (IFAC)).

³⁰ D. Poracchia, D. Martin, *Regard sur l'intérêt social, in Revue des sociétés 2012, p. 475*; Fl. Stârc-Meclejan, *op. cit., passim*.

³¹ Rezoluția Parlamentului European din 6 februarie 2013 referitoare la responsabilitatea socială a întreprinderilor: un comportament responsabil și transparent al întreprinderilor și o creștere economică durabilă (2012/2098(INI)).

³² A se vedea, de exemplu, *Corporate Responsibility: Private Initiatives and Public Goals*, disponibil online la adresa: <http://www.oecd.org/daf/inv/corporateresponsibility/35315900.pdf>, unul dintre cele mai cuprinzătoare studii din domeniul codurilor de conduită, realizat de OCDE.

³³ S. Wheeler, *Corporations and the Third Way*, Hart Publishing, 2002, p. 2.

³⁴ *Ibidem*.

CONCEPTUL DE CONTROL FISCAL

*Conf. univ. dr. Ioana Maria COSTEA
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, Facultatea de Drept*

Rezumat

Prezentul studiu își propune să analizeze conceptul de control fiscal și să identifice domeniul de acțiune, conceptele vecine, precum și formele de lucru. Conceptul de control fiscal este un concept relativ nou, la nivel normativ, însă cu tradiție în doctrină. Consacrarea conceptului derivă din preocuparea de sistematizare a legiuitorului în materia dreptului fiscal. În interiorul conceptului, studiul identifică o serie de mecanisme comune formelor de control fiscal, care asigură omogenitatea demersurilor procesuale.

Cuvinte-cheie: control fiscal, inspecție fiscală, verificare fiscală, control financiar

The concept of fiscal control

Abstract

The present study aims to analyze the concept of fiscal control and to identify the field of action, neighborly concepts, and forms of work. The concept of fiscal control is a relatively new concept, on a normative level, but with a tradition in juridical doctrine. The consecration of the concept stems from for the legislator's concern to systematize in the area of tax law. Within the concept, the study identifies a series of common mechanisms for fiscal control, which ensures the homogeneity of procedural steps.

Keywords: fiscal control, tax inspection, tax check, financial control

1. Introducere

Poate că analiza unui concept consacrat normativ apare ca fiind un demers științific zadarnic; în studiul de față motivăm alegerea temei și astfel infirmăm această

aparență, nu numai prin efortul de sistematizare a materiei asigurat de intrarea în vigoare a (noului) Cod de procedură fiscală – Legea nr. 207/2015, ci mai ales de necesitatea de a consacra la nivel de doctrină unele sensuri ale terminologiei din acest domeniu.

Premisa cercetării noastre este dată de utilizarea noțiunii de *control fiscal* pentru a denumi Titlul VI din C. proc. fisc. Titlul este organizat pe cinci capitole, astfel încât noțiunea de control fiscal este definită la nivel normativ prin formele sale: inspecția fiscală, controlul inopinat, controlul antifraudă, verificarea situației fiscale personale de către organul fiscal central, verificarea documentară.

Prima observație, relativ generică și cumva critică pornește de la utilizarea noțiunii de *control* atât pentru a denumi categoria, cât și pentru a denumi formele din interiorul categoriei, distinct față de noțiunea de *inspecție* și noțiunea de *verificare*.

Semantic, lămurim noțiunea de *control*, *controale*, s. n. 1. *Verificare permanentă sau periodică a unei activități, a unei situații etc., pentru a urmări mersul ei și pentru a lua măsuri de îmbunătățire*¹; *inspecție, inspecții*, s. f. *Control, verificare autorizată a unei activități, a executării unor dispoziții etc. – Din fr. inspection, lat. inspectio*²; *verificare, verificări*, s. f. *Acțiunea de a verifica și rezultatul ei. – V. verifica*³. *verificare, verificări*, s. f. *Acțiunea de a verifica și rezultatul ei. 1. Examinare, supunere la control, probare a exactității. Când se va face verificarea titlurilor, cum vom proba un venit de 400 galbeni? Alecsandri, T. 1736. 2. Analizare a activității unei persoane pentru a constata dacă ea corespunde sarcinii sau calității pe care o are*⁴. Conchidem că semantic noțiunile nu prezintă nicio delimitare și că prin urmare, legiuitorului i-ar reveni rolul de a consacra anumite dimensiuni terminologice.

2. Consacrări normative de gen

Legislația financiară (utilizăm noțiunea în sensul de legislație proximală dreptului financiar, și nu includem reglementări din domeniul de finanțe private) consacră *de plano* mai multe forme de control. Prin speciile sale, apare reglementat, ca noțiune, controlul financiar; spre exemplu, O.G. nr. 119/1999⁵ privind controlul intern și controlul financiar preventiv, O.U.G. nr. 66/2011⁶ privind prevenirea, constatarea și

¹ DEX 09, Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a II-a revizuită și adăugită, Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”, 1996, conform dex-online.

² DEX 09, conform dex-online.

³ DEX 09, conform dex-online.

⁴ Dicționarul limbii române literare contemporane, Dimitrie Macrea, Emil Petrovici (coord.), Ed. Academie Republice Populare Române, 1955-1957, conform dex-online.

⁵ Republicată în temeiul art. III din Legea nr. 84/2003 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 119/1999 privind controlul intern și controlul financiar preventiv, în M. Of. nr. 195 din 26 martie 2003.

⁶ M. Of. nr. 461 din 30 iunie 2011.

sanționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora. Noțiunea de control financiar se delimitează față de o serie eterogena de forme de lucru: controlul intern/extern, preventiv/posterior, audit etc. Deși sunt incidente o serie de definiții, acestea nu completează noțiunea, ci subliniază anumite accente ale acesteia. Apreciem util a consacra noțiunea de *control financiar*, ca noțiune gen pentru verificările privind resursele publice, însumând concepte precum cele deja definite normativ. Se va evita astfel confuzia dintre conceptul-gen și concepte-specie ori dintre acestea și procedeele de lucru.

Tot la nivel normativ, este consacrat *controlul vamal* prin Legea nr. 86/2006 privind Codul vamal al României⁷. Înțelegem că prin valoarea socială vizată, controlul vamal este o formă a controlului în materie financiară, am îndrăzni să spunem chiar o formă a controlului financiar. Raționamentul este cumva nuanțat prin dispozițiile normative, care consacră autonom acest tip de control. Cu toate acestea apreciem că autonomizarea unui drept fiscal față de dreptul financiar și a unui drept vamal față de dreptul fiscal deși se justifică normativ, nu se confirmă neapărat la nivelul interacțiunii dintre aceste norme. Spre exemplu, apreciem că atâta timp cât dispozițiile din C. proc. fisc. sunt aplicabile inclusiv în materie vamală, ca drept comun conform art. 2 alin. 1 C. proc. fisc. - (2) *În măsura în care prin lege specială nu se prevede altfel, prezentul cod se aplică și pentru: a) administrarea drepturilor vamale, autonomia controlului vamal este relativ modestă. Deși controlul vamal are un obiect sectorial: control vamal - acte specifice efectuate de autoritatea vamală pentru a asigura aplicarea corectă a reglementărilor vamale și a altor dispoziții legale privind intrarea, ieșirea, tranzitul, transferul și destinația finală ale mărfurilor care circulă între teritoriul vamal al României și alte țări, inclusiv staționarea mărfurilor care nu au statutul de mărfuri românești; aceste acte pot să includă verificarea mărfurilor, a datelor înscrise în declarație, existența și autenticitatea documentelor electronice sau scrise, examinarea evidențelor contabile ale agenților economici și a altor înscrisuri, controlul mijloacelor de transport, controlul bagajelor și al altor mărfuri transportate de sau aflate asupra persoanelor, precum și efectuarea de verificări administrative și alte acte similare* [art. 2 pct. 18 din Legea nr. 86/2006] și competența este atribuită derogatoriu, la nivel de tehnici de lucru observăm că sunt utilizate instrumente similare cu cele de la controlul financiar ori controlul fiscal.

De fapt, apreciem că dificultatea majoră este anume a delimita între tipuri de control și tipuri de metode de control, dificultate, ce se va confirma ca un fir roșu al prezentului studiu.

La nivelul legislației fiscale, așa cum antamam în introducerea la prezentul studiu, este consacrat normativ și cumva plenar conceptul de *control fiscal*, fără însă a fi

⁷ M. Of. nr. 350 din 19 aprilie 2006.

definit. Consacrarea conceptului de control fiscal primește semnificație din consacările secvențiale ale formelor sale. Controlul fiscal reprezintă ansamblul procedurilor utilizate pentru verificarea mecanismului de colectare a creanțelor fiscale. Acesta este delimitat prin domeniul de acțiune, domeniu dat de sfera raporturilor de drept fiscal, așa cum sunt definite de art. 16 C. proc. fisc. - *totalitatea drepturilor și obligațiilor care apar în legătură cu creanțele fiscale/cu administrarea creanțelor fiscale*. Pentru conceptualizare, este necesar a invoca dispozițiile art. 1 C. proc. fisc., care asigură o serie de definiții ale noțiunilor-instrument, astfel pct. 10. creanță fiscală – *dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, reprezentând creanța fiscală principală și creanța fiscală accesorie*; pct. 11. creanță fiscală principală – *dreptul la perceperea impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale, precum și dreptul contribuabilului la restituirea sumelor plătite fără a fi datorate și la rambursarea sumelor cuvenite, în situațiile și condițiile prevăzute de lege*; pct. 12. creanță fiscală accesorie – *dreptul la perceperea dobânzilor, penalităților sau majorărilor aferente unor creanțe fiscale principale, precum și dreptul contribuabilului de a primi dobânzi, în condițiile legii*. Conchidem referitor la domeniul de acțiune al controlului fiscal, că acesta este eminentemente reprezentat de creanțele fiscale și în subsidiar de creanțele vamale și alte creanțe bugetare.

Conceptul de *control* apare ca un concept eterogen, dinamic acoperind instituții diferite din sfera dreptului financiar prin domeniul de acțiune și în subsidiar prin autoritățile competente. Conceptul desemnează atât instituția, cât și forme de lucru în interiorul acesteia, inclusiv instrumente tehnice (spre exemplu, controlul documentelor).

3. Forme normative ale controlului fiscal

Conform dispozițiilor Titlului VI din C. proc. fisc., subzistă 5 forme de control, dintre care două finalizabile cu impunere (inspecția fiscală și verificarea situației fiscale personale) de unde și interesul normativ crescut; două finalizate cu constatări mai mult mai puțin contestabile (controlul inopinat și controlul anti-fraudă) și o formă *sui-generis* (verificarea documentară).

Pentru a sintetiza cele cinci forme de lucru, propunem ca și filtre procedura de notificare a controlului, direcția de acțiune, întinderea și rezultatul controlului. Astfel, (1) inspecția fiscală este un control anunțat, tematic, general, finalizat cu un act administrativ-fiscal, aplicabil *profesioniștilor*; (2) controlul inopinat este un control neanunțat, fără tematică, cu aplicare generală, finalizat cu un act prealabil, aplicabil *erga omnes*; (3) controlul antifraudă este un control neanunțat, fără tematică, cu aplicare generală, finalizat cu un act prealabil, aplicabil *erga omnes*; (4) verificarea situației fiscale personale de către organul fiscal central este un control anunțat,

tematic, finalizat cu un act administrativ-fiscal, aplicabil doar persoanelor fizice, analizând patrimoniul personal, ca ansamblu; (5) verificarea documentară este un control neanunțat, tematic, de birou, aplicabil numai contribuabililor care îndeplinesc obligații declarative.

Desigur, în raport de procedura în discuție, am mai invoca un criteriu de calificare și anume caracterul contradictoriu al controlului. Dacă inspecția fiscală și verificarea fiscală sunt eminentamente contradictorii, închiderea procedurii fiind condiționată de invitarea contribuabilului verificat la a exprima un punct de vedere cu privire la aspectele învederate de inspectorii fiscali, punct de vedere care poate deveni temei pentru modificarea poziției organului fiscal (chiar dacă doar la nivel ipotetic). În cazul controlului inopinat și a controlului antifraudă, considerăm că deși procedural subzistă o etapa a consultării cu contribuabilul, aceasta este în esență lipsită de forță juridică, la fel ca întreaga procedura care nu se finalizează cu un act administrativ-fiscal. La verificarea documentară, în condițiile în care lipsesc la nivel normativ orice dispoziții privind comunicarea cu contribuabilul, lipsa procedurilor contradictorii este chiar preocupantă. *De lege lata*, considerăm oportun a se consacra nu numai un conținut al unui act administrativ comunicat contribuabilului, care să consemneze concluziile verificării, dar și eventuale modalități de comunicare cu contribuabilii. Deși verificarea documentară pare o relicvă, în condițiile intensificării procedurilor de comunicare la distanță și în mediul electronic, aceasta se va consolida ca instrument de lucru.

Legiuitorul român nu este singurul legiuitor, care alege să norme eterogen. În dreptul francez, conform Livre de Procédures Fiscales, Titlul II reglementează *Le contrôle de l'impôt*. În egală măsură, lipsește o definiție normativă a instituției, însă art. L10 delimitează destul de clar sfera controlului și anume: declarațiile fiscale și toate actele utilizate pentru stabilirea impozitelor, drepturilor, taxelor și redevențelor, cu consacrarea expresă a dreptului de a identifica infracțiuni fiscale (în sensul specific dreptului francez). Ulterior textul consacră modalități de efectuare a verificării și anume (1) examenul contradictoriu al situației fiscale personale; (2) verificarea de contabilitate; (3) controlul la cerere și (4) controlul electronic. În ansamblu, cu excepția acestor dispoziții generale, Livre de Procédures Fiscales apare ca fiind un text extrem de suplă, cu elemente normative particularizate raportat la tipul de impozit și situația fiscală a celui verificat; lipsesc consacrați formale ale metodelor de control și ale instrumentelor de lucru, relevant fiind modul constant de formulare a textelor extrem de suplă *Les agents de l'administration peuvent obtenir ou prendre copie, par tout moyen et sur tout support ...* conform art. L80 par. 4 și preocuparea pentru dialogul cu contribuabilul și garantarea drepturilor acestora. Semantic, observăm o recurență a substantivelor examen, verificare, control, fără delimitări rigide.

În dreptul spaniel, titlul IV din Código de Legislación Tributaria reglementează Secțiunea 7 – Acțiuni și proceduri de verificare a obligațiilor formale, Secțiunea 8 – Proceduri de verificare a datelor și Secțiunea 9 - Proceduri de verificare a valorilor (contractual – n.n.). Titlul V reglementează inspecția fiscală, într-un registru amplu. Remarcăm aceeași eterogenitate a normelor și focusări secvențiale. Relevant este textul de la art. 180 - *En el curso del procedimiento de inspección se realizarán las actuaciones necesarias para la obtención de los datos y pruebas que sirvan para fundamentar la regularización de la situación tributaria del obligado tributario o para declararla correcta*. Consacrarea de atribuții este ca și în LPF extrem de generoasă și suplă, și nu este urmată de alte delimitări restrictive.

4. Metode de punere în practică a controlului fiscal

Din reglementări exprese ori din formulări normative tehnice, putem extrage o serie de clasificări ale controlului raportat la metodele de lucru utilizate.

Controlul general. Controlul parțial. La nivel normativ, observăm o atenție deosebită acordată inspecției fiscale, în raport cu care sunt consacrate mai multe modalități. C. proc. fisc. distinge în funcție de întinderea verificării între inspecția totală și inspecția parțială. Normativ sunt consacrate: a) inspecția fiscală generală, care reprezintă *activitatea de verificare a modului de îndeplinire a tuturor obligațiilor fiscale și a altor obligații prevăzute de legislația fiscală și contabilă ce revin unui contribuabil/plătitor, pentru o perioadă de timp determinată* și b) inspecția fiscală parțială, care reprezintă *activitatea de verificare a modului de îndeplinire a uneia sau mai multor obligații fiscale, precum și a altor obligații prevăzute de legislația fiscală și contabilă, ce revin unui contribuabil/plătitor pentru o perioadă de timp determinată*. Decizia asupra întinderii inspecției fiscale se face pe baza unei analize de risc și este un element de oportunitate.

Delimitarea între general și parțial se face prin raportare la o anumită perioadă și la una sau mai multe creanțe. Apreciem că se impunea consacrară acestei dihotomii în partea generală a Titlului VI, în care legiuitorul să fi făcut vorbire despre formele de control în general. Oportunitatea unei asemenea tehnici normative derivă din faptul că toate formele de control sunt susceptibile de a fi totale ori parțiale (unele forme au o apetență pentru controlul limitat – cum ar fi controlul inopinat, însă nu excludem ca acesta să vizeze aspecte din mai multe materii de drept fiscal). Interesul major subzistă în materia inspecției fiscale întrucât aceasta este consacrată sub garanția *non bis in idem* și astfel, natura generală ori parțială a unei inspecții determină și „decăderea” din dreptul de a reveni în aceeași parametri materiali și temporari.

În subsidiar, în doctrină se distinge între un control sumar și un control aprofundat, în funcție de „profunzimea” verificării. În procedura de control (apreciem că

indiferent de forma de lucru), autoritatea publică poate opta (în registru de oportunitate) să procedeze la „a verifica eventualele erori materiale figurând în declarațiile contribuabilului”⁸ (controlul sumar) sau la „un examen critic și exhaustiv al tuturor punctelor din declarație, confruntându-le cu elemente din dosarul contribuabilului”⁹ (controlul aprofundat).

Controlul factic. Controlul documentar. Controlul electronic

În plan terțiar, se impune tot la nivelul controlului (fără a limita la inspecția fiscală) consacarea metodelor de control, într-un viitor preambul al instituției. Conform art. 116 alin. (1) C. proc. fisc., în cadrul inspecției fiscale, se pot utiliza una din metodele a) *inspecția prin sondaj care constă în activitatea de verificare selectivă a perioadelor impozabile, documentelor și operațiunilor semnificative, care stau la baza modului de calcul, de evidențiere și de plată a obligațiilor fiscale; b) inspecția exhaustivă care constă în activitatea de verificare a tuturor perioadelor impozabile, precum și a documentelor și operațiunilor semnificative, care stau la baza modului de calcul, de evidențiere și de plată a obligațiilor fiscale; c) inspecția electronică, care constă în activitatea de verificare a contabilității și a surselor acesteia, prelucrate în mediu electronic, utilizând metode de analiză, evaluare și testare asistate de instrumente informatice specializate.*

Considerăm, pornind de la această clasificare legală, că de fapt ar fi fost necesară o consacrare mai amplă; observăm că legiuitorul nu consacră expres controlul factic și controlul documentar. Controlul factic însumează operațiunile de verificare a condițiilor de fapt în care se derulează activitatea impozabilă (stocuri, spații de lucru, utilaje, produse finite etc.). Controlul documentar constă în analiza evidențelor contabile, în toate dimensiunile lor (documente justificative, documente suport, registre contabile, situații recapitulative, declarații fiscale). Controlul factic se pretează la toate ipotezele de lucru, inclusiv cele ilicite, când permite evaluarea situației din teren. Controlul documentar este aplicabil veniturilor determinate prin contabilitate (venituri profesionale, TVA, accize). În această ipoteză, controlul documentar se va dubla de control factic, întrucât o evidență contabilă ireproșabilă nu confirmă absența ilicitului. Controlul documentar la rândul său poate fi un control fizic ori un control electronic.

Controlul electronic apare în reacția la dematerializarea procedurilor contabile. Acesta are o serie de avantaje, inclusiv lejeritatea de a corela informații cu alte surse publice, cu extrase din alte evidențe contabile și de a verifica volume mari de operațiuni economice. Controlul electronic se impune a fi consacrat ca metodă orizontală de

⁸ I. Vestris, *Le droit à l'information de l'administration*, în *Revue de Droit Fiscal* nr. 3/2007, Fasc. 52, p. 1.

⁹ *Ibidem*.

verificare, susceptibil a fi aplicată în toate procedurile de lucru. În reglementarea actuală, extrem de deficitară, apare că într-o altă formă de control nu s-ar putea verifica documentele contabile ori registrele ținute în format electronic. Asta pentru că vorbim doar despre inspecția electronică. Or, inspecția electronică nu se suprapune cu controlul electronic; într-un control anti-fraudă spre exemplu, se verifică D394 și lanțul de tranzacții așa cum a fost declarat și apare în sistemul informatic A.N.A.F. Sunt în prezența unui control electronic, dar nu și a unei inspecții. *De lege ferenda*, distincția făcută prin art. 116 alin. (1) C. proc. fisc. privind metodele de control în inspecția fiscală ar trebuie generalizată spre metode de control în controlul fiscal (sic!), fiind relevante așa cum am arătat nu numai în ipoteza specială a inspecției.

Subliniem o distincție majoră între controlul documentar și verificarea documentară. Această delimitare derivă din funcția îndeplinită; controlul documentar este în sine o tehnică de lucru, compatibilă cu orice formă de control inclusiv inspecție fiscală ori verificare fiscală. Verificarea documentară este o specie a controlului fiscal, care are autonomie și care se cuantifică într-un examen independent, de unde și recomandarea noastră anterioară de a consolida procedura cu elemente privind finalizarea și comunicarea actului administrativ-fiscal.

Control tematic. Control inopinat. Control încrucișat

În raport de tematica verificată distingem în primul rând controlul tematic, control ce vizează una sau mai multe tipuri de impuneri și/sau obligații fiscale. Conceptul de control tematic pare în rezonanță cu inspecția fiscală și verificarea situației fiscale personale, la limită și cu verificarea documentară. Controlul anti-fraudă și controlul inopinat deși au evident obiective de lucru (spre exemplu, verificarea înregistrărilor în casa de marcat ori parcursul unei anumite facturi), apreciem că nu au în sine o temă, care să se încheie în urma verificării.

Controlul inopinat constă în activitatea de verificare indiferent de metodă (faptică și documentară, exhaustivă sau prin sondaj, fizică ori electronică), privind respectarea normelor legale fără anunțarea în prealabil a contribuabilului. Controlul inopinat (puțin importă discuția privind suprapunerea lui cu o inspecție fiscală) este un control ce tinde la a conserva ori confirma probatoriu.

Controlul încrucișat constă în verificarea documentelor și operațiunilor impozabile ale contribuabilului, în corelație cu cele deținute de alte persoane - art. 134 alin. (1) C. proc. fisc.

5. Concluzii

Conchidem astfel că reglementarea națională este mai detaliată decât cea din alte sisteme normative. Salutăm soluția normativă propusă de alte sisteme de a reglementa

de minimis, principial, fără categorii juridice. Raportat însă la contextul nostru normativ, de vreme ce legiuitorul român a ales să facă clasificări, considerăm că ar fi necesar ca acestea să fie extinse pentru a asigura maximum de expunere normativă.

Propunem crearea unui capitol introductiv la Titlul Controlul fiscal în C. proc. fisc., tocmai cu rolul de a sistematiza aceste chestiuni conceptuale. Efectul principal ar fi evitarea confuziilor ce decurg din tehnica actuală de a consacra secvențial (de regulă în materia inspecției fiscale), reguli cu aplicare generală.

De plano, considerăm că instituția controlului fiscal este într-o constantă evoluție, fapt salutar.

DECIZIA DE SANȚIONARE DISCIPLINARĂ
A SALARIATULUI ÎN CADRUL PROCEDURII INSOLVENȚEI
REGLEMENTATĂ DE LEGEA NR. 85/2014
PRIVIND PROCEDURILE
DE PREVENIRE A INSOLVENȚEI ȘI DE INSOLVENȚĂ

*Conf. univ. dr. Daniela MOȚIU
Universitatea de Vest din Timișoara,
Facultatea de Drept și Științe Administrative*

Rezumat

În soluționarea contestației împotriva deciziei de sancționare disciplinară, competența aparține tribunalului specializat pe litigii de muncă în a cărui circumscripție teritorială se află domiciliul sau reședința salariatului, indiferent de data formulării acesteia prin raportare la data deschiderii procedurii de insolvență împotriva angajatorului.

Dacă debitorului nu i-a fost ridicat dreptul de administrare de către judecătorul-sindic în procedura generală, emiterea oricărei decizii de sancționare disciplinară necesită avizul administratorului judiciar, iar responsabilitatea emiterii acesteia în procedura de faliment aparține lichidatorului judiciar.

Deschiderea procedurii de insolvență a debitorului nu determină suspendarea soluționării contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară, această acțiune neavând natura juridică a unei acțiuni judiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului.

Admiterea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară după data deschiderii procedurii de insolvență dă dreptul la reparație integrală, prin simpla cerere de plată a salariatului, fiind vorba de o creanță născută după data deschiderii procedurii de insolvență.

Cuvinte-cheie: sancțiune disciplinară, contestație, debitor, practician în insolvență, instanță competentă, cerere de plată

Decision to disciplinary sanction of the employee during insolvency proceedings regulated by law no. 85/2014 on procedures the prevention of insolvency and insolvency

Abstract

In the appeal against the decision on disciplinary sanction, competence lies with the specialized court on labor disputes in whose territorial jurisdiction the domicile or residence of the employee is located, irrespective of the date of its formulation, depending on the date of opening the insolvency proceedings against the employer.

If the debt or was not given the right of administration by the syndic judge in the general procedure, the issuance of any disciplinary sanction decision requires the opinion of the judicial administrator and the responsibility for issuing it in the bankruptcy procedure belongs to the liquidator.

The opening of the debtor's insolvency procedure does not lead to the suspension of the employee's appeal against the decision of disciplinary sanction, which does not have the legal nature of a judicial action in order to make claims on the debtor's assets.

The admission of the employee's appeal against the disciplinary sanction decision after the opening of the insolvency proceeding sent it les him to full reparation by simply requesting the payment of the employee, being a claim born after the date of opening the insolvency proceedings.

Keywords: disciplinary sanction, appeal, debtor, insolvency practitioner, competent court, request for payment

1. Preliminarii

Obligația de prudență și de diligență de care trebuie să dea dovadă angajatorul în conducerea propriei afaceri se dovedește uneori insuficient de motivantă, astfel încât deschiderea procedurii de insolvență se conturează ca un răspuns eficient în fața multiplelor datorii care înconjoară activitatea acestuia. Procedura insolvenței permite o clasificare simplă a creanțelor angajatorului, prin raportare la data deschiderii procedurii: creanțe anterioare datei deschiderii procedurii și creanțe curente, născute după data deschiderii procedurii.

Din categoria creditorilor debitorului supus procedurii insolvenței fac parte adesea și salariații acestuia. La data deschiderii procedurii insolvenței, angajatorul se poate găsi în fața mai multor ipostaze:

- acțiunea salariatului promovată împotriva angajatorului anterior pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței a fost soluționată definitiv prin hotărâre judecătorească, nefiind însă pusă în executare de către angajator;

- acțiunea salariatului promovată împotriva angajatorului anterior pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței este soluționată definitiv prin hotărâre judecătorească ulterior deschiderii procedurii insolvenței.

- acțiunea salariatului promovată împotriva angajatorului ulterior pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței.

Lucrarea de față își propune să analizeze implicațiile pe care le are decizia de sancționare disciplinată a salariatului în cele trei ipostaze menționate anterior, relativ la instanța competentă și implicațiile legale ale soluțiilor pronunțate.

2. Decizia de sancționare disciplinară a salariatului

Decizia de sancționare disciplinară a salariatului este un act individual de dreptul muncii, prin intermediul căreia angajatorul dispune aplicarea unei sancțiuni disciplinare salariatului care a săvârșit o abatere disciplinară. Sancțiunile disciplinare generale¹ posibil de aplicat de către angajator salariatului care săvârșește abateri disciplinare sunt cele arătate de art. 248 alin. (1) Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare². Precizăm că și desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă constituie tot o sancțiune disciplinară, alături de celelalte, chiar dacă consecințele produse asupra salariatului îi dinamizează nivelul gravității la maximum. În acest din urmă caz, este vorba de concedierea salariatului pe motive disciplinare.

Alături de aspectele de ordin formal aplicabile concedierii, prevăzute în capitolul V din Titlul II al Codului muncii, apreciem că sancționarea disciplinară a salariatului presupune respectarea prevederilor art. 247-252 din Codul muncii. În consecință, prevederile art. 62 alin. (2) din Codul muncii care fac trimitere directă la art. 247-252 Codul muncii în situația motivului de concediere prevăzut la art. 61 lit. a), au incidență în caz de aplicare a oricăreia dintre sancțiunile disciplinare reglementate de art. 248 alin. (1) din Codul muncii. Orice decizie de concediere pe motivul prevăzut la art. 61 lit. a) Codul muncii este, în realitate, o decizie de sancționare disciplinară.

Salariatul nemulțumit de sancțiunea disciplinară aplicată are deschisă calea contestației împotriva deciziei angajatorului în fața instanței de judecată.

¹ Potrivit art. 248 alin. (1) Codul muncii, sancțiunile disciplinare pe care le poate aplica angajatorul în cazul în care salariatul săvârșește o abatere disciplinară sunt: a) avertismentul scris; b) retrogradarea din funcție, cu acordarea salariului corespunzător funcției în care s-a dispus retrogradarea, pentru o durată ce nu poate depăși 60 de zile; c) reducerea salariului de bază pe o durată de 1-3 luni cu 5-10%; d) reducerea salariului de bază și/sau, după caz, și a indemnizației de conducere pe o perioadă de 1-3 luni cu 5-10%; e) desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă.

² Republicată în M. Of. nr. 225 din 31 martie 2011.

3. Titularul deciziei de sancționare disciplinară

Atunci când angajatorul nu este supus procedurii insolvenței³, decizia de sancționare disciplinară este emisă de către angajatorul persoană fizică sau de către reprezentantul legal al persoanei juridice.

Ulterior deschiderii procedurii insolvenței, calitatea procesuală activă în emiterea deciziei de sancționare disciplinară a salariatului aparține, în mod deosebit, debitorului sau practicianului în insolvență, prin raportare la tipul de procedură în care se găsește debitorul (procedura generală de insolvență sau procedura simplificată de faliment) și la faptul ridicării/păstrării dreptului de administrare de către debitor.

Cum deschiderea procedurii simplificate de faliment sau intrarea debitorului în procedura de faliment din procedura generală au ca efect ridicarea *ope legis* a dreptului de administrare al debitorului, lichidatorul judiciar este cel căruia îi revine misiunea de a întocmi și semna decizia de sancționare disciplinară a salariatului. Această obligație revine și administratorului judiciar dacă debitorului îi este ridicat dreptul de administrare pe parcursul desfășurării procedurii generale de insolvență, indiferent că ne raportăm la perioada de observație sau la perioada de reorganizare.

Dacă pe parcursul desfășurării procedurii generale de insolvență, respectiv în timpul perioadei de observație și a reorganizării judiciare, debitorului nu îi este ridicat dreptul de administrare prin sentința judecătorului-sindic, atunci acesta păstrează calitatea activă în emiterea deciziei de sancționare disciplinară a salariatului.

Menționăm că, prin deschiderea procedurii de insolvență, judecătorul-sindic poate dispune deschiderea procedurii generale și intrarea debitorului în perioada de observație. În situația în care, administratorul judiciar provizoriu propune prin Raportul cauzelor, după trecerea perioadei de observație de 20 de zile de la data deschiderii procedurii de insolvență, intrarea debitorului în procedura simplificată de faliment, propunere validată de judecătorul-sindic prin sentință, pe întreaga perioadă de observație competența emiterii deciziei de sancționare disciplinară va reveni reprezentantului legal al debitorului.

Cu toate acestea, emiterea deciziei de sancționare disciplinară a salariatului reprezintă, de facto, una dintre măsurile aparținând sferei supravegherii exercitate de către administratorul judiciar, fiind necesar să aibă la bază avizul prealabil al acestuia din urmă.

Potrivit art. 5 pct. 66 din Legea nr. 85/2014, supravegherea exercitată de administratorul judiciar, în condițiile în care nu s-a ridicat dreptul de administrare al debitorului, constă în analiza permanentă a activității acestuia și avizarea prealabilă

³ Procedura insolvenței este reglementată de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în M. Of. nr. 466 din data de 25 iunie 2014, cu modificările și completările ulterioare.

atât a măsurilor care implică patrimonial debitorul, cât și a celor menite să conducă la restructurarea/reorganizarea acestuia.

La întrebarea dacă decizia de sancționare disciplinară se încadrează în categoria măsurilor dispuse în mod enunțativ de către legiuitor în art. 5 pct. 66 din Legea insolvenței, răspunsul ar trebui să țină cont de mai multe criterii: desfășurarea activității debitorului se realizează prin raportare la numărul de posturi și la felul acestora, existente în organigrama unității; aplicarea oricărei sancțiuni disciplinare, cu excepția avertismentului scris, determină modificări imediate și temporare/definitive în statul de funcții și organigrama unității, în veniturile acesteia, necesitând fie restructurarea activității debitorului (în caz de desfacere disciplinară a contractului individual de muncă), fie reorganizarea acesteia pe termen de cel mult două luni de zile (în caz de retrogradare din funcție); aplicarea oricărei sancțiuni disciplinare implică asumarea de către angajator a promovării de către salariat a unui litigiu pe rolul instanțelor judecătorești, care poate cauza generarea unor cheltuieli de judecată în sarcina angajatorului, care se rețin din patrimoniul acestuia; în litigiile în care este implicat debitorul ulterior deschiderii procedurii de insolvență, acesta este reprezentat de către administratorul judiciar; recuperarea cheltuielilor de judecată, în situația câștigării procesului de către angajator, este în sarcina administratorului judiciar, fiind vorba de o măsură care necesită avizarea pentru recuperarea unei creanțe din patrimoniul debitorului; ulterior aplicării sancțiunii disciplinare privind desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă, angajarea unui salariat nou, pe postul celui concediat, presupune încheierea unui contract individual de muncă care va trebui avizat de către administratorul judiciar; analiza permanentă a activității debitorului reclamă din partea administratorului judiciar cunoașterea temeinică a activității acestuia, pentru asigurarea premiselor reușitei reorganizării debitorului etc.

În consecință, apreciem că decizia de sancționare disciplinară a salariatului se înscrie în categoria măsurilor care implică patrimonial debitorul sau care conduc la diminuarea patrimoniului acestuia sau care au menirea de a conduce la restructurarea/reorganizarea activității acestuia.

Chiar dacă aplicarea oricăreia dintre sancțiunile disciplinare prevăzute de art. 248 alin. (1) lit. b), c) sau d) din Codul muncii⁴ pare a contribui la mărirea patrimoniului debitorului, dat fiind că reținerile salariale în situația sancționării salariatului se fac venit la bugetul angajatorului, totuși administratorului judiciar îi revine obligația de a cunoaște conținutul și sursa veniturilor activității debitorului. Fiecare plată efectuată din averea debitorului necesită avizul prealabil al administratorului judiciar. Iar dacă desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă al salariatului pe

⁴ Cea mai ușoară dintre sancțiunile disciplinare, avertismentul scris, evident că nu are incidență asupra patrimoniului angajatorului.

motive disciplinare poate fi privită, din punct de vedere economic, și ca o modalitate de evitare a unei cheltuieli de natură salarială, prin raportare la reversul acesteia – încheierea unui alt contract individual de muncă, apreciem că ambele măsuri necesită avizarea din partea administratorului judiciar.

Argumentele în baza cărora s-ar putea susține că emiterea deciziei de sancționare disciplinară a salariatului nu reprezintă una dintre măsurile aparținând sferei supravegherii exercitate de către administratorul judiciar, care să necesite avizul prealabil al acestuia, se pot referi la: inexistența unui litigiu pe rolul instanțelor judecătorești de la data emiterii deciziei de sancționare disciplinară și până la momentul (eventual) în care salariatul decide promovarea unei contestații împotriva acestei decizii; potențialul litigiu împotriva deciziei de sancționare disciplinară nu se înscrie în categoria „operațiunilor juridice” în care debitorul este parte, astfel că operațiunea în cauză nu necesită avizul administratorului judiciar; neînscriserea măsurii printre cele care implică, imediat și direct, patrimonial debitorul.

Deși decizia de concediere reprezintă un act unilateral de voință al angajatorului, prin intermediul căruia pune capăt unui contract individual de muncă, încheierea unui alt contract individual de muncă se înscrie în categoria contractelor, posibil de încheiat de către debitor în timpul perioadei de observație sau a reorganizării judiciare, dar cu avizul administratorului judiciar.

Pe cale de consecință, emiterea deciziei de sancționare disciplinară de către debitorul aflat în procedura generală, în perioada de observație sau în procedura de reorganizare, căruia nu i-a fost ridicat dreptul de administrare, reprezintă o excepție de la prevederile art. 123 alin. (8) din Legea insolvenței⁵, chiar dacă necesită avizul administratorului judiciar. Textul legal din Legea insolvenței se impune a fi subsumat intenției și scopului urmărit de legiuitor, respectiv acordarea competenței administratorului judiciar de a dispune desfacerea contractelor individuale de muncă în cazurile în care se urmărește maximizarea averii debitorului, pentru motive care nu țin de persoana salariatului. Ori, sancționarea disciplinară a salariatului, cu oricare dintre sancțiunile disciplinare prevăzute de art. 248 alin. (1) Codul muncii, rămâne o măsură care are legătură cu persoana salariatului.

În plus, concedierea salariatului pe motive disciplinare nu necesită, în lumina art. 75 alin. (1) din Codul muncii, respectarea termenului de preaviz (legal sau contractual).

În schimb, în situația în care debitorului aflat în procedura generală căruia i-a fost ridicat dreptul de administrare sau debitorului aflat în procedura de faliment, dreptul de a emite decizia de sancționare disciplinară aparține administratorului

⁵ Art. 123 alin. (8) din Legea insolvenței prevăd că „după data deschiderii procedurii, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitorului se va putea face de urgență de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar. Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va acorda personalului concediat doar termenul legal de preaviz”.

judiciar/lichidatorului judiciar, care dispune măsura concedierii fără respectarea vreunui termen de preaviz, pentru simplu motiv că acesta nu există.

În toate situațiile, în caz de sancționare disciplinară, cel îndrituit la aplicarea sancțiunii disciplinare este obligat să respecte prevederile art. 251 Codul muncii privitoare la cercetarea disciplinară prealabilă.

4. Competența instanței în soluționarea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară

Potrivit art. 62 alin. (3) din Codul muncii, decizia de concediere trebuie să cuprindă, sub sancțiunea nulității absolute, precizări cu privire la instanța judecătorească la care se contestă, iar art. 252 alin. (5) Codul muncii fixează termenul de 30 de zile calendaristice de la comunicare pe care salariatul îl are la dispoziție pentru a contesta decizia de sancționare disciplinară.

În materie de competență materială, în cazul în care angajatorul este supus procedurii insolvenței, nu există dispoziții contradictorii între domeniul dreptului muncii și cel al insolvenței, deoarece potrivit art. 208 din Legea nr. 62/2011 privind dialogul social⁶ și art. 41 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, aceasta aparține tribunalului.

4.1. Precizări relative la competența teritorială și funcțională a instanței de judecată

Cu privire la competența teritorială a instanței de judecată, art. 269 alin. (2) din Codul muncii stabilește imperativ competența instanței în a cărei circumscripție își are domiciliul sau reședința salariatul contestator. Iar art. 210 din Legea dialogului social nr. 62/2011 arată că cererile referitoare la soluționarea conflictelor individuale de muncă se adresează tribunalului în a cărui circumscripție își are domiciliul sau locul de muncă reclamantul.

Anterior deschiderii procedurii insolvenței, contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară urmează regulile de drept comun din materia dreptului muncii.

După data deschiderii procedurii insolvenței și în situația în care sediul social/profesional al debitorului-angajator nu aparține tribunalului în a cărui circumscripție își are domiciliul sau reședința salariatul, poate interveni un conflict între dispozițiile speciale din materia competenței din dreptul insolvenței și cele din dreptul muncii atunci când sediul social/profesional al angajatorului-debitor nu aparține aceluiași tribunal în a cărui circumscripție își are domiciliul sau reședința salariatul.

⁶ Republicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

În plus, aceeași problemă se pune și în situația în care, ulterior înregistrării contestației împotriva deciziei de sancționare disciplinară la tribunalul specializat în litigii de muncă și asigurări sociale, dar înainte de pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive, tribunalul în a cărui circumscripție își are sediul profesional debitorul pronunță hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței împotriva debitorului.

În soluționarea acestei probleme, pentru a susține prioritatea normelor din legea insolvenței, s-ar putea invoca complexitatea unei proceduri de insolvență prin raportare la numărul posibil de creditori, la interesele de factură economică sau socială, la durata de timp în care este soluționat un astfel de litigiu, la costurile implicate de soluționarea litigiului de insolvență luând în considerare inclusiv interesul salvagădării debitorului etc. Toate acestea prin raportare la un „amărât” de conflict individual de muncă, care are întotdeauna o singură parte care deține calitate procesuală activă, respectiv salariatul.

Cu toate acestea, în opinia noastră, indiferent de data emiterii deciziei de sancționare disciplinară prin raportare la data deschiderii procedurii de insolvență, competența teritorială și funcțională în soluționarea contestației formulate împotriva deciziei de sancționare disciplinară aparține tribunalului specializat de dreptul muncii în a cărui circumscripție își are domiciliul sau reședința salariatul contestator.

Atât dreptul insolvenței, cât și dreptul muncii sunt reglementate de legi speciale, scopul fiecărei legi fiind precis stabilit de legiuitor în cuprinsul fiecăreia. Dispozițiile privind protecția salariaților cuprinse în legislația muncii au caracter imperativ, normele fiind de ordine publică. Este evident că, în materie de insolvență, devin aplicabile prevederile art. 41 din Legea nr. 85/2014, care stabilesc competența tribunalului sau, dacă este cazul, a tribunalului specializat/secția specială de insolvență, în a cărui circumscripție debitorul și-a avut sediul social/profesional cel puțin 6 luni anterior datei deschiderii sesizării instanței.

Odată stabilită competența teritorială a tribunalului specializat în soluționarea litigiului de dreptul muncii, având ca obiect contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară, acesta va rămâne competent în soluționarea cauzei respective. Aceasta înseamnă că salariatul a înregistrat la tribunalul specializat pe litigii de muncă contestația împotriva deciziei de sancționare disciplinară, iar ulterior, tribunalul specializat pe insolvență a pronunțat hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței. Astfel, deschiderea procedurii de insolvență împotriva angajatorului-debitor nu determină trimiterea cauzei la tribunal, secția a II-a civilă, competent în a soluționa cauzele privind insolvența, indiferent dacă domiciliul sau reședința salariatului se află în aceeași circumscripție în care se găsește sediul profesional al angajatorului debitor.

Pe de altă parte, deschiderea procedurii de insolvență împotriva unui debitor nu atrage competența exclusivă a judecătorului-sindic în soluționarea oricăror litigii, indiferent de natura acestora, în care debitorul deține calitatea de parte, atribuțiile principale ale acestuia fiind cele arătate de art. 45 din Legea nr. 85/2014. Așa cum

formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea creanțelor debitorului este supusă dispozițiilor de drept comun cu privire la competență, tot astfel, se stabilește competența pentru soluționarea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară, conform dispozițiilor speciale ale dreptului muncii.

Ca natură juridică, contestația împotriva deciziei de sancționare disciplinară dă naștere unui conflict de muncă, al cărui obiect îl constituie anularea deciziei de sancționare disciplinară și restituirea prestațiilor de care salariatul a fost lipsit de la data aplicării sancțiunii disciplinare și până la data trecerii perioadei de timp pentru care a fost aplicată sancțiunea disciplinară/data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești în caz de concediere. Nu suntem în prezența unei acțiuni cu două capete de cerere diferite (cu finalitate diferită), care, prin ipoteză, ar necesita o taxă judiciară de timbru datorată distinct, pentru fiecare capăt de cerere în parte, după natura lui. Numai în măsura în care instanța de judecată dispune anularea deciziei de sancționare disciplinară, aceasta este obligată să dispună și obligarea angajatorului la plata sumelor de bani reprezentând diferențele salariale reținute, conform funcției în care a fost dispusă retrogradarea, reducerile salariale efectuate sau despăgubirile acordate⁷. Acțiunea salariatului, privită ca întreg, este evaluabilă în bani, are caracter patrimonial⁸, cu excepția celei care privește anularea sancțiunii disciplinare a avertismentului scris.

Explicația privește caracterul indivizibil al acțiunii, prestația la care devine obligat angajatorul din dispoziția instanței de judecată fiind unică, inseparabilă. Astfel, în temeiul art. 80 alin. (1) din Codul muncii, în cazul în care concedierea a fost efectuată în mod netemeinic sau nelegal, instanța va dispune anularea ei și va obliga angajatorul la plata unei despăgubiri egale cu salariile indexate, majorate și reactualizate și cu celelalte drepturi de care ar fi beneficiat salariatul. Prin urmare, dacă în situația aplicării celei mai drastice dintre sancțiunile disciplinare, respectiv concedierea salariatului, instanța de judecată este obligată și la plata despăgubirilor în cazul în care apreciază ca netemeinică sau nelegală concedierea însăși, cu atât mai mult cuvântul aceste „despăgubiri” vor fi datorate în cazul aplicării unei sancțiuni disciplinare de o gravitate mai ușoară.

Ceea ce prezintă relevanță este analiza caracterului temeinic și/sau legal al deciziei de sancționare disciplinară, aspect asupra căruia este chemată să se pronunțe instanța de judecată. Dacă răspunsul este afirmativ, atunci judecătorul cauzei devine obligat,

⁷ Avem în vedere obligația angajatorului de a plăti sumele de bani reprezentând diferențele salariale reținute, conform funcției în care a fost dispusă retrogradarea (art. 248 alin. (1) lit. b) din Codul muncii), reducerile salariale efectuate (art. 248 alin. (1) lit. c) și d) din Codul muncii) sau despăgubirile acordate (art. 248 alin. (1) lit. e) din Codul muncii).

⁸ În orice caz, în materia dreptului muncii, potrivit art. 270 din Codul muncii, cererile încheierea, executarea, modificarea, suspendarea și încetarea unui contract individual de muncă sunt scutite de taxa judiciară de timbru.

ex lege, să acorde și sumele de bani, cu titlu de despăgubiri/rețineri din drepturile salariale, de care a fost lipsit salariatul pe întreaga perioadă în care sancțiunea disciplinară a avut caracter efectiv și activ.

În consecință, apreciem ca inadmisibilă disjungerea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară. Indiferent dacă contestația împotriva deciziei de sancționare a salariatului a fost înregistrată anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență, tribunalul specializat pe litigii de muncă nu va putea dispune disjungerea cererii privind anularea deciziei de sancționare disciplinară față de cea privind acordarea despăgubirilor/reținerilor din drepturile salariale efectuate de angajator.

4.2. Inadmisibilitatea suspendării soluționării deciziei de sancționare a salariatului de către tribunalul specializat pe litigii de muncă

Din cele arătate anterior, rezultă că, în soluționarea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară, competența aparține tribunalului specializat pe litigii de muncă. Presupunând că tribunalul specializat/secția specială de insolvență a acestuia pronunță hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței, indiferent dacă contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară a fost introdusă anterior sau ulterior înregistrării cererii de deschidere a procedurii insolvenței, cu condiția evidentă de a nu fi soluționată, în fața instanței de dreptul muncii se poate ridica, din oficiu sau la cererea angajatorului – care are interes în cauză, problema suspendării soluționării cauzei în temeiul art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014. Potrivit acestui text de lege, „de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor”.

Suspendarea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară nu poate fi primită de instanța de judecată și, cu atât mai mult, nu poate fi invocată din oficiu de către aceasta, deoarece salariatul s-ar găsi în imposibilitatea legală de valorificare a drepturilor sale, devenind incidente prevederile art. 75 alin. (1) teza finală din Legea nr. 85/2014, care stipulează că „la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează”. Salariatul contestator nu dispune de o hotărâre judecătorească definitivă, prin intermediul căreia să-i fie recunoscută o anumită creanță în favoarea sa. Această creanță, dacă ar exista, ar fi înscrisă, din oficiu, de către practicianul în insolvență, în tabelul de creanțe al debitorului.

Dar, salariatul contestator nu aparține categoriei salariaților a cărui creanță rezultă din evidențele contabile ale debitorului, fiind evident că este înregistrat în contabilitatea debitorului corespunzător sancțiunii disciplinare aplicate de către angajator. Chiar

dacă, pentru înscrierea unei creanțe în tabelul preliminar de creanțe al debitorului nu este necesară existența unui titlu executoriu, salariatul contestator nu se găsește în situația de a prezenta practicianului în insolvență documente din care să rezulte această creanță sau pe baza cărora poate să poată să fie stabilită. Existența creanței salariatului contestator este condiționată de stabilirea acesteia prin intermediul unei hotărâri judecătorești, care să consfințească, în prealabil, dacă aplicarea sancțiunii disciplinare s-a realizat cu respectarea dispozițiilor legislației muncii și, în cazul unui răspuns afirmativ, să prevadă sumele de bani reprezentând despăgubiri, rețineri din drepturile salariale, sume reprezentând daune morale etc., necesar de acordat salariatului în cauză.

Ori, în oricare tabel preliminar de creanțe, practicianul în insolvență are puterea legală de a înscrie creanțe, adică sume de bani, indiferent de felul acestora (scadente/nescadente, sub condiție sau în litigiu etc.), consfințite prin titlu executoriu sau care rezultă din chiar actele de creanță ale debitorului sau acte pe care debitorul le recunoaște. Creditorul trebuie să formuleze o cerere de admitere a creanței, nefiind în situația de a se adresa practicianului în insolvență cu o cerere în stabilirea sau recunoașterea unui drept sau interes legitim. Prerogativele practicianului în insolvență nu pot fi asimilate atribuțiilor și puterilor unui judecător, în fața căruia, în condiții de contradictorialitate, se stabilește existența sau inexistența unui drept sau interes legitim.

Pe de altă parte, contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară nu are natura juridică a unei acțiuni judiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Din această cauză, nu poate fi supusă suspendării prevăzută de art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2017. În situația în care orice acțiune judiciară, deci și contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară, ar putea fi supusă suspendării arătată de art. 75 alin. (1) din Legea insolvenței, ar însemna că devin aplicabile prevederile aceluiași text de lege, teza finală, care stipulează încetarea acțiunii judiciare la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței. Și cum contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară nu are natura juridică a unei cereri de admitere a creanței la masa credală, acestuia i s-ar îngădi accesul la justiție, neavând alt mijloc legal în vederea valorificării drepturilor sale.

4.3. Punerea în executare a hotărârii judecătorești de admitere a contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară

Această problemă intervine doar în situația în care contestația împotriva deciziei de sancționare disciplinară a salariatului nu a fost soluționată de către tribunalul specializat pe litigii de muncă anterior datei pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței de către tribunalul/secția specializată pe insolvență. Dacă soluționarea contestației împotriva deciziei de sancționare disciplinară intervine anterior datei pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței, în caz de

admitere a acesteia, atunci drepturile de natură patrimonială stabilite în favoarea salariatului urmează regimul juridic al unei cereri de admitere a creanțelor salariale, potrivit art. 5 pct. 18 din Legea nr. 85/2014. Punerea în executare a hotărârii judecătorești se realizează din oficiu de către practicianul în insolvență.

Soluționarea contestației anterior deschiderii procedurii de insolvență, prin admiterea acesteia de către instanța de judecată, determină nașterea unei creanțe salariale în patrimoniul debitorului, care urmează tratamentul juridic al oricărei creanțe de natură salarială, conform prevederilor art. 5 pct. 18 din Legea nr. 85/2014.

În situația inversă, atunci când tribunalul specializat pe litigii de muncă soluționează contestația împotriva deciziei de sancționare disciplinară ulterior deschiderii procedurii de insolvență, în sensul admiterii acesteia⁹, reprezentantul legal al debitoarei, cu avizul prealabil al administratorului judiciar, sau lichidatorul judiciar sunt îndrituiți în a pune în executare hotărârea judecătorească favorabilă salariatului contestator. Prin raportare la sancțiunea disciplinară aplicată și care a fost anulată de către instanța de judecată, salariatului contestator i se vor șterge din evidențele angajatorului înscrierile privitoare la sancțiunea disciplinară în cauză. Însă, efectele admiterii contestației nu vor putea fi considerate ca depline pentru sancțiunile disciplinare reglementate de art. 248 alin. (1) c), d) și e) din Codul muncii¹⁰, deoarece:

- aplicarea sancțiunilor disciplinare de către angajator produce efecte imediat comunicării deciziei de sancționare disciplinară;

- sancțiunea disciplinară arătată de art. 248 alin. (1) lit. a) din Codul muncii, respectiv avertismentul scris, se consumă instant, la data comunicării deciziei salariatului; sancțiunea disciplinară arătată de art. 248 lit. b) din Codul muncii, respectiv retrogradarea din funcție, cu acordarea salariului corespunzător funcției în care s-a dispus retrogradarea, pentru o durată ce nu poate depăși 60 de zile, se consumă pe durata a maxim 60 de zile; în schimb, chiar dacă durata sancțiunilor disciplinare arătate de art. 248 lit. c) și d) din Codul muncii, respectiv reducerea salariului de bază pe o durată de 1 – 3 luni cu 5 – 10% și reducerea salariului de bază și/sau, după caz, a indemnizației de conducere pe o perioadă de 1 -3 luni cu 5 – 10%, este temporară, încadrându-se între minim o lună și maxim 3 luni de zile, și pentru sancțiunea disciplinară privind desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă, efectele anulării deciziei de sancționare disciplinară sunt depline (atât pe plan moral, cât și pe plan patrimonial);

- finalizarea procesului în care se judecă contestația salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară depășește, ca regulă, termenul în care sancțiunea disciplinară produce efecte în mod direct.

⁹ Precizăm că, potrivit art. 274 din Codul muncii, hotărârile pronunțate în fond sunt definitive și executorii de drept.

¹⁰ Numai cu privire la aceste sancțiuni disciplinare se poate afirma că anularea deciziei de sancționare disciplinară produce efecte depline.

Punerea în executare a hotărârii judecătorești de admitere a contestației împotriva deciziei de sancționare disciplinară produce efecte în mod diferențiat, în funcție de sancțiunea disciplinară concretă. Menționăm că, în fiecare caz, pentru suferințele pricinuite de către angajator prin sancționarea sa în mod netemeinic sau nelegal, salariatul va putea obține prin hotărâre judecătorească și daune morale, care se înscriu, ca natură juridică, în categoria creanțelor salariale.

Aceasta înseamnă că, în cazul anulării deciziei de sancționare disciplinară a avertismentului scris, salariatul va fi recompensat doar cu satisfacții de ordin moral, care își vor produce efectele în special în fața colectivului acestuia. Cu privire la celelalte sancțiuni disciplinare, salariatul va fi repus în situația anterioară prin acordarea diferențelor drepturilor salariale corespunzătoare funcției în care a fost retrogradat prin raportare la funcția din care a fost retrogradat, a diferențelor de drepturi salariale de care a fost privat și, respectiv, prin acordarea despăgubirilor prevăzute de art. 80 alin. (1) din Codul muncii.

4.4. Natura juridică a creanței salariatului rezultând dintr-o contestație împotriva deciziei de sancționare disciplinară

Admiterea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară dă naștere, cu excepția sancțiunii disciplinare a avertismentului scris, unei creanțe de natură salarială îndreptată împotriva patrimoniului angajatorului. Suma de bani aferentă creanței salariale este formată din diferențe de drepturi salariale reținute pe nedrept de către angajator sau din despăgubiri reprezentând drepturile salariale de care a fost privat, cu indexările, majorările și reactualizările aferente, la care se pot adăuga daune morale și cheltuieli de judecată.

Fiind vorba de o hotărâre judecătorească pronunțată ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență, în patrimoniul salariatului se va naște o creanță care, deși are natura juridică a unei creanțe salariale, va fi valorificată în mod diferit, comparativ cu alte creanțe salariale. Astfel, cele din cea de-a doua categorie, sunt înregistrate din oficiu în tabelul de creanțe de către practicianul în insolvență, potrivit art. 5 pct. 18 din Legea nr. 85/2014, fiind vorba de creanțe care izvorăsc din raporturi de muncă și raporturi asimilate între debitor și angajații acestuia.

În schimb, pentru creanțele salariale obținute printr-o hotărâre judecătorească definitivă și executorie după data deschiderii procedurii de insolvență împotriva debitorului¹¹ (prin procedura generală sau prin procedura simplificată de faliment sau, respectiv, în perioada de observație, de reorganizare sau de faliment) devin aplicabile prevederile art. 102 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora „creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura

¹¹ Menționăm că, fiind vorba de o creanță stabilită prin hotărâre judecătorească, devin incidente prevederile art. 434 și 435 alin. (1) din Codul de procedură civilă, producând efecte de la data comunicării.

reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală. Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment”. În consecință, aceste drepturi se vor plăti salariatului printr-o simplă cerere de plată, nefiind necesară înscrierea creanței la masa credală.

Nu sunt incidente nici prevederile art. 106 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, care prevăd că „administratorul judiciar va proceda de îndată la verificarea fiecărei cereri și a documentelor depuse și va efectua o cercetare amănunțită pentru a stabili legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe”. Aceasta deoarece, fiind vorba de o creanță stabilită după data deschiderii procedurii de insolvență, în cadrul unui proces la care debitorul a fost prezent personal, dar cu înscrisuri purtând avizul prealabil al practicianului în insolvență, sau prin lichidator judiciar, printr-o hotărâre judecătorească care are forța probantă proprie unui act autentic, nu sunt necesare operațiunile juridice specifice unei declarații de creanță ordinare.

5. Concluzii

În soluționarea contestației împotriva deciziei de sancționare disciplinară, competența aparține tribunalului specializat pe litigii de muncă în a cărui circumscripție teritorială se află domiciliul sau reședința salariatului, indiferent de data formulării acesteia prin raportare la data deschiderii procedurii de insolvență împotriva angajatorului. Chiar dacă debitorului nu i-a fost ridicat dreptul de administrare de către judecătorul-sindic în procedura generală, emiterea oricărei decizii de sancționare disciplinară necesită avizul administratorului judiciar, iar responsabilitatea emiterii acesteia în procedura de faliment aparține lichidatorului judiciar.

Deschiderea procedurii de insolvență a debitorului nu determină suspendarea soluționării contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară, această acțiune neavând natura juridică a unei acțiuni judiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Obiectul procesului formează un tot indivizibil, nefiind posibil a se disjunge judecata acțiunii disciplinare de cea privind obligarea angajatorului la plata unor sume de bani.

Admiterea contestației salariatului împotriva deciziei de sancționare disciplinară după data deschiderii procedurii de insolvență dă dreptul la reparație integrală, prin simpla cerere de plată a salariatului, fiind vorba de o creanță născută după data deschiderii procedurii de insolvență.

NATURA JURIDICĂ A RĂSPUNDERII MEMBRILOR ORGANELOR DE CONDUCERE ÎN CADRUL PROCESULUI DE INSOLVABILITATE/INSOLVENȚĂ. STUDIU DE DOCTRINĂ ȘI JURISPRUDENȚĂ.

*Doctorand, lect. univ. Artur TARLAPAN
Universitatea de Stat din Moldova*

Rezumat

Lucrarea are drept scop determinarea naturii juridice a răspunderii membrilor organelor de conducere în cadrul procesului de insolvență, prin prisma calificării acesteia ca fiind răspundere contractuală sau delictuală, individuală sau solidară, precum și tratarea aspectelor referitoare la calificarea acestei forme de răspundere ca fiind una subsidiară. Cercetarea se axează pe doctrina și jurisprudența de pe ambele maluri ale Prutului.

Cuvinte-cheie: insolvență, organe de conducere, răspundere contractuală, răspundere delictuală, solidaritate pasivă.

Abstract

This paper aims to determine the legal nature of the liability of the members of management bodies in the process of insolvency, in terms of its qualification as contractual or tort liability, individual or joint liability, as well as to deal with issues relating to the qualification of this form of liability as a subsidiary one. The research focuses on the doctrine and jurisprudence on both sides of Prut.

Key-words: insolvency, governing bodies, contractual liability, tort liability, passive solidarity.

Și. Aspecte introductive

Prezenta lucrare are drept scop determinarea naturii juridice a răspunderii membrilor organelor de conducere în cadrul procesului de insolabilitate/insolvență¹. Analiza este efectuată prin prisma caracterului contractual sau delictual, individual sau solidar, precum și a caracterului subsidiar, al răspunderii în cauză.

Doctrina majoritară consideră că această formă a răspunderii, în special, dacă ne referim la administratorii societăților comerciale, este după caz contractuală sau delictuală, în funcție de izvorul obligației încălcate. Dacă este încălcată o obligație contractuală, stabilită în actul de constituire sau hotărârea adunării generale, atunci răspunderea va fi contractuală, iar dacă se încalcă o obligație stabilită prin lege, răspunderea va fi delictuală.

Jurisprudența, la rândul ei, este cvasiunanimă în a considera această răspundere ca fiind delictuală, dar cu caracter special, sau o răspundere care împrumută caracterele celei delictuale.

Pe de altă parte, analiza jurisprudenței din stânga Prutului denotă faptul că nu întotdeauna instanțele apreciază corect caracterul individual sau solidar al răspunderii membrilor organelor de conducere, motiv pentru care considerăm necesar de a face niște precizări la acest capitol.

În fine, această formă a răspunderii, în sistemul de drept al Republicii Moldova, are caracterul unei răspunderi subsidiare. Această calificare, însă, ridică anumite semne de întrebare, asupra cărora urmează să ne expunem.

Ș2. Răspundere delictuală sau contractuală

Cu referire la această controversă doctrina apreciază că natura juridică a răspunderii membrilor organelor de conducere este determinată de sursa obligației încălcate prin acțiunile subiectului răspunderii în cauză².

Astfel, dacă insolabilitatea debitorului este cauzată de încălcarea de către subiectul răspunderii a unei obligații izvorâte din contract, actul de constituire sau hotărârea organelor statutare a debitorului, răspunderea va avea o natură contractuală. În caz

¹ Legea Republicii Moldova nr. 149/2012 (Legea insolabilității) utilizează noțiunea de „insolabilitate” cu semnificația de „insolvență” din Legea nr. 85/2014 (Codul insolvenței), cu toate că aceste noțiuni nu sunt sinonime.

² Țândăreanu Nicoleta. *Procedura reorganizării judiciare*. – București: All Beck, 2000, p. 246-247; Schiau Ioan. *Regimul juridic al insolvenței comerciale*. – București: All Beck, 2001, p. 303; Vonică Romul Petru. *Drept comercial. Reorganizarea judiciară și falimentul*. – București, 2002, p. 219; Tratat practic de insolvență / Bufan Radu (coord. șt.), Deli-Diaconescu Andreea, Moțiu Florin... - București: Ed. Hamangiu, 2014, p. 812; Cărpenaru Stanciu D., Hotca Mihai Adrian, Nemeș Vasile. *Codul insolvenței comentat*. – București: Universul juridic, 2014, p. 452; Turcu Ion. *Codul insolvenței. Comentariu pe articole*. – București: C.H. Beck, 2015, p. 472.

de lipsă a contractului, precum și în caz de încălcare a obligațiilor prevăzute de lege, răspunderea va avea o natură delictuală.

Într-o altă opinie³, răspunderea membrilor organelor de conducere are exclusiv natura juridică a răspunderii delictuale.

Jurisprudența din România, spre deosebire de doctrină, este aproape lipsită de controverse cu referire la natura juridică a răspunderii administratorului în cadrul procesului de insolvență. Cele mai relevante decizii jurisprudențiale pun în evidență că această răspundere nu este o răspundere contractuală, ci una delictuală⁴, dar cu caracter special, sau care împrumută cele mai multe din caracterele răspunderii delictuale⁵.

Jurisprudența din Republica Moldova nu se pronunță expres asupra naturii juridice contractuale sau delictuale a răspunderii membrilor organelor de conducere pentru cauzarea insolvabilității societăților comerciale. Totodată, din redactarea condițiilor necesare pentru survenirea acestei răspunderi, conținută în unele decizii, se poate desprinde concluzia că practica noastră judiciară se plasează și ea pe ideea unei răspunderi delictuale⁶.

Dacă revenim la poziția doctrinei, ni se pare că aceasta este determinată de opiniile asupra naturii juridice a raportului dintre administrator și societate. Și doctrina românească și cea din Republica Moldova sunt pe poziția că acest raport este unul de mandat cu dublă reglementare – contractuală și legală, unele obligații ale administratorului fiind stabilite prin contract, actul de constituire sau hotărârea adunării generale, altele – prin lege⁷. De aici se deduce ideea că dacă administratorul încalcă o obligație contractuală, răspunderea este contractuală, iar dacă încalcă o obligație stabilită de lege, răspunderea este delictuală⁸.

³ Gheorghiu Gheorghe. *Procedura reorganizării judiciare și a falimentului*. – Lumina Lex, 2000, p. 211; Pașca Viorel. *Falimentul fraudulos*. – București: Lumina Lex, 2005, p. 97-98. De asemenea: Piperea Gh. *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale*. – București: All Beck, 1998, p. 193-194.

⁴ Curtea de Apel București, decizie nr. 148 din 30.01.2007 (<http://portal.just.ro>).

⁵ A se vedea: Dolache Ileana-Izabela, Mihăianu Cosmin-Horia. *Reorganizarea judiciară și falimentul: practică judiciară*. – București: Ed. Hamangiu, 2006, p. 260 și urm.; Neagu Luiza. *Procedura insolvenței: răspunderea membrilor organelor de conducere: practică judiciară*. – București: Ed. Hamangiu, 2011, p. 9-20.

⁶ Cu titlu exemplificativ: decizia Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție nr. 2ri-2/2017 din 08.02.2017 (http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=34576). Decizia în cauză în motivare face referire la art. 1398 Cod civil al Republicii Moldova, dedicat răspunderii civile delictuale.

⁷ Motica Radu I., Popa Vasile. *Drept comercial român și drept bancar*. – Lumina Lex, 1999, p. 104; Cărpenaru Stanciu D. *Drept comercial*. ed. a IV-a. – București: All Beck, 2002, p. 233-234; Săuleanu Lucian, Calotă Ponea Armand. *Drept comercial*. – Craiova: Ed. Universitaria, 2006, p. 67-68; Roșca Nicolae, Baieș Sergiu. *Dreptul afacerilor*. ed. a III-a. – Chișinău: „Tipografia Centrală”, 2011, p. 177-178.

⁸ Munteanu Emanoil. *Regimul juridic al administratorilor societăților comerciale pe acțiuni*. – București: All Beck, 2000, p. 265; Cărpenaru Stanciu D. *Drept comercial*. ed. a IV-a. *Op. cit.*, p. 648; Cărpenaru Stanciu D. *Tratat de drept comercial român*. – București: Universul juridic, 2009, p. 268;

Nu împărtășim această opinie, din considerentul că mandatul reglementat fie de contract, fie de lege, rămâne a fi un raport juridic de mandat. Obligațiile prevăzute de lege în sarcina administratorului mandatar sunt și ele elemente ale raportului juridic de mandat, stabilit între administrator și societate. Respectiv, indiferent de izvorul obligației încălcate de administrator, aceasta va fi o încălcare a mandatului conferit, iar răspunderea de drept comun urmează a fi una exclusiv contractuală. De aceeași părere este și o parte a doctrinei⁹.

Aparent soluția este aceeași în domeniul insolvenței/insolvabilității. Răspunderea stabilită de lege survine pentru fapte concret enumerate (art. 169 din Legea nr. 85/2014 și art. 248 din Legea insolvenței nr. 149/2012), care reprezintă în esență încălcări ale obligațiilor administratorului față de societate¹⁰ (obligația de prudență și diligență, obligația de loialitate etc.). Concluzia care se impune este că răspunderea administratorului în cadrul procesului de insolvență/insolvabilitate este doar contractuală.

În realitate, însă, răspunderea administratorului nu este decât delictuală.

Doctrina care apreciază natura răspunderii ca fiind fie contractuală, fie contractuală sau delictuală, în dependență de sursa obligației încălcate de administrator, pornește de la premisa că prin faptele săvârșite de administrator, care au cauzat insolvența/insolvabilitatea societății administrate, acesta a încălcat obligațiile sale față de societate, stabilite de contract sau de lege.

În viziunea noastră, accentul urmează a fi mutat de la ideea că *faptele săvârșite de administrator sunt încălcări ale obligației acestuia față de societate* asupra ideii că *faptele săvârșite de administrator au cauzat insolvența/insolvabilitatea societății*. Și, din acest punct de vedere, cauzarea insolvenței/insolvabilității societății are semnificația unui delict față de creditorii societății.

Faptele enumerate în lege (art. 169 din Legea nr. 85/2014 și art. 248 din Legea insolvenței nr. 149/2012), indiscutabil, reprezintă încălcări ale obligațiilor administratorului față de societate, dar ele reprezintă în același timp și *mijloacele* prin care administratorul cauzează insolvența/insolvabilitatea societății. Anume insolvența/insolvabilitatea ca *efect* are caracter de delict față de creditorii societății, motiv pentru care calificăm răspunderea administratorului societății insolubile ca fiind una delictuală, față de creditorii societății.

Todică Carmen. *Statutul juridic și puterile administratorului în societatea comercială*. – București: Universul juridic, 2011, p. 207 și urm.

⁹ Șcheaua Marius. *Răspunderea civilă a membrilor organelor de conducere a societăților comerciale reglementată de Legea nr. 64/1995*. În: Ad honorem Stanciu D. Cârpenaru. – București: Ed. C.H. Beck, 2006, p. 257; Schiau Ioan, Prescure Titus. *Legea societăților comerciale nr. 31/1990: analize și comentarii pe articole*. – București: Ed. Hamangiu, 2007, p. 236; Ioan Adam, Codruț Nicolae Savu. *Legea societăților comerciale: comentarii și explicații*. – București: C.H. Beck, 2010, p. 234 și urm.

¹⁰ Asupra obligațiilor fiduciare și altor obligații ale administratorului față de societate a se vedea: A l Hajjar Simona. *Răspunderea civilă a administratorilor debitorului aflat în insolvență*. – București: Universul Juridic, 2012, p. 18 și urm.

Reținem în acest sens o idee susținută în doctrină, conform căreia „se poate întâmpla că cel păgubit prin neexecutarea unei obligații contractuale să nu fie nici partea contractantă, nici succesor în drepturi al acesteia, nici cel în folosul căruia s-a încheiat contractul, ci o terță persoană. Într-un asemenea caz, această terță persoană nu poate invoca neîndeplinirea obligației contractuale decât ca un simplu fapt, ea nu va avea împotriva celui care i-a cauzat astfel un prejudiciu decât acțiunea izvorâtă din delictul civil”¹¹.

Astfel, chiar dacă prin acțiunea sau inacțiunea administratorului societății insolubile se încalcă o obligație a acestuia față de societate, izvorâtă din contract, actul de constituire sau hotărârea organelor statutare, răspunderea conform Legilor nr. 85/2014 și nr. 149/2012 este purtată întotdeauna față de creditorii societății, persoane terțe față de obligația încălcată. Față de creditorii, faptele provocatoare de insolvență/insolvabilitate a debitorului, întotdeauna, au caracter de delict, motiv pentru care și răspunderea este delictuală.

Pe de altă parte, trebuie să ținem cont de faptul că la răspundere în cadrul procesului de insolvență/insolvabilitate, pentru faptele cauzatoare de insolvență/insolvabilitate, pot fi trași nu doar administratorii, ci și alte persoane, desemnate cumulativ prin sintagma „membri ai organelor de conducere”. La aceasta categorie se pot atribui atât persoane care se află în raporturi contractuale cu debitorul (de exemplu, cenzorii, contabilii), cât și persoane care nu au astfel de relații cu debitorul (de exemplu, administratorii de fapt). În privința acestor persoane, soluția asupra naturii juridice a răspunderii nu prezintă careva particularități. Reieșind din expuse mai sus, aceasta la fel urmează a fi calificată drept o răspundere delictuală.

§3. Răspundere individuală sau solidară

Răspunderea membrilor organelor de conducere poate fi individuală sau solidară, după caz. În contextul dat urmează a fi făcute unele precizări, care sunt, în unele cazuri, ignorate de instanțele din Republica Moldova.

Astfel, dacă insolvabilitatea este imputabilă unei singure persoane, ea de una singură va suporta datoriile societății insolubile în partea neacoperită de activele acestuia. Va fi, de asemenea, individuală răspunderea a două sau mai multe persoane, care au contribuit în mod separat la insolvența/insolvabilitatea societății prin săvârșirea unor fapte distincte din șirul celor prevăzute de lege. În acest sens, fiecare subiect va răspunde pentru fapta proprie, în măsura în care aceasta a contribuit la insolvență/insolvabilitate.

¹¹ Eliescu Mihail. *Răspunderea civilă delictuală*. – București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România, 1972, p. 65. În același sens a se vedea: Stătescu Constantin, Bîrsan Corneliu. *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*. – București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România, 1981, p. 149.

Iar, dacă două sau mai multe persoane în comun au săvârșit una sau mai multe fapte stabilite de lege, va opera răspunderea solidară pentru fapta comună¹². În acest sens, atât Legea nr. 85/2014, cât și Legea nr. 149/2012 stabilesc că în caz de pluralitate, răspunderea persoanelor avute în vedere este solidară.

Fiind obligați solidar pentru fapta comună, persoanele responsabile vor putea fi urmărite individual sau în comun în limita pasivului neacoperit de bunurile debitorului, indiferent de gradul de culpă sau contribuția individuală la fapta comună. Excepțiile legate de gradul culpei sau contribuție la fapta comună cauzatoare de insolvabilitate sunt opozabile numai între codebitori, și nu creditorului urmăritor¹³. Acesta din urmă va putea urmări pentru întreg pe oricare din subiecții trași la răspundere, iar chestiunea cu privire la individualizarea contribuției fiecărui subiect va face obiect de discuție la acțiunea de regres a celui ce a plătit, exercitată conform prevederilor din Codul civil față de codebitorii săi solidari. În practică, însă, nu întotdeauna se ține cont de aceste considerente. Într-o speță, pentru aceeași faptă de agravare a stării de insolvabilitate (nedepunerea de către debitor a cererii introductive în termenul stabilit), săvârșită de două persoane, instanța de judecată a individualizat gradul de vinovăție a fiecăreia dintre ele și le-a tras la răspundere în mod individual, obligându-le la plata unor părți diferite din pasivul debitorului¹⁴.

Trebuie reținută aici redacția nereușită a art. 248 alin. (4) din Legea insolvențării nr. 149/2012, conform căruia subiecții răspunderii *se pot apăra de solidaritate* dacă, în organele colegiale de conducere ale debitorului, s-au opus actelor sau faptelor care au cauzat insolvențarea sau dacă au lipsit de la luarea deciziilor care au cauzat insolvențarea și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor la aceste decizii¹⁵.

Din sensul normei citate ar reieși că, opunerea la actele sau faptele care au cauzat insolvențarea sau lipsirea de la luarea deciziilor care au cauzat insolvențarea, scutește membrii organelor colegiale de conducere de solidaritate, dar nu-i scutește de răspunderea însăși, operand astfel răspunderea individuală a acestora.

În realitate, însă, norma în cauză trebuie interpretată în sensul corect, conform căruia invocarea opoziției la faptele sau actele care au cauzat insolvențarea sau lipsirea de la luarea deciziilor care au cauzat insolvențarea, înlătură complet răspunderea celui ce a făcut opoziția sau a lipsit, și nu doar face să decadă solidaritatea cu menținerea răspunderii individuale.

¹² În același sens: *Tratat practic de insolvență. op. cit.*, p. 824.

¹³ A se vedea în acest sens: Eliescu Mihail. *Răspunderea civilă delictuală. op. cit.*, p. 241-242.

¹⁴ Decizia Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție nr. 2ri-146/2014 din 05.11.2014 (http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=14329).

¹⁵ Spre deosebire de norma din legea moldovenească, alin. (5) al art. 169 din Codul insolvenței stipulează că *nu se va angaja răspunderea persoanelor*, dacă ele s-au opus la actele sau faptele care au contribuit la starea de insolvență sau au lipsit de la luarea deciziilor care au contribuit la starea de insolvență.

§4. Răspundere subsidiară.

Legiuitorul moldav a reglementat răspunderea membrilor organelor de conducere ca o răspundere subsidiară. Concluzia se trage din aplicarea coroborată a prevederilor art. 15 și 248 din Legea 149/2012. Pe de o parte, art. 248 pune în sarcina persoanelor culpabile, care au cauzat insolvabilitatea debitorului, să suporte o parte din pasivul debitorului insolubil. Pe de altă parte, art. 15 stabilește că persoanele culpabile de insolvabilitatea debitorului poartă o răspundere subsidiară față de creditori, în măsura în care bunurile debitorului sunt insuficiente.

Este discutabil faptul cât de conștient legiuitorul din Republica Moldova a făcut opțiunea în favoarea caracterului subsidiar al răspunderii membrilor organelor de conducere în cadrul procesului de insolvabilitate. Se observă ușor că prevederile art. 15 și 248 din Legea insolvabilității nr. 149/2012 s-au inspirat din surse diferite. În mod clar art. 248 are ca fundament art. 138 din Legea nr. 85/2006, care nicidecum nu atribuia răspunderii membrilor organelor de conducere ai debitorului un caracter subsidiar¹⁶. La rândul său, art. 15 din Legea insolvabilității nu are un echivalent nici în Legea nr. 85/2006, nici în noul Cod de insolvență.

Practica judiciară din stânga Prutului în mod constant se pronunță în favoarea caracterului subsidiar al răspunderii membrilor organelor de conducere. Totodată, și în România s-au făcut încercări de promovare a unor soluții jurisprudențiale cu privire la subsidiaritatea răspunderii membrilor organelor de conducere, care, însă au fost respinse pe motiv că răspunderea „nu este subsidiară lichidării activului debitorului și nu intervine doar în cazul când acesta este insuficient acoperirii pasivului”. În acest sens, „nici o dispoziție a legii nu condiționează antrenarea răspunderii de lichidarea în prealabil a activului societății debitoare”¹⁷.

În contextul reglementărilor din Legea insolvabilității nr. 149/2012 apare întrebarea în ce măsură este justificat caracterul subsidiar al răspunderii membrilor organelor de conducere.

În viziunea noastră, acest caracter nu-și găsește justificare, or, răspunderea membrilor organelor de conducere este activată numai în condițiile în care bunurile debitorului nu sunt suficiente pentru plata creanțelor tuturor creditorilor. Este necesară, astfel, valorificarea, întâi de toate, a bunurilor debitorului, după care, în caz de insuficiență a acestora pentru stingerea creanțelor creditorilor, se poate pune în discuție problema tragerii la răspundere a membrilor organelor de conducere culpabili. Ce se întâmplă, însă, în situațiile în care este evident faptul că bunurile debitorului nu sunt suficiente pentru satisfacerea integrală a creanțelor creditorilor? Administratorul

¹⁶ Nici noul Cod al insolvenței (Legea nr. 85/2014) nu atribuie răspunderii membrilor organelor de conducere caracter subsidiar.

¹⁷ Curtea de Apel Craiova, decizie nr. 142 din 09.03.2004 (<http://portal.just.ro>).

insolvabilității/lichidatorul nu va putea promova acțiunea în răspundere până nu vor fi valorificate toate bunurile debitorului. Acest fapt însă poate provoca tergiversarea procedurii.

Pe de altă parte, legea permite înaintarea acțiunii de tragere la răspundere a membrilor organelor de conducere nu doar în cadrul procedurii falimentului, dar și în cadrul procedurii de restructurare (reorganizare), unde nici nu se pune problema valorificării activelor debitorului și lichidării acestuia, ci continuarea activității economice cu utilizarea activelor existente.

EXCLUDEREA ASOCIATULUI CARE, PUS ÎN ÎNTÂRZIERE, NU ADUCE APORTUL LA CARE S-A OBLIGAT

Av. dr. MBA *Sebastian BODU*

Rezumat

Neaducerea aportului asumat de asociat poate atrage excluderea acestuia din societate, indiferent de existența vreunei culpe în executarea obligației sau de valoarea aportului, însă numai după punerea sa în întârziere.

Sfera excluderii este însă limitată, fiind posibilă numai în cazul societăților în nume colectiv, societăților în comandită simplă sau societăților cu răspundere limitată, precum și a asociaților comandați din cadrul societăților în comandită pe acțiuni.

În prezent, ca urmare a modificărilor legislative, excluderea pentru acest motiv este aplicabilă în special cu ocazia majorării capitalului social, deoarece asociații sunt obligați să verse integral la data constituirii capitalul social subscris.

Neexecutarea obligației de aport la termenul stipulat dă dreptul creditorului obligației, pe lângă suma datorată ca aport, și la dobânda legală (indiferent de faptul că a fost sau nu prejudiciat), precum și la orice alte daune care ar fi pricinuite societății din această cauză.

Cuvinte-cheie: excludere asociat; aport; capital social; neexecutare obligație; Legea nr. 31/1990

*Exclusion of the associate who, notified of the delay,
does not make the contribution to which he was bound*

Abstract

The failure of the associate to provide his contribution to the share capital may entail exclusion from the company, regardless of the existence of any fault in the fulfillment of the obligation or the value of the contribution, but only after he was notified of the delay.

However, the scope of the exclusion is limited, being possible only in the case of the unlimited private companies, general partnerships or limited liability companies, as well as of the general partners of limited partnerships.

As a result of the legislative amendments, the exclusion for this reason is especially applicable to the increase of the share capital, because the associates are obliged to fully subscribe the share capital at the date of constitution.

The non-fulfillment of the obligation to contribute within the stipulated term entitles the creditor of the obligation, in addition to the amount due as contribution, to the statutory interest (regardless of whether or not it has been prejudiced) and to any other damages that would be caused to the company.

Keywords: associate exclusion; contribution; share capital; non-fulfillment of the obligation; Law no. 31/1990

Considerații generale

Contractul de societate presupune, pe lângă condițiile de valabilitate ale oricărui contract, și întrunirea unor elemente specifice, esențiale (aducerea unui aport prin care să se constituie capitalul social, colaborarea în vederea realizării obiectului de activitate, precum și participarea la profit și pierdere), care trebuie să existe atât la înființarea, cât și pe întreaga existență a societății, reprezentând totodată și obligații asumate de fiecare asociat în parte¹.

Importanța pe care o are aportul este fundamentală, pentru că orice activitate economică trebuie să aibă o bază de pornire, resurse care să fie antrenate în activitatea societății și care să poată produce rezultatele pentru care a fost constituită. De aceea, neîndeplinirea de către asociați a obligației de aport pe care și-au asumat-o nu putea fi tratată decât ca echivalând cu o lipsă de interes în continuarea activității, cu consecința excluderii din societate.

Excluderea asociatului nu este singura opțiune a societății, fiind numai una dintre posibilitățile conferite de lege pentru a o proteja în relația cu propriii asociați. Ea are și posibilitatea de a proceda la executarea silită a obligației, care prezintă însă inconvenientul că poate dura mult și poate implica costuri mari, astfel că cel mai adesea este interesată de a se despărți de asociatul care nu mai este util structurii societare².

Excluderea asociatului pentru neaducerea în societate a capitalului la care s-a obligat are un dublu rol: este pe de o parte o sancțiune pentru acesta, consecință a nerespectării obligației asumate, iar pe de altă parte este o măsură de protecție pentru societate, precum și un remediu care îi asigură, după caz, existența sau buna funcționare³.

¹ L. Tuleașcă, *Drept comercial. Întreprinderile comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 321.

² I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. II, Ed. All Beck, București, 2002, p. 175.

³ L. Săuleanu, *Societăți comerciale. Studii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 145; M. N. Costin, C. A. Jeflea, *Societățile comerciale de persoane*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 193.

Sfera de aplicare

Din prevederile legale incidente, respectiv art. 222 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 31/1990, rezultă că excluderea asociatului pentru neaducerea aportului nu este posibilă în cazul oricărei forme societare, ci numai din societățile în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată, precum și din societatea în comandită pe acțiuni, însă numai în ceea ce privește asociații comanditați. Așadar, *per a contrario*, nu pot fi excluși pentru neaducerea aportului acționarii din societățile pe acțiuni, precum și asociații comanditari din cadrul societăților în comandită pe acțiuni.

În cazul societăților cu răspundere limitată, neaducerea aportului la care asociatul s-a obligat și fraudă în dauna societății (care include și utilizarea semnăturii sociale sau a capitalului social în folosul asociatului sau al altora), caz care impune și condiția suplimentară a calității de administrator, reprezintă singurele cazuri expres reglementate de excludere a asociaților.

În ceea ce privește societățile pe acțiuni, ele sunt excluse din sfera de aplicare a prevederilor art. 222 din Legea societăților.

În situația în care un acționar nu varsă contravaloarea acțiunilor în termenele prevăzute, potrivit prevederilor art. 100 din Legea nr. 31/1990, după publicarea a două somații colective la un interval de 15 zile, în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, și într-un ziar de largă răspândire, se va putea decide de către consiliul de administrație, respectiv directoratul fie urmărirea acționarilor pentru vărsămintele restante, fie anularea acestor acțiuni printr-o decizie de anulare care se publică în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a și în care se menționează numărul de ordine al acțiunilor anulate.

În literatura de specialitate⁴, s-a susținut că anularea acțiunilor reprezintă o excludere indirectă a acționarului din societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni (în ceea ce privește asociatul comanditar).

Însă anularea acțiunilor în această situație, chiar dacă acționarii care le dețineau inițial își pierd această calitate, și excluderea asociaților nu se suprapun, între ele existând o deosebire de substanță. Astfel, anularea produce efecte retroactive, pentru trecut (*ex tunc*), fostul acționar nemaiavând niciun drept derivat din această calitate sau la beneficiile rezultate din activitatea societății, cu excepția celui de a primi restul sumei obținute din vânzarea noilor acțiuni emise. Spre deosebire de anulare, excluderea produce efecte numai pentru viitor (*ex nunc*), astfel că până în momentul excluderii asociatul își păstrează această calitate și are drepturile aferente, iar apoi este îndrituit să primească o parte proporțională din patrimoniul social, beneficiind de

⁴ I. Turcu, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 494.

rezultatele activității economice a societății pentru perioada în care a fost asociat⁵. Deși prin anularea acțiunilor acționarul este îndepărtat din cadrul societății pe acțiuni, considerăm că cele două concepte nu se identifică, diferențiindu-se din punct de vedere al naturii juridice, al cauzelor și efectelor.

Alți autori au susținut că sancțiunea excluderii ar putea fi aplicată și în ipoteza asociatului din societățile pe acțiuni în cazul în care, pus în întârziere, nu aduce aportul la care s-a obligat, precum și în situația în care este și administrator și comite fraudă în dauna societății sau se servește de semnătura socială sau de capitalul social în folosul lui sau al altora⁶, însă având în vedere prevederile legale imperative ale art. 222 din Legea nr. 31/1990, precum și lipsa unor argumente pertinente și concludente, această opinie nu poate fi acceptată.

Într-o altă opinie exprimată în doctrină, s-a susținut că pot fi excluși din societatea în comandită pe acțiuni și asociații comanditari (nu numai cel comanditat), argumentându-se că aceștia sunt cei care aduc aport în numerar⁷, însă nici aceasta nu poate fi primită pentru aceleași considerente.

Noțiunea și tipurile de aport

Aportul reprezintă totalitatea bunurilor mobile sau imobile cu care un asociat participă la constituirea capitalului unei societăți sau la majorarea capitalului social al acesteia⁸.

S-a arătat că în sens juridic prin aport se înțelege obligația pe care și-o asumă fiecare asociat de a aduce un anumit bun sau o valoare patrimonială⁹.

În literatura juridică¹⁰ au fost identificate trei tipuri de aport, în funcție de obiectul lor, și anume: aportul în numerar (care este obligatoriu în toate formele de societate și constă în sumele de bani subscrise, care dau naștere la un drept de creanță al societății față de asociat), aportul în bunuri, care poate consta în bunuri corporale nefungibile (aport a cărui vărsare presupune nu numai transferul drepturilor asupra lor, ci și predarea efectivă către societate, în stare de utilizare potrivit destinației) sau

⁵ C. Leaua, *Societăți comerciale. Proceduri speciale*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 264-265.

⁶ I. Adam, C. N. Savu, *Legea societăților comerciale, Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 792; N. R. Dominte, *Organizarea și funcționarea societăților comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 444.

⁷ N. R. Dominte, *op. cit.*, p. 444.

⁸ C. Cucu, C. Bădoiu, C. Haraga, *Dicționar de drept comercial*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 62-63.

⁹ V. Pătulea, *Răspunderea asociaților și administratorilor pentru neefectuarea vărsării aporturilor la care s-au obligat*, în *Dreptul* nr. 8/2005, p. 102.

¹⁰ Gh. Piperea, P. Piperea, în St. D. Cârpenaru, Gh. Piperea, S. David, *Legea societăților, comentariu pe articole*, ed. 5 revăzută și adăugită, Ed. C.H. Beck, București, 2014, pp. 130-132.

necorporale (constând în creanțe, titluri de valoare, titluri de credit), precum și aportul în prestații și cunoștințe specifice (aport în industrie).

În literatura juridică franceză se consideră că operațiunea de aport are natura juridică a unui contract (denumit contract de aport), care are un caracter oneros, translativ de drepturi și aleatoriu (deoarece deși asociatul cunoaște valoarea aportului său, el nu cunoaște valoarea părților sociale sau acțiunilor pe care le primește în contrapartidă, ci doar că drepturile sale sunt proporționale cu valoarea aportului)¹¹. Contractul de aport și contractul de societate sunt două contracte diferite, care sunt interdependente; totuși dependența contractului de aport față de contractul de societate este mai puternică decât dependența contractului de societate față de cel de aport, deoarece dacă dispariția contractului de societate determină în mod obligatoriu dispariția contractului de aport, situația inversă nu este în principiu adevărată¹².

În doctrina noastră această teorie a contractului de aport nu a fost îmbrățișată, referiri la aceasta făcându-se numai în mod marginal și fără intenția de a o importa și adapta la specificul dreptului românesc privind societățile.

În ceea ce ne privește, considerăm că prevederile legislative privind contractul de societate, alături de dezvoltările doctrinare și jurisprudențiale, sunt suficiente pentru a contura regimul juridic al aportului asociaților în societate, nefiind nevoie de conceptualizarea unui contract de aport, distinct de contractul de societate.

Din punct de vedere terminologic, expresia „aduce aportul” folosită de legiuitor în art. 222 alin. (1) lit. a) din Legea societăților este pleonastică, deoarece verbul *apporter* din limba franceză (de unde a provenit cuvântul aport) înseamnă „a aduce”¹³.

Având în vedere că ceea ce prezintă importanță este „aducerea” aportului asumat de asociat, rezultă că nu prezintă relevanță momentul în care obligația de aport a fost acceptată de către acesta, ci momentul în care aceasta a fost executată, care trebuie să respecte înțelegerea dintre asociați cu privire la constituirea sau majorarea capitalului social¹⁴.

În funcție de momentul la care asociatul și-a asumat executarea obligației de aport, distingem între aportul necesar pentru constituirea societății și aportul asumat de asociat în cursul funcționării acesteia pentru majorarea capitalului social.

În ceea ce privește aportul necesar pentru înființarea societății, Legea societăților nu prevedea obligația asociaților de a vărsa capitalul social subscris la data constituirii acesteia, permițându-le astfel asociaților să stabilească momentul executării obligației la un termen ulterior, pe baza înțelegerii dintre ei.

¹¹ Y. Guyon, *Droit des affaires*, 10-e éd, Economica, Paris, 1998, p. 96.

¹² M. Buchberger, *Le Contrat d'apport: Essai sur la relation entre la société et son associé*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, p. 202.

¹³ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 752.

¹⁴ L. Săuleanu, *op. cit.*, p. 144.

Ulterior, prin Legea nr. 441/2006¹⁵ a fost modificată Legea nr. 31/1990, introducându-se art. 9¹ astfel că în cazul societății în nume colectiv, societății în comandită simplă și a celei cu răspundere limitată, asociații sunt obligați să verse integral la data constituirii capitalul social subscris.

Modificarea legislației a avut efecte asupra instituției excluderii asociatului pentru neaducerea în societate a aportului la care s-a obligat, susținându-se că în ceea ce privește vărsarea aporturilor pentru constituirea societății această sancțiune a devenit inaplicabilă¹⁶ sau potrivit altor autori, foarte dificilă sau chiar imposibilă¹⁷. Deși prevederile art. 222 alin. (1) lit. a) din Legea societăților nu au fost corelate cu această modificare, fără îndoială că în prezent excluderea asociatului pentru neaducerea aportului asumat pentru înființarea societății nu mai este posibilă în cazul societății în nume colectiv, societății în comandită simplă și a celei cu răspundere limitată. Această posibilitate se menține însă în cazul asociatului comanditat din societatea în comandită pe acțiuni, deoarece această formă societară nu este inclusă printre societățile în care există obligativitatea vărsării integrale a capitalului social la momentul constituirii, fiind permisă efectuarea parțială sau ulterioară a vărsămintelor.

Nerespectarea acestei obligații are drept consecință împiedicarea dobândirii calității de asociat în societate, precum și a celei de parte a contractului de societate, caz în care nu mai poate avea loc excluderea din societate¹⁸.

Prevederile legale privind excluderea asociatului nu disting între diferitele tipuri de aporturi. Astfel, aportul în muncă nu are același regim juridic ca aporturile în numerar sau în natură, deoarece el urmează a fi adus prin prestațiile efectuate de asociat pe parcursul funcționării societății. Întrucât acest tip de aport nu poate fi adus la formarea sau majorarea capitalului social, în cazul neexecutării acestei obligații asociatul nu va putea fi exclus din societate¹⁹.

Punerea în întârziere a asociatului

Chiar dacă asociatul nu și-a respectat obligația de aport, demersurile pentru excluderea acestuia din societate nu pot fi inițiate decât după punerea sa în întârziere,

¹⁵ Legea nr. 441 din 27 noiembrie 2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată, și a Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, a fost publicată în M. Of. nr. 955 din 28 noiembrie 2006 și a intrat în vigoare la 1 decembrie 2006.

¹⁶ I. Adam, C. N. Savu, *op. cit.*, p. 792; C. Cucu, M. V. Gavriș, C. G. Bădoiu, C. Haraga, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Repere bibliografice, practică judiciară, decizii ale Curții Constituționale, adnotări*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 510.

¹⁷ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 752.

¹⁸ S. Bodu, *Tratat de drept societar. Teorie și practică*, vol. III, Ed. Rosetti International, București, 2016, p. 448.

¹⁹ I. Adam, C. N. Savu, *op. cit.*, p. 793.

cerință legală imperativă, care are rolul de a-l atenționa pe asociat asupra gravității încălcării obligației de a vărsa aportul pe care și l-a asumat²⁰.

A fost exprimată și opinia că dacă punerea în întârziere a asociatului nu este prevăzută în actul constitutiv al societății, ea nu mai este necesară²¹, susținere care nu are însă suport, fiind infirmată de prevederile exprese ale art. 222 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 31/1990.

Deși instituie această obligație, legea nu prevede și modalitatea concretă în care trebuie realizată.

În situația în care în actul constitutiv al societății sunt cuprinse prevederi în acest sens, obligația este îndeplinită prin urmarea procedurii stabilite de comun acord de asociați.

În lipsa unor prevederi în actul constitutiv, punerea în întârziere trebuie să se facă potrivit prevederilor art. 1522 C. civ., printr-o notificare scrisă prin care solicită executarea obligației de aport, care se comunică prin executor judecătoresc sau prin orice alt mijloc care asigură dovada comunicării.

Dacă actul constitutiv conține prevederi privind punerea în întârziere, dar asociatul neculpabil urmează procedura prescrisă de Codul civil, punerea în întârziere trebuie considerată efectuată, deoarece imperativă este îndeplinirea procedurii, nu și modalitatea de realizare, alegerea acesteia fiind la latitudinea asociatului.

În ceea ce privește posibilitatea efectuării procedurii prin însăși introducerea cererii de chemare în judecată, modalitate prevăzută expres de art. 1522 alin. (1) C. civ., în literatura de specialitate s-au conturat două opinii.

Unii autori susțin că introducerea cererii de chemare în judecată este suficientă, punerea în întârziere a asociatului care nu și-a îndeplinit obligația de aport realizându-se prin această cerere. S-a argumentat că, spre deosebire de societățile pe acțiuni, unde art. 100 din Legea nr. 31/1990 prevede o procedură specială de somare, în situația societăților de persoane și mixte o astfel de procedură nu este reglementată. În consecință, instanța nu poate respinge acțiunea având ca obiect excluderea asociatului pentru neaducerea aportului pe motiv că punerea în întârziere a acestuia a fost făcută prin cererea de chemare în judecată, potrivit dreptului comun²². În același sens, s-a susținut că punerea în întârziere nu este obligatorie, iar neîndeplinirea procedurii nu duce la anularea actelor ulterioare deoarece, având în vedere prevederile art. 1522 alin. (5) C. civ., cererea de chemare în judecată având ca obiect excluderea pentru neaducerea aportului fără ca anterior asociatul debitor al obligației să fi fost pus în întârziere îi permite acestuia din urmă dreptul de a executa

²⁰ I. Schiau, T. Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990, Analize și comentarii pe articole*, ed. a II-a, revăzută, adăugită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 593.

²¹ G. Tița-Nicolescu, *Tratat de dreptul afacerilor*, vol. 1, Persoanele juridice, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 90.

²² Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 753.

obligatia într-un termen rezonabil, stabilit de instanță, care începe să curgă de la data comunicării cererii de chemare în judecată²³. În sprijinul acestei opinii, în jurisprudența interbelică s-a decis într-o cauză că prin cererea de chemare în judecată pentru excluderea din societate este satisfăcută condiția invitației în formă legală²⁴.

În opinia contrară, condiția punerii în întârziere nu este îndeplinită prin introducerea la instanță a cererii de chemare în judecată având ca obiect excluderea, deoarece notificarea are ca scop aducerea la cunoștința asociatului faptul că nu și-a îndeplinit obligația de aport și de a-i pune în vedere să o execute, în timp ce prin acțiunea formulată se solicită excluderea asociatului, nu executarea obligației de aport²⁵. Această orientare este susținută și de jurisprudența relativ recentă a instanței supreme, care a decis că fiind o condiție expres prevăzută care rezultă în mod evident din dispozițiile legale, consecința este aceea că abia după îndeplinirea formalității punerii în întârziere se deschide dreptul la acțiunea în excludere împotriva asociatului debitor²⁶.

S-a exprimat și opinia că notificarea nu mai este necesară în situația în care asociatul își exprimă neechivoc poziția de a refuza executarea de aport obligației la scadență²⁷. Considerăm că o astfel de declarație nu scutește pe ceilalți asociați sau societatea de a-l notifica pe asociat, deoarece această declarație este revocabilă, iar legea nu-i conferă acest efect exonerator, neprevăzând nicio situație în care punerea în întârziere să nu mai fie necesară.

Consecințele patrimoniale ale neexecutării la scadență a obligației de aport

Punerea în întârziere a asociatului are relevanță juridică numai în ceea ce privește posibilitatea de a se cere excluderea asociatului pentru neaducerea aportului, nu și în ceea ce privește consecințele patrimoniale ale neexecutării unei obligații la scadență stipulate de Codul civil și Legea societăților.

În cazul unui aport în numerar (sume de bani), neexecutarea obligației la termenul stipulat dă dreptul creditorului obligației, pe lângă suma datorată ca aport, și la dobânda legală (indiferent de faptul că a fost sau nu prejudiciată), precum și la orice alte daune care ar fi pricinuite societății din această cauză²⁸. Prin urmare, în acest caz se cumulează obligația principală cu dobânzile legale și cu daunele

²³ S. Bodu, *op. cit.*, p. 449.

²⁴ Tribunalul Ilfov, secția I comercială, sentința comercială nr. 406 din 22 mai 1945, în *Revista de Drept comercial și studii economice* 1945, p. 368 *apud* S. Bodu, *op. cit.*, p. 449, nota de subsol nr. 1.

²⁵ L. Săuleanu, *op. cit.*, p. 144.

²⁶ Î.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 1230 din 9 aprilie 2009, www.scj.ro.

²⁷ M. Pascu, N. Ciovârname, Gh. Nistorescu, *Regimul juridic al societăților comerciale*, Partea I, Legea nr. 31/1990, Ed. Edicop S.R.L., București, 1992, p. 148.

²⁸ Potrivit art. 65 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, „Asociatul care întârzie să depună aportul social este răspunzător de daunele pricinuite, iar dacă aportul a fost stipulat în numerar este obligat și la plata dobânzilor legale din ziua în care trebuia să facă vărsământul.”

compensatorii²⁹. Aceste daune curg de la data în care trebuia să facă vârsămîntul. În doctrină³⁰ s-a susținut că numai după punerea în întârziere a asociatului debitor începe să curgă dreptul societății la dobânda legală, chiar dacă aportul este în numerar, însă această opinie nu poate fi acceptată față de prevederile neîndoielnice ale art. 65 alin. (2) din Legea societăților.

În cazul aportului în creanțe, societatea are obligația de a urmări încasarea creanței, iar în cazul în care acest demers nu conduce la plata creanței, are dreptul de a cere asociatului valoarea creanței, plata eventualelor prejudicii produse, precum și dobânda legală, care începe să curgă de la data scadenței creanței³¹.

În situația aportului în natură, societatea are dreptul de a cere asociatului atât executarea obligației cât și plata de daune pentru prejudiciul produs pentru neexecutarea la timp a obligației, prejudiciu care trebuie dovedit.

Prin urmare, chiar dacă asociatul a fost exclus din societate, nu este înlăturată răspunderea sa pentru neexecutarea la timp a obligației de aport³², deoarece cele două forme de răspundere au naturi juridice diferite și pot fi cumulate.

În literatura de specialitate s-a susținut că nevârsarea la scadență a aportului la care s-a obligat asociatul poate atrage și alte consecințe negative pentru acesta, cum ar fi suspendarea exercițiului dreptului de vot, chiar dacă Legea societăților prevede în art. 101 alin. (3) această sancțiune numai pentru acționari, sau plata dividendelor către asociați proporțional cu cota de participare efectiv vârsată (dacă actul constitutiv nu prevede altfel), potrivit art. 67 alin. (2) teza 1 din același act normativ³³.

Solidaritatea asociaților

În cazul aportului social care aparține mai multor persoane, obligația de aport nu este divizibilă, ci solidară (solidaritatea obligației având natură legală, fiind prevăzută expres de art. 83 din Legea nr. 31/1990), astfel că neexecutarea acesteia poate atrage excluderea tuturor asociaților debitori. Chiar dacă grupul de asociați are obligația de a-și desemna un reprezentant comun, excluderea nu poate să fie limitată la

²⁹ Gh. Piperea în *op. cit.*, p. 130.

³⁰ I. Schiau, T. Prescure, *op. cit.*, p. 593.

³¹ Potrivit art. 84 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, „Dacă plata nu s-a putut obține prin urmărirea debitorului cedat, asociatul, în afară de daune, răspunde de suma datorată, cu dobânda legală din ziua scadenței creanțelor”.

³² St. D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a V-a, actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 393.

³³ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 752; Potrivit art. 101 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, „Exercițiul dreptului de vot este suspendat pentru acționarii care nu sunt la curent cu vârsămintele ajunse la scadență” iar conform art. 67 alin. (2) teza 1 din același act normativ, „Dividendele se distribuie asociaților proporțional cu cota de participare la capitalul social vârsat, dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel”.

reprezentant, deoarece nu se schimbă natura raportului juridic dintre grupul de asociați și societate (obligația de aport rămânând solidară pentru debitori), iar pe de altă parte desemnarea se face pentru exercitarea drepturilor decurgând din acest aport (nu și pentru executarea obligației), cu scopul de a facilita relația dintre grup și societate, precum și cu ceilalți asociați.

În cazul în care obligația de aport nu este executată, având în vedere că excluderea este facultativă pentru societate și ceilalți asociați, se poate cere excluderea numai a unora dintre membrii grupului de asociați.

În doctrină³⁴, s-a susținut că dacă se cere excluderea tuturor asociațiilor obligate solidar pentru neconstituirea aportului, instanța va putea, după împrejurări să excludă doar o parte dintre aceștia, însă în opinia noastră această soluție nu este posibilă, tocmai datorită solidarității obligației de aport față de societate, astfel că instanța va exclude întregul grup de asociați.

Majorarea legală a capitalului social

Excluderea își găsește aplicabilitatea în situația în care asociatul și-a asumat obligația de aport la majorarea capitalului social, nu și în cazul în care majorarea a fost impusă printr-un act normativ, exterior voinței asociaților³⁵.

Astfel, prin art. 6 din O.U.G. nr. 32/1997³⁶, societățile pe acțiuni, în comandită pe acțiuni și cu răspundere limitată existente, care nu au capitalul social minim prevăzut de lege, au obligația să îl completeze în termen de un an de la data intrării în vigoare a ordonanței de urgență, nerespectarea termenului având drept consecință dizolvarea societății de către tribunal.

Cererile de excludere formulate având drept temei aceste prevederi au fost respinse de către instanțele de judecată, având în vedere că obligația de aport a fost impusă asociaților și nu a fost asumată de aceștia prin contractul de societate³⁷, iar pe de altă parte, întrucât legea prevede limitativ cazurile de excludere a asociaților în cadrul societăților cu răspundere limitată, asociatul nu poate fi exclus pentru nerespectarea în termenul legal a dispozițiilor de majorare a capitalului social conform O.U.G. nr. 32/1997, situație în care chiar actul normativ a prevăzut sancțiunea dizolvării societății³⁸.

³⁴ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 753.

³⁵ L. Săuleanu, *op. cit.*, p. 145.

³⁶ O.U.G. nr. 32 din 16 iunie 1997 pentru modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale a fost publicată în M. Of. nr. 133 din 27 iunie 1997 și a intrat în vigoare la 16 iulie 1997.

³⁷ C. S.J., Secția comercială, decizia nr. 1076/2003, în Curierul Judiciar nr. 4/2004, p. 77.

³⁸ Î.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 4211/2004, în Pandectele Române nr. 3/2005, p. 55 și în S. P. Gavrilă, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2009, pp. 473-474.

Valoarea aportului

Asociatul poate fi exclus indiferent de valoarea aportului pe care trebuia să îl aducă, chiar și o valoare redusă putând atrage sancțiunea excluderii³⁹. Această opinie decurge din interpretarea gramaticală a prevederilor legale, legiuitorul nestabilind vreun prag valoric al aportului sub care să nu poată fi solicitată excluderea. Soluția legislativă este justificată de necesitatea ca societatea să poată utiliza integral aportul adus în activitatea sa, dar la fel de important este ca relațiile dintre asociați să fie bazate pe corectitudine, bună credință și încredere reciprocă, fundamentale pentru funcționarea și durabilitatea societăților de persoane.

Având la bază concepția că excluderea asociatului pentru neaducerea aportului are natura juridică a rezoluțiunii judiciare, care implică întrunirea cumulativă a două condiții, respectiv neexecutarea obligației în termenul indicat în somație sau în lipsa acestuia, într-un termen rezonabil, iar pe de altă parte neexecutarea trebuie să fie însemnată, în doctrină⁴⁰ s-a exprimat opinia că la majorarea capitalului social, în ceea ce privește importanța neexecutării, aceasta se va stabili prin raportare la valoarea totală a aportului pe care și l-a asumat asociatul, neluând în considerare și aporturile celorlalți asociați. În consecință, dacă vărsământul a fost efectuat parțial, iar valoarea neexecutării este mică, instanța poate respinge cererea de excludere a asociatului ca exagerată, anulând în schimb părțile sociale neplătite.

Această opinie, deși are meritul că permite menține structura asociativă în aceeași componență, aplicând principiul proporționalității dintre încălcarea comisă și sancțiunea aplicată, evitând astfel măsura gravă a excluderii, nu poate fi primită. În primul rând, interpretarea prevederilor legale aplicabile conduc la concluzia că aportul adus de asociat trebuie vărsat integral, iar sancțiunea din perspectiva Legii nr. 31/1990 este excluderea din societate. În al doilea rând, opinia exprimată este fundamentată pe concepția că excluderea are natura juridică a rezoluțiunii judiciare, însă aceasta nu este unanim acceptată, excluderea având mai degrabă natura unei sancțiuni. În fine, normele Legii societăților sunt norme speciale în raport cu Codul civil, astfel că dispozițiile generale se aplică numai atunci când nu sunt incompatibile cu legea specială. În cazul excluderii pentru neaducerea aportului, legea specială nu permite neexecutarea integrală a obligației de aport, astfel că stabilirea importanței neexecutării nu are nicio relevanță.

Dacă obligația de vărsare a aportului a fost executată doar parțial, asociatul poate fi exclus din societate, cu restituirea părții vărsate în societate, excluderea neputând fi efectuată *pro parte*⁴¹.

³⁹ Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, decizia nr. 2416/2003, în C. Cucu, M. V. Gavriș, C. G. Bădoiu, C. Haraga, *op. cit.*, p. 508 și în S. P. Gavrilă, *op. cit.*, p. 472.

⁴⁰ S. Bodu, *op. cit.*, pp. 449-450.

⁴¹ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 752.

Efectivitatea executării obligației

Executarea obligației de aport trebuie să fie efectivă și nu formală. Nu îndeplinește această cerință simpla înregistrare în evidențele contabile ale societății a aportului, fără ca bunurile ce constituie aportul în natură să fie aduse fizic și puse sub controlul societății, care să le poată utiliza în cursul activității desfășurate, astfel că obligația de vărsământ a aportului în natură nu poate fi considerată ca executată⁴².

În cazul aportului în natură, bunurile aduse trebuie să fie în stare de utilizare, astfel cum rezultă expres din prevederile art. 16 alin. (2) teza a II-a din Legea nr. 31/1990, deoarece în caz contrar ele nu mai sunt apte a fi utilizate în activitatea economică a societății, aportul fiind astfel inutil iar executarea obligației formală⁴³.

Dacă o altă persoană a vărsat aportul în numele asociatului, este necesară clarificarea raportului dintre asociat și terț cu privire la această operațiune. În situația în care este vorba de un împrumut care trebuie supus restituirii conform înțelegerii părților, excluderea asociatului este posibilă dacă restituirea vizează chiar aportul. Dacă vărsământul reprezintă achitarea unei datorii a deponentului față de asociat, excluderea nu este posibilă, obligația asociatului fiind executată⁴⁴.

Neexecutarea obligației de aport din motive neimputabile

În situația în care asociatul nu își execută obligația de aport, nu are nicio relevanță juridică motivul neexecutării din perspectiva posibilității de a se cere excluderea acestuia, deoarece acesta nu poate să invoce cauze de natură a-l exonera de îndeplinirea obligației asumate.

Această problemă se pune cu precădere în cazul aportului în natură, când vărsarea acestuia are loc prin transferarea drepturilor corespunzătoare și predarea efectivă către societate a bunurilor aflate în stare de utilizare. Fără o predare efectivă a bunurilor, obligația de aport nu este executată, chiar dacă transferul drepturilor de proprietate a avut loc.

În materia obligațiilor, art. 1634 alin. (1) C. civ. stabilește că debitorul nu mai este ținut să își respecte obligația asumată atunci când aceasta nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, care au avut loc înainte ca debitorul să fie pus în întârziere.

Întrucât obligația de aport a fost stabilită în vederea constituirii societății sau pentru ca aceasta să își poată desfășura activitatea, ea are un caracter esențial⁴⁵, fiind

⁴² C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 75/1995, în Dreptul nr. 12/1995, p. 91.

⁴³ L. Săuleanu, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁴ C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 157/22.04.1993, în R. Petrescu, *Drept comercial*, ed. a 2-a, Ed. Oscar Print, București, 1995, p. 205.

⁴⁵ L. Săuleanu, *op. cit.*, p. 145.

calificată prin scop și astfel nu poate fi asimilată unei obligații contractuale obișnuită. Prin urmare, cauza exoneratoare invocată nu poate împiedica excluderea asociatului pentru neaducerea aportului (de exemplu, în cazul în care bunul individual determinat care este obiectul obligației de aport în natură asumată de asociat a pierit fortuit înainte de a fi predat societății)⁴⁶.

Așadar, chiar dacă asociatului nu i se poate imputa că nu și-a îndeplinit obligația de vărsământ cu rea credință, posibilitatea excluderii sale este necesară pentru protejarea societății și a celorlalți asociați⁴⁷.

În consecință, neexecutarea obligației de aport poate conduce, indiferent de motivul neexecutării, la excluderea acestuia din societate în temeiul art. 222 alin. (1) lit. a) din Legea societăților.

Întrucât stabilirea conținutului obligației de aport a asociaților se realizează prin acordul asociaților, aceștia au posibilitatea de a preîntâmpina excluderea asociatului și de a ajunge la o nouă înțelegere, materializată în modificarea actului constitutiv, în sensul înlocuirii obligației inițiale cu o nouă obligație pentru asociatul care din motive obiective nu mai poate aduce aportul inițial. Noua obligație nu trebuie să fie echivalentă cu cea inițială, ea putând fi, după caz, mai oneroasă sau mai puțin oneroasă pentru asociat.

Neexecutarea obligației de aport de către asociatul care cere excluderea

În situația în care asociatul care cere excluderea din societate a unui alt asociat pentru neexecutarea obligației de aport nu și-a îndeplinit la rândul său obligația de aport, iar obligațiile trebuie executate simultan, considerăm că, în principiu, instanța trebuie să respingă acțiunea dacă se invocă excepția de neexecutare a contractului (*exceptio non adimpleti contractus*)⁴⁸, cu excepția cazului în care executarea obligației de către asociatul reclamant este împiedicată de fapta culpabilă a pârâtului (în doctrină se exemplifică situația în care reclamantul s-a obligat să aducă în societate un imobil asupra căruia deține nuda proprietate, iar pârâtul deține un drept de uzufruct asupra aceluiași imobil și refuză punerea acestuia în posesia și folosința societății)⁴⁹.

Retragerea aportului

În literatura de specialitate s-a susținut că retragerea arbitrară a aportului adus de asociat este asimilată cu nevărsarea aportului, putându-se dispune excluderea

⁴⁶ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 754.

⁴⁷ Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, decizia nr. 2416/2003, în S. P. Gavrilă, *op. cit.*, p. 472.

⁴⁸ D. A. Popescu, Contractul de societate, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 21.

⁴⁹ Gh. Piperea, P. Piperea, în *op. cit.*, p. 753.

asociatului pentru acest motiv⁵⁰. Însă conceptul de retragere a aportului este inexistent, deoarece după ce a fost vărsat, aportul devine proprietatea societății, astfel că el nu mai poate fi retras. Totodată, excluderea asociatului poate avea loc numai dacă aportul nu a fost adus, nu și dacă el a fost retras⁵¹. Inaplicabilitatea excluderii în acest caz este fundamentată pe faptul că orice aport adus în societate își pierde individualitatea, aceasta putând cere asociatului restituirea bunului, fie pe cale amabilă, fie pe cale judecătorească; în caz contrar, asociatul exclus ar reintra în posesia bunurilor aduse ca aport, situație ce poate genera prejudicii pentru societate sau creditorii acesteia⁵².

Mai mult, întrucât excluderea are în principal natura juridică a unei sancțiuni, prevederile art. 222 alin. (1) lit. a) nu pot fi interpretate extensiv și prin urmare „retragerea” aportului nu conduce la excluderea asociatului.

Distincția dintre obligația de aport și alte obligații financiare asumate de asociat

Obligația de aport trebuie să fie asumată de asociat fie prin actul constitutiv al societății, fie printr-un act ulterior, adițional la actul constitutiv, iar majorarea de capital trebuie să fie decisă printr-o hotărâre a adunării generale a asociaților, ea neputând avea izvorul în alte acte juridice încheiate de asociat în cadrul activității desfășurate în societate⁵³.

Orice obligație asumată de asociat de a aduce în societate bunuri mobile sau imobile, dar fără legătură cu constituirea capitalului societății sau cu majorarea capitalului social al acesteia nu echivalează cu asumarea unei obligații de aport (ci poate semnifica o creditare, permisă de lege, a activității societății) și prin urmare asociatul nu poate fi exclus pentru neexecutarea acesteia⁵⁴.

În jurisprudența instanței supreme s-a decis că noțiunea de aport nu are un caracter general și nu înglobează orice contribuție la realizarea obiectului de activitate. Chiar dacă în scopul realizării obiectului de activitate al societății asociații pot, prin acordul lor, să prevadă și alte modalități de participare la realizarea activității societății (cum ar fi împrumuturile pentru societate) stabilind în mod concret

⁵⁰ I. Turcu, *op. cit.*, p. 495; în același sens Judecătoria Deva, sentința civilă nr. 800/1992, în I. Turcu, *op. cit.*, pp. 504-505.

⁵¹ S. Bodu, *op. cit.*, p. 450.

⁵² A. Gheorghe, L. N. Pârnu, D. M. Tăbăltoc, *Contribuții la clarificarea unor probleme ivite în aplicarea de către instanțele judecătorești a Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale*, în Revista de drept comercial nr. 6/1993, pp. 107-108.

⁵³ L. Săuleanu, *op. cit.*, pp. 144-145.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 144.

obligățiile ce le revin, acestea nu intră în sfera aportului pe care îl datorează asociației, noțiunea de aport neputând fi extinsă și la aceste obligații⁵⁵.

Chiar dacă asociații au stabilit în contractul de societate o clauză prin care neefectuarea unor investiții pentru edificarea unui imobil asumată de un asociat (angajament care reprezintă motivul asocierii) dă dreptul celui alt asociat să procedeze la excluderea din societate a debitorului obligației, instanța, respingând cererea de excludere, a decis că excluderea asociatului este justificată doar pentru nedeplinirea aportului la care s-a obligat acesta, care însă a fost adus prin plata părților sociale cesionate la data cooptării, iar efectuarea unor lucrări nu poate constitui aport în natură, obligația referitoare la executarea acestora neputând reprezenta un temei legal pentru continuarea sau încetarea societății comerciale înființate⁵⁶.

Excluderea asociatului pentru neaducerea aportului la care s-a obligat vizează numai neexecutarea obligației de aport asumată prin contractul de societate nu și cazul în care asociatul s-a obligat la aducerea unui aport față de celălalt asociat cu ocazia încheierii unui contract de asociere în participație. Contractul de asociere în participație are o natură juridică diferită de cea a actului constitutiv al unei societăți, calitatea de asociat în asocierea în participație neputând fi confundată cu calitatea de asociat într-o societate care a fost înființată și funcționează sub imperiul Legii nr. 31/1990. Spre deosebire de formele societare supuse Legii societăților, contractul de asociere în participație privește constituirea unei societăți lipsită de personalitate juridică, bunurile aduse de asociați nu formează un capital social autonom, iar la încetarea asocierii aceștia au dreptul de a le fie restituite bunurile cu care au participat în contractul de asociere, deoarece în niciun moment nu au pierdut dreptul de proprietate asupra acestora⁵⁷.

⁵⁵ Î.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 1611 din 7 mai 2010, www.scj.ro; Î.C.C.J., Secția a II-a civilă, decizia nr. 198 din 3 februarie 2016, www.scj.ro.

⁵⁶ Curtea de Apel Constanța, decizia nr. 553/2002, <http://www.juspedia.ro/13014/excludere-asociat-lipsa-aportului-social-i/>.

⁵⁷ Î.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 132 din 13 ianuarie 2011, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 7/2011, pp. 120-126, cu notă de Adrian Dobre.

CONSIDERAȚII PRIVIND REGLEMENTAREA CLAUZEI DE NECONCURENȚĂ ÎN CODUL MUNCII ROMÂN

Conf. univ. dr. *Roxana Cristina RADU*
Facultatea de Drept
Universitatea din Craiova

Considerations regarding the regulation of the non-competition clause in the romanian labor code

Abstract

Having a fairly controversial existence in Romanian law since many specialists considered that, in the absence of express regulation, the inclusion of such a clause in the individual labor contract can not be accepted because it violates the freedom of labor (the fundamental right of the employees), the non-competition clause was expressly governed only by the Labor Code adopted in 2003. Under the current regulation, the non-competition clause is the clause whereby an employee has the obligation, after termination of the individual contract, not to carry out, for his own benefit or for a third party, an activity which is in competition with that provided to his employer in return for a monthly non-compete indemnity that the employer undertakes to pay for the entire period of non-competition. This article analyzes the evolution of the doctrinal conceptions about the non-competition clause, its legal basis, as well as the conditions of validity, duration, limits and effects of the non-competition clause.

Keywords: individual labor contract, non-competition, employee, employer, Labor Code

1. Evoluția și temeiul juridic al reglementării clauzei de neconcurență

Aflându-și originea în obligația de fidelitate a salariatului, care este o componentă a disciplinei muncii și care constă în „corectitudinea și discreția profesională pe care salariatul trebuie să le manifeste în prestarea muncii sale, în preocuparea de a ocroti interesele legitime ale angajatorului său”¹, clauza de neconcurență se fundamentează pe

¹ I. Tr. Ștefănescu, *Dreptul muncii*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 232.

faptul că, pe de o parte, în executarea sarcinilor sale de serviciu, angajatul îndeplinește de multe ori și sarcini confidentiale, încredințate de către angajatorul său, iar, pe de altă parte, intră în posesia secretelor de producție, ia cunoștință de secretele comerciale și, de asemenea, se folosește nemijlocit de o parte din resursele patrimoniale, umane și tehnologice puse la dispoziția sa de către angajator.

Reglementată sau nu, clauza de neconcurență este în general admisă în doctrina și jurisprudența statelor europene occidentale. Astfel, în Franța, deși nu a primit consacrare în plan juridic, ea este acceptată de doctrină și jurisprudență și este utilizată în contractele colective și individuale de muncă – „la clause de non-concurrence”² fiind considerată licită numai în măsura în care produce o restricție a libertății muncii care se dovedește a fi „indispensabilă pentru protejarea intereselor legitime ale angajatorului”³. În Belgia, clauza de neconcurență este reglementată în cazul reprezentanților de comerț, iar, pentru ceilalți salariați, își are sorginea în voința părților exprimată la încheierea contractului individual de muncă⁴. De asemenea, Codul civil italian face referire la „l'obbligo di fedelta” (art. 2015) și la „il patto di non concorrenza” (art. 2125). Și în dreptul muncii german este instituită o obligație de tăcere și o interdicție de concurență⁵.

Legislația românească din perioada interbelică cuprindea prevederi referitoare la clauza de neconcurență. Astfel, art. 90 din Legea asupra contractelor de muncă din 1929⁶ interzicea salariatului din industrie sau comerț să întreprindă, pe cont propriu sau în contul altei persoane, un comerț sau o afacere în aceeași ramură cu întreprinderea patronului în serviciul căruia se găsea. Patronul avea dreptul de a-i desface contractul de muncă și de a-i cere despăgubiri salariatului care încălca această obligație, dar legea nu preciza expres în ce constau daunele interese, care era modalitatea de calcul și nici nu limita în timp dreptul patronului de a-l acționa în justiție pe salariatul în cauză. Dacă salariatul exercita un comerț similar, patronul avea dreptul să ceară, pe lângă daunele interese, și închiderea sau lichidarea întreprinderii concurente. Conform art. 91 din Legea contractelor de muncă, era lovită de nulitate convenția prin care salariatul se obliga față de patron ca, la expirarea contractului său de muncă, să nu exercite un comerț similar pe cont propriu sau să-l exercite, pentru evitarea concurenței, în condiții de inferioritate, prejudiciabile astfel intereselor sale. Se poate observa astfel că legea interbelică admitea valabilitatea

² D. Gatumel, *Le droit du travail en France*, Éditions Francis Lefebvre, Paris, 2000, p. 197-198.

³ I. Tr. Ștefănescu, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007, p. 277.

⁴ M. Jamouille, *Le contrat du travail*, tome II, Faculté de Droit, de l'Economie et Sciences Sociales de Liège, 1986, p. 46.

⁵ M. Țichindelean, *Clauza de neconcurență în dreptul muncii german*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 3/1999, p. 110-114.

⁶ Pentru detalii, a se vedea C. Avram, R. Radu, *Evoluția istorică a reglementărilor privind relațiile de muncă în România*, în *Arhivele Olteniei, Serie Nouă*, nr. 22/2008, p. 181-204.

clauzei de neconcurență doar pe durata contractului individual de muncă, nu și după încetarea acestuia.

O astfel de concepție a fost adoptată de doctrinari și sub imperiul vechiului Cod al muncii (Legea nr. 10/1972) care nu mai conținea nici o prevedere referitoare la clauza de neconcurență. Acesta este motivul pentru care, în literatura de specialitate a respectivei perioade, semnificația sa consta în „reținerea absolută a salariatului de a divulga informații acumulate în procesul muncii sau de a săvârși orice act de concurență față de angajatorul său, pe parcursul existenței contractului individual de muncă”⁷.

De asemenea, art. 397 din fostul Cod comercial român interzicea salariatului unui comerciant ce avea calitatea de reprezentant (prepus) al acestuia, cât timp contractul său de muncă era în ființă, fie să-și întemeieze pe cont propriu un comerț de factura aceluia al patronului, fie să se angajeze concomitent ca salariat la un alt patron care avea o activitate de aceeași natură (în afara cazului în care ar fi primit pentru aceasta o dezlegare expresă). În plus, Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale includea în rândul contravențiilor și fapte care aveau legătură cu concurența făcută patronului, respectiv: oferirea serviciilor de către salariatul exclusiv al unui comerciant unui concurent ori acceptarea unei asemenea oferte; angajarea salariaților unui comerciant în scopul dezorganizării sale; concedierea salariaților unui comerciant în scopul înființării unei societăți concurente care să coopteze clienții aceluia comerciant; deturnarea clientelei unui comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant. Pornind de la prevederile Legii nr. 11/1991, în doctrină⁸ s-a apreciat că nu numai acordul de voință încheiat de salariat cu un concurent al patronului, ci și simpla ofertă de servicii, neurmata de acceptare, constituie un act de concurență neloială.

Prin urmare, suportul legal al admisibilității clauzei de neconcurență în contractele individuale de muncă încheiate în România în perioada anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 53/2003 (Codul muncii) era reprezentat de art. 397 din Codul comercial, de Legea nr. 11/1991, precum și de art. 998 din fostul Cod civil, conform căruia „Orice faptă a omului care cauzează altuia un prejudiciu, obligă pe acela din a cărui greșală s-a ocazionat, a-l repara”.

În perioada 1972-2003, având în vedere lacunele legislației muncii, într-o opinie⁹ se considera că, în lipsa unei reglementări exprese, includerea acestei clauze în contractul individual de muncă îmbrăca un caracter ilicit deoarece ea ar fi încălcat libertatea muncii, restrângând în mod inadmisibil acest drept fundamental al salariaților.

⁷ I. Tr. Ștefănescu, *Dreptul muncii*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 233.

⁸ O. Căpățână, *Dreptul concurenței comerciale. Concurența onestă*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 97.

⁹ Ș. Beligrădeanu, *Clauzele de neconcurență în contractele de muncă*, în *Dreptul nr. 6/1991*, p. 47.

Într-o altă opinie¹⁰ se afirma că impunerea unei clauze de neconcurență nu era incompatibilă cu încheierea unui contract individual de muncă deoarece acesta era doar un mijloc prin care nu se urmărea îngrădirea dreptului de muncă al salariatului, ci protejarea intereselor angajatorului și evitarea prejudicierii acestuia, eliminându-se astfel concurența neloială. În sprijinul acestei opinii, s-a argumentat că: „Este cert că, prin clauza de neconcurență, sunt afectate libertatea muncii, posibilitatea cumulului de funcții, respectiv încadrarea ulterioară în muncă, însă apreciem că este o atitudine îngăduită de legiuitorul constituant, prin care nu se știrbește un drept fundamental, ci se stabilește cadrul de exercitare a lui. Și, apoi, clauza menționată nu este impusă, ci este negociată”¹¹.

Legea nr. 53/2003 – Codul muncii a pus capăt acestor controverse doctrinare prin reglementarea expresă a clauzei de neconcurență. Potrivit formei inițiale în care era redactat art. 21 alin. 1, clauza de neconcurență presupunea, pe de o parte, obligația salariatului de a nu presta, în interesul său propriu sau al unui terț, o activitate care se află în concurență cu cea prestată la angajatorul său, sau de a nu presta o activitate în favoarea unui terț care se află în relații de concurență cu angajatorul său, iar, pe de altă parte, obligația angajatorului de a-i plăti salariatului o indemnizație lunară de cel puțin 25% din salariu. Clauza de neconcurență își producea efectele numai dacă în cuprinsul contractului individual de muncă erau prevăzute în mod concret activitățile interzise salariatului pe durata contractului. Durata clauzei de neconcurență coincidea cu durata contractului individual de muncă, ea încetând la data încetării acestuia. Prin excepție, clauza de neconcurență își mai putea produce efectele după încetarea contractului individual de muncă, pentru o perioadă de maximum 6 luni – pentru cei care ocupaseră funcții de execuție, respectiv 2 ani pentru cei care îndepliniseră funcții de conducere, dacă o astfel de perioadă fusese convenită expres prin contractul de muncă.

Viziunea legiuitorului român s-a schimbat în timp, în urma modificărilor suferite de Codul muncii clauza de neconcurență fiind supusă unor transformări semnificative. Astfel, conform actualei reglementări, clauza de neconcurență este clauza prin care salariatul se obligă ca, după încetarea contractului, să nu presteze, în interesul său propriu sau al unui terț, o activitate care se află în concurență cu cea prestată la angajatorul său, în schimbul unei indemnizații de neconcurență lunare pe care angajatorul se obligă să o plătească pe toată perioada de neconcurență (art. 21 alin. 1 din Codul muncii).

¹⁰ Al. Athanasiu, *Spre un nou conținut al contractului de muncă – clauza de neconcurență*, în *Dreptul nr. 12/1991*, p. 48.

¹¹ S. Ghimpu, Al. Țiclea, *Dreptul muncii*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 188.

2. Condițiile de validitate ale clauzei de neconcurență

Clauza de neconcurență nu este obligatorie, ea poate fi inserată în contract numai prin acordul părților contractului de muncă. Menționarea în contract, doar cu titlu general, a clauzei de neconcurență, nu produce însă nici un efect juridic.

Clauza de neconcurență nu produce efecte *ex lege*, ci numai dacă în cuprinsul contractului individual de muncă sunt prevăzute în mod concret, potrivit art. 21 alin. 2 din Codul muncii:

- a) activitățile ce sunt interzise salariatului la data încetării contractului;
- b) cuantumul indemnizației de neconcurență lunară;
- c) perioada pentru care își produce efectele clauza de neconcurență;
- d) terții în favoarea cărora se interzice prestarea activității;
- e) aria geografică unde salariatul poate fi în reală competiție cu angajatorul.

În jurisprudența franceză¹², apreciindu-se că aduce atingere atât principiului libertății comerțului și industriei, cât și principiului libertății muncii, s-a considerat că, pentru a fi valabilă, clauza de neconcurență trebuie să satisfacă două condiții:

- să se demonstreze caracterul indispensabil al clauzei pentru protecția intereselor legitime ale patronului, în ceea ce privește funcțiile exercitate de salariat;
- să se lase salariatului posibilitatea de a se reangaja într-un loc de muncă conform pregătirii sale profesionale, prin limitarea în timp și spațiu a interdicției de concurență.

Cu privire la cuantumul indemnizației de neconcurență lunară datorată salariatului (care nu este de natură salarială), acesta se negociază și trebuie să fie de cel puțin 50% din media veniturilor salariale brute ale salariatului din ultimele 6 luni anterioare datei încetării contractului individual de muncă sau, în cazul în care durata contractului individual de muncă a fost mai mică de 6 luni, din media veniturilor salariale lunare brute convenite acestuia pe durata contractului.

Indemnizația de neconcurență reprezintă o cheltuială efectuată de angajator, este deductibilă la calculul profitului impozabil și se impozitează la persoana fizică beneficiară¹³, potrivit legii.

În legătură cu mențiunile care trebuie făcute în cuprinsul clauzei de neconcurență, considerăm necesar să subliniem faptul că specificarea expresă a terților în favoarea cărora se interzice prestarea activității concurențiale apare ca fiind nejustificată având în vedere că respectiva clauză își produce efecte abia după încetarea contractului individual de muncă și că, în tot acest interval, circumstanțele care au stat la baza includerii acestei clauze în contract se pot modifica ducând la dispariția juridică a tuturor acestor terți și la apariția altora care să se afle în concurență reală cu angajatorul. Considerând că interesele angajatorului sunt protejate suficient prin menționarea activităților interzise salariatului și a ariei geografice în interiorul căreia

¹² D. Gatamel, *op. cit.*, p. 197.

¹³ A se vedea și A. Băbălu, *Drept financiar*, Ed. Universitaria, Craiova, 2010, p. 165.

salariatul poate fi în reală competiție cu angajatorul, **de lege ferenda** propunem modificarea art. 21 alin. 2 din Codul muncii în următoarea formă: „Clauza de neconcurență își produce efectele numai dacă în cuprinsul contractului individual de muncă sunt prevăzute în mod concret activitățile ce sunt interzise salariatului la data încetării contractului, cuantumul indemnizației de neconcurență lunare, perioada pentru care își produce efectele clauza de neconcurență, precum și aria geografică unde salariatul poate fi în reală competiție cu angajatorul”.

3. Conținutul, durata și limitele clauzei de neconcurență

În ceea ce privește structura sa, clauza de neconcurență cuprinde două componente (obligații de *a nu face*):

- interdicția de a desfășura o activitate în concurență cu cea a unității în care a fost încadrat salariatul;
- interdicția de a divulga sau utiliza, în interes propriu sau al altuia, informații referitoare la organizarea și metodele de producție ale unității, într-un mod care ar putea aduce prejudicii fostului său angajator.

Sub aspectul conținutului, având o vedere o cazuistică bogată, jurisprudența franceză a decis că, pentru a fi licită, clauza de neconcurență trebuie să îndeplinească următoarele condiții: „este indispensabilă protecției interesului legitim al unității, este limitată în timp și spațiu, ține cont de specificul ocupației salariatului și cuprinde obligația angajatorului de a plăti salariatului o contraprestație financiară”¹⁴.

Un aspect care a suscitat discuții în doctrina și jurisprudența română anterioară adoptării actualului Cod al muncii a fost dimensiunea temporală a clauzei de confidențialitate, care includea două aspecte¹⁵:

- obligația de fidelitate și de neconcurență pe parcursul executării contractului individual de muncă;
- obligația de neconcurență după încetarea contractului de muncă.

În ceea ce privește primul aspect, actuala formă a Codului muncii protejează interesele patronului pe durata existenței contractului individual de muncă prin „obligația de fidelitate față de angajator în executarea atribuțiilor de serviciu” și prin „obligația de a respecta secretul de serviciu” impuse în sarcina salariatului prin intermediul art. 39 alin. 2 lit. d) și f) din Codul muncii¹⁶. Obligația de fidelitate este concepută ca fiind „obligația principală a salariatului pe durata executării contractului individual de muncă, de a se abține de la săvârșirea oricărui act sau fapt ce ar

¹⁴ F. Favennec-Héry, P. Y. Verkindt, *Droit du travail*, 3 édition, L.G.D.J., Paris, 2011, p. 459.

¹⁵ S. Ghimpu, Al. Țiclea, *op. cit.*, p. 186.

¹⁶ A se vedea R. Șt. Pătru, *Concretizarea obligației legale de fidelitate – o necesitate reală sau numai o necesitate aparentă?*, în M. Țichindelean, M. Gheorghe (ed.), *Aspecte controversate în interpretarea și aplicarea prevederilor Codului muncii și ale Legii dialogului social. In honorem prof. univ. dr. Ion Traian Ștefănescu*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 160-161.

putea dăuna intereselor angajatorului, fie prin concurență fie prin lipsa de discreție cu privire la informațiile confidențiale (secrete), privindu-l pe angajator, de natură tehnică, economică, managerială, comercială etc. la care are acces, permanent sau ocazional prin activitatea pe care o desfășoară¹⁷. Practica judiciară franceză a statuat că, fără a fi expres menționată în contract, obligația de neconcurență acționează pe toată durata acestuia, salariatul nefiind îndreptățit să exercite o activitate prin care l-ar concura pe patron. Pe baza unei cazuistici bogate, jurisprudența franceză a sistematizat câteva reguli în raport cu care poate fi definită o activitate determinată drept concurență. Astfel, sunt considerate acte de concurență neloială următoarele fapte săvârșite de salariat pe durata executării contractului individual de muncă:

- exercitarea de către angajat a unei activități profesionale la o întreprindere concurență căreia îi pune la dispoziție cunoștințele specifice dobândite la unitatea unde lucrează;

- exercitarea sub numele soțului (soției) a unei activități comerciale identice;
- utilizarea mijloacelor de comercializare ale unității unde prestează munca pentru vânzarea produselor altei societăți;

- deturnarea clientelei în profitul altei întreprinderi;
- folosirea, în profitul său, a facilităților puse la dispoziție de angajator pentru desfășurarea unor activități proprii¹⁸.

În ceea ce privește al doilea aspect, clauza de neconcurență impune fostului salariat interdicția de a se încadra la o firmă concurentă sau de a desfășura în interes propriu o activitate de concurență după încetarea contractului individual de muncă și păstrarea discreției cu privire la informațiile confidențiale la care a avut acces în timpul executării contractului.

Efectele pe care le produce clauza de neconcurență după încetarea contractului apar ca fiind licite și justificate dacă ea reflectă un anumit echilibru între interesele patronului, libertatea comerțului și dreptul persoanelor fizice de a-și câștiga existența prin muncă. Nulitatea sa poate fi invocată oricând în fața instanței atunci când aduce atingere libertății muncii prin întinderea ei în timp și spațiu. Pentru a nu se ajunge într-o astfel de situație, una dintre condițiile de validitate ale acestei clauze este aceea de a fi limitată în timp, adică restrânsă la un număr de ani/ luni. Spre exemplu, 2 ani este durata maximă a clauzei de neconcurență prevăzută în majoritatea convențiilor colective din Franța (ca și în Germania și Polonia). În consecință, dacă o clauză convenită într-un contract are o durată superioară celei prevăzute de convenția colectivă, durata sa va fi redusă la limita celei din urmă¹⁹.

¹⁷ I. Tr. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 318.

¹⁸ G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, 19^e Édition, Dalloz, Paris, 1998, p. 255-256.

¹⁹ A se vedea D. Gatumel, *op. cit.*, p. 197.

Conform art. 22 alin. 1 și 2 din actualul Cod al muncii, clauza de neconcurență își poate produce efectele pentru o perioadă de maximum 2 ani de la data încetării contractului individual de muncă, cu excepția cazurilor în care încetarea contractului individual de muncă s-a produs de drept [mai puțin în situațiile prevăzute de art. 56 lit. c), e), f), g), i)] ori a intervenit din inițiativa angajatorului pentru motive care nu țin de persoana salariatului.

De asemenea, clauza de neconcurență nu poate fi stabilită pe durata perioadei de probă.

Conform Codului muncii, clauza de neconcurență nu poate avea drept efecte interzicerea în mod absolut a exercitării profesiei salariatului sau a specializării pe care o deține. Mai mult, la sesizarea salariatului sau a Inspectoratului teritorial pentru muncă, instanța competentă poate diminua efectele clauzei de neconcurență. Astfel, dacă activitățile interzise salariatului și competențele sale sunt specializate în mod particular într-un sector determinat astfel încât reprezintă singura sau principala modalitate de procurare a mijloacelor de trai ale acestuia, clauza de neconcurență va putea fi anulată. În schimb, dacă salariatul ocupă o funcție care necesită competențe foarte largi, clauza va fi valabilă dacă se limitează la un anumit sector profesional ori dacă activitățile interzise acoperă doar în parte „sfera ocupației exercitate de salariat la locul de muncă, în mod real și efectiv, aceasta putând avea sau nu legătură cu calificarea profesională obținută prin studii de salariat”²⁰.

De asemenea, interpretând dispozițiile art. 21 alin. 2 din actualul Cod al muncii, rezultă că această clauză trebuie să fie, din punct de vedere geografic, restrânsă locului în care salariatul poate să facă concurență reală patronului, având în vedere natura activității sale și raza sa de acțiune.

4. Efectele clauzei de neconcurență

Art. 3 din Legea nr. 11/1991 instituie răspunderea civilă, contravențională ori penală a persoanelor care săvârșesc fapte de concurență neloială prevăzute de lege, printre care se numără și „deturnarea clientelei unei întreprinderi de către un fost sau actual salariat/reprezentant al său ori de către orice altă persoană prin folosirea unor secrete comerciale, pentru care respectiva întreprindere a luat măsuri rezonabile de asigurare a protecției acestora și a căror dezvăluire poate dăuna intereselor acelei întreprinderi”, precum și „orice alte practici comerciale care contravin uzanțelor cinstite și principiului general al bunei-credințe și care produc sau pot produce pagube oricărui participant la piață” [art. 2 alin. 2 lit. b) și c)]. Potrivit art. 6 din Legea nr. 11/1991, încălcarea cu vinovăție a art. 2 alin. 2 lit. b) constituie contravenții

²⁰ D. Moțiu, *Considerații privind neconcurența în lumina principiului libertății muncii*, în M. Țichindelean, M. Gheorghe (ed.), *op. cit.*, p. 142.

și se sancționează cu amendă de la 5.000 lei la 10.000 lei dacă sunt săvârșite de persoane fizice. **De lege ferenda** considerăm că, în scopul combaterii concurenței neloiale, Legea nr. 11/1991 ar trebui completată prin incriminarea, cu titlu de contravenție, a angajării unui fost salariat al unei întreprinderi de care era legat printr-o clauză de neconcurență.

Răspunderea penală a foștilor salariați care încalcă o clauză de neconcurență după încetarea contractului de muncă este angajată în cazul în care aceștia săvârșesc una dintre faptele prevăzute ca infracțiune de art. 5 din Legea nr. 11/1991, respectiv: folosirea unei firme, embleme sau a unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant; folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări sau a altor informații confidențiale în legătură cu acestea, transmise autorităților competente în scopul obținerii autorizațiilor de comercializare a produselor farmaceutice ori a produselor chimice destinate agriculturii, care conțin compuși chimici noi; divulgarea, achiziționarea sau utilizarea secretului comercial de către terți, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj comercial ori industrial, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice; folosirea de către o persoană dintre cele prevăzute la art. 175 alin. 1 din Codul penal a secretelor comerciale de care a luat cunoștință în exercitarea atribuțiilor de serviciu, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice; producerea în orice mod, importul, exportul, depozitarea, oferirea spre vânzare ori vânzarea unor mărfuri sau servicii purtând mențiuni false privind brevetele de invenții, brevetele pentru soiuri de plante, mărcile, indicațiile geografice, desenele ori modelele industriale, topografiile de produse semiconductoare, alte tipuri de proprietate intelectuală, cum ar fi aspectul exterior al firmei, designul vitrinelor sau cel vestimentar al personalului, mijloacele publicitare și altele asemenea, originea și caracteristicile mărfurilor, precum și cu privire la numele producătorului sau al comerciantului, în scopul de a-i induce în eroare pe ceilalți comercianți și pe beneficiari.

În ceea ce privește răspunderea civilă, prezintă relevanță prevederile art. 24 din Codul muncii, potrivit cărora: „În cazul nerespectării cu vinovăție a clauzei de neconcurență, salariatul poate fi obligat la restituirea indemnizației și, după caz, la daune-interese corespunzătoare prejudiciului pe care l-a produs angajatorului”. Salariatul poate fi obligat, să plătească despăgubiri pentru daunele pricinuite patronului, inclusiv daune morale

Nerespectarea cu vinovăție a clauzei de către salariat se poate solda și cu sancționarea disciplinară a acestuia, iar, dacă angajatorul consideră ca fiind necesar, chiar cu desfacerea disciplinară a contractului de muncă²¹.

În toate cazurile, clauza de neconcurență devine fără efect dacă încetarea contractului individual de muncă nu are loc din inițiativa sau din vina salariatului,

²¹ M. Țichindelean, *Încetarea contractului individual de muncă*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 242.

respectiv dacă încetarea contractului s-a produs de drept [mai puțin în situațiile prevăzute de art. 56 lit. c), e), f), g), i)] ori a intervenit din inițiativa angajatorului pentru motive care nu țin de persoana salariatului.

Neplata acestei indemnizații poate justifica încălcarea clauzei de către salariat sau introducerea unei acțiuni în justiție. În primul caz, dacă invocă excepția de neexecutare a contractului, salariatul este liberat de obligația de neconcurență; în al doilea caz, instanța poate dispune plata indemnizației de neconcurență de către angajator ori, după caz, ridicarea interdicției de concurență dacă refuzul angajatorului de a plăti indemnizația se datorează unei schimbări excepționale și imprevizibile a împrejurărilor inițiale (spre exemplu, dizolvarea tuturor terților specificați în cuprinsul clauzei de neconcurență în favoarea cărora s-a interzis prestarea activităților concurențiale de către salariat).

În lumina actualei reglementări, apare ca inadmisibilă renunțarea unilaterală a angajatorului la plata indemnizației de neconcurență atâta timp cât salariatul respectă clauza deoarece obligația privind plata indemnizației și obligația de a nu presta activități concurențiale au fost asumate ca urmare a voinței părților, printr-o convenție legal încheiată, căreia nu i s-ar putea pune capăt decât prin aceeași modalitate. O clauză de neconcurență a cărei aplicabilitate ar depinde de voința exclusivă a angajatorului (condiție pur potestativă), manifestată ulterior momentului încetării contractului individual de muncă este lovită de nulitate absolută în temeiul art. 1403 din Codul civil²². Din aceleași rațiuni, în doctrină se apreciază că nici salariatul nu poate denunța unilateral o clauză de neconcurență²³.

Având în vedere dificultățile pe care le ridică în practică clauza de neconcurență sub aspectul dovedirii cuantumului prejudiciului efectiv cauzat angajatorului prin încălcarea clauzei de neconcurență, ca și efectele adverse ale reglementării clauzei penale ca suport pentru clauza de neconcurență²⁴, **de lege ferenda** considerăm că s-ar impune includerea, în Codul muncii, a unei prevederi exprese care să dea posibilitatea ambelor părți ale contractului să denunțe în mod unilateral clauza de neconcurență (așa cum și contractul individual de muncă poate fi denunțat unilateral). În ceea ce-l privește pe angajator această soluție apare ca fiind logică deoarece interesul includerii acestei clauze în contract aparține angajatorului iar acest interes poate să nu mai subziste ulterior încetării contractului – fie pentru că nu mai există terții concurenți specificați expres în contract, fie pentru că salariatul se dovedește total necorespunzător din punct de vedere profesional (fiind, de altfel, concediat ulterior pentru necorespunzere profesională). În ceea ce-l privește pe salariat, poate fi în

²² D. Moșiu, *op. cit.* în *loc. cit.*, p. 147-148.

²³ O. Macovei, *Conținutul contractului individual de muncă*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 262.

²⁴ S. Panainte, *Dreptul individual al muncii*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 98-99.

interesul său să uzeze de posibilitatea de a denunța în mod unilateral clauza de neconcurență, renunțând la încasarea indemnizației în situația în care angajarea la un terț i-ar asigura niște drepturi salariale net superioare cuantumului indemnizației, precum și siguranța găsirii unui loc de muncă stabil (având în vedere că este greu de dovedit că activitățile pe care le prestează în interesul terțului, chiar dacă nu au caracter concurențial conform fișei postului, nu îl prejudiciază pe fostul său angajator), bineînțeles, sub rezerva nedivulgării anumitor informații strict confidențiale/secrete (spre exemplu, secrete de producție) expres menționate în conținutul unui act adițional.

PROPUNEREA ȘI DEPUNEREA PLANULUI DE REORGANIZARE ÎN PROCEDURA INSOLVENȚEI

*Prof. univ. dr. Viorel GĂINĂ
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept*

Rezumat

Reorganizarea judiciară este o modalitate de realizare a procedurii generale de insolvență. Ea este „latura luminoasă” a acestei proceduri.

Instrumentul juridic prin care se realizează reorganizarea judiciară este planul de reorganizare. El este un act juridic complex, specific procedurii și are caracter convențional, jurisdicțional și legal fiind încheiat prin manifestarea de voință a creditorilor și confirmat de judecătorul sindic.

Planul de reorganizare poate fi propus de debitor, creditor și administratorul judiciar. Termenul de propunere și depunere este de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe. Planul de reorganizare poate avea ca obiect restructurarea și continuarea activității debitorului și/sau lichidarea parțială sau totală a unor bunuri din averea debitorului și restrângerea activității acestuia.

Cuvinte-cheie: reorganizare judiciară; plan de reorganizare; debitor; creditor; administrator judiciar; judecător sindic; restructurare.

The framework and the submission of the reorganization plan in the insolvency procedure

Abstract

The judicial reorganization is a way of completing the general insolvency procedure. It is the „bright side” of this procedure.

The legal instrument through which the judicial reorganization is carried out is the reorganization plan. It is a complex legal procedure specific to the procedure and has a conventional, jurisdictional and legal character which is concluded by the will of the creditors and confirmed by the syndical judge.

The reorganization plan may be proposed by the debtor, the creditors and the court administrator.

The deadline for the proposal and for the submission is 30 days from the date of publication of the final claim table. The reorganization plan may have as its object the

restructuring and continuation of the debtor's activity and/or the partial or total liquidation of some of the assets of the debtor's assets and the restriction of his activity.

Keywords: judicial reorganization; reorganization plan; debtor; creditors; judicial administrator; syndic judge; reformation.

1. Ce este reorganizarea judiciară?

Reorganizarea judiciară a fost considerată¹ în mod plastic „latura luminoasă, optimistă a procedurii insolvenței întrucât oferă speranțe atât creditorilor cât și debitorului că totul s-ar putea termina cu bine – creditorii să-și încaseze creanțele iar debitorul să își continue activitatea.” Dar de la speranță și până la reușită drumul serpuiește pe nisipuri mișcătoare și trece prin furcile caudine ale justiției.

În art. 5 pct. 54 din Legea nr. 85/2014 reorganizarea judiciară este calificată ca procedură care se aplică debitorului în insolvență, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia conform programului de plată a creanțelor.

Procedura de reorganizare constă în întocmirea, aprobarea, confirmarea, implementarea și respectarea unui plan de reorganizare în care se poate prevedea în mod nelimitat împreună sau separat următoarele: restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului; restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; restrângerea activității prin lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului.

Noțiunea de reorganizare judiciară este conturată prin câteva elemente² definitorii și anume: este o modalitate de realizare a procedurii generale; este aplicabilă numai debitorului persoană juridică; are ca scop achitarea datoriilor debitorului și reintegrarea în final a acestuia în circuitul normal al afacerilor; presupune și se realizează pe baza unui plan de reorganizare supus unor formalități de elaborare, aprobare, confirmare și implementare cu un conținut determinat.

Procedura generală este procedura de insolvență prin care un debitor „intră după perioada de observație, succesiv în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau separat numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului” (art. 5, pct. 46 din Legea nr. 85/2014). Procedura reorganizării judiciare este o componentă alternativă a procedurii generale care urmează după perioada de observație și în caz de reușită determină închiderea procedurii de insolvență sau în caz de eșec poate determina deschiderea procedurii falimentului.

¹ I. Schiau, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 343.

² R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 599; S. D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 773; Gh. Piperea coordonator și colaborator, *Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații. Art. 1-203*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 206.

Reorganizarea judiciară este aplicabilă numai debitorului persoană juridică nu și profesionistului comerciant persoană fizică, pentru care în caz de insolvență se aplică falimentul.

O asemenea situație de practică economică a legii române este criticabilă³ deoarece sectorul economic ocupat de profesioniștii persoane fizice este important nu numai economic dar și social prin ocuparea de forță de muncă. Neacordarea șansei de redresare produce consecințe nu numai de natură economică dar și socială. Mai mult decât atât, această soluție a legii române contravine și normelor europene⁴ care recomandă șansa de redresare atât pentru corporații cât și pentru persoanele fizice.

Scopul procedurii reorganizării judiciare derivă din scopul Legii nr. 85/2014 care în art. 2 dispune că „scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil a șansei de redresare a activității acestuia”.

Scopul procedurii de acoperire a pasivului debitorului nu este exclusiv⁵, ci subsumat acordării șansei de redresare.

Exclusivitatea acoperirii pasivului operează numai dacă debitorul nu poate fi redresat și reintegrat în circuitul economic normal.

Scopul reorganizării judiciare de achitare a datoriilor debitorului și de reintegrare a debitorului în circuitul economic este consacrat la nivel de principiu și în art. 4 pct. 2 din Legea nr. 85/2014 în care se dispune că prevederile acestei legi se bazează și pe principiul „acordării unei șanse debitorului de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară”. Deci scopul reorganizării judiciare este redresarea și reintegrarea debitorului onest și viabil economic în circuitul normal al afacerilor.

Reorganizarea judiciară presupune existența unui plan de reorganizare ca instrument juridic⁶ de realizare a acesteia. Planul de reorganizare este supus unor formalități constitutive și de realizare constând în elaborarea, aprobarea, confirmarea și implementarea acestuia.

Conținutul planului de reorganizare poate să prevadă nelimitativ, împreună sau separat următoarele elemente: restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului; restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; restrângerea activității prin lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului (art. 5 pct. 54 din Legea nr. 85/2014).

Considerăm că reorganizarea judiciară⁷ este o modalitate de realizare a procedurii generale de insolvență aplicabilă numai debitorului profesionist persoană juridică, având ca scop achitarea datoriilor debitorului și reintegrarea acestuia în circuitul economic și

³ Gh. Piperea, coordonator și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 206.

⁴ Gh. Piperea, coordonator și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 206.

⁵ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *op. cit.*, 2014, p. 599.

⁶ S. D. Cârpenaru, *op. cit.*, 2014, p. 773.

⁷ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *op. cit.*, 2014, p. 600; S.D. Cârpenaru, *op. cit.*, 2014, p. 706.

care se desfășoară pe baza unui plan de reorganizare care cuprinde măsuri de restructurare și(sau) de restrângere a activității debitorului.

II. Ce este planul de reorganizare?

Planul de reorganizare nu este definit expres de Legea nr. 85/2014. Această lege cuprinde dispoziții privind existența *sine qua non* a acestuia în realizarea procedurii reorganizării judiciare precum și cu privire la elaborarea, aprobarea, confirmarea, implementarea și respectarea acestuia (art. 132-144).

Planul de reorganizare poate fi propus după caz și cu îndeplinirea anumitor condiții de către debitor, administratorul judiciar și de unul sau mai mulți creditori (art. 132 din Legea nr. 85/2014).

În conținutul său, planul de reorganizare trebuie să cuprindă perspectivele de redresare, programul de plată a creanțelor și măsurile pentru punerea sa în aplicare (art. 133 din Legea nr. 85/2014).

Votarea planului de reorganizare aparține creditorilor care sunt structurați pe categorii (ex.: creanțele care beneficiază de drepturi de preferință; creanțele salariale; creanțele bugetare; creanțele pentru creditorii indispensabili; celelalte creanțe chirografare) și în funcție de numărul acestora și de cuantumul valoric de cel pentru 30% al masei credale și de acceptarea de către minim una din categoriile defavorizate dacă s-a obținut majoritatea cerută pentru confirmare (art. 138-139 din Legea nr. 85/2014).

Planul de reorganizare este confirmat de judecătorul juridic dacă sunt îndeplinite condițiile de acceptare corespunzătoare majorității de vot obținute în funcție de numărul categoriilor de creditori care participă la vot de categoriile de creanțe defavorizate și de cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale (art. 139 din Legea nr. 85/2014). După intrarea în vigoare a sentinței prin care s-a confirmat planul de reorganizare activitatea debitorului se desfășoară conform planului.

Considerăm ca planul de reorganizare este principalul instrument juridic, propus și elaborat de persoanele cărora legea le conferă această posibilitate, care cuprinde perspectivele de redresare, programul de plată a creanțelor și măsurile pentru punerea sa în aplicare și care este votat de creditori și confirmat de judecătorul sindic și după care se desfășoară reorganizarea judiciară.

III. Natura juridică a planului de reorganizare

Planul de reorganizare este un act juridic având structura complexă⁸. El cuprinde elemente de natură convențională, jurisdicțională și legală⁹.

⁸ E. Tănăsică, *Reorganizarea judiciară – o șansă acordată debitorului în procedura generală de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 319.

⁹ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *op. cit.*, 2014, p. 600.

Componenta contractuală a planului de reorganizare este dată de obligațiile de plată asumate de către debitor cu acordul creditorilor care votează planul. Sentința de confirmare a planului pronunțată de judecătorul sindic are valențe jurisdicționale și de executare silită împotriva debitorului corespunzător mențiunilor din planul de reorganizare.

Caracterul legal al planului este dat de limitele și condițiile impuse de lege pentru propunerea, votarea și confirmarea acestuia, pe care judecătorul sindic le verifică înainte de a-l confirma.

În privința naturii juridice a planului de reorganizare în doctrina juridică au fost avansate opinii diferite și anume: planul de reorganizare este un contract de sine stătător cu caractere și efecte specifice¹⁰; planul de reorganizare este un act juridic multilateral complex, având natură convențională, jurisdicțională și legală¹¹; planul de reorganizare este un act juridic multilateral cu o natură complexă având caracter convențional, instituțional și jurisdicțional¹²; planul de reorganizare are natură juridică a unui act de procedură *sui generis* specific procedurii reorganizării judiciare¹³; planul de reorganizare este un act juridic *sui generis* deoarece cuprinde manifestările de voințe ale persoanelor abilitate de lege și concretizează măsurile necesare redresării activității debitorului în vederea plății creanțelor creditorilor¹⁴.

Considerăm că planul de reorganizare este un act juridic complex, specific procedurii reorganizării judiciare, având caracter convențional, jurisdicțional și legal, fiind încheiat prin manifestarea de voință a creditorilor și confirmat prin hotărâre de judecătorul sindic cu consecința producerii de efecte specifice.

IV. Cine are legitimitatea de a propune un plan de reorganizare și care sunt termenele, condițiile și interdicțiile de depunere?

1. Debitorul

a. Legitimitatea debitorului de a propune și depune planul de reorganizare

Debitorul are legitimitatea de a propune un plan de reorganizare și este primul subiect identificat de lege în cadrul categoriilor cu această vocație (art. 132 lit. a din Legea nr. 85/2014). Această ierarhizare are la bază ideea că el este cel care cunoaște¹⁵ cel mai bine situația sa economico-financiară și modalitățile de redresare a activității.

¹⁰ N. Țăndăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. C.H. Beck, București, 2000, p. 220.

¹¹ E. Tănăsică, *op. cit.*, 2008, p. 319.

¹² I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. C.H. Beck, 2001.

¹³ I. Adam, C. N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 612.

¹⁴ S. D. Cărpenaru, *op. cit.*, 2014, p. 773.

¹⁵ Gh. Piperea, coordonator și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 717.

b. Condițiile pentru ca un debitor să propună un plan de reorganizare

Debitorul poate propune un plan de reorganizare dacă sunt îndeplinite următoarele condiții: dacă a formulat intenția de reorganizare în termenele stabilite de lege; dacă are aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților.

Cele două condiții sunt impuse de lege pentru debitorul care are vocația de a depune un plan de reorganizare. În literatura juridică¹⁶ au fost avansată ideea că debitorul trebuie să îndeplinească încă alte două condiții și anume: să respecte termenul de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe pentru depunerea planului; să nu aibă interdicțiile impuse de lege pentru depunerea unui plan de reorganizare (să nu fi fost subiect al procedurii insolvenței în ultimii 5 ani; să nu fi fost el ori alte persoane în conexiune cu el condamnată pentru vreuna din infracțiunile prevăzute în art. 132 alin. 5 din Legea nr. 85/2014).

Termenul de 30 de zile prevăzut de lege pentru depunerea planului de reorganizare este un element procedural și nu o condiție privind valabilitatea actului de depunere a planului respectiv. Valabilitatea depunerii planului presupune îndeplinirea unor acte pozitive (ex.: aprobarea AGA; afirmarea intenției de reorganizare).

Interdicțiile impuse de lege debitorului nu pot fi considerate condiții pentru depunerea unui plan de reorganizare, deoarece ele sunt restricții și privesc pe debitorii care sunt excluși, exceptați ca sancțiune de la o asemenea posibilitate. Ori așa cum afirmam mai înainte condiția presupune îndeplinirea unui act și nu o restricționare.

Formularea intenției de reorganizare se face diferit după cum procedura a fost declanșată la cererea debitorului sau la cererea creditorilor. Când procedura insolvenței a fost declanșată de debitor, acesta trebuie să atașeze la cererea de deschidere a procedurii și o declarație prin care să își arate intenția de reorganizare [art. 67(1) lit. g]. În cazul în care declanșarea procedurii insolvenței aparține creditorilor, debitorul este obligat să depună în termen de 10 zile la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute la art. 67 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, între acestea fiind și declarația privind intenția de reorganizare (art. 74 din Legea nr. 85/2014).

Referitor la condiția formulării intenției de reorganizare și a consecinței decăderii de a propune un plan de reorganizare atunci când debitorul nu și-a manifestat această intenție în termenele stabilite de lege există opinii în literatura de specialitate¹⁷ în sensul că o asemenea sancțiune este excesivă și restricționează nejustificat șansa unei restructurări. Mai mult decât atât o asemenea concepție a sancțiunii decăderii contravine recomandărilor din Ghidul Legislativ UNCITRAL în materie de insolvență, privind redresarea afacerii printr-un plan de reorganizare. Sancțiunea decăderii debitorului din dreptul de a depune un plan de reorganizare ar trebui eliminată cel

¹⁶ Gh. Piperea, coordonator și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 707.

¹⁷ R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *op. cit.*, 2014, p. 603.

puțin atunci când acesta a contestat cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulată de unul sau mai mulți creditori și i-a fost respinsă contestația.

Prin aceasta s-ar respecta egalitatea de șanse a debitorului cu ceilalți participanți la procedură în condițiile în care există premise privind viabilitatea afacerii.

În privința celei de-a doua condiții, adică existența unei hotărâri a adunării generale a acționarilor/asociaților de aprobare a propunerii unui plan de reorganizare, Legea nr. 85/2014 nu cuprinde alte mențiuni¹⁸, precum ce fel de adunare generală trebuie să aprobe propunerea ori dacă este vorba de o aprobare de principiu sau despre un plan elaborat. După cum este redactat textul art. 132(1) din Legea nr. 85/2014 în sensul că „următoarele categorii de persoane vor depune un plan” și că „debitorul cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților” poate să depună un asemenea plan înseamnă că s-a avut în vedere depunerea la dosarul de insolvență a unui plan de reorganizare în toată dimensiunea sa care să fie aprobat de adunarea generală și nu o propunere. Cu privire la felul adunării generale s-a afirmat¹⁹ că aceasta este adunarea generală extraordinară sau ordinară, după caz, în funcție de conținutul și măsurile cuprinse în plan. Convocarea adunării generale se va face de administratorul special corespunzător competențelor conferite de lege acestuia.

c. Interdicții ale debitorului de a propune un plan de reorganizare

Debitorul are două interdicții impuse de lege în a propune un plan de reorganizare [art. 132(4) din Legea nr. 85/2014].

Prima interdicție se referă la debitorul care într-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive a mai fost subiect al procedurii insolvenței și care nu mai poate propune în această situație un plan de reorganizare. O asemenea interdicție considerăm ca a fost instituită de lege avându-se în vedere credibilitatea și nivelul de competență managerială a debitorului de a gestiona o afacere în condițiile în care la proxima perioadă de mai puțin de cinci ani anteriori cererii de deschidere a unei noi proceduri de insolvență el a mai beneficiat de șansa reorganizării. Este și o problemă de stabilitate a mediului de afaceri care nu poate fi asigurată cu întreprinzători care în perioade relativ scurte de 5 ani solicită succesiv să li se acorde noi șanse de redresare economico-financiară.

Cealaltă interdicție îl privește pe debitorul care el însuși, administratorii, directorii și/sau acționarii/asociații/asociații comandatari ai acestuia care dețin controlul asupra sa au fost condamnați definitiv pentru săvârșirea anumitor infracțiuni²⁰, care îl fac pe

¹⁸ Gh. Piperea, coordonator și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 716.

¹⁹ Gh. Piperea, coordonator și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 716.

²⁰ În art. 132(4) sunt menționate următoarele categorii de infracțiuni, săvârșite în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii: infracțiunile intenționate contra patrimoniului; de corupție și de serviciu, de fals; infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969; Legea nr. 31/1990; Legea nr. 82/1991; Legea nr. 21/1996; Legea nr. 78/2000; Legea nr. 656/2002; Legea nr. 571/2003; Legea nr. 241/2005 și infracțiunile prevăzute în Legea nr. 85/2014.

debitor nedemn în a propune un plan de reorganizare. Această interdicție a debitorului de a propune un plan de reorganizare nu echivalează cu situația în care debitorul nu poate fi supus reorganizării judiciare, deoarece a mai beneficiat în ultimii 5 ani de o asemenea procedură (art. 69 din Legea nr. 85/2014). Este clar că indiferent dacă au fost sau nu condamnați debitorul și/sau persoanele menționate în lege el nu mai poate fi supus procedurii și este decăzut din acest drept.

Dacă debitorul nu a fost supus unei reorganizări judiciare în ultimii 5 ani dar el sau persoanele prevăzute de lege au fost condamnate pentru infracțiunile care creează nedemnitățile de a propune un plan de reorganizare, el poate fi supus reorganizării, dar în baza unui plan propus de administratorul judiciar sau de către creditorii.

d. Termenul de propunere și depunere a planului de reorganizare de către debitor

Termenul de depunere a planului de reorganizare de către debitor este de 30 zile și începe să curgă de la data publicării tabelului definitiv de creanțe.

La cererea debitorului, termenul de depunere a planului de reorganizare poate fi prelungit de judecătorul sindic pentru motive temeinice, cu maximum 30 de zile. Cererea poate fi formulată și dispusă măsura prelungirii atât anterior publicării tabelului de creanțe cât și în termenul de 30 zile de la publicarea acestuia, când ar trebui depus planul. Motivele temeinice de prelungire se analizează de la caz la caz. S-a apreciat²¹ că obținerea unor aprobări sau acorduri ori avize esențiale pentru aprobarea planului (ex.: autorizate de mediu; licențe de export-import; acord pentru siguranță de incendii etc.) pot constitui motive temeinice pentru prelungirea termenului de depunere.

2. Administratorul judiciar

a. Legitimitatea administratorului judiciar de a propune și a depune un plan de reorganizare

Administratorul judiciar este identificat de lege în categoria persoanelor care are vocația de a propune un plan de reorganizare [art. 132(1) lit. b din Legea nr. 85/2014]. Administratorul judiciar după desemnarea sa trebuie să întocmească în cel mult 40 de zile un raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență [art. 97(1) din Legea nr. 85/2014]. Dacă debitorul nu se încadrează în categoria persoanelor supuse procedurii simplificate atunci administratorul judiciar va indica dacă există posibilitatea reală de reorganizare a activității debitorului pe baza unui plan de reorganizare judiciară.

În privința planului de reorganizare administratorul judiciar va trebui să precizeze dacă recomandă ca planul să fie propus de debitor, dacă la cererea debitorului înțelege să colaboreze la întocmirea planului sau dacă intenționează să propună un

²¹ S. D. Cărpenaru, M. A. Hotca, V. Nemeș, *op. cit.*, 2013, p. 376.

alt plan singur sau împreună cu unul sau mai mulți creditori (art. 97 alin. 3 din Legea nr. 85/2014).

Administratorul judiciar în virtutea competențelor de examinare a situației economice a debitorului și de întocmire a unui raport în acest sens are dimensiunea stării în care se află debitorul și a perspectivei acestuia. În calitatea sa de practician în insolvență și specialist în probleme de reorganizare și lichidare, administratorul judiciar poate propune soluții viabile de redresare a debitorului și de aceea apreciem că legea i-a conferit această posibilitate de a propune și depune un plan de reorganizare.

O problemă care s-a ridicat în doctrina și practica judiciară a fost dacă administratorul judiciar are dreptul sau obligația de a propune un plan de reorganizare. S-a răspuns²² că propunerea planului de reorganizare de către administratorul judiciar este un drept și nu o obligație, chiar dacă prin raportul său acesta precizează că activitatea debitorului poate fi redresată pe baza unui plan de reorganizare judiciară.

b. Condițiile pentru ca administratorul judiciar să propună un plan de reorganizare

Legea nr. 85/2014 nu cuprinde nicio condiție pe care să o îndeplinească administratorul judiciar pentru a propune un plan de reorganizare. El trebuie să respecte doar termenul limită de depunere de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe. Nu este necesar ca administratorul judiciar să-și fi exprimat anterior intenția de reorganizare.

c. Termenul de propunere și depunere a planului de reorganizare de către administratorul judiciar

Administratorul judiciar poate propune un plan de reorganizare încă de la data desemnării sale. Termenul limită de depunere a unui asemenea plan este de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe și începe să curgă de la acest moment. Administratorul judiciar poate solicita pentru motive temeinice judecătorului sindic să prelungească termenul de depunere cu maximum 30 de zile.

Cererea de prelungire poate fi făcută atât înainte de publicarea tabelului definitiv de creanțe cât și în termenul de 30 de zile de la publicarea acestuia.

4. Unul sau mai mulți creditori

a. Legitimitatea unuia sau mai multor creditori de a propune și depune planul de reorganizare

Unul sau mai mulți creditori deținând împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe sunt identificați de lege ca

²² Gh. Piperea și colaboratorii, *op. cit.*, 2017, p. 719; C. Ap. București, secția VI-a cam., Dec. nr. 2175/2005 citată de S.D. Cărpenu, M-A Hotca, V. Nemeș în *op. cit.*, 2014, p. 375.

având vocația de a propune și depune un plan de reorganizare [art. 132 (1) lit. c, din Legea nr. 85/2014]. Creditorilor nu le este indiferentă modalitatea de realizare a procedurii, cu atât mai mult cu cât scopul urmărit de ei în procedură este să-și recupereze creanțele pe care le au față de debitor. O procedură de reorganizare este de preferat procedurii de lichidare, iar șansele recuperării creanțelor sunt mai mari în cazul redresării debitorului, decât atunci când i se lichidează averea prin faliment. De aceea considerăm că față de scopul procedurii și față de poziția creditorilor în această procedură prin lege a fost acordat creditorilor dreptul de a propune și depune un plan de reorganizare.

b. Condițiile pentru ca unul sau mai mulți creditori să propună și să depună un plan de reorganizare

Legea nr. 85/2014 prevede pentru unul sau mai mulți creditori în a propune și a depune un plan de reorganizare condiția de a deține împreună sau separat 20% din valoarea totală a creanțelor înscrise în tabelul definitiv de creanțe.

De ce 20% și nu mai mult sau mai puțin poate fi o întrebare al cărei răspuns trebuie raportat la scopul procedurii, la legitimitatea creditorilor de a propune un plan de reorganizare și la exprimarea unei voințe valabile a acestora corespunzător scopului urmărit de ei.

Apreciem că o asemenea cotă procentuală este rezonabilă dacă avem în vedere drepturile creditorilor în a propune ori a iniția anumite acte în procedură. În condițiile în care creditorii care dețin cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot pot să convoace adunarea creditorilor iar ședințele adunării creditorilor pot avea loc în prezența titularilor însemnând cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot și deciziile în aceste ședințe pot fi adoptate valabil prin votul expres al titularilor majorității prin valoare a creanțelor prezente cu drept de vot, o asemenea cotă procentuală de 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv în a propune și depune un plan de reorganizare se pare a fi rezonabilă. Procentul de 20% se poate realiza fără a avea vreo relevanță felul creanțelor²³.

c. Obligația de a pune la dispoziția creditorilor informațiile existente și necesare pentru redactarea planului

Debitorul are obligația de a pune la dispoziția creditorilor următoarele acte: ultima situație financiară anuală, certificată de către administrator și cenzor/auditor, bilanța de verificare pentru luna precedentă datei înregistrării cererii de deschidere a procedurii [art. 67(1) lit. a din Legea nr. 85/2014]; lista completă a tuturor bunurilor debitorului, incluzând toate conturile și băncile prin care debitorul își rulează

²³ S.D. Cărpenaru, M-A Hotca, V. Nemeș, *op. cit.* 2014, p. 376.

fondurile, iar pentru bunurile grevate se vor menționa datele din registrele de publicitate [art. 67 (1) lit. b, din Legea nr. 85/2014]; contul de profit și pierdere pe anul anterior depunerii cererii [art. 67 (1) lit. e din Legea nr. 85/2014]; lista tuturor creanțelor născute în timpul procedurii [art. 132 (1) lit. c din Legea nr. 85/2014]; orice alte documente solicitate care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare [art. 132 (1) lit. c din Legea nr. 85/2014]. Aceste documente trebuie să fie actualizate corespunzător tabelului definitiv de creanțe. Aceste acte trebuie să fie solicitate de către creditorii.

Punerea la dispoziția creditorilor a actelor și informațiilor existente și necesare pentru redactarea planului se face de către debitor prin administratorul special, dacă nu i s-a ridicat dreptul de administrare sau prin administratorul judiciar în măsura în care acesta le deține, dacă dreptul de administrare al debitorului a fost ridicat. Termenul de punere la dispoziție a actelor mai înainte menționate este de 10 zile de la primirea solicitării.

Apreciem că atunci când legiuitorul a impus obligația punerii la dispoziția creditorilor a actelor menționate și nu a altora a avut în vedere faptul că acestea conțin informațiile de bază privind situația patrimonială a debitorului și pe care se poate elabora un plan de reorganizare realist, credibil și viabil.

Néndeplinirea obligației de punere la dispoziția creditorilor a actelor și informațiilor existente și necesare pentru redactarea planului de reorganizare este sancționată diferit²⁴ după cum cererea de deschidere a procedurii insolvenței este făcută de debitor sau de creditorii.

Când cererea de deschidere a procedurii aparține debitorului sancțiunea pentru nepunerea la dispoziție a actelor și informațiilor prevăzute în art. 67(1) din Legea nr. 85/2014 și implicit necesare redactării planului de reorganizare este chiar respingerea cererii.

În situația în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de creditorii sancțiunea pentru nedepunerea actelor și informațiilor prevăzute în art. 82 din Legea nr. 85/2014 și art. 67(1) din Legea nr. 85/2014 și implicit necesare redactării planului de reorganizare, sancțiunea este ridicarea dreptului de administrare al debitorului. Tot în această situație poate fi aplicată persoanelor responsabile (ex: administratorul judiciar; administratorul special) cu punerea la dispoziție a actelor și informațiilor către creditorii, în caz de neconformare, sancțiunea amenzii judiciare de la 1000 lei la 5000 lei [art. 82 (2) și art. 60(2) din Legea nr. 85/2014].

Toată această construcție juridică de obligații și sancțiuni privind asigurarea unui tratament echitabil tuturor celor care au vocația de a propune și depune un plan de reorganizare fără obstrucții din partea debitorului este fundamentată²⁵ pe

²⁴ R. Bufan, A. Deli- Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *op. cit.* 2014, p. 605.

²⁵ R. Bufan, A. Deli- Diaconescu, F. Moțiu coordonatori și colaboratorii, *op. cit.* 2014, p. 605-606.

principiul asigurării unei proceduri eficiente și pe cel al asigurării unui grad ridicat de transparență și previzibilitate în procedură.

d. Termenul de propunere și depunere a planului de reorganizare de către creditorii

Termenul de propunere și depunere a planului de reorganizare de către creditorii este de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe și începe să curgă de la acest moment.

Creditorii pot solicita pentru motive temeinice judecătorului sindic să prelungească termenul de depunere a planului de reorganizare cu maximum 30 de zile. (ex: obținerea unor avize, acorduri esențiale pentru aprobarea planului; efectuarea unor studii de specialitate în piață; parcurgerea unor proceduri administrative de informare și obținere de date).

V. Ce obiect poate avea planul de reorganizare?

Planul de reorganizare poate să prevadă nelimitativ, împreună sau separate următoarele: restructurarea și continuarea activității debitorului; lichidarea parțială sau totală a unor bunuri din averea debitorului și restrângerea activității acestuia [art. 132 (3) și art. 5 pct. 54 din Legea nr. 85/2014]. Modalitățile de restructurare a activității debitorului pot fi restructurarea operațională și (sau) financiară sau restructurarea corporativă.

Restructurarea operațională și (sau) financiară presupune adoptarea unei măsuri de redimensionare²⁶ și optimizare a activității și a personalului, de procurare de resurse financiare și reducerea cheltuielilor și de performare a managementului.

Restructurarea corporativă constă în măsuri privind majorarea capitalului social prin emisiunea de acțiuni și atragerea de numerar sau conversia de datorii în schimbul acestora, dar și măsuri de emiterie de obligațiuni pentru atragerea de fonduri necesare continuării activității.

Lichidarea unor bunuri din averea debitorului se poate face prin valorificarea acestora și obținerea de fonduri în schimb pentru desfășurarea în continuare a activității la un nivel restrâns dar optim pentru viabilitatea afacerii. Sumele obținute pot fi folosite și pentru plata datoriilor debitorului.

²⁶ S.D. Cârpenaru, *op. cit.* 2014, p. 774.

**CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA EFECTELE SUSPENSIVE
ALE ART. 75 DIN LEGEA NR. 85/2014 PRIVIND
PROCEDURILE DE INSOLVENȚĂ ȘI DE INSOLVENȚĂ
ASUPRA ACȚIUNILOR ÎN REZOLUȚIUNEA CONTRACTELOR
DE VÂNZARE-CUMPĂRARE ÎNTEMEIATE PE ART. 1549
COD CIVIL AFLATE PE ROLUL INSTANȚELOR SAU INTRODUSE
DUPĂ DESCHIDEREA PROCEDURII INSOLVENȚEI**

*Lector univ. dr. Carmen Adriana DOMOCOȘ
Facultatea de Drept, Universitatea din Oradea
Judecător, Tribunalul Bihor*

Rezumat

Deschiderea procedurii insolvenței are ca efect imediat suspendarea judecării tuturor acțiunilor judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită demarate pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Efectul se realizează în temeiul prevederilor art. 75 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, text care preia în mare parte reglementarea anterioară a art. 36 din Legea nr. 85/2006². De la apariția noii reglementări, determinarea sferei de acțiune a măsurii suspendării judecării a format obiectul preocupării unei părți a doctrinei, urmare a unor disfuncționalități întâlnite în practica judiciară, fie prin extrapolarea exagerată și a măsurii suspendării judecării oricărui tip de acțiune în instanță în care era implicat debitorul intrat în procedura insolvenței, fie prin excluderea de la măsura suspendării judecării și soluționarea unor cauze aflate pe rolul instanțelor sau introduse după deschiderea procedurii insolvenței cu efect direct asupra averii debitorului și cu consecința decompensării procedurii insolvenței.

Lucrarea prezintă un punct de vedere cu privire la o soluțiile privind acțiunile admise și soluționate în afara procedurii insolvenței, neafectate de suspendarea ope legis impusă de art. 75 din Legea nr. 85/2014. Este vorba despre acțiunile în rezilierea/rezoluțiunea unui contract de vânzare-cumpărare încheiat înainte de deschiderea procedurii insolvenței cumpărătorului, urmare a neplății prețului de către cumpărător, acțiuni fundamentate pe prevederile art. 1549 și urm. Cod civil și aflate

¹ Legea nr. 85/2014 a fost publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

² Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M. Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006.

pe rol sau acțiunile introduse după deschiderea procedurii insolvenței cumpărătorului debitor de către creditorul-vânzător, urmare a cărora bunul iese din patrimoniul debitorului, deci din masa credală și revine în patrimoniul creditorului-vânzător care nu și-a încasat prețul înainte de deschiderea procedurii insolvenței.

Cuvinte-cheie: debitor-cumpărător în insolvență, acțiuni în rezilierea/rezoluțiunea contractelor, suspendarea ope legis a acțiunilor îndreptate împotriva averii debitorului, procedura insolvenței, efect suspensiv, art. 1549 și urm. Cod Civil

Considerations about the suspensive effect by the article no 75 of the law no 85/2014 regarding the insolvency proceedings in the trials

Abstract

The insolvency proceedings has as the ope legis effect the suspension of the trials or procedures regarding the debts of the debtor. This effect is based on the article no 75 of The Law no 85/2014, the former article no 36 of The Law no 85/2006. Under the new legislation, the law doctrine was precupated of the controversial jurisprudence in this matter, considering the different judgments on the issue.

The paper represents a point of view regarding the judgment in the litigations in which the credit claims the dissolution of the sale and purchase contract with the debtor, based on the article no 1549 Civile Code. So, after the courts interpretation, the reisspossible that the sold good not to be any longer in the property of the debtor and to return in the patrimony of the credit, which have payed for it before the bankruptcy, or the sold good to remain in the patrimony of the debtor, due on the suspensive effect of the insolvency proceedings.

Keywords: *the debtor-purchase in insolvency proceeding, the suspensive effects, the suspension ope legis of the effects of claims againts tthe debtors patrimony, insolvency proceedings, article no 1549 The Civil Code*

Prin instituirea și deschiderea procedurii insolvenței, legiuitorul a dorit să creeze o procedură colectivă pentru acoperirea pasivului debitorului³ în care unul din principiile de bază să-l reprezinte asigurarea unui tratament egal al creditorilor de același rang, așa cum reiese din preambulul actului normativ evocat⁴.

³ Art. 2 din Legea nr. 85/2014.

⁴ Legea stabilește regulile în domeniul prevenirii insolvenței și al insolvenței. Scopul legii este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia.

Unul dintre cele mai importante efecte ale deschiderii procedurii insolvenței îl reprezintă suspendarea tuturor acțiunilor judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită demarate pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Instituirea acestui efect se face prin art. 75, rațiunea acestui text de lege, fiind de a nu mai permite unor creditori să deruleze acțiuni și urmăriri individuale împotriva debitorului, odată ce procedura insolvenței a fost deschisă, legea dorind a garanta ca valorificarea patrimoniului să se facă în mod colectiv și organizat sub supravegherea judecătorului sindic, fără ca anumite părți din patrimoniu să fie sustrate sau exceptate. Suspendarea operează prin efectul legii și trebuie numai constatată, la sesizarea sau cererea persoanei interesată⁵.

Prevederile art. 75 din Legea nr. 85/2014 reiau în mare parte conținutul art. 36 din prima lege a insolvenței⁶ și datorită modului de reglementare, considerat lapidar, incomplet și deloc clar⁷ a generat în practică soluții neunitare și contradictorii, soluții care au format obiectul preocupărilor doctrinei⁸.

Similitudinea de reglementare între art. 36 din Legea nr. 85/2006 și art. 75 din Legea nr. 85/2014 face ca valoarea studiilor privitoare la domeniul de aplicare a acestor prevederi normative și consecințele practice ale deciziilor de speță date pe temeiul acestora să se fi păstrat.

Deși, comparativ cu prevederile Legii nr. 85/2006, actualul Cod al insolvenței a înglobat o serie de soluții legislative menite a clarifica o parte din efectele născute din aplicarea suspendării *ope legis* a judecării **acțiunilor judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită demarate pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului, se impune cu necesitate a stabili care sunt acțiunile judiciare de drept comun care se suspendă** urmare a deschiderii procedurii insolvenței, cu precizarea că, în opinia noastră, suspendarea judecării va împiedica atât continuarea acțiunilor începute, cât și începerea unor acțiuni noi „*pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului*”.

Și aceasta deoarece au fost identificate⁹, pe de o parte, situații în care aplicarea generală și literală a prevederilor legale invocate *supra* produce consecințe care exced rațiunii urmărite de legiuitor prin instituirea normei în discuție; astfel, acestea pot avea efect prejudiciabil pentru ceilalți participanți la circuitul civil, respectiv pentru creditorii care nu se pot prevala de un titlu executoriu pentru a se înscrie la masa

⁵ Ion Turcu, *Codul insolvenței – Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, Ed. C.H. Beck, ed. a 5-a, București, 2015, p. 231.

⁶ Legea nr. 85/2006 publicată în M. Of. nr. 359 din 21 aprilie 2016, în vigoare până în data de 27 iunie 2014.

⁷ Gheorghe Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 493.

⁸ Florina Popa, *Punct de vedere asupra domeniului de aplicare a prevederilor art. 36 din Legea nr. 85/2006 în ceea ce privește „acțiunile judiciare în realizarea unei creanțe”*, p. 3.

disponibil pe <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1481045737-lect.-univ.-dr.-florina-popa.pdf>.

⁹ Florina Popa, *op. cit.*, p. 3 disponibil pe <https://drept.uvt.ro/administrare/files/1481045737-lect.-univ.-dr.-florina-popa.pdf>.

credală a debitorului intrat în insolvență, și care, la data deschiderii procedurii insolvenței împotriva debitorului, au calitatea de reclamanti în litigii declanșate în acest scop, litigii în care este evidentă lipsa oricărui pericol ca creditorul respectiv să-și poată „realiza” creanța împotriva debitorului, câtă vreme nu deține un titlu executoriu; pe de altă parte, există situații în care instanțele au admis acțiuni cu conținut patrimonial pe care le-au considerat excepții de la aplicarea art. 36 din Legea nr. 85/2006 sau a art. 75 din Legea nr. 75/2014, soluții de speță prin care a fost înfrânt principiul „*acordării unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară*”¹⁰ și cel al „*asigurării unui tratament egal al creditorilor de același rang*”¹¹.

Deopotrivă la fel de “nocive” astfel de acțiuni, indiferent de soarta lor, în opinia noastră, este controversată în practica judiciară și în doctrină admisibilitatea acțiunilor în rezoluțiunea unui contract de vânzare-cumpărare urmare a neplății prețului de către cumpărător, acțiuni fundamentate pe prevederile art. 1549 și urm. Cod civil¹² și introduse după deschiderea procedurii insolvenței cumpărătorului debitor.

Într-o decizie de speță¹³ instanța a dispus admiterea acțiunii reclamantului căruia nu i-a fost achitat prețul pentru vânzarea unui imobil înstrăinat anterior intrării în procedura insolvenței a cumpărătorului debitor, și care în același timp cu depunerea declarației de creanță pentru prețul neîncasat, a promovat pe calea unei acțiuni separate o cerere în rezoluțiune întemeiată pe prevederile art. 1020-1021 din Codul civil de la 1864,¹⁴ solicitând instanței rezoluțiunea contractului de vânzare-cumpărare ca urmare a neplății prețului de către cumpărătorul debitor și radierea din cartea funciară a dreptului de proprietate al debitorului cumpărător.

Pentru a admite această acțiune, atât instanța de fond, cât și instanța de apel¹⁵ au respins cererea de suspendare a soluționării cauzei în temeiul prevederilor art. 36 din Legea nr. 85/2006, reținând că acest text de lege ar avea drept scop menținerea averii debitorului în starea existentă la deschiderea procedurii, și că el vizează doar suspendarea *ope legis* a acțiunilor care urmăresc stabilirea unui drept de creanță, nu și a celor ce au ca obiect anularea unor acte/contracte, acțiunea nevizând realizarea unui drept de creanță, ci redobândirea în patrimoniu a unui drept real.

De asemenea, în hotărârile judecătorești amintite s-a reținut că, în cazul unei societăți comerciale aflate în procedura insolvenței se aplică prioritar normele legii insolvenței, însă principiul priorității procedurii insolvenței față de procedura de drept comun vizează doar acele dispoziții ale acesteia care sunt derogatorii de la drep-

¹⁰ Art. 4 pct. 2 din Legea nr. 85/2014.

¹¹ Art. 4 pct. 4 din Legea nr. 85/2014.

¹² Legea nr. 287/2009 publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

¹³ Tribunalul Bihor, s. com. nr. 89 din 03.02.2015 nepublicată.

¹⁴ În vigoare până în data de 1 octombrie 2011.

¹⁵ Curtea de Apel Oradea, dec. nr. 193 din 2 septembrie 2015.

tul comun, astfel că prevederile Codului Civil privitoare la rezilierea/rezoluțiunea contractelor sunt aplicabile, întrucât legea privind procedura insolvenței nu cuprinde dispoziții derogatorii în ce privește rezoluțiunea sau executarea contractelor de vânzare-cumpărare a bunurilor imobile.

Prin admiterea unei astfel de acțiuni, soluție împărțită și de alte instanțe, se creează, în opinia noastră, premisele eludării dispozițiilor legale instituite în materia procedurii insolvenței de către acei creditori titulari ai unor drepturi de creanță născute din operațiuni de vânzare-cumpărare a unor bunuri imobile, dar și mobile corporabile, intrate în patrimoniul cumpărătorului debitor și neachitate, care ar putea fi astfel „recuperate” în natură și integral în detrimentul celorlalți creditori.

Catalogarea unei acțiuni în reziliere/rezoluțiune fundamentată pe prevederile art. 1549 și urm. din Codul civil (corolarul art. 1020-1021 din Codul civil de la 1864) ca nefiind una ce vizează stabilirea unui drept de creanță sau executarea creanței prin „întoarcerea” a însuși bunului în patrimoniul vânzătorului, și deci „nevizate” de cerința suspendării impuse de art. 75 din Legea nr. 85/2014, pare a nu fi una conformă literei și spiritului legii procedurii insolvenței.

Astfel, așa cum se reține în chiar considerentele hotărârilor judecătorești invocate, prevederile Legii nr. 85/2014 se aplică prioritar față de procedura de drept comun. Prin urmare, pentru a putea stabili ce se înțelege prin „drept de creanță”, „normă generală” și „normă derogatorie”, „averea debitorului”, „procedură colectivă” se impune să ne raportăm la prevederile acestui act normativ.

La momentul deschiderii procedurii insolvenței întregul patrimoniu al firmei debitoare se constituie ca și garanție a creanțelor tuturor debitorilor, în scopul „asigurării unui tratament egal al creditorilor de același rang” și „recunoașterii drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor, având la bază un set de reguli clar determinate și uniform aplicabile”. În sensul Legii nr. 85/2014, „averea debitorului” o reprezintă totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite potrivit art. 15 pct. 5 Codul de procedură civilă¹⁶.

Continuarea sau demararea acțiunilor individuale ale creditorilor după deschiderea procedurii colective prezintă inconvenientul micșorării activului patrimonial al debitorului în detrimentul colectivității creditorilor, lăsându-i pe creditori, alții decât creditorul urmăritor, în afara protecției oferite de procedura colectivă, precum și pe acela al reducerii șanselor reorganizării debitorului. În plus, apare și o incertitudine la nivelul masei pasive, masă care nu ar putea fi stabilită cu exactitate, în condițiile în care unele creanțe ar fi realizate individual, în afara procedurii¹⁷.

¹⁶ Art. 5 pct. 5

¹⁷ Tribunalul Bacău, dec. nr. 21 din 9 februarie 2016, disponibilă pe <http://www.avocatura.com/speta/472967/pretentii-tribunalul-bacau.html>

Raportat la acest deziderat, odată deschisă procedura insolvenței, derularea tuturor cererilor privitoare la bunurile, lichiditățile, patrimoniul și executarea contractelor încheiate de debitor înainte de deschiderea procedurii insolvenței sunt de competența judecătorului sindic, nefiind admise astfel de acțiuni în afara procedurii insolvenței.

Sesizată cu o excepție de neconstituțională a prevederilor art. 36 din Legea nr. 85/2006, prin Decizia nr. 169/2013, Curtea Constituțională¹⁸ a concluzionat că „*existența unor acțiuni paralele cu procedura concursuală prevăzută de lege ar produce incertitudine cu privire la masa credală, fapt ce ar face imposibilă evaluarea activului și pasivului averii debitorului, în vederea distribuirii rezultatului lichidării*”.

Or, prin admiterea posibilității promovării de acțiuni în reziliere/rezoluțiune fundamentate pe dreptul comun, în realitate o acțiune directă menită a valorifica efectiv creanța prin „încasarea” ei în natură, care să urmeze o cale de soluționare paralelă procedurii insolvenței cu consecința „extragerii” din averea debitorului a bunului imobil sau mobil corporal, este înfrânt tocmai acest deziderat impus de legea insolvenței.

Așa cum s-a subliniat în literatura de specialitate¹⁹, deschiderea procedurii insolvenței urmărește direcționarea unică și obligatorie a creditorului către masa credală a debitorului insolvent. O astfel de direcționare a acordat astfel conținut sancțiunii drastice a pierderii însuși dreptului de creanță, la nivel substanțial, prin imposibilitatea de protecție la nivel procedural, derivată din sancțiunea decăderii prevăzută de dispozițiile art. 114 alin. (1) din lege²⁰.

Analiza admisibilității sau nu a acțiunilor în reziliere/rezoluțiunea contractelor fundamentate pe prevederile art. 1549 și urm. Cod civil (corolarul art. 1020-1021 din Codul civil de la 1864) trebuie să aibă în vedere și reglementarea de detaliu pe care legiuitorul a făcut-o cu privire la o serie de situații-premisă, situații în care a permis derularea unei serii de operațiuni juridice atipice procedurii generale a insolvenței.

Este cazul art. 90 din Legea nr. 85/2014 care permite ca și după deschiderea procedurii de insolvență să nu fie afectat dreptul unui creditor de a invoca compensarea

¹⁸ Decizia nr. 169 din 19.03.2013 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 205 din 10 aprilie 2013.

¹⁹ Andrea Deli-Diaconescu, *Implicațiile suspendării legale a acțiunilor în realizarea creanțelor împotriva debitorului în raport de procedura de drept comun*, disponibil pe <http://www.unpir.ro/oldsite/phoenix/pdf/revista58.pdf>, p. 9.

²⁰ „*Cu excepția cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 42, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b), va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură. El nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase*”.

creanței sale cu cea a debitorului pe care o are asupra sa, atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legala sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii.

În mod similar, art. 123 din Legea nr. 85/2014 reglementează în detaliu procedura care poate fi urmată în cazul contractelor cu executare succesivă aflate în derulare²¹.

Mai mult, art. 124 din Legea nr. 85/2014 prevede expres și limitativ care este singura situație în care vânzătorul unui bun mobil vândut debitorului și nepătit de acesta - bun care era în tranzit la data deschiderii procedurii, astfel că el nu se afla încă la dispoziția debitorului și nici alte părți nu au dobândit drepturi asupra lui - își poate lua înapoi bunul. De asemenea, textul prevede expres că *“Dacă vânzătorul admite ca bunul sa fie livrat, el va putea recupera prețul prin înscrierea creanței sale în tabelul de creanțe. Dacă administratorul judiciar/lichidatorul cere ca bunul sa fie livrat, el va trebui sa ia masuri sa se plătească din averea debitorului întregul preț datorat în baza contractului.”*

Aceasta este singura excepție de la procedura recuperării prin sindicalizarea intereselor creditorilor și contopirea creanțelor lor într-o singură colectivitate,

²¹ „Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, art. 1.417 din Codul civil nefiind aplicabil. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare, de decădere din beneficiul termenului sau de declarare a exigibilității anticipate pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule. Prevederile referitoare la menținerea contractelor în derulare și la nulitatea clauzelor de încetare sau accelerare a obligațiilor nu sunt aplicabile în privința contractelor financiare calificate și a operațiunilor de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală. În vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, într-un termen de prescripție de 3 luni de la data deschiderii procedurii, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate să denunțe orice contract, închirierile neexpire, alte contracte pe termen lung, atât timp cât aceste contracte nu au fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate. Administratorul judiciar/Lichidatorul judiciar trebuie să răspundă, în termen de 30 de zile de la primire, notificării contractantului, formulată în primele 3 luni de la deschiderea procedurii, prin care i se cere să denunțe contractul; în lipsa unui astfel de răspuns, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu va mai putea cere executarea contractului, acesta fiind socotit denunțat. Contractul se consideră denunțat:

a) la data expirării unui termen de 30 de zile de la recepționarea solicitării cocontractantului privind denunțarea contractului, dacă administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu răspunde;

b) la data notificării denunțării de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar.

(2) Dacă solicită executarea contractului, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar precizează trimestrial, în cadrul rapoartelor de activitate, dacă debitorul dispune de fondurile bănești necesare achitării contravalorii bunurilor sau prestațiilor furnizate de cocontractant.

(3) Debitorul decade din beneficiul termenului dacă, în primele 3 luni de la data deschiderii procedurii, cocontractantul notifică administratorului judiciar intenția privind denunțarea contractului sau declararea anticipată a exigibilității. Ulterior menținerii contractului, cocontractantul poate solicita rezilierea acestuia pentru culpa debitorului, soluționarea cererii făcându-se de judecătorul-sindic.

(4) În cazul denunțării unui contract, o acțiune pentru despăgubiri poate fi introdusă de către cocontractant împotriva debitorului și va fi soluționată de judecătorul-sindic. Drepturile stabilite în favoarea cocontractantului în urma exercitării acțiunii în despăgubiri se vor plăti acestuia potrivit prevederilor art. 161 pct. 4, pe baza hotărârii în temeiul căreia i-au fost recunoscute, rămasă definitivă.”

denumită *masa credală*,²² nefiind admisibilă în baza principiului *exceptio est strictissimae interpretationis*, extrapolarea posibilității recuperării în natură a bunului vândut înainte de deschiderea procedurii insolvenței, după deschiderea procedurii insolvenței urmare a neplății prețului prin acțiuni derulate procedural în paralel și separat de procedura insolvenței, cu efecte directe asupra averii debitorului. Excepțiile sunt de strictă interpretare și, în lipsa voinței legiuitorului, ele nu pot fi adăugate prin analogie, după voința celui care o interpretează²³.

Trebuie amintite și reglementările cuprinse în art. 125-131 din Legea nr. 85/2014, reglementări care cuprind reguli clare ce pot fi urmate cu privire la anumite contracte încheiate de debitor înainte de deschiderea procedurii insolvenței.

Analiza prevederilor art. 114, art. 124, și ale art. 181 din Legea nr. 85/2014 conduce la concluzia că creditorul unei firme intrată în procedura insolvenței nu are drept de opțiune în a solicita restituirea în natură a bunurilor transmise și intrate în patrimoniul debitorului sau de a opta pentru înscrierea la masa credală printr-o declarație de creanță.

Aceasta deoarece prin recunoașterea admisibilității acțiunilor în reziliere/rezoluțiune promovate după deschiderea procedurii insolvenței pentru neplata prețului pentru bunurile imobile și cele mobile corporale s-ar crea un dezechilibru față de furnizorii de servicii sau bunuri ce nu mai pot fi rambursate în natură, s-ar realiza o discriminare între titularii unor creanțe împotriva averii debitorului, creanță provenită din vânzarea unui bun imobil sau mobil corporal aflat în natură averea debitorului și toate celelalte creanțe: vânzări de bunuri mobile incorporale sau corporale care nu se mai găsesc în natură în averea debitorului, impozite și taxe, împrumuturi etc., în condițiile în care insolvența este consecința imposibilității plății datoriiilor certe, lichide și exigibile, indiferent de sursa nașterii lor.

Pe de altă parte, instanța noastră supremă a statuat într-o decizie de speță că²⁴ „în cazul neexecutării culpabile a obligațiilor unui contract sinalagmatic, creditorul are un drept de opțiune între executarea silită (directă sau indirectă) și rezoluțiunea sau rezilierea contractului, nefiind posibilă exercitarea concomitentă a acestor drepturi, fără a exista o ordine a exercitării celor doua variante, în principiu, fiind posibil ca, după ce și-a exercitat dreptul de alegere, creditorul să își schimbe opțiunea inițială, cu condiția, de a nu se realiza efectiv una dintre variante și a nu exista anumite piedici procedurale.”

Or, piedica procedurală de care vorbește instanța supremă în situația-premisă analizată este însăși deschiderea procedurii insolvenței debitorului-cumpărător.

²² Andrea Deli-Diaconescu, *op. cit.*, p. 8 disponibil pe <http://www.unpir.ro/oldsite/phoenix/pdf/revista58.pdf>

²³ A se vedea în acest sens și Decizia nr. 10 din 18 iunie 2012 publicată în M. Of. nr. 495 din 19 iulie 2012.

²⁴ Decizia nr. 2060 din 24 aprilie 2012 disponibilă pe <https://www.juridice.ro/206973/iccj-actiune-in-reziliere-vs-executare-silita-in-natura.html>.

Soluția suspendării soluționării unor acțiuni în rezilierea/rezoluțiunea contractului de vânzare-cumpărare urmare a neplății prețului vizează, în opinia noastră, deopotrivă cauzele aflate pe rol la data deschiderii procedurii insolvenței și pe cele introduse după acest moment de creditorul-vânzător.

Un alt argument al inadmisibilității admiterii unor astfel de acțiuni și al necesității suspendării lor *ope legis*, în baza art. 75 din Legea nr. 85/2014, îl reprezintă potențialul efect pe care-l poate avea admiterea acestora asupra șanselor de redresare eficientă și efectivă a afacerii debitorului prin procedura de reorganizare judiciară, principiu de bază al procedurii insolvenței²⁵ și golirea de conținut a principiului favorizării, în procedurile de prevenire a insolvenței, a negocierii/renegocierii amiabile a creanțelor și a încheierii unui concordat preventiv²⁶.

Una din condițiile fundamentale de reușită a unui plan de reorganizare este regândirea operațională a activității debitorului, imposibil de realizat prin diminuarea elementelor de patrimoniu intervenită intempestiv, și eventual cu privire la bunuri, fără de care continuarea activității nu este posibilă.

De altfel, unul din principiile adoptate de Banca Mondială cu privire la procedura insolvenței pe baza studiului și analizei comparate a sistemelor de drept existente este cel al cenzurării inițiativelor creditorilor de a dezmembra averea debitorului în scopul asigurării unui tratament corect și echitabil creditorilor aflați pe aceeași poziție²⁷.

În aceeași ordine de idei, recunoașterea posibilității promovării paralele cu procedura insolvenței a unor acțiuni în rezilierea/rezoluțiunea contractului încheiat cu debitorul intrat în insolvență pentru neplata prețului, duce la afectarea gravă a derulării activității administratorului judiciar sau lichidatorului, făcând imposibilă evaluarea activului și pasivului averii debitorului, în vederea punerii în aplicare a planului de reorganizare prin restrângerea activității și lichidarea parțială a activului din averea debitorului sau a distribuirii rezultatului lichidării.

Concluzionând, fără a absolutiza necesitatea aplicării suspendării *ope legis* a judecării oricărei acțiuni cu conținut economic îndreptată împotriva averii debitorului,²⁸ considerăm ca inadmisibilă derularea în paralel cu procedura insolvenței, indiferent dacă creditorul-vânzător și-a depus sau nu declarația de creanță cu privire la prețul

²⁵ Art. 4 pct. 2.

²⁶ Art. 4 pct. 10.

²⁷ *Falimentul în relațiile comerciale internaționale* disponibil pe <https://www.ujmag.ro/drept/drept-comercial/falimentul-in-relatiile-comerciale-internationale/rasfoire/>.

²⁸ A se vedea, spre exemplu decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 1409 din 15 mai 2014 disponibilă pe <http://www.medierenet.ro/2015/03/17/hotarare-iccj-privind-actiunea-in-revendicare-formulata-impotriva-unei-societati-in-insolventa/#.WcYU7bJJaUk> prin care s-a statuat că, acțiunea în revendicare nu este o acțiune în realizarea creanței împotriva averii debitorului de natura celor vizate de art. 36 din Legea nr. 85/2004 de art. 36 din Legea nr. 85/2006, fiind o acțiune prin care se urmărește valorificarea unui drept real și nu a unui drept de creanță asupra pârâtei aflate în procedura insolvenței.

neîncasat în procedura insolvenței, a unor acțiuni în rezilierea/rezoluțiunea contractelor de vânzare-cumpărare fundamentate pe prevederile dreptului comun, respectiv art. 1549 și urm. Cod civil (corolarul art. 1020-1021 din Codul civil de la 1864) ca urmare a neplății prețului, preț neîncasat ce se încadrează în categoria drepturilor de creanță ce urmează a fi valorificate prin procedura specială reglementată de Legea nr. 85/2014.

SITUAȚIA DIN CRIMEEA: EVOLUȚIE ȘI PERSPECTIVE

*Conf. univ. dr. Bogdan ADRIAN
Centrul de Științe Administrative și Politici Publice
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept*

Abstract

In the light of latest events that took place in the Crimea, the situation created is justified on the basis of the deformed application of the norms of international law, the interest of the Russian Federation being also to stop NATO to the east, thus changing the force ratio in the area. Crimea's approach to the Russian Federation opens the way for the territorial change of the former states that have joined the U.S.S.R.

Keywords: Alliance, Crimea, referendum, international law, territory.

1. Aspecte introductive

Dreptul internațional, prin intermediul instituțiilor sale, are o viziune specifică asupra situației din Crimeea, care diferă semnificativ de viziunea Federației Ruse referitoare la acest subiect.

Dreptul Internațional, ca ansamblu de norme al căror scop este reglementarea relațiilor între entitățile suverane care formează societatea internațională, poate fi considerat un instrument sociologic internațional, plecând de la elemente specifice societății internaționale în raport cu cea statală.

Pentru a putea analiza situația existentă în Crimeea trebuie să ne raportăm la câteva instituții ale dreptului internațional și anume la: principiul autodeterminării, la recunoașterea statelor și la modalitățile de dobândire a teritoriului terestru. Specificul principiilor fundamentale ale dreptului internațional este reprezentat de caracterul lor dinamic, ele fiind acelea care asigură concordanța dintre sistemul juridic și relațiile sociale văzute în continua lor transformare.

Principiile fundamentale ale dreptului internațional conțin regulile de conduită cele mai generale, a căror respectare este indispensabilă pentru dezvoltarea unor relații prietenești între state, pentru menținerea păcii și securității internaționale².

¹ Mihai Floroiu, *Elemente de drept internațional public și privat*, Ed. Universul juridic, București, 2011, p. 8.

² Grigore Geamănu, *Principiile fundamentale ale dreptului internațional contemporan*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1967, p. 7.

Respectarea acestora constituie garanția menținerii păcii și securității internaționale, a dezvoltării relațiilor prietenești dintre state și națiuni. Orice încălcare a principiilor fundamentale ale dreptului internațional public duce la periclitarea păcii mondiale, având ca o consecință inevitabilă răspunderea internațională a statului, care a încălcat principiul, pentru faptele comise.

Unele state interpretează cu rea voință unele principii fundamentale ale dreptului internațional, ca, de pildă, principiul autodeterminării.

În acest sens, este suficient de exemplificativă situația actuală din Ucraina care are o parte din teritoriul național, peninsula Crimeea, sub ocupația Federației Ruse, iar o altă parte, din regiunea Donbas, sub controlul efectiv al separatiștilor ruși, sprijiniți, aproape nedisimulat de către Rusia. Aceasta din urmă, deși neagă implicarea ei în războiul civil din Ucraina, justifică integrarea peninsulei Crimeea în Federația Rusă ca fiind un act ce reprezintă dreptul la autodeterminare exprimat în mod liber de populația acestei peninsule, iar în ceea ce privește sprijinul pentru separatiștii ruși din estul Ucrainei, Rusia afirmă că nu face altceva decât să sprijine interesele minorității ruse din Ucraina, la fel ca al celor din orice altă țară, în scopul promovării drepturilor colective de care trebuie să se bucure aceste comunități. Chiar dacă această poziție a Rusiei este în dezacord cu cea a majorității statelor, motiv pentru care au și fost adoptate o serie de sancțiuni economice și o izolare a Rusiei în plan politic, câtă vreme nu există o clarificare normativă în dreptul internațional în privința aspectului la care ne-am referit, ea nu poate suporta consecințe juridice concrete³.

În contradicție cu principiul legitimismului și principiul proporționalității achizițiilor teritoriale, care fuseseră proclamate de puterile absolutiste ale Congresului de la Viena drept criteriu pentru restructurarea hărții politice a Europei, își croiesc drum principiile suveranității națiunilor, dreptul fiecărei națiuni de a se desprinde într-un stat separat, principiul naționalităților, dreptul națiunilor de a se uni într-un stat și stabilirea teritoriului pe calea plebiscitului⁴.

Plebiscitul este singura modalitate de modificare a teritoriului admisă de dreptul internațional contemporan. El constă în voința exprimată de populația care trăiește pe acest teritoriu de a înființa un nou stat sau de a se anexa la un alt stat. Pentru ca plebiscitul să fie recunoscut de dreptul internațional trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții: să fie premergător actului cesiunii unui teritoriu, să fie organizat pe baza unui vot secret, desfășurarea plebiscitului să se facă sub controlul unor observatori internaționali.

Prin afirmarea și consacrarea principiului autodeterminării lupta de eliberare națională a popoarelor asuprite a căpătat un caracter legal.

³ Alexandru-Liviu Lascu, *Crima de agresiune – un updating sau un upgrading necesar?* Revista Universul Juridic nr. 2/2016, p. 134.

⁴ Grigore Geamănu, *op. cit.*, p. 142.

Declarația O.N.U. din 1970 prevede că „toate popoarele au dreptul de a-și hotărî statutul lor politic în deplină libertate și fără amestec din afară și de a urma dezvoltarea lor economică, socială și culturală și toate au obligația de a respecta acest drept conform prevederilor Cartei”.

Consacrarea juridică a acestui principiu intervine în momentul decolonizării, în special în cazul Namibiei (1971), al Saharei Occidentale (1975) și al Timorului de Est (1995). Curtea Internațională de Justiție afirmă acest principiu ca fundamental și opozabil *erga omnes*, considerat a se aplica tuturor popoarelor, nu doar celor supuse unei dominații coloniale⁵

Principiul autodeterminării le permite popoarelor asuprite să recurgă la forța armată în situația în care statul asupritor opune forța luptei de autodeterminare.

O problemă importantă pusă în discuție în cadrul acestui principiu, a fost aceea dacă este recunoscut acest drept și minorităților naționale. Majoritatea covârșitoare a doctrinarilor au dat un răspuns negativ acestei probleme considerând că este absurd a se atribui acest drept minorităților naționale întrucât ele fac parte dintr-o națiune. A da un răspuns pozitiv acestei problematici ar însemna crearea în plan internațional, în mod artificial a unei serii de conflicte legate de revendicările teritoriale, pe care minoritățile naționale le-ar face. Finalitatea acestei acțiuni ar fi fragmentarea țărilor existente într-o multitudine de mici state întrucât, în principiu, nici o națiune nu este, „pură” ea cuprinzând mai multe minorități naționale.

Elaborarea și susținerea normelor drepturilor omului reprezintă un atribut al societăților civilizate și o responsabilitate majoră a statelor contemporane dezvoltate, care s-au angajat, prin multiple mecanisme instituționale, să asigure respectarea drepturilor și, implicit, să sancționeze practicile de încălcare a acestora⁶.

Nicolae Titulescu menționa că : *Obligațiile statelor față de minorități trebuie să fie universale, sub formă de drept sau sub formă de morală.. Minoritățile să fie tratate cu bunăvoință, dar și statele din care fac parte să fie tratate la fel.*

Recunoașterea statelor constă în acel actul unilateral emis de un stat, prin intermediul căruia se constată apariția unui nou subiect al dreptului internațional public pe scena vieții internaționale. Recunoașterea reprezintă un drept și nu o obligație a statului, fiind un exercițiu de manifestare a suveranității lui. Recunoașterea reprezintă un act declarativ de drepturi, întrucât statul recunoscut dobândește personalitate juridică în momentul formării sale ca stat. De fapt, prin actul recunoașterii, între cele două state se stabilesc relații oficiale.

⁵ Mihai Floroiu, *Elemente de drept internațional public și privat*, Ed. Universul juridic, București, 2011, p. 32.

⁶ Cristina Otovescu Frasier, *Drepturile omului și respectarea acestora în mediul familial și școlar*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2013, p. 52.

⁷ Nicolae Titulescu, *Pledoarii pentru pace*, Ed. Enciclopedică, București, 1996, p. 121.

2. Evoluția situației din Crimeea

Alipirea Crimeei la Federația Rusă s-a făcut pe fondul războiului din Ucraina, fiind făcută pe cale pașnică.

Din punct de vedere cronologic, teritoriul Crimeii a avut următoarea evoluție:

- din anul 1991, aceasta făcea parte din Ucraina, reprezentând o Republică autonomă, statut pe care l-a dobândit ulterior, în urma unei rezoluții a Parlamentului ucrainean.

- organizarea unui Referendum de secesiune pe 16.03.2014, a reprezentat primul pas pe calea alipirea Crimeii la Federația Rusă.

- pe 17.03.2014 Federația Rusă a recunoscut independența Republicii Crimeea, prin decretul semnat de președintele Vladimir Putin.

- pe 21.03.2014 Crimeea este integrată în Federația Rusă.

Un rol extrem de important în escaladarea conflictului armat din sudul și estul Ucrainei l-a avut, în mod neîndoielnic, Rusia care sub pretextul sprijinirii drepturilor minorității ruse din Ucraina a acordat un consistent ajutor logistic și militar, inclusiv cu personal, mișcărilor paramilitare separatiste ruse. Mai mult decât atât, după ce acțiunile în forță ale separatiștilor din Crimeea au determinat retragerea autorităților ucrainene din peninsulă, aceștia au organizat un referendum prin care și-au exprimat „dreptul la autodeterminare”, respectiv de a fi parte din Federația Rusă⁸.

Pentru dezamorsarea situației din Ucraina au fost făcute o serie de demersuri la nivel diplomatic ce s-au concretizat în două acorduri.

La 7 septembrie, a fost semnat un acord de încetare a focului în Minsk, în care se stipula, după cum indică numele: o încetare a focului imediată din partea ambelor părți, o „auto-guvernare” temporară pentru regiunile Donețk și Luhansk, care rămân în continuare parte din Ucraina. De asemenea, s-a stabilit ca OSCE să monitorizeze crearea unei „zone tampon” la frontiera dintre Rusia și Ucraina, organizarea de alegeri anticipate și acordarea de ajutor umanitar fiind deciziile cele mai relevante⁹. Acordul nu a fost respectat.

Acest lucru a condus la încheierea unui alt acord, realizat tot la Minsk, la începutul anului 2015. La 15 februarie 2015, o altă întâlnire a avut loc în Minsk; s-a ajuns la un alt acord, având aproape aceleași condiții ca și Acordul anterior (din septembrie 2014). În ceea ce privește cele două regiuni separatiste, noul Acord prevede o reformă politică în Ucraina pentru a asigura descentralizarea acesteia și un statut special pentru provinciile sale rebele. Se dorește schimbarea legislației pentru a oferi privilegii permanente

⁸ I. Birrell, *Crimea's referendum was a sham display of democracy*, publicat în ed. online a revistei „The Guardian” din 17 martie 2014, a se vedea, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/mar/17/crimea-referendum-sham-display-democracy-ukraine>.

⁹ <http://www.bbc.com/news/world-europe-29162903>.

regiunilor Luhansk și Donețk, republici în prezent autoprocimate și o nouă reformă constituțională în Ucraina, măsură care ar putea fi interpretată ca un nou cadru pentru suveranitatea Ucrainei¹⁰. Nici acest acord nu a fost respectat.

3. Poziția comunității internaționale

Agresiunea militară a Rusiei în Ucraina reprezintă o încălcare flagrantă a angajamentelor internaționale ale acestei țări și este o violare a suveranității și integrității teritoriale a Ucrainei¹¹.

Occidentul a manifestat un anumit interes pentru un dialog sporit cu Moscova, după o anumită perioadă, prin reactivarea activității Consiliului NATO-Rusia, care s-a întrunit de două ori la nivel de ambasadori¹².

Comunitatea internațională a fost limitată în luarea unor decizii împotriva Federației Ruse datorită atitudinii agresive afișate de către Moscova, care nu s-a sfiit să deplaseze forțe militare în zona de conflict și să facă declarații că va ataca forțele NATO dacă acestea intervin în conflict.

Anexarea ilegală a Crimeei de către Rusia a vizat modificarea ordinii de securitate în această zonă. Creșterea militarizării Mării Negre de către Moscova poate duce la modificarea echilibrului regional de putere. Strategia Rusiei urmărește să stopeze, să submineze și să schimbe influența NATO în Europa de Sud-Est¹³.

Federația Rusă a profitat cu dibăcie de situația din Ucraina, pentru a schimba raportul de forțe din zona Mării Negre. Situația nesigură privind viitorul bazei militare ruse de la Sevastopol, a contribuit în mare măsură la luarea deciziei Federației Ruse de a alipi Crimeea.

Analiștii occidentali consideră că Rusia a devenit principala provocare pentru securitatea și stabilitatea euro-atlantică. Nu trebuie subestimat acest lucru, ci căutați cei mai potriviți pași și măsuri pentru a preveni continuarea atitudinii sale „agresive” – politice sau militare. Subestimarea sau încercarea de a găsi scuze „istorice” ne poate duce la un „coșmar”, cu consecințe greu de prevăzut, evitat sau rezolvat. Anexarea rapidă, fără vărsare de sânge a Crimeei de către Rusia, în 2014, a fost o mișcare tactică, pregătită pentru o ofensivă ulterioară a Rusiei în Estul Ucrainei, mizând pe aceeași lipsă de reacție din partea Occidentului, ca și în cazul războiului ruso-georgian din 2008¹⁴.

¹⁰ A se vedea <http://library.fundforpeace.org/fsi14-overview>.

¹¹ Cornel Ciurea, *Criza din Ucraina și impactul ei asupra sistemului de securitate al Republicii Moldova*, p. 3, a se vedea, <http://www.infoeuropa.md/files/criza-din-ucraina-si-impactul-ei-asupra-sistemului-de-securitate-al-republicii-moldova.pdf>.

¹² Paraschiva Bădescu, *Impactul crizei din Ucraina asupra relațiilor Rusiei cu Occidentul*, Revista de Științe Politice și Relații Internaționale, nr. 4, 2016, p. 35.

¹³ Paraschiva Bădescu, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ Paraschiva Bădescu, *op. cit.*, p. 26.

Deși comunitatea internațională a condamnat acțiunea Federației Ruse, liderii statelor au luat o serie de sancțiuni împotriva acesteia, dar impactul avut de acestea a fost minim.

Uniunea Europeană a impus o serie de restricții împotriva unor persoane fizice fundamentate pe motivul subminării integrității și securității Ucrainei, prin DECIZIA 2014/119/PESC din 5 martie 2014 privind măsuri restrictive împotriva anumitor persoane, entități și organisme având în vedere situația din Ucraina.

Toate părțile implicate au recunoscut faptul că o continuare a confruntărilor ar genera costuri imposibil de suportat. Sancțiunile au fost ridicate treptat, dar o cooperare mai strânsă între Rusia și UE pare imposibilă¹⁵.

Comunitatea internațională a calificat acțiunea Rusiei de anexare a Crimeii ca fiind ilegală, deoarece prin aceasta s-a încălcat norme imperative ale dreptului internațional.

Prin acest act unic săvârșit în perioada postbelică în Europa, Rusia a demonstrat lumii întregi că cea mai mare aspirație a sa este remodelarea actualei arhitecturi a securității Europei și să oblige Occidentul să recunoască spațiul post-sovietic drept sferă de influență a Rusiei¹⁶.

În Propunerea de Rezoluție a Parlamentului European referitoare la situația militară strategică din bazinul Mării Negre în urma anexării ilegale a Crimeii de către Rusia, din 21.5.2015 se menționează că *anexarea ilegală a Crimeii a determinat o schimbare semnificativă a peisajului strategic din bazinul Mării Negre și din zona adiacentă*¹⁷.

La baza reacției ineficiente a UE a stat *promisiunea* Federației Ruse de a sista furnizarea gazului rusesc către Europa și temerea marilor companii că vor pierde piața de desfacere din Rusia.

4. Poziția Federației Ruse

În 1944, când Hrușciov era liderul PC din Ucraina, se pare că acesta îi sugerase lui Stalin că transferul Crimeii către această republică ar fi o modalitate bună de a câștiga sprijinul elitelor locale. Indiferent dacă Hrușciov a discutat acest lucru cu Stalin sau nu (informația nu este sigură), ea reflectă oricum viziunea timpurie a lui Hrușciov potrivit căreia extinderea teritoriului ucrainean ar fi câștigat sprijinul elitelor¹⁸.

Rusia și-a justificat acțiunile privind integrarea Crimeii pe următoarele argumente: exercitarea dreptului la autodeterminare a populației locale, procesul de obținere a

¹⁵ UE și Estul în 2030: Patru scenarii pentru relația dintre UE, Federația Rusă și vecinătatea comună, Ed. Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 2014, p. 20-21.

¹⁶ Stephen Blank, *Rumors of War: Russia and Its Neighborhood*, World Defence Systems, 2012, p. 3-4.

¹⁷ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0171+0+DOC+PDF+V0//RO>.

¹⁸ <https://www.historia.ro/sectiune/actualitate/articol/de-ce-a-renuntat-rusia-la-crimeea-acum-60-de-ani>

independenței Crimeei s-a desfășurat conform reglementărilor internaționale, existența unui risc la adresa exercitării dreptului la viață al populației din această regiune.

Președintele Vladimir Putin menționa că „Ucraina a fost invitata să devină membru NATO ceea ce ar putea însemna pericol pentru întreg sudul Rusiei. Noi nu suntem împotriva NATO, noi suntem împotriva ca NATO să fie lângă frontiera Rusiei și să facă ordine pe aici. Ei sunt băieți buni, dar mai bine să vină ei la noi în oșpeție, decât noi la ei. Suntem amenințați de occidentali cu înrăutățirea situației interne. Aceasta va însemna că va lucra coloana a cincea? Noi dorim pace și dorim relații de bună vecinătate. Cetățenii din Crimeea și-au exprimat deschis dorința de a se integra în Rusia.”¹⁹

Politica Federației Ruse de anexare a Crimeei fără a folosi forța armelor în mod direct s-a dovedit a fi utilă. Prin sprijinirea cu tehnică de luptă a insurgenților din Crimeea, urmată de organizarea referendumului, Moscova a dat o aparență de legalitate procesului de alipire, cu toate că nu au fost respectate normele dreptului internațional.

Putin a fost încrezător în faptul că strategia aplicată în Georgia poate să fie repetată, iar două dintre fazele acesteia au fost deja implementate. Prima a fost invadarea și anexarea Crimeei în pofida condamnărilor la nivel internațional, Kremlinul atinându-și astfel scopul de a îndepărta Ucraina de N.A.T.O.²⁰

Pentru a preîntâmpina reacția agresivă a UE, Federația Rusă a folosit așa-numita *Diplomație a gazului*, prin intermediul căreia partenerii de dialog erau constrânși să ia anumite decizii.

Întreaga strategie actuală a Rusiei în relațiile cu Europa Occidentală este construită pe „politica gazului”²¹.

„Gazul rusesc a fost arma fabricată de Beria și Hrusciiov, utilizată de Brejnev și Kosâghin, pe care Cernomârdin a transmis-o integral lui Putin”²².

Pentru a-și întări poziția în zonă Federația Rusă a trimis trupe militare vizând extinderea influenței geo-strategice către regiunile Donețk și Luhansk.

Rusia a perceput lărgirea graduală a Uniunii Europene și NATO – prin aplicarea politicilor de „vecinătate” și a „ușilor deschise” – drept o intenție de a o încercui și amenința. În opinia Kremlinului, prin invitarea țărilor ex-sovietice, UE și NATO în mod evident încearcă să slăbească Rusia. Intenția Ucrainei de a semna Acordul de asociere cu UE, a determinat Rusia să se implice militar în Estul Ucrainei, acțiune urmată de anexarea Crimeei²³.

¹⁹ <http://www.corectnews.com/node/75824/print/pdf>.

²⁰ Constantin Marius ILIE, *Criza din Crimeea*, Annals of the „Constantin Brâncuși” University of Târgu Jiu, Letter and Social Science Series, no. 2/2016, p. 184.

²¹ Mihaiu Mărgărit, *Politica externă a Federației Ruse și insecuritatea internațională în raport cu amenințările și provocările actuale emantate de la Kremlin*, în Revista Străjer în calea furtunilor nr. 18/2015 p. 10.

²² Paniuskin Valeri Mihail, *Gazprom noua armă a Rusiei*, Ed. Curtea Veche, București, 2008, p. 12.

²³ Anders Fogh Rasmussen, *The Kremlin's Tragic Miscalculation*, <https://www.project-syndicate.org/commentary/russia-benefited-from-nato-enlargement>, Nov. 2015.

Schimbarea raportului de forțe din regiunea Mării Negre în favoarea Federației Ruse se poate realiza dacă se realizează *Programul de Stat de Reînarmare* derulat de către Moscova, în situația în care NATO nu își mărește efectivul militar în zonă.

Prin anexarea Crimeei, forța militară a Ucrainei este diminuată drastic, atât în plan naval cât și aerian.

Concluzii

Încălcarea normelor dreptului internațional în cazul Crimeei, a dus la apariția unui risc de securitate la adresa arhitecturii europene. Federația Rusă a acționat sub masca sprijinirii etnicilor ruși din Crimeea jucând cartea reîntregirii naționale. Faptul că, în această situație, Rusia a acaparat un teritoriu străin fără a trage un singur foc de armă, relevă tranziția agresiunii din zona războiului clasic în zona războiului hibrid.

Tragedia Ucrainei nu este încă încheiată deoarece există și în prezent tendințe de separare a unor zone din teritoriul acesteia, care se suprapun peste războiul civil din această țară.

Dinamica situației de criză dintre Ucraina și Rusia a arătat, încă o dată, că nu trebuie să fim niciodată prea siguri și că este probabil ca în viitor să se întâmple mai mult decât ne așteptăm de obicei²⁴.

²⁴ UE și Estul în 2030: Patru scenarii pentru relația dintre UE, Federația Rusă și vecinătatea comună, Ed. Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 2014, p. 10.

GUVERNANȚA EUROPEANĂ ȘI MIJLOACELE DE INFORMARE ȘI MODERNIZARE A SECTORULUI PUBLIC ÎN CADRUL UNIUNII EUROPENE (UE). STUDIU DE CAZ: ANALIZA LEGISLAȚIEI UE PRIVIND CADRUL COMUN AL ADMINISTRAȚIILOR PUBLICE EUROPENE ȘI COOPERAREA ADMINISTRATIVĂ

*Conf. univ. dr. Anca Parmena OLIMID
Universitatea din Craiova, Facultatea de Științe Sociale*

Rezumat

Prezentul studiu analizează evoluția resurselor legale de informare și modernizare a sectorului public în cadrul Uniunii Europene (UE). Studiul apelează la conținutul legislativ al bazei de date EUR-Lex (UE) și utilizează analiza de conținut din punct de vedere cantitativ și calitativ a următoarelor concepte cheie: (1) „administrație”; (2) „sector public”; (3) „cooperare administrativă”; (4) „interoperabilitate”; (5) „e-guvernare”; (6) „administrație publică”; (7) „management public”; (8) „achiziții publice”; (9) „administrații publice europene”; (10) „e-democrație”. Analiza legislației UE privind cadrul comun al administrațiilor publice europene și cooperarea administrativă are în vedere frecvența apariției conceptelor-cheie mai sus menționate folosind următoarele criterii de căutare în baza de date a legislației Uniunii Europene, EUR-Lex: (i) domeniu; (ii) subdomeniu; (iii) anul documentului; (iv) instituțiile și organismele Uniunii Europene.

Cuvinte-cheie: sectorul public european, UE, legislație, administrație, cooperare administrativă

Introducere

Guvernanța europeană și mijloacele de informare și modernizare a sectorului public în cadrul Uniunii Europene reprezintă tema centrală a prezentului studiu ce are în vedere analiza legislației Uniunii Europene (UE) privind crearea unui cadru

¹ Conf. univ. dr., Universitatea din Craiova, Facultatea de Științe Sociale, Specializarea Științe Politice, Centrul de Studii Politice Post-Comuniste, Email: parmena2002@yahoo.com.

comun al administrațiilor publice europene și cooperarea administrativă². Analiza teoretică și conceptuală a acestui subiect asociază elemente de analiză a administrațiilor publice europene, precum și elemente de definire și conceptualizare a cooperării administrative în managementul public european. *Ab initio*, distincțiile de ordin conceptual sunt necesare pentru fundamentarea și clarificarea conceptelor-cheie în cadrul Uniunii Europene, chiar dacă orientarea în cercetarea analitică a problematicii mijloacelor de informare și modernizare a spațiului UE focalizează utilizarea resurselor de date și informații oferite de EUR-Lex, baza de date a Uniunii Europene, într-un cadru mai larg. Urmând logica generată de asocierea cadrului comun al administrațiilor publice europene, gestionarea și operaționalizarea mecanismelor specifice cooperării administrative și interoperabilității presupun analiza frecvenței apariției conceptelor-cheie în analiza legislației UE, ca bază și furnizor de resurse legislative comune pentru guvernarea europeană³.

Metodologie

Delimitarea temei de analiză a cercetării la spațiul public european identifică spațiul administrațiilor publice și cooperarea administrativă ca *input* de monitorizare a legislației UE, focalizând ca elemente asociate analizei următoarele concepte-cheie: (1) „administrație”; (2) „sector public”; (3) „cooperare administrativă”; (4) „interoperabilitate”; (5) „e-guvernare”; (6) „administrație publică”; (7) „management public”; (8) „achiziții publice”; (9) „administrații publice europene”; (10) „e-democrație”. Fiecare concept este operaționalizat din perspectiva managementului sectorului public și cadrului comun al administrațiilor publice europene ce apar ca *pattern*-uri ale cercetării legislației UE.

(i) Delimitare analitică și conceptuală

Delimitarea analitică și conceptuală a cercetării la spațiul legislativ al Uniunii Europene⁴ permite evidențierea frecvenței apariției și utilizării conceptelor cheie enumerate mai sus în contextul managementului sectorului public și cooperării administrative la nivel instituțional european (Figura 1-4). În această direcție, cercetarea permite o analiză calitativă și cantitativă a legislației UE ce evidențiază actele juridice în contextul modernizării spațiului public.

² Edoardo Chiti, *Is EU Administrative Law Failing in Some of its Crucial Tasks?* EU Law Journal, Volumul 22, nr. 5, Septembrie 2016, pp. 576-596; Montgomery Van Wart, *Administrative Leadership Theory: A Reassessment After 10 Years*, Public Administration, Volumul 91, nr. 3, Septembrie 2013, pp. 521-543.

³ Pentru o analiză detaliată cu privire la reforma dreptului european, competențele UE și politicile publice, a se vedea: Fabien Terpan, *Soft Law in the European Union-The Changing Nature of EU Law*, European Law Journal, Volumul 21, nr. 1, Ianuarie 2015, pp. 68-96.

⁴ Baza de date EUR-Lex (acces la Dreptul European) accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

(ii) Criterii de căutare

Criteriile de căutare ale bazei EUR-lex (domeniu, subdomeniu, anul documentului, instituțiile și organismele UE): (i) evidențiază interdependența între procesul de implicare instituțională și procesele de luare efectivă a deciziei; (ii) însoțesc seria de meta-date analitice structurate conform limbilor și taburilor de căutare⁵.

Analiza mijloacelor de modernizare a sectorului public în cadrul Uniunii Europene identifică o poziționare teoretică și conceptuală în cadrul guvernantei Uniunii Europene asociind atributului managementului public atributul cooperării administrative și interoperabilității⁶.

Pentru a analiza suplimentar relația administrație-cooperare administrativă-interoperabilitate, un interes particular îl reprezintă și analiza frecvenței de apariție a conceptelor-cheie: „e-guvernare” și „e-democrație”⁷, având în vedere teoria clasică a managementului public ce focusează satisfacerea interesului public și „gestionarea relațiilor” între diferitele organizații în cadrul sectorului public⁸. Se pot identifica astfel obiectivele prezentei analize și anume identificarea, din perspectiva analizei comparate a frecvenței apariției conceptelor-cheie, a mecanismelor și clivajelor legislative ce operaționalizează satisfacerea interesului public în cadrul Uniunii Europene⁹.

Date fiind precizările de ordin analitic și conceptual în domeniu, se pot distinge două paliere de analiză ce relaționează entitățile instituționale și organizaționale cu dinamica cooperării administrative și procedurile ce implementează cadrul european de interoperabilitate la nivelul UE, după cum urmează:

(i) analiza frecvenței apariției termenilor „administrație”, „sector public”, „cooperare administrativă”, „cooperare administrativă”, „interoperabilitate”, „e-guvernare”, „administrație publică”, „management public”, „achiziții publice”, „administrații publice

⁵ Mai multe informații cu privire la procedurile de adoptare a deciziei și actelor normative accesibile la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/content/welcome/about.html>.

⁶ Pentru o analiză comparată, a se vedea și: Robert F. Durant, Susannah Bruns Ali, *Repositioning American Public Administration? Citizen Estrangement, Administrative Reform, and the Disarticulated State*, Public Administration Review, Volumul 73, nr. 2, Martie/ Aprilie 2013, pp. 278–289; Richard C. Box, Gary S. Marshall, B. J. Reed, Christine M. Reed, *New Public Management and Substantive Democracy*, Public Administration Review, Volumul 61, nr. 5, Septembrie/ Octombrie 2001, pp. 608–619; James H. Svara, *The Myth of the Dichotomy: Complementarity of Politics and Administration in the Past and Future of Public Administration*, Public Administration Review, Volumul 61, nr. 2, Martie/ Aprilie 2001, pp. 176–183.

⁷ Jeremy Rose, John Stouby Persson, Lise Tordrup, Heegar, Zahir Irani, *Managing e-Government: value positions and relationships*, Information Systems Journal, Volumul 25, nr. 5, Septembrie 2015, pp. 531–571; Laura DeNardis, *E-governance Policies for Interoperability and Open Standards*, Policy & Internet, Volumul 2, nr. 3, August 2010, pp. 129–164.

⁸ Rachal Ashworth, Ewan Ferlie, Gerhard Hammerschmid, M. Jae Moon, Trish Reay, *Theorizing Contemporary Public Management: International and Comparative Perspectives*, British Journal of Management, Volumul 24, nr. S1, Septembrie 2013, pp. S1–S17. A se vedea și: Sharon S. Dawes, *The Evolution and Continuing Challenges of E-Governance*, Public Administration Review, Volumul 68, nr. S1, Decembrie 2008, pp. S86–S102.

⁹ Melanie Smith, *Developing Administrative Principles in the EU: A Foundational Model of Legitimacy?* European Law Journal, Volumul 18, nr. 2, Martie 2012, pp. 269–288.

europene”, „e-democrație” (criterii de căutare: domeniu, subdomeniu, anul documentului);

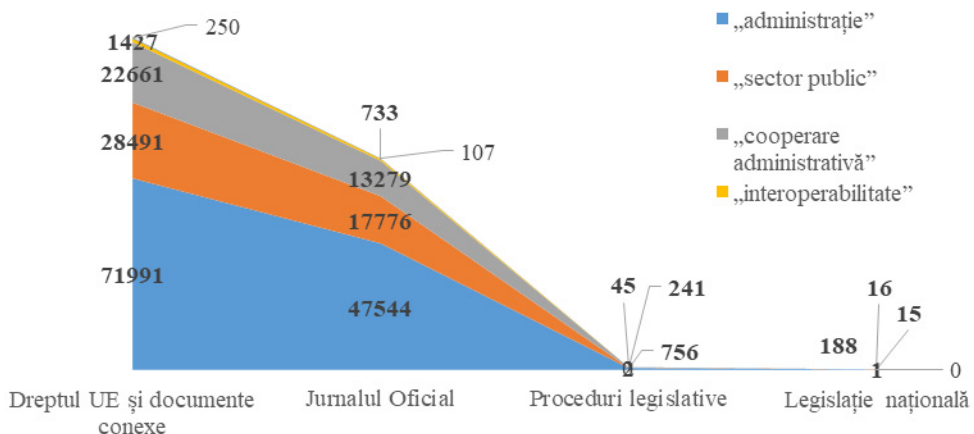
(ii) analiza frecvenței apariției termenilor „management public”, „achiziții publice”, „administrații publice europene”, „e-democrație”, „e-guvernare” (criteriu de căutare instituții și organisme implicate în procesul decizional la nivelul UE).

Rezultate și discuții

Prima parte a analizei are în vedere analiza frecvenței apariției termenilor „administrație”, „sector public”, „cooperare administrativă”, „interoperabilitate”, „e-guvernare” (criterii de căutare: domeniu, subdomeniu, anul documentului). Analiza frecvenței apariției celor 5 concepte-cheie (Figura 1a) și rezultatele analizei meta-datelor oferite de baza EUR-lex fac referire la aspectele relaționale între dreptul UE și documentele conexe (71991 rezultate pentru conceptul-cheie „administrație”, 28491 rezultate pentru „sector public” și 22661 rezultate pentru „cooperare administrativă”) (Figura 1a).

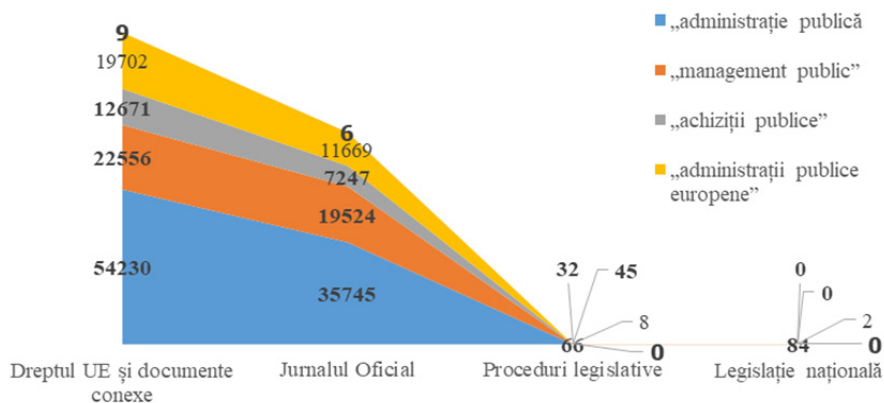
Analiza demonstrează că, în realitate, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene consacră un număr ridicat de rezultate cheie pentru frecvența apariției conceptelor cheie: „administrație” (47544 rezultate, 59,84% din total); „sector public” (17776 rezultate, 22,37% din total); „cooperare administrativă” (13279 rezultate, 17,71% din total); „interoperabilitate” (733 rezultate) și 49,67% (54230 rezultate) pentru „administrație publică”; 20,66% pentru „management public” (22556 rezultate); 12671 rezultate (11,60% rezultate pentru „achiziții publice” și 19702 (18,04%) pentru „administrații publice europene” (Figura 1b).

Figura 1a. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: domeniu)



Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-“: nu sunt furnizate date

Figura 1b. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: domeniu)



Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-”: nu sunt furnizate date

Figura 1a intitulată: Frecvența apariției termenilor după criteriul de căutare: subdomeniu are în vedere analiza conceptelor-cheie: „administrație”, „sector public”, „cooperare administrativă”, „cooperare administrativă”, „interoperabilitate”, „e-guvernare, arătând că unul dintre argumentele centrale de conexare a frecvenței apariției conceptelor-cheie prezentate îl reprezintă eficiența documentelor din punct de vedere instituțional: dreptul UE și documente conexe; Jurnalul Oficial; procedurile legislative și legislația națională.

Având în vedere tipologia documentului, rezultatele cercetării, identifică pentru toată legislația UE: 54,78% (59340 rezultate) pentru conceptul-cheie „administrație” (Figura 2a), 24,47% (26513 rezultate) pentru conceptul-cheie „sector public” (Figura 2a). Un alt aspect privind analiza contextuală a conceptelor-cheie „interoperabilitate” și „cooperare administrativă” îl reprezintă interpretarea rezultatelor din Figura 2a ce asociază efectul procesului de modernizare a administrațiilor publice europene, interoperabilitatea și coordonarea politicilor în sectorul public.

Îndeplinirea obiectivului de informare și modernizare al administrației publice europene este corelat și cu obiectivul reformelor, e-democrației și e-guvernării¹⁰. Aceste direcții de reformă, integrare și cooperare asociază următoarele rezultate în jurisprudența UE: 72,41% (14906 rezultate pentru conceptul-cheie „administrație”),

¹⁰ Pentru o analiză comparată cu privire la relația e-guvernare-dezvoltare-guvernare locală în Uniunea Europeană, a se vedea: Lourdes Torres, Vicente Pina, Basilio Acerete, *E-Governance Developments in European Union Cities: Reshaping Government's Relationship with Citizens*, Governance, Volumul 19, nr. 2, Aprilie 2006, pp. 277-302. Vicente Pina, Lourdes Torres, Sonia Royo, *Is E-governement Leading to More Accountable and Transparent Local Governments? An Overall View*, Financial Accountability & Management, Volumul 26, nr. 1, Februarie 2010, pp. 3-20; Isabel-María García-Sánchez, Luis Rodríguez-Domínguez, José-Valeriano Frias-Aceituno, *Evolutions in E-governance: Evidence from Spanish Local Governments*, Environmental Policy and Governance, Volumul 23, nr. 5, Septembrie/ Octombrie 2013, pp. 323-340.

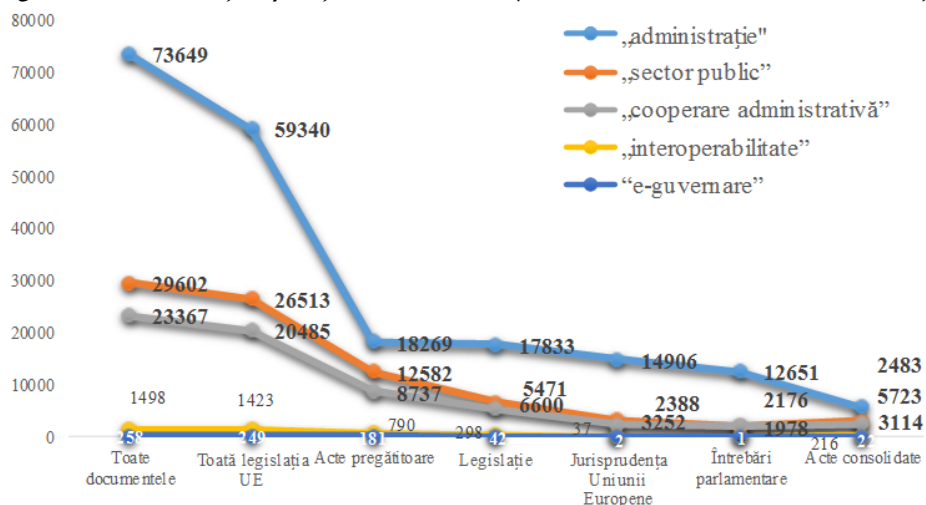
15,79% (3252 rezultate pentru „sector public”), 11,60% (2388 rezultate pentru conceptul-cheie „cooperare administrativă”). Pentru toată legislația UE, se identifică: 249 de rezultate pentru conceptul cheie „e-guvernare” și 181 de rezultate în cadrul actelor pregătitoare pentru același concept.

Pentru toată legislația UE, s-au înregistrat următoarele rezultate: 17833 rezultate pentru „administrație”, 6600 rezultate pentru „sector public”, 5471 rezultate pentru „cooperare administrativă”, 298 pentru „interoperabilitate” și 42 de rezultate pentru „e-guvernare”. Pentru criteriul întrebări parlamentare, s-au înregistrat următoarele rezultate: 12651 rezultate pentru „administrație”, 1978 rezultate pentru „sector public”, 2176 rezultate pentru „cooperare administrativă”, 4 rezultate pentru „interoperabilitate” și 1 rezultat pentru „e-guvernare”, iar pentru acte consolidate s-au identificat următoarele rezultate: 5723 rezultate pentru „administrație”, 3114 rezultate pentru „sector public”, 2483 rezultate pentru „cooperare administrativă”, 216 rezultate pentru „interoperabilitate” și 22 rezultate pentru „e-guvernare”.

Aceste rezultate revendică importanța subdomeniului ca și criteriu de căutare, iar conținutul direcțiilor de analiză din Figura 2a și Figura 2 b este consistent asigurând coerență procesului de modernizare a sectorului public în cadrul UE și cadrului comun al administrațiilor publice europene.

Structura documentelor pe care se bazează mecanismul de analiză al Figurii 2b distinge poziția de monopol pentru subdomeniul „toate documentele” și evidențiază 56550 rezultate pentru „administrație publică”, 25672 rezultate pentru „managementul public, 13009 rezultate pentru „achiziții publice” și 19884 rezultate pentru „administrații publice europene”; 9 rezultate pentru „e-democrație”.

Figura 2a. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: subdomeniu)



Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-”: nu sunt furnizate date

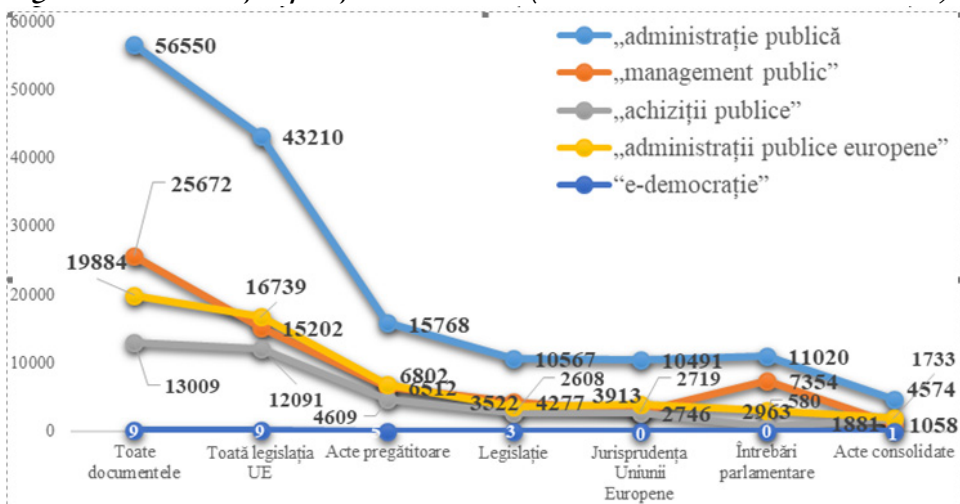
Designul Figurii 2b are în vedere funcționalitatea mediului legislativ european ce permite analiza detaliată a rezultatelor aferente căutării pentru „actele pregătitoare” după cum urmează: 15768 rezultate pentru „administrație publică”, 6512 rezultate pentru „managementul public” și 6802 rezultate pentru „administrații publice europene”.

Analiza problematicii subdomeniului detaliază și relevanța căutărilor pentru jurisprudența UE, întrebările parlamentare, actele consolidate, acordurile internaționale și tratatele. Figura 2b concentrează rezultatele de căutare pentru subdomeniile mai sus menționate asociind reprezentarea și legitimarea intereselor statelor membre și coordonarea politicilor și legislației la nivel comunitar.

Rezultatele căutării pentru jurisprudența Uniunii Europene compatibilizează impactul legislației UE la nivelul statelor membre prin identificarea mediului de interacțiune la nivel comunitar. În acest sens, evoluția mijloacelor de modernizare și informare în vederea organizării unui cadru comun al administrațiilor publice europene asociază mecanisme administrative și o legislație corespunzătoare în cadrul guvernantei UE dintr-o perspectivă bidimensională:

- (i) managementul sectorului public;
- (ii) cooperarea administrativă și perspectivele e-democrației.

Figura 2b. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: subdomeniu)

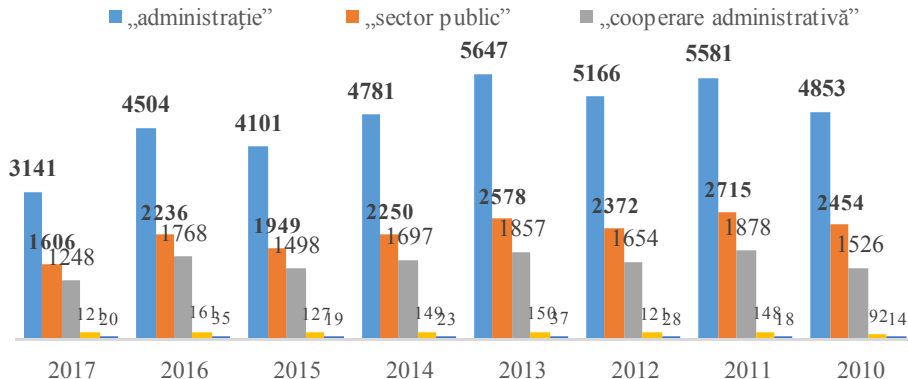


Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-”: nu sunt furnizate date

Figura 3a și Figura 3b se axează pe analiza anului documentelor în perioada 2010-2017. Perioada supusă analizei centrează procesele decizionale de definitivare a arhitecturii instituționale și funcționalității Uniunii Europene. Analiza multianuală identifică un număr total de documente / concept-cheie după cum urmează: 37774 rezultate pentru „administrație”, 18160 rezultate pentru „sector public”, 13126 pentru

„cooperare administrativă”, 1069 rezultate pentru „interoperabilitate” și 194 rezultate pentru „e-guvernare” (Figura 3a); 30350 rezultate pentru „administrație publică”; 9092 rezultate pentru „achiziții publice”; 12999 rezultate pentru „administrații publice europene” și 333 rezultate pentru „e-democrație” (Figura 3b). Conform datelor din Figura 3a, în anul 2016, identificăm următoarele rezultate: 4504 rezultate pentru „administrație”, 2236 rezultate pentru „sector public”, 1768 rezultate pentru „cooperare administrativă”, 161 rezultate pentru „interoperabilitate”, 35 rezultate pentru „e-guvernare”. În anul 2015, identificăm următoarele rezultate: 4101 rezultate pentru „administrație”, 1949 rezultate pentru „sector public”, 1498 rezultate pentru „cooperare administrativă”, 127 rezultate pentru „interoperabilitate”, 19 rezultate pentru „e-guvernare”. În anul 2016, identificăm următoarele rezultate: 4781 rezultate pentru „administrație”, 2250 rezultate pentru „sector public”, 1697 rezultate pentru „cooperare administrativă”, 149 rezultate pentru „interoperabilitate”, 23 rezultate pentru „e-guvernare”. Având în vedere analiza pentru toate concept-cheie pentru fiecare an, identificăm următoarele rezultate: 8153 rezultate (anul 2017), 10720 rezultate (anul 2016), 9709 rezultate (anul 2015); 10914 rezultate (anul 2014); 12282 rezultate (anul 2013); 11353 (anul 2012); 12351 rezultate (anul 2011); 10949 rezultate (anul 2010).

Figura 3a. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: anul documentului)

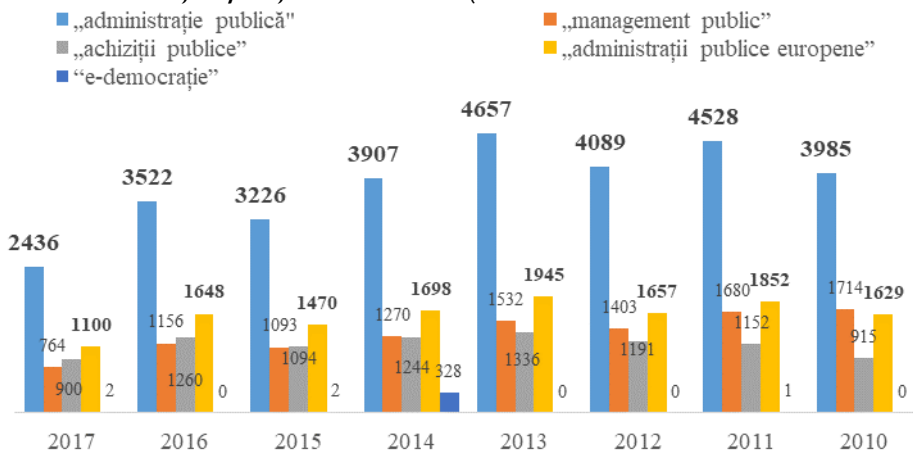


Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-”: nu sunt furnizate date

Figura 3b evidențiază următoarele date: în anul 2016, identificăm următoarele rezultate: 3522 rezultate pentru „administrație publică”, 1156 rezultate pentru „management public”, 1260 rezultate pentru „achiziții publice”, 1648 rezultate pentru „administrații publice europene”. Având în vedere analiza pentru toate conceptele-cheie pentru fiecare an, identificăm următoarele rezultate: 5202 rezultate (anul 2017), 7586 rezultate (anul 2016), 6885 rezultate (anul 2015); 8447 rezultate (anul 2014); 9470 rezultate (anul 2013); 8340 (anul 2012); 9213 rezultate (anul 2011); 8243 rezultate (anul 2010). Analiza în perioada 2010-2017, relevă următoarele rezultate pentru fiecare

concept-cheie: 30350 rezultate pentru „administrație publică”, 10612 pentru „management public”, 9092 rezultate pentru „achiziții publice”, 12999 pentru „administrații publice europene” și 333 rezultate pentru „e-democrație”.

Figura 3b. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: anul documentului)



Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-”: nu sunt furnizate date

Figura 4 abordează analiza problematicii instituțiilor și organismelor UE implicate în procesul de decizie la nivel comunitar având următoarea structură:

(i) instituțiile și organismele UE: Comisia Europeană, Parlamentul European, Consiliul Uniunii Europene, Curtea de Justiție, Tribunalul, Comitetul Economic și Social European, Curtea de Conturi, Comitetul European al Regiunilor;

(ii) conceptele cheie analizate: „e-guvernare”, „e-democrație”, „administrații publice europene”, „achiziții publice”, „management public”.

(iii) analiza și cercetarea instituțiilor și organismelor UE cu rol în elaborarea politicilor publice asociază procesul decizional la nivel instituțional european cu demersurile de implementare la nivel național¹¹.

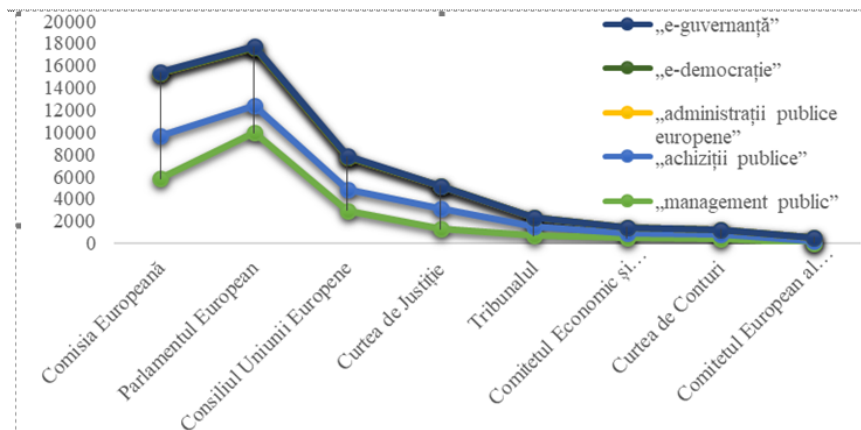
Conform datelor din Figura 4, Parlamentul European este instituția dominantă la nivelul UE (9966 rezultate pentru „management public”, 2387 rezultate pentru „achiziții publice”, 5299 rezultate pentru „administrații publice europene”, 2 rezultate pentru „e-democrație” și 51 rezultate pentru „e-guvernare”).

¹¹ Pentru o analiză referitoare procesul decizional la nivel instituțional comunitar și reglementările la nivel național, a se vedea: Annette Elisabeth Töller, *Measuring and Comparing the Europeanization of National Legislation: A Research Note*, Journal of Common Market Studies, Volumul 48, nr. 2, pp. 417-444; Christoph Knill, Dirk Lehmkuhl, *The National Impact of European Union Regulatory policy: Three Europeanization Mechanisms*, European Journal of Political Research, Volumul 41, nr. 2, Martie 2002, pp. 255-280.

Aceste date raționalizează acțiunile și programele desfășurate de instituțiile și organismele UE cu efecte ce întăresc procesul de informare și modernizare a administrațiilor publice europene. Pentru Comisia Europeană identificăm următoarele rezultate (5809 rezultate pentru „management public”, 3894 rezultate pentru „achiziții publice”, 5570 rezultate pentru „administrații publice europene”, 3 rezultate pentru „e-democrație” și 124 rezultate pentru „e-guvernare”).

În această direcție, validitatea acestui demers analitic este asigurată de raportarea la nivel instituțional decizional, apreciind că variabila explicativă trebuie să identifice atât construcția teoretică, dar și conceptuală cu privire la Comitetul Economic și Social European (478 rezultate pentru „management public”, 406 rezultate pentru „achiziții publice”, 538 rezultate pentru „administrații publice europene”, 1 rezultat pentru „e-democrație”); Consiliul Uniunii Europene (2971 rezultate pentru „management public”, 1864 rezultate pentru „achiziții publice”, 2949 rezultate pentru „administrații publice europene”, 2 rezultat pentru „e-democrație”); 40 rezultate pentru „e-guvernare”); Curtea de Justiție (1271 rezultate pentru „management public”, 1842 rezultate pentru „achiziții publice”, 2049 rezultate pentru „administrații publice europene”); Tribunalul (699 rezultate pentru „management public”, 828 rezultate pentru „achiziții publice”, 764 rezultate pentru „administrații publice europene”); Curtea de Conturi (458 rezultate pentru „management public”, 338 rezultate pentru „achiziții publice”, 421 rezultate pentru „administrații publice europene”, 5 rezultate pentru „e-guvernare”); Comitetul European al Regiunilor (25 rezultate pentru „management public”, 200 rezultate pentru „achiziții publice”, 318 rezultate pentru „administrații publice europene”, 1 rezultat pentru „e-democrație”; 16 rezultate pentru „e-guvernare”).

Figura 4. Frecvența apariției termenilor (criteriu de căutare: instituții și organisme ale UE implicate în procesul de luare a deciziei)



Sursa: Analiza autorului conform datelor disponibile pe EUR-Lex, bază de date accesibilă la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=ro> (baza de date accesată: Noiembrie 2017); „-”: nu sunt furnizate date

Concluzii

Din cercetarea bazei de date EUR-Lex, putem concluziona următoarele aspecte: analiza sistematică a conceptelor-cheie în funcție de criteriile de căutare: domeniu, subdomeniu, instituții și organisme ale UE și anul documentului evidențiază modalitatea de gestiune a unui sistem de cooperare administrativă și interoperabilitate la nivel european. Intensificarea procesului de informare și modernizare a cadrului comun al administrațiilor publice europene redefineste rolul și locul instituțiilor și organismelor UE și permite accelerarea reformei în sectorul public european.

Crearea unui cadru comun al administrațiilor europene consolidează și îmbunătățește raporturile dintre administrații. Rezultatele analizei demonstrează o eficiență informare a cetățeanului, urmărind raționalizarea implicării active a instituțiilor și organismelor UE. Cadrul analizei validează lărgirea cadrului de informare a cetățeanului cu privire la procesele și mecanismele administrative, precum și gestiunea problematicii transparenței documentelor și actelor în domeniul administrației.

OBIECTUL PRINCIPAL AL CONTRACTULUI DE CREDIT ÎN VALUTĂ DIN PERSPECTIVA CLAUZELOR CARE STABILESC RAMBURSAREA ÎN MONEDA CREDITULUI. CAUZA C-186/16 ANDRIDIUC ȘI ALȚII ÎMPOTRIVA BANCA ROMÂNEASCĂ SA

Dr. Răzvan SCAFEȘ

Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova

Avocat, Baroul Dolj

Rezumat

Contractele de credit în valută creează un interes major în materia dreptului bancar și dreptului consumației, având în vedere impactul pe care îl au în mediul social și economic. În aceste condiții, în ultimii ani, consumatorii au încercat să caute soluții întemeiate pe legislația consumului, pentru a determina o veritabilă adaptare a contractului. În hotărârea pronunțată în cauza Andridiciuc și alții, Curtea de Justiție a Uniunii Europene constată că clauza prin care se dispune rambursarea creditului în moneda în care a fost acordat face parte din obiectul principal al contractului de împrumut, astfel încât caracterul abuziv al acesteia poate fi examinat în raport cu legislația consumului numai în cazul în care nu a fost exprimată în mod clar și inteligibil. Obligația de rambursare a unui credit într-o anumită monedă este element esențial al contractului, dat fiind că nu privește o modalitate accesorie de plată, ci natura însăși a obligației debitorului.

Cuvinte-cheie: contract de credit, moneda străină, consumator, obligația de informare, obiectul principal al contractului.

Abstract

Credit contracts in foreign currency create a major interest in banking and consumer law, given their impact on the social and economic environment. Under these circumstances, in the last few years, consumers have tried to look for solutions based on consumer law to determine a true adjustment of the contract. In the judgment in Andridiciuc and Others, the CJEU finds that the clause ordering the repayment of the credit in the currency in which it was granted forms part of

the principal object of the loan agreement so that the abusive nature of the loan can be examined in relation to consumption legislation only if it has not been clearly and comprehensibly expressed. The obligation to repay a credit in a given currency is an essential element of the contract since it does not concern an ancillary payment method but the very nature of the debtor's obligation.

Keywords: loan agreement, foreign currency, consumer, the obligation to inform, the main object of the contract.

Normele de dreptul consumului reprezintă principalul „refugiu” juridic al persoanelor fizice față de potențialele abuzuri ale profesioniștilor. Legislația consumului, atât cea europeană cât și cea națională, a manifestat un interes în creștere pentru protecția adecvată a consumatorilor împotriva unor practici comerciale considerate nelegale.

Având în vedere contextul economic național (de altfel preponderent și în zona Europei Centrale și de Est), care a favorizat activitatea de creditare a persoanelor fizice, numărul de contracte de împrumut a crescut foarte mult în a doua parte a anilor 2000. Ulterior, pe fondul unor dificultăți economice și sociale, atenția împrumutaților s-a îndreptat spre acele prevederi din contractele deja încheiate care aveau potențialul de a crește costurile împrumutului sau de a genera obligații considerate excesive de așteția.

Litigiile având ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale din convențiile de credit au cunoscut o expansiune în ultimii ani¹. Acestea au vizat în principal analiza din perspectiva caracterului abuziv al clauzelor contractuale privind dreptul instituțiilor bancare de a percepe diferite comisioane sau modul de calcul al dobânzii².

Din perspectiva dreptului consumului, analiza clauzelor unui contract de credit este fundamentală în stabilirea caracterului abuziv al acestora, astfel că orice limitare prevăzută de legislație necesită o interpretare cât mai aproape de voința legiuitorului.

Conform art. 4 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii: „*Aprecierea*

¹ Conform informațiilor disponibile pe portalul instanțelor de judecată (<http://portal.just.ro/SitePages/cautare.aspx?k=actiune%20in%20constatare%20clauze%20abuzive&r=sitename%3D%22ARMBdmRvc2FyY2hsX3Zkb3NhcmNobAhzaXRlbnFtZQEEXgEk%22&v1=-mjmpdosardata>), în prezent sunt 10.503 având ca obiect „*acțiune în constatare clauze abuzive*”. Cu toate acestea, având în vedere practica diferitelor instanțe de a înregistra astfel de acțiuni la categoria „*nulitate act juridic*” sau „*pretenții*”, numărul real al litigiilor este în realitate cu mult mai mare.

² Așa cum am arătat anterior, astfel de clauze creează posibilitatea creșterii costurilor creditului, fie ca urmare a percepției unor sume în lipsa prestării efective a unui serviciu, fie prin posibilitatea unilaterală a creditorului de a modifica cuantumul dobânzii.

caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil”.

Legea națională, nr. 193/2000, actul normativ care transpune în dreptul intern Directiva 93/13/CEE stabilește o normă cu conținut aproape identic prin art. 4 alin. 6: *„Evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil”.*

Prin urmare legiuitorul european și cel național au prevăzut o interdicție în ceea ce privește evaluarea caracterului abuziv al unei clauze contractuale în cazul în care respectiva clauză se referă la obiectul principal sau la prețul ori obligațiile de plată rezultate din contract. Fiind vorba de o excepția de la analiza caracterului abuziv, aceasta trebuie interpretată în mod strict, pentru a nu îi da un înțeles străin de voința legiuitorului.

Determinarea obiectului principal al contractelor de credit reprezintă așadar pentru practicienii dreptului un demers pe cât de important pe atât de delicat, având în vedere că se bazează în cea mai mare măsură pe interpretări proprii ale celor chemați să analizeze conținutul respectivului act juridic.

Doctrina națională a stabilit ca regulă că *„prin obiectul actului juridic civil se înțelege conduita părților stabilită prin acel act juridic, adică acțiunile și inacțiunile la care sunt îndreptățite ori de care sunt ținute părțile”*³. Așadar, obiectul actului juridic civil reglementează cadrul de acțiune al părților în executarea obligațiilor asumate⁴. S-a apreciat astfel că *„obiectul actului juridic civil coincide cu obiectul raportului juridic care s-a născut (modificat sau stins) din acel act juridic”*⁵.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că în ceea ce privește analiza contractelor de credit *„clauzele contractuale care se circumscriu noțiunii „obiectul [principal al] contractului”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13, trebuie înțelese ca fiind cele care stabilesc prestațiile esențiale ale acestui contract și care, ca atare, îl caracterizează. Dimpotrivă, clauzele care au un caracter accesoriu în raport cu cele care definesc esența însăși a raportului contractual nu pot fi circumscrise noțiunii menționate de obiect principal al contractului. Revine instanței de trimitere sarcina să aprecieze, având în vedere natura, economia generală și prevederile contractului de împrumut vizat, precum și contextul juridic și factual în*

³ Gabriel Boroi, Carla Alexandra Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a 2-a, edit. Hamangiu, București, 2012, p. 164.

⁴ Ion Dogaru, Nicolae Popa, Dan Claudiu Dănișor, Sevastian Cercel, *Bazele dreptului civil. Vol. I. Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 463-464.

⁵ *Idem* 3.

care se înscrie acesta, dacă respectiva clauză constituie un element esențial al prestației debitorului care constă în rambursarea sumei puse la dispoziția sa de împrumutător (a se vedea în acest sens Hotărârea Kásler și Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, punctele 49-51)⁶.

Așadar, aprecierea obiectului principal al contractului de credit se face în concret în funcție de specificul fiecăruia dintre acestea, însă are la bază delimitarea obligațiilor esențiale ale părților, acelea care sunt caracteristice respectivului contract și fără de care nu am mai fi în prezența unui veritabil contract de credit.

În acest sens, instanțele naționale au reținut că „*în cazul unui contract de credit bancar, sunt prestații esențiale doar acelea în lipsa cărora nu s-ar mai putea considera că avem de a face cu o astfel de convenție, aceasta nemaiputând exista în forma convenită de părți*”.

Prin urmare, demersul stabilirii obiectului principal al contractului de credit necesită delimitarea acelor obligații esențiale ale părților, care creează specificitatea unui anume contract de credit bancar. Având în vedere că în privința creditelor acordate consumatorilor, acestea prezintă un grad înalt de similaritate, putem stabili că în analiza diferitelor contracte de credit, obligațiile esențiale se vor regăsi de fiecare dată în cuprinsul acestora.

Astfel, din punctul de vedere al creditorului obligația esențială este aceea de acordare a sumei de bani către consumator. Din punctul de vedere al împrumutătorului obligația esențială este aceea de a restitui suma de bani împreună cu dobânda stabilită. Rezultă că obiectul principal al contractului de credit nu se confundă cu costul total al acestuia, având în vedere că acesta din urmă cuprinde și alte costuri accesorii, astfel cum sunt comisioanele aferente activității de creditare sau eventualele dobânzi penalizatoare.

Trebuie însă să subliniem și faptul că excluderea de la analiza caracterului abuziv stabilită de legislația europeană și națională nu se referă doar la acele prevederi contractuale care sunt apreciate ca făcând parte din obiectul principal al acestuia. Legiuitorul a prevăzut de asemenea stabilirea dacă anumite clauze contractuale care au „*calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată*”. Sub acest aspect, trebuie deci diferențiat între prețul contractului și obiectul principal al acestuia⁸. De asemenea, prezintă importanță și acele obligații ale împrumutătorului asociate cu noțiunea de

⁶ CJUE, Cauza C-143/13, 26 februarie 2015, Matei vs. Volksbank România SA, par. 54.

⁷ Curtea de Apel București, Decizia nr. 1352/24.09.2015, disponibilă pe <https://legeaz.net/spete-civil-2/contracte-de-credit-bancar-notiunea-1352-2015>.

⁸ Astfel cum am arătat anterior, dacă în obiectul principal al contractului s-a apreciat în general în jurisprudență că se vor regăsi doar acele clauze esențiale, obligațiile principale ale părților, în cadrul noțiunii de preț vor fi incluse toate costurile creditului, respectiv și acele obligații accesorii, neesențiale, însă care trebuie îndeplinite de către împrumutător pentru serviciile prestate cu ocazia punerii la dispoziție a creditului și ulterior pe toată perioada de derulare a acestuia.

plată, ceea ce înseamnă că vor beneficia de excludere toate acele prevederi care se referă la modul de rambursare al creditului din perspectiva plăților efectuate de către împrumutat.

Teoria clauzelor abuzive a fost utilizată pentru a proteja consumatorii împotriva practicilor abuzive ale profesioniștilor, în concret pentru a repara prejudiciile cauzate acestora ca urmare a efectelor negative ale clauzelor contractuale apreciate ca fiind abuzive.

În ultimii ani, pe fondul contextului economic internațional, a apărut necesitatea identificării unor măsuri judiciare de protecție a consumatorilor care au contractat credite în franci elvețieni (CHF). Majoritatea creditelor în CHF au fost acordate la finalul anilor 2000, ca efect al stabilității dovedită de această monedă în raport cu cea națională pentru o perioadă lungă de timp⁹. Această fluctuație redusă s-a datorat intervenției active a Băncii Naționale a Elveției, care a menținut un prag minim de 1,2 CHF pentru 1 Euro. La sfârșitul anului 2014, Banca Națională a Elveției a anunțat că nu mai aplică măsura obligatorie a menținerii unui prag minim de 1.2 EUR și CHF, ceea ce a dus la o apreciere bruscă a CHF¹⁰, inclusiv față de moneda națională.

În mod evident, consumatorii care contractaseră credite în CHF în perioada de stabilitate a monedei, s-au văzut puși peste noapte în situația de a achita o contra-valoare în lei aproape dublă aferentă sumei în CHF rămasă de rambursat, cauzată de devalorizarea violentă a monedei naționale față de moneda de creditare.

Consumatorii și-au îndreptat acțiunile către instanțele naționale, motivându-și cererile pe dispozițiile Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive și Directivei 93/13/CEE, apreciind că trebuie supuse analizei specifice acele clauze care prevăd obligația de rambursare a creditelor în moneda în care au fost acordate, sau acelea care prevăd obligativitatea suportării riscului valutar de către consumator.

În acest context, pe rolul Curții de Apel Oradea, s-a aflat dosarul nr. 1713/III/2014, având ca obiect „acțiune în constatare clauze abuzive”. Dosarul a devenit mediatizat și cunoscut ca „dosarul Andriciuc”¹¹, nu doar deoarece a supus atenției instanței de apel¹² solicitarea de „stabilizare a cursului de schimb” pentru executarea obligațiilor de plată rezultate din contractele încheiate de apelanții reclamânți cu intimata pârâtă, însă și pentru că în cadrul acestuia s-a dispus sesizarea Curții de Justiție a

⁹ Cursul de schimb RON-CHF a dovedit o foarte mare stabilitate într-o perioadă anterioară începerii activității de creditare în această monedă. Cursul oficial de schimb publicat de Banca Națională a României reflectă faptul că între 1 ianuarie 2000 și 1 ianuarie 2009, cursul de schimb a fluctuat între valorile de 2, 44 și 2, 67 RON pentru 1 CHF (<https://www.cursbnr.ro/grafic-valute>).

¹⁰ Decizia a provocat ecouri pe întreaga piață financiară europeană, având în vedere că a cauzat o apreciere masivă a monedei CHF față de moneda unică europeană : <http://www.bbc.com/news/business-30829917>.

¹¹ După numele primului apelant reclamant înregistrat, astfel cum a fost denumit și ulterior, atunci când a ajuns în atenția Curții de Justiție a Uniunii Europene.

¹² În fața instanței de fond, Tribunalul Bihor, respinsese cererea consumatorilor.

Uniunii Europene cu o cerere de hotărâre preliminară. În concret, instanța națională a sesizat CJUE cu o cererea de decizie preliminară privește interpretarea articolului 3 alineatul (1) și a articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, în legătură cu caracterul pretins abuziv al clauzelor inserate în contracte de credit care prevăd, printre altele, rambursarea creditelor în aceeași monedă străină în care acestea au fost acordate.

În concret, întrebările transmise de Curtea de Apel Oradea în cadrul cererii de transmitere a unei hotărâri preliminare¹³, au fost următoarele : „1) *Articolul 3 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că dezechilibrul semnificativ dintre drepturile și obligațiile părților care decurg din contract trebuie analizat prin raportare strict la momentul încheierii contractului sau include și situația în care, pe parcursul derulării unui contract cu executare succesivă, prestația consumatorului devine excesiv de oneroasă comparativ cu momentul încheierii contractului din cauza unor schimbări semnificative ale cursului de schimb valutar?* 2) *În accepțiunea articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13, prin caracterul clar și inteligibil al unei clauze contractuale trebuie să se înțeleagă că respectiva clauză contractuală trebuie să prevadă doar motivele care au stat la baza includerii acestei clauze în contract și mecanismul său de funcționare sau trebuie să prevadă și toate consecințele sale posibile în funcție de care prețul plătit de consumator poate varia, cum ar fi riscul de curs valutar, și, din perspectiva Directivei 93/13, se poate considera că obligația băncii de informare a clientului la momentul acordării creditului vizează exclusiv condițiile de creditare, respectiv dobânzile, comisioanele, garanțiile puse în sarcina împrumutului, posibilitatea aprecierii sau a deprecierei unei monede străine neputând fi inclusă în această obligație?* 3) *Articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că termenii «obiectul principal al contractului» și «caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte», acoperă o clauză cuprinsă într-un contract de credit încheiat în monedă străină între un vânzător sau un furnizor și un consumator și care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale, potrivit căreia creditul va fi restituit în aceeași valută?».*

Hotărârea pronunțată de CJUE devenea deosebit de importantă în contextul multitudinii litigiilor naționale cu privire la aprecierea unor clauze abuzive care să prevadă restituirea creditelor în moneda în care au fost acordate în contractele de credite acordate în valută.

Instanța europeană a fost chemată să aprecieze asupra modului de interpretare a teoriei clauzelor abuzive, respectiv dacă analiza condițiilor stabilite de legislație trebuie să privească strict momentul semnării contractului sau și efectele viitoare

¹³ Cererea s-a întemeiat pe dispozițiile art. 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

ale acestuia, precum și limitele obligației de informare a consumatorului cu privire la elementele de risc valutar. De asemenea, CJUE trebuia să stabilească dacă sfera noțiunilor de obiect principal, preț sau remunerație, acoperă și clauzele care stabilesc obligația de restituire a creditului în moneda în care a fost acordat.

Acest ultim aspect, care face și obiectul analizei noastre, era deosebit de important și pentru instanțele naționale, odată ce delimitarea noțiunilor de „obiect principal”, „preț” sau „remunerație” se dovedea deosebit de dificilă din perspectiva clauzelor amintite. În concret, demersul de a stabili dacă o clauză care prevede restituirea împrumutului în moneda acordării face parte din obiectul principal al acestuia sau se asociază indisolubil cu noțiunile de „preț” sau „remunerație”¹⁴. De asemenea, trebuia avut în vedere și că legislația națională aplicabilă la data acordării creditelor în CHF, respectiv Codul civil din 1864 stabilea prin art. 1578 că *„obligația ce rezultă din un împrumut în bani este totdeauna pentru aceeași sumă numerică arătată în contract. Întâmplându-se o sporire sau o scădere a prețului monedelor, înainte de a sosi epoca plății, debitorul trebuie să restituie suma numerică împrumutată și nu este obligat a restitui această sumă decât în speciile aflătoare în curs în momentul plății”*. Prin urmare, instanțele trebuiau să se raporteze și la prevederea legală amintită și să determine dacă prin aceasta se instituie o normă obligatorie și, astfel, ar însemna că obligația asumată conform acesteia este una esențială.

În plus, existența normei amintită mai sus crea o altă dilemă juridică în legătură cu interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE¹⁵. Cu alte cuvinte, dacă respectivele clauze ar reproduce esența dispozițiilor art. 1578 C. civ. înseamnă că instanțele naționale n-ar putea aplica dispozițiile Directivei 93/13/CEE și prin urmare nici a legislației naționale cu privire la clauzele abuzive. De altfel, în observațiile scrise transmise de Guvernul României aceasta a fost una dintre apărările principale¹⁶. Cu privire la aceste aspecte, Curtea a arătat că *„pentru a stabili dacă o clauză contractuală este exclusă din domeniul de aplicare al Directivei 93/13, revine instanței naționale sarcina să verifice dacă această clauză reflectă prevederile din dreptul național care se aplică între părțile contractante independent de alegerea lor sau pe cele care sunt de natură supletivă și, prin urmare, aplicabile ope legis, cu alte cuvinte în lipsa unui acord diferit între părți în această privință (a se vedea în acest sens Hotărârea din 21 martie 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punctul 26, și Hotărârea din 10 septembrie 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189,*

¹⁴ Legislația națională prevede ca și excludere, așa cum am amintit și cazul în care obligațiile rezultate din clauza contractuală se referă la cerințele de plată.

¹⁵ Conform art. 1 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE: *„Dispozițiile prezentei directive nu se aplică clauzelor contractuale care reflectă acte cu putere de lege sau norme administrative obligatorii sau dispozițiile ori principiile din convențiile internaționale la care statele membre sau Comunitatea sunt părți, în special în domeniul transportului”*.

¹⁶ CJUE, C-186/16, Andriuc vs. Banca Românească, para. 26.

punctul 79)¹⁷. Prin urmare, la o primă vedere, considerentele CJUE diferențiază între normele cu caracter obligatoriu și normele supletive în ceea ce privește excluderea totală de la aplicare dispusă prin art. 1 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE. Este important a stabili cu exactitate normele juridice care se încadrează în această categorie, odată ce limitarea de la posibilitatea aplicării Directivei 93/13/CEE astfel cum stabilește art. 1 alin. 2 din aceasta este una expresă și general aplicabilă, astfel că instanțele nu sunt ținute de aplicarea unui nou filtru¹⁸, astfel că impactul pe care acestea îl au asupra soluției pronunțată față de cererea consumatorului este unul major. În opinia noastră, norma de drept național, art. 1578 C. civ. 1864 este una cu caracter obligatoriu, iar nu supletiv. Așa cum s-a relevat în jurisprudență¹⁹, norma stabilită de art. 1578 C. civ. are valoarea de principiu de drept civil, guvernând așadar toate raporturile juridice care cad sub incidența acestuia. Lipsa caracterului supletiv rezultă chiar și din simplul fapt că legiuitorul nu a prevăzut posibilitatea părților de a deroga de la normă. Valoarea de principiu a textului de lege se regăsește de altfel și în uzanțele dintre părți în materia contractelor de împrumut unde, indiferent de monedă, se restituie suma numerică împrumutată.

Cu privire la sfera de cuprindere a art. 4 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reluat raționamentul său expus în hotărârile anterioare: „În ceea ce privește categoria clauzelor contractuale care se circumscriu noțiunii „obiectul principal al contractului”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13, Curtea a considerat că aceste clauze trebuie înțelese ca fiind cele care stabilesc prestațiile esențiale ale acestui contract și care, ca atare, îl caracterizează (Hotărârea din 3 iunie 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, punctul 34, și Hotărârea din 23 aprilie 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, punctul 33)²⁰.

Având în vedere aceste aspecte, Curtea apreciază că obligația împrumutatului de a rambursa creditul în aceeași monedă în care a fost acordat se circumscrie obiectului principal al contractului de credit: „În această privință, trebuie să se observe că, printr-un contract de credit, împrumutătorul se angajează, în principal, să pună la dispoziția împrumutatului o anumită sumă, acesta din urmă angajându-se, la rândul său, în principal să ramburseze, în general cu dobândă, această sumă potrivit termenelor de scadență prevăzute. Principalele prestații ale unui astfel de contract se raportează, așadar, la o sumă care trebuie definită în raport cu moneda de plată și de rambursare stipulată. În consecință, după cum a arătat avocatul general la punctul 46 și următoarele din concluzii, faptul că un credit trebuie să fie

¹⁷ *Idem* 15, para. 29.

¹⁸ Astfel cum este, spre exemplu, cel stabilit prin art. 4 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE, care presupune și analiza dispozițiilor contractuale sub aspectul exprimării acestora într-un limbaj clar și inteligibil.

¹⁹ Inclusiv Decizia nr. 62/7 februarie 2017 a Curții Constituționale cu privire la admiterea excepției de neconstituționalitate ridicată asupra Legii pentru completarea OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori – „Legea conversiei”.

²⁰ *Idem* 15, para. 35.

rambursat într-o anumită monedă nu privește, în principiu, o modalitate accesorie de plată, ci natura însăși a obligației debitorului, constituind astfel un element esențial al unui contract de împrumut". Așadar, Curtea interpretează obligația esențială rezultată din contractul de credit ca fiind cea de plată, în sensul de rambursare, a ratelor de credit. În atare situație, odată ce rambursarea privește plata în condițiile contractuale, înseamnă că obligația se va întinde cu privire la toate elementele sale, inclusiv moneda de plată.

Odată stabilit că astfel de clauze fac parte din obiectul principal al contractului, trebuie să continuăm analiza clauzelor contractuale din perspectiva respectării de către acestea a cerinței redactării „*într-un limbaj clar și inteligibil*". Cu privire la acest aspect, Curtea a apreciat, în analiza asupra celei de-a doua întrebări că această cerință este satisfăcută doar în ipoteza în care clauza beneficiază de o transparență privită în sens extensiv în sensul că „*instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză, acestea trebuind să includă cel puțin impactul pe care o depreciere severă a mijloacelor legale de plată ale statului membru în care își au domiciliul sau sediul împrumutării și majorarea ratelor dobânzilor la împrumuturile în monedă străină îl au asupra ratelor împrumutului*”²¹.

Cu alte cuvinte, instanța europeană apreciază că în ceea ce privește contractele încheiate între profesioniști și consumatori, aceștia din urmă beneficiază de fiecare dată de o protecție transpusă la un grad absolut, interpretarea textelor de lege trebuind să fie de fiecare dată extensivă și favorabilă acestora²². Se observă că tendința de suprainformare a consumatorului, ca mecanism de ocrotire a acestuia împotriva oricăror prejudicii rezultate din aplicarea clauzelor contractuale, determină CJUE să aprecieze că acesta trebuie să îi fie aduse la cunoștință elemente considerate până acum ca fiind de notorietate, astfel cum este, spre exemplu, posibilitatea variației cursului de schimb. Acceptând că țările membre ale Uniunii Europene au beneficiat de o economie liberă de o perioadă îndelungată de timp, iar pe piețele interne ale acestora, monedele naționale au fost tranzacționate și în raport de monedele altor state (USD, EURO, GBP etc.), precum și faptul că informațiile privind cursul valutar al diferitelor monede este disponibil cu ușurință atât la diferitele case de schimb valutar sau sedii ale sucursalelor bancare, sau în mediul online, nu putem considera că nu se cunoaște posibilitatea fluctuației diferitelor cursuri de schimb.

De altfel, concluziile formulate de Avocatul General Nils Wahl²³, expun exact același raționament și contrazic parțial hotărârea CJUE. Se arată astfel că „*un*

²¹ *Idem* 15, para. 49.

²² Același raționament fusese, de altfel, și în Hotărârea din 30 aprilie 2014, Kásler și Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, para. 71 și 72, precum și Hotărârea din 9 iulie 2015, Bucura, C-348/14, nepublicată, EU:C:2015:447, para. 52.

²³ Concluziile Avocatului General Nils Wahl, prezentate la 27 aprilie 2017 în C-186/16 Andriciuc și alții vs. Banca Românească, disponibile pe <http://curia.europa.eu>, para. 66 și 68.

consumator mediu, suficient de atent și de avizat este, în principiu, în măsură să înțeleagă că un curs de schimb este supus fluctuațiilor” și că „ni se pare nerezonabil să se impună profesionistului să informeze consumatorul, în stadiul încheierii contractului de credit, cu privire la apariția unor evenimente sau evoluții ulterioare încheierii contractului pe care nu putea fi în măsură să le anticipeze. Nu se poate pretinde profesioniștilor să ofere consumatorilor alte informații decât cele despre care au sau ar trebui să aibă în mod obiectiv cunoștință la momentul încheierii acestui contract”. Cu alte cuvinte, se subliniază că analiza din perspectiva clauzelor abuzive are în vedere caracterul „mediu, suficient de atent și de avizat” al consumatorului, respectiv acel consumator care a manifestat minimele diligențe de informare cu privire la produsul sau serviciul contractat. Mai mult, nivelul de avizare al consumatorului trebuie raportat și la serviciul sau produsul contractat și la obligațiile despre care ulterior afirmă că ar fi fost stabilite în mod abuziv. În speța clauzelor care prevăd rambursarea creditului în moneda în care a fost acordat, elementul de risc valutar determinat de variația cursului de schimb este unul, apreciem noi, ușor predictibil și astfel cerința de informare cu privire la acest aspect devine nerezonabilă.

Suplimentar, arătăm că deși CJUE a avut în vedere existența normei naționale, art. 1578 C. civ. cu privire la principiul nominalismului monetar, nu a apreciat și asupra aplicabilității principiului general de drept *nemo censetur ignorare legem*. Așadar, odată ce norma națională prevede o obligație pentru împrumutat de a restitui suma numerică împrumutată, indiferent de devalorizarea monedei naționale în raport de moneda împrumutului, normă care are caracter obligatoriu, consumatorul nu se poate apăra în sensul că nu a cunoscut efectele acestei obligații, odată ce ea derivă chiar din lege.

În ceea ce privește efectele aplicării clauzelor care prevăd rambursarea creditului în moneda în care a fost acordat, acestea sunt generate din perspectiva consumatorului de elementul de risc valutar în raport de moneda în care acesta își realizează venitul și moneda în care a împrumutat efectiv suma de bani. În cazul devalorizării monedei naționale față de moneda împrumutului, consumatorul suportă acest risc, în primul rând în temeiul principiului general de drept *res perit debitori*, iar, în al doilea rând, cu referire la teoria clauzelor abuzive, deoarece gradul de informare al unui consumator mediu se presupune că include și aspectele cu privire la variația cursului de schimb, acestea fiind de notorietate.

Având în vedere aceste aspecte, apreciem, contrar opiniei CJUE, că cerința redactării într-un limbaj clar și inteligibil este îndeplinită pentru toate clauzele care prevăd, în mod expres, obligația consumatorului de a rambursa creditul în moneda în care a fost acordat, astfel că, acestea sunt excluse de la analiza caracterului abuziv în temeiul art. 4 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE.

THE PRINCIPLE OF ENVIRONMENTAL PROTECTION IN INTERNAL LAW AND IN THE EUROPEAN UNION

*Lecturer Ph.D. Anca Ileana DUȘCĂ**
Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept

Abstract

The principle that environmental protection is an aim of public interest is regulated both by internal law and basic EU treaties. The article is a brief analysis of the principles of environmental law in the European Union as set out in its basic treaties, especially in the environment Title XX of Part Three internal policies and actions of the Union Treaty on the Functioning of the European Union.

Keywords: *the precautionary principle, preventive action, the polluter pays principle, principle of sustainable development, the basic treaties of the European Union,*

Noțiune

Reguli esențiale, de maximă generalitate, care stau la baza și se regăsesc în întreaga ramură de drept, principiile dreptului mediului¹ sunt importante deoarece: dacă normele juridice ale dreptului mediului se găsesc în izvoare foarte diverse și numeroase, principiile asigură coeziunea internă a acestei ramuri; dreptul mediului fiind o ramură nouă, dinamică și evolutivă, trebuie să găsească rapid răspuns la problemele degradării, iar în cazul în care, într-o materie nu au fost încă adoptate norme juridice, se aplică principiile; ajută la interpretarea normelor care având caracter tehnic, ridică dificultăți pentru practicienii dreptului; caracterul complex, deopotrivă economic, juridic și decizional, al problemelor mediului, corespunde perfect naturii complexe a acestei ramuri de drept; sunt proprii dreptului mediului, fiind astfel un argument, în plus, pentru autonomia dreptului mediului².

* ileanadusca@yahoo.com

¹ D. Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 23; M. Duțu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 198.

² D. Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 23.

Dreptul intern

În articolele 3 și 4 din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, cu modificările și completările ulterioare, legiuitorul distinge între principii și elemente strategice și modalitățile de implementare a acestora. Astfel, conform art. 3, principiile sunt: a) principiul integrării cerințelor de mediu în celelalte politici sectoriale; b) principiul precauției în luarea deciziei; c) principiul acțiunii preventive; d) principiul reținerii poluanților la sursă; e) principiul „poluatorul plătește”; f) principiul conservării biodiversității și a ecosistemelor specifice cadrului biogeografic natural. Elementele strategice sunt: utilizarea durabilă a resurselor naturale (art. 3 lit. g); informarea și participarea publicului la luarea deciziilor, precum și accesul la justiție în probleme de mediu (art. 3 lit. b); dezvoltarea colaborării internaționale pentru protecția mediului (art. 3 lit. e).

Principiul conform căruia protecția mediului constituie un obiectiv de interes public major

Deși nu se regăsește în art. 3 din Ordonanța privind protecția mediului, este evident că acesta constituie un principiu de bază și aceasta pentru că, în art. 1 alin. 1 se prevede că „obiectul prezentei Ordonanțe de Urgență îl constituie un ansamblu de reglementări juridice privind *protecția mediului, obiectiv de interes public major*, pe baza principiilor și elementelor strategice care conduc la dezvoltarea durabilă”. Într-o exprimare implicită regăsim această idee și în Constituție care în art. 135 alin. 2 lit. d) prevede: „statul trebuie să asigure ... exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național”³.

Din caracterul „*de interes public major*” al protecției mediului rezultă o serie de idei: fiind de ordine publică, normele dreptului mediului sunt preponderent imperative, ele nu lasă la latitudinea persoanelor, cărora li se adresează, alegerea unei anumite conduite; protecția mediului constituie obligația și responsabilitatea autorităților administrației publice centrale și locale, precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice - art. 6 alin. 1 din O.U.G. nr. 195/2005; dreptul la un mediu sănătos, consacrat inclusiv în Constituție, are un conținut normativ complex, deoarece include și îndatorirea pentru persoanele fizice și juridice de a proteja și ameliora mediul - art. 35 alin. 3⁴.

² R. Romi, *Droit et administration de l'environnement*, 5^e édition, Montchrestien, 2004, p. 38.

³ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită - comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, p. 59.

⁴ Constituția României din 8 decembrie 1991, modificată și completată prin Legea de revizuire nr. 429/2003, este legea fundamentală a sistemului de drept românesc, ea stabilește reguli generale

Protecția mediului, ca obiectiv de interes public major și ca obligație a autorităților publice centrale și locale, a persoanelor fizice și juridice, capătă concretizări specifice. Astfel, de ex., art. 75 din O.U.G. nr. 195/2005 prevede că autoritatea publică centrală pentru protecția mediului are o serie de atribuții și răspunderi, din care spicuim: a) reactualizează strategia protecției mediului, cu respectarea principiilor și elementelor strategice prevăzute în ordonanță; b) elaborează recomandările și acționează pentru integrarea politicilor de mediu în strategiile și politicile sectoriale; c) coordonează activitatea de instruire în domeniul protecției mediului; d) corelează planificarea de mediu cu cea de amenajare a teritoriului și urbanism și stabilește măsuri de reconstrucție ecologică; e) creează sistemul de informare propriu și stabilește condițiile și termenii care permit accesul liber la informațiile privind mediul și participarea publicului la luarea deciziilor privind mediul;⁵ ...

Tratatele bază ale Uniunii Europene⁶ și protecția mediului

Dintre normele referitoare la mediu, incluse în Tratatul privind Uniunea Europeană, după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, amintim doar: Articolul 3⁷ (1) „Uniunea urmărește să promoveze pacea, valorile sale și bunăstarea popoarelor sale. ... (3) *Uniunea instituie o piață internă. Aceasta acționează pentru dezvoltarea durabilă a Europei, întemeiată pe o creștere economică echilibrată și pe*

de conduită care stau la baza celorlalte reglementări. Legea de revizuire a adus Constituției un nou drept fundamental, prevăzut în art. 35 *dreptul la mediu sănătos*, drept care capătă astfel și o consacrare constituțională, căci până în 2003, acest drept fusese prevăzut de actul normativ cadru în materia protecției mediului - Legea nr. 137/1995 în art. 5 („statul recunoaște, tuturor persoanelor dreptul la un mediu sănătos”). Articolul 35 din Constituție dispune: „(1) Statul recunoaște dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic. (2) Statul asigură cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept. (3) Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și ameliora mediul înconjurător”.

⁵ A se vedea și: E. Lupan, *Dreptul mediului. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 115; R. Stancu, Gh. Deaconu ș.a., *Aspecte ale dezvoltării legislației de ocrotire a naturii în România*, Revista Ocrotirea naturii și a mediului înconjurător, nr. 2, 1979, p. 37 și urm.

⁶ Articolul I.T.U.E. (ex-articolul 1 T.U.E.) „Prin prezentul tratat, Înaltele Părți Contractante instituie între ele o Uniune Europeană, denumită în continuare „Uniune”, căreia statele membre îi atribuie competențe pentru realizarea obiectivelor lor comune. Prezentul tratat marchează o nouă etapă în procesul de creare a unei uniuni tot mai profunde între popoarele Europei, în cadrul căreia deciziile se iau cu respectarea deplină a principiului transparenței și cât mai aproape cu putință de cetățeni. Uniunea se întemeiază pe prezentul tratat și pe Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (denumite în continuare „tratatele”). Aceste două tratate au aceeași valoare juridică. Uniunea se substituie Comunității Europene și îi succede acesteia. Articolul 1 T.F.U.E. (1) Prezentul tratat organizează funcționarea Uniunii și stabilește domeniile, limitele și condițiile exercitării competențelor sale. (2) Prezentul tratat și Tratatul privind Uniunea Europeană reprezintă tratatele pe care se întemeiază Uniunea. Aceste două tratate, care au aceeași valoare juridică, sunt desemnate prin cuvântul „tratatele”.

⁷ (ex-articolul 2 T.U.E.), Titlul I Dispoziții Comune

stabilitatea prețurilor, pe o economie socială de piață cu grad ridicat de competitivitate, care tinde spre ocuparea deplină a forței de muncă și spre progres social, precum și pe un nivel înalt de protecție și de îmbunătățire a calității mediului. ... Uniunea combate excluziunea socială și discriminările și promovează justiția și protecția socială, egalitatea între femei și bărbați, solidaritatea între generații și protecția drepturilor copilului. ... (5) În relațiile sale cu restul comunității internaționale, Uniunea își afirmă și promovează valorile și interesele și contribuie la protecția cetățenilor săi. Aceasta contribuie la pacea, securitatea, dezvoltarea durabilă a planetei, la respectarea strictă și dezvoltarea dreptului internațional, inclusiv respectarea principiilor Cartei Organizației Națiunilor Unite....” Articolul 6⁸ „(1) Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute în Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene din 7 decembrie 2000, astfel cum a fost adaptată la 12 decembrie 2007, la Strasbourg, care are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor. (3) Drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii”.

Dintre normele referitoare la mediu, incluse în Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, amintim doar: Articolul 11⁹ conform căruia „Cerințele de protecție a mediului trebuie integrate în definirea și punerea în aplicare a politicilor și acțiunilor Uniunii, în special pentru promovarea dezvoltării durabile”. Apoi Articolul 191¹⁰ prevede: „(1) Politica Uniunii în domeniul mediului contribuie la următoarele obiective: - conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului; - ocrotirea sănătății persoanelor; - utilizarea prudentă și rațională a resurselor naturale; - promovarea pe plan internațional a unor măsuri destinate să contracareze problemele de mediu la scară regională sau mondială și în special lupta împotriva schimbărilor climatice. (2) Politica Uniunii în domeniul mediului urmărește un nivel ridicat de protecție, ținând seama de diversitatea situațiilor din diferitele regiuni ale Uniunii. Aceasta se bazează pe principiile precauției și acțiunii preventive, pe principiul remedierii, cu prioritate la sursă, a daunelor provocate mediului și pe principiul „poluatorul plătește”. ... (3) În elaborarea politicii sale în domeniul mediului, Uniunea ține seama de: - datele științifice și tehnice disponibile; - condițiile de mediu din diferitele regiuni ale Uniunii; - avantajele și costurile care pot rezulta din acțiune sau din inacțiune; - dezvoltarea economică și socială a Uniunii în ansamblul său și de dezvoltarea echilibrată a regiunilor sale. (4) În cadrul competențelor lor, Uniunea și statele membre cooperează cu țările terțe și cu organizațiile internaționale competente. Condițiile cooperării

⁸ (ex-articolul 6 T.U.E.).

⁹ (ex-articolul 6 T.C.E). Titlul II Dispoziții de aplicare generală, Partea Întâi Principiile.

¹⁰ Titlul XX Mediul, din Partea a treia Politicile și acțiunile interne ale Uniunii, a T.F.U.E.

Uniunii pot face obiectul unor acorduri între aceasta și terțele părți în cauză. Paragraful precedent nu aduce atingere competenței statelor membre de a negocia în cadrul organismelor internaționale și de a încheia acorduri internaționale”. În fine, Articolul 193 dispune: „*Măsurile de protecție adoptate în temeiul articolului 192 nu pot împiedica nici un stat membru să mențină sau să stabilească măsuri de protecție mai stricte. Aceste măsuri trebuie să fie compatibile cu tratatele. Acestea sunt notificate Comisiei*”.

Principiul conform căruia protecția mediului constituie un obiectiv de interes public major, deși nu se regăsește în enumerarea principiilor pe care se sprijină politica Uniunii, este evident că acesta constituie un principiu de bază¹¹. Protecția mediului constituie pentru Uniunea Europeană nu atât un țel, obiectiv al acesteia, așa cum am putea deduce din formularea *Politica Uniunii în domeniul mediului urmărește un nivel ridicat de protecție*, sau din cuvintele introductive ale alin. 1 *Politica Uniunii în domeniul mediului contribuie la următoarele obiective: – conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului...*, cât o cale, mijloc de transpunere în realitate a adevăratului scop, care este dezvoltarea durabilă. Este ceea ce rezultă atât din dispoziția, cu caracter general, cuprinsă în art. 11 T.F.U.E. – *Cerințele de protecție a mediului trebuie integrate în definirea și punerea în aplicare a politicilor și acțiunilor Uniunii, în special pentru promovarea dezvoltării durabile* – cât și din dispoziția comună ambelor tratate, cuprinsă în art. 3 alin. 3 T.U.E. – *Uniunea instituie o piață internă. Aceasta acționează pentru dezvoltarea durabilă a Europei, întemeiată pe o creștere economică echilibrată ... și pe un nivel înalt de protecție și de îmbunătățire a calității mediului*. Din caracterul „*de interes public major*” a protecției mediului rezultă o serie de idei: - fiind de ordine publică, normele dreptului mediului sunt preponderent imperative, ele nu lasă la latitudinea persoanelor, cărora li se adresează, alegerea unei anumite conduite; - protecția mediului constituie obligația și responsabilitatea deopotrivă a instituțiilor Uniunii și autorităților statale, centrale și locale, precum și a tuturor persoanelor fizice și juridice.

Concluzie

Temelie a întregii activități de protecție a mediului la nivel intern, internațional și european, principiile, printre care și principiul protecției mediului, sunt în dreptul intern consacrate în acte normative diverse, iar în cadrul Uniunii Europene, sunt prevăzute de tratatele bază ale acesteia și dezvoltate în documente din dreptul

¹¹ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, 5^e édition, Dalloz, Paris, 2004, p. 31 și urm.; R. Romi, *Droit et administration de l'environnement*, 5^e édition, Montchrestien, 2004, p. 59 și urm.; C. Roche, *Droit de l'environnement*, 2^e édition, Gualino éditeur, p. 97 și urm.; J. Lamarque, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, L.G.D.J., 1973; M. Despaux, *Droit de l'environnement*, Paris, Litec, 1980.

derivat european. Pentru cei interesați, simpli cetățeni dar și organisme specializate, principiile de dreptul mediului constituie căi de atingere a țelului dorit anume dezvoltarea durabilă care presupune dezvoltarea de astăzi realizată cu gândul la generațiile viitoare.

ABUZUL DE BUNURI SOCIALE – CONFLICTUL DE INTERESE DINTRE ASOCIAT/AȚIONAR ȘI SOCIETATE

Drd. Lucian-Constantin NIȚULEASA
Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova

Rezumat

În scopul calificării legale a noțiunii de conflict de interese relativ la domeniul societar în care acesta se poate ivi, se impune, înainte de toate, identificarea situațiilor de conflict ce pot interveni în raport cu persoanele implicate într-un interes personal contrar interesului social.

Având în vedere dispozițiile Legii nr. 31/1990, aceste persoane pot fi reprezentante de fondatorii societății, asociații/acționarii, respectiv membrii organelor executive, cum sunt administratorul, directorii, membrii directoratului, membrii consiliului de supraveghere.

Referitor la abuzul de bunuri sociale, conflictul de interese impune prin esența sa abținerea asociatului/acționarului de la folosirea bunurilor societății, dacă o astfel de întrebuițare nu este în interesul acesteia.

Dacă utilizarea bunurilor ce se regăsesc în patrimoniul societății este contrară interesului social ea devine abuzivă, în acest caz, oferind premisele antrenării răspunderii. Astfel, trebuie acordată importanța cuvenită definirii noțiunii de interes social în contextul stabilirii existenței unui interes contrar în raport cu interesele societății.

Cuvinte-cheie: abuz, acționar, societate, răspundere, bunuri sociale, interes personal.

Abstract

For the purpose of legal classification of the notion of conflict of interest in relation to the company law domain in which it may arise, it is first and foremost necessary to identify the conflict situations that may occur in relation to the persons involved in a personal interest contrary to the company's interest.

Considering the provisions of Law no. 31/1990, these persons may be representatives of the founders of the company, the shareholders, respectively the

members of the executive bodies, such as the administrator, the directors, the members of the board, the members of the supervisory board.

Regarding the abuse of social goods, the conflict of interest requires by its essence the abstention of the shareholder from the use of the assets of the company, if such use is not in the company's interest.

If the use of the assets belonging to the company is contrary to the company's interest, it becomes abusive, in this case providing the premises of the liability. Thus, the importance attached to defining the notion of company's interest must be given in the context of establishing the existence of a contrary interest in relation to the interests of the company.

Keywords: abuse, shareholder, company, liability, company's goods, personal interest.

1. Aspecte preliminare

În scopul determinării domeniului societar în care ipotetic se poate ivi conflictul de interese, se impune identificarea situațiilor în care se poate produce acest conflict, în care interesul personal prevalează celui social, funcție de persoanele ce pot fi implicate într-un astfel de scenariu.

În acest sens, fie că vorbim de asociați (acționari) ori de membrii ai organelor de conducere în general, respectiv administratori, membrii directoratului ori membrii consiliului de supraveghere, conflictul de interese între aceștia și societate apare în situația în care măsurile luate de către actorii mai sus identificați în uzitarea instrumentului societar contravin interesul social.

Din ansamblul normativ prevăzut de Legea nr. 31/1990, rezultă că legiuitorul, la momentul reglementării acestui tip de situații, pentru a preveni tendința de a pune interesul personal înaintea interesului societar, nu s-a limitat doar la a sancționa la modul general acest comportament contrar, ci a înțeles să identifice și să definească o serie de situații particulare considerate ca fiind prezumtiv conflictuale din punct de vedere al intereselor încălcate.

Astfel, în cazul în care unul dintre asociați, într-o operațiune determinată, are pe cont propriu sau pe contul altuia, interese contrare celor sociale, acesta nu poate lua parte la nicio deliberare privind operațiunea în cauză¹. Un alt caz ce vine să identifice o situație prezumtiv conflictuală, este acea situație în care deși unui asociat i s-au fixat pentru cheltuielile făcute sau pentru cele ce urmează să le facă în interesul societății anumite fonduri, acesta nu respectă limitele impuse, luând mai mult decât i s-ar cuveni².

¹ Art. 79 alin. 1 din Legea nr. 31/1990.

² Art. 81 alin. 1 din Legea nr. 31/1990.

De asemenea, potrivit art. 127 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 „*acționarul care, într-o anumită operațiune, are, fie personal, fie ca mandatar al unei alte persoane, un interes contrar aceluia al societății, va trebui să se abțină de la deliberările privind acea operațiune*”.

Același conflict de interese îi privește și pe asociații unei societăți în cazul întrebuintării bunurilor sau creditului social în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane. Într-o atare situație particulară, aceste acte contrare interesului societății pot constitui temei al angajării răspunderii membrilor organelor de conducere ce se fac culpabili de astfel de operațiuni frauduloase.

În consecință, dacă utilizarea bunurilor sociale se realizează în contradictoriu cu interesul social, aceasta devine abuzivă, fiind oferite premisele antrenării răspunderii patrimoniale. Prin urmare, în fundamentarea unei situații prezumtiv conflictuale, este important ca, înainte de toate, să fie realizată o paralelă între cele două noțiuni (interesul social versus interesul personal), procedeu tehnic menit să scoată la iveală existența ori inexistența unui interes contrar în raport cu interesele societății.

2. Interesul social

Interesul comun al asociațiilor și al societății este reprezentat de interesul social. Astfel, ca persoană juridică, societatea are o voință de sine-stătătoare, care nu se confundă cu voințele particulare ale asociaților. Într-adevăr, aceasta, ca orice altă persoană juridică, nu are o existență organică și nici o voință naturală, reprezentând doar un instrument pentru realizarea unei finalități și anume, punerea în valoare în comun a resurselor și capacităților mai multor persoane, în scopul obținerii și împărțirii profitului rezultat.

Fiind o ficțiune a legii și neavând o voință naturală, biologică, precum persoana fizică³, întreprinderea constituită sub forma societății ia decizii prin organele sale. Organul suprem deliberativ este reprezentat de asociații reuniți într-un cadru formal denumit adunare generală, organ care decide în problemele importante ale societății, conform legii și actului constitutiv.

Neavând așadar o existență organică, legea atribuie persoanei juridice voința persoanelor fizice care o compun, în măsura în care acestea acționează pentru realizarea scopului persoanei juridice. În caz de conflict, interesul social este privit ca reprezentând doar un element care, alături de altele, poate conduce la identificarea unor cazuri de abuz, comportament ce urmează a fi sancționat în mod corespunzător⁴.

³ Ion Turcu, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 358.

⁴ Stanciu D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic București, 2011, p. 235.

Totodată, în lumina doctrinei în materie, voința persoanei juridice nu reprezintă suma voințelor persoanelor fizice, ci este o calitate nouă, voințele individuale ale asociațiilor, prin manifestarea lor în adunarea generală, devenind o voință colectivă, care constituie voința socială, capacitate care îi permite societății să dobândească drepturi și să-și asume obligații, grație căreia poate participa în nume propriu la raporturile juridice și poate răspunde pentru obligațiile asumate.

Interesul social este așadar un standard, un concept cu conținut variabil⁵. Societatea, potrivit doctrinei franceze, este un bun al asociațiilor construit în jurul unui nod de contracte, fundamentat pe dreptul de proprietate al asociațiilor și pe mandatul acordat administratorilor⁶. Acceptarea de către membrii grupului societar a instituției societare, se face numai în vederea urmării scopului comun al tuturor asociațiilor, care constă în îmbogățirea acestora, în participarea la împărțirea beneficiilor.

Interesul social, această busolă⁷ în materia dreptului societar, este o noțiune flexibilă, utilizată de Legea societăților pentru a determina, spre exemplu, limitele mandatului social⁸, pentru a stabili condițiile obligației de abținere de la vot⁹, dar și pentru a incrimina, printre altele, infracțiunea de abuz de bunuri și de credit al societății – art. 272 pct. 2 din Legea nr. 31/1990¹⁰.

2.1. Interesul comun al asociațiilor și limitele sale

Raportat la interesul comun al asociațiilor de a-și spori patrimoniul personal, acesta poate fi atins numai prin utilizarea instrumentului societar în scopul obținerii de beneficii și împărțirii acestora în mod loial, în conformitate cu prevederile legii și actului constitutiv. Prin urmare, singura condiție a sporirii patrimoniului personal de pe urma uzitării instrumentului societar este ca această îmbogățire să se realizeze în conformitate cu legea și morala.

Se conturează astfel un principiu potrivit căruia, raportat la egalitatea asociațiilor, pe care contractul de societate și organizarea legală a societății o acordă unuia dintre asociați, aceasta nu poate fi deturnată în scopul dobândirii unor avantaje prin excluderea celorlalți de la împărțirea lor. Legea pune la dispoziția întreprinzătorilor

⁵ M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deoissy, *Droit des sociétés*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 197.

⁶ Radu Catană, *Dreptul societăților comerciale, Probleme actuale privind societățile pe acțiuni, Democrația acționarială*, Ed. Sfera Juridică, Cluj Napoca, 2007, p. 127.

⁷ A. Pirovano, *La boussole de la societe: interet commun, interet social, interet d l'entreprise?*, Ed. Dalloz, Chr., 1997, p. 186.

⁸ Art. 70, 75, 78, 144' din Legea nr. 31/1990.

⁹ Art. 79, 127, 149 din Legea nr. 31/1990.

¹⁰ „Se pedepsește cu închisoare de la 1 la 3 ani fondatorul, administratorul, directorul sau reprezentantul legal al societății care: (...) folosește, cu rea-credință, bunuri sau creditul de care se bucură societatea, într-un scop contrar intereselor acesteia sau în folosul lui propriu ori pentru a favoriza o altă societate în care are interese direct sau indirect”.

forme sociale organizate nu pentru a împiedica atingerea țelului comun¹¹ ci pentru a face acest demers mai facil, prin evitarea apariției unor conjuncturi apte să conducă la defavorizarea intereselor personale ale unora dintre asociați în dauna altora ori a intereselor sociale în dauna celor personale.

Rolul voinței asociaților, absolut – dar controlat judiciar¹², se proiectează astfel în mod direct asupra evoluției societății pe toată durata existenței sale făcând ca interesele personale să fie subordonate în permanență comunității de interes.

3. Conflictul de interese în care se află asociatul și societatea

Deși caracterul contractual al societății rămâne actual, doctrina în materie susține ideea potrivit căreia asocierea nu mai este de esența societății, ci, cel mult, de natura ei. Fără a ignora ideea de asociere, societatea este văzută actualmente ca fiind mult mai mult decât un simplu contract¹³. Societatea nu mai este privită ca o simplă grupare contractuală, ci prin reglementările dedicate, rolul în economie și interesul public al unei bune funcționări, devine o adevărată organizație prin prisma unor argumente precum: derogările de la teoria generală a nulității actului juridic în scopul salvării societății; calitatea de persoană juridică a societății, distinct de asociații săi, caracterul contractual estompându-se în timp, lăsând loc astăzi caracterului instituțional, organizațional, de întreprindere, de organism economic¹⁴.

În contrapartidă, urmărind teoria liberal contractuală, putem observa că aceasta aduce în perspectivă interesul social sub forma sumei intereselor personale ale asociaților. Este criticabilă o astfel de concluzie, pe motiv că nu se ține seama de integralitatea noțiunii de societate și își găsește propria limită în efectul contractului de societate de a da naștere unei entități juridice cu patrimoniu și personalitate proprii, care îi conferă vocația de a accede la viața juridică în mod independent și de a intra în raporturi cu terții prin intermediul organelor sociale.

În acest sens, doctrina modernă privind întreprinderea, ce susține teza instituționalizării societății, vine și arată că această formă asociativă reprezintă un ansamblu autonom ce permite desfășurarea unor activități economice prin reunirea organizată a mijloacelor de producție, societatea fiind, esențialmente, o tehnică, un instrument juridic ce permite întreprinderii să se organizeze din punct de vedere juridic¹⁵.

¹¹ Art. 1 din Legea 31/1990 – „În vederea desfășurării de activități cu scop lucrativ, persoanele fizice și persoanele juridice se pot asocia și pot constitui societăți cu personalitate juridică, cu respectarea dispozițiilor prezentei legi”.

¹² C. Gheorghe, Rolul voinței asociaților în constituirea societăților comerciale, RDC nr. 10/2000, p. 149, nr. 12/2000, p. 132.

¹³ St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 235.

¹⁴ Sebastian Bodu, *Tratat de drept societar. Teorie și practică*, vol. I, Ed. Rosetti International, București, 2014, p. 17.

¹⁵ *Le droit moderne et la personnalité morale*, RTDCiv 1993, p. 705.

Asociindu-se pentru realizarea unui scop comun, fondatorii sunt conștienți că simpla lor participare este insuficientă pentru atingerea scopului societar convenit, dar știu că participările lor însumate, alături de o administrare adecvată, pot face acest lucru¹⁶. Chiar dacă aporturile asociaților converg spre un scop comun, fără ca vreunul dintre ei să fie titularul unei contraprestații de la altul, fiecare se obligă față de societate condiționat de faptul că, și ceilalți, la rândul lor, fac același lucru. De altfel, scopul comun este un concept destul de abstract, întrucât nu înseamnă identitate de opinii nici cu privire la materializarea lui și nici cu privire la modul în care trebuie atins. Avem așadar pe de o parte un raport juridic asociativ – născut din contractul de societate, iar pe de altă parte un raport juridic societar – născut din actul de subscripție¹⁷.

Cauza, ca și element al actului juridic, formează, împreună cu consimțământul, voința juridică, ambele fiind elemente de natură psihologică¹⁸. În acest sens, cauza în materie societară reprezintă rațiunea asocierii, fără ca asocierea să fie un scop în sine, întrucât nu se face din plăcerea asociaților¹⁹, ci, bineînțeles, pentru obținerea de profit.

În materie societară, cauza are o particularitate distinctă, cunoscută sub numele de *affectio societatis*.

3.1. Affectio societatis versus interesul personal al asociaților/acționarilor

Ce ne interesează în legătură cu elementul *affectio societatis*, raportat la interesul societății versus interesul asociaților, este faptul că acesta nu înseamnă ca asociații să lucreze împreună ori să participe la exercitarea unui comerț pe seama societății, în calitate de administratori, directori ori din postura de simpli asociați. *Affectio societatis* este legat strict de momentul dobândirii calității de asociat, fie de la constituire, fie ulterior, iar nu de exercitarea drepturilor societare și cu atât mai puțin de exercitarea atribuțiilor de administrator, director sau simplu salariat deținător de acțiuni.

În ceea ce privește colaborarea asociaților din cadrul unei societăți, raportat la caracterul sinalagmatic al contractului de societate, aceasta apare ca fiind inexistentă chiar și la încheierea actului constitutiv, părțile aflându-se de la bun început, în relații de adversitate (financiară), întocmai ca la orice contract sinalagmatic²⁰, fiecare urmărind să obțină cât mai multe avantaje pe seama tuturor celorlalți asociați. Nici

¹⁶ Sebastian Bodu, *Tratat de drept societar. Teorie și practică*, vol. 1, Ed. Rosetti International, București, 2014, p. 20.

¹⁷ Mircea Costin, Corina Aura Jeflea, *Societățile comerciale de persoane*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 107.

¹⁸ Aurel Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*, TUB, București, 1980, p. 303.

¹⁹ Doru Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 220-221.

²⁰ Art. 1171 Cod civil – „Contractul este sinalagmatic atunci când obligațiile născute din acesta sunt reciproce și interdependente. În caz contrar, contractul este unilateral chiar dacă executarea lui presupune obligații în sarcina ambelor părți”.

ulterior constituirii societății, exercițiul comun nu reprezintă o colaborare *stricto sensu*, realitatea spunând că situațiile contrare depășesc nivelul unor excepții²¹. Așadar, interesul social se detașează de persoana asociaților, spre a îngloba interese precum cel al angajaților de a avea un loc de muncă, al creditorilor de a avea un debitor solvabil ori al furnizorilor și clienților de a întreține relații de colaborare stabile și bazate pe încredere. Tocmai în acest scop, atitudinea și interesele personale ale asociaților nu trebuie să afecteze țelurile proprii ale societății, al cărei interes este superior intereselor individuale ale reprezentanților săi.

Într-o societate în care fiecare asociat urmărește prin vot propriul interes, în orice fel dorește, pentru a extrage cât mai mult din investiția realizată, interesul comun nu este decât o simplă coincidență de interese, divergențele fiind tranșate în favoarea asociaților care își impun printr-o majoritate voința într-o adunare generală.

Pe de altă parte, activitatea desfășurată sub forma unei societăți presupune, prin voința legiuitorului, adoptarea unui corp de reguli care scapă controlului și voinței asociaților, promovate de legiuitor în virtutea principiului protecției ordinii publice și a favorizării încrederii în formele sociale.

Astfel, propriul interes poate fi îngrădit în mod legal doar atunci când există un conflict de interese sau poate fi influențat de interesul altor persoane care depind de societate, precum angajații, autoritățile, comunitatea locală.

Conceptul de *affectio societatis*, în raport cu asociații societății, reprezintă voința de colaborare efectivă și loială a acestora, prin acceptarea interesului comun de a avea o întreprindere profitabilă și în condiții de egalitate de acces la beneficii²². Exercițarea abuzivă a drepturilor asociaților, spre exemplu folosirea, cu rea-credință, a bunurilor ori a creditului de care se bucură societatea, într-un scop contrar intereselor acesteia, poate fi analizată și ca oglindire a *affectio societatis*.

3.2. *Obligația de loialitate*

Jurisprudența civilă în materie deduce din obligația de exercitare a drepturilor cu bună-credință în cadrul relațiilor contractuale de societate o veritabilă îndatorire de loialitate, concepută ca expresie a interesului comun și al egalității între asociați²³, iar literatura tinde să prezinte buna-credință ca pe o îndatorire generală și o obligație reciprocă ce incumbă tuturor părților unui contract.

Este adusă astfel în discuție noțiunea de loialitate societară, concepută ca expresie a recunoașterii interesului comun al asociaților de a-și spori valoarea investițiilor ca

²¹ Sebastian Bodu, *Tratat de drept societar. Teorie și practică*, vol. I, Ed. Rosetti International, București, 2014, p. 39;

²² Collective Fracis Lefebvre, *Memento Pratique – Societes commerciales*, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 2005, p. 740;

²³ Cass com. 3 juin 1986, Rec. Dalloz, 1987, p. 97.

urmare a exploatării eficiente a întreprinderii. Dacă este privită ca formă a pretinsului principiu al egalității între asociați sau dacă este apreciată ca derivat al *affectio societatis*, rezonanța cea mai puternică a obligației generale de exercitare a drepturilor cu bună-credință se găsește tocmai în contractul de societate, prin obligația de loialitate. Acest contract, fiind un act juridic colectiv²⁴, este caracterizat prin aceea că părțile contractului nu au interese contrare, ci, dimpotrivă, în mod natural comune, loialitatea nefiind altceva decât determinarea firească a comunității de interese și a necesității de a evita conflictele de interese, atât față de coasociați, cât și față de societate.

Curtea de casație franceză a înțeles să sancționeze orice persoane, acționar sau administrator, care profită de poziția lor în societate pentru a-și procura avantaje, apreciind că obligația de loialitate este de esența contractului de societate, acționarii neputându-se sustrage neîndeplinirii ei²⁵.

²⁴ J-P Bertrel, *Liberte contractuelle et societes, Essai d'une theorie du juste milieu en droit des societes*, RTDCom, 1996, p. 612.

²⁵ Cass. com, 27 fevrier 1996, JCP 1996 II no 22665, note J. Ghestin; JCP ed. E 1996 no 838, note D. Schmidt, N. Dion.

ASPECTE REFERITOARE LA DREPTUL LA UN PROCES ECHITABIL ÎN CADRUL PROCEDURILOR PRIVIND ACHIZIȚIILE PUBLICE

Av. Dr. Adriana-Florina MARTA (BĂLĂȘOIU)
Baroul Dolj

Rezumat

Prin noua lege nr. 98/2016 sunt aduse o serie de modificări procedurii achizițiilor publice. Legea preia reglementarea din Directiva nr. 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice, prin care se stipulează cazurile în care modificarea contractului de achiziție publică nu impune organizarea unei noi proceduri de atribuire. Această nouă prevedere va fi foarte utilă în limitarea semnificativă a practicii destul de larg întâlnite prin care valoarea inițială a contractului este substanțial majorată prin acte adiționale, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire. Aspectele ce vor fi analizate privesc în special schimbările din perspectiva dreptului la un proces echitabil. Convenția Europeană a Drepturilor Omului conține mai multe norme incidente în materie administrativă, norme care constituie instrumentele cu ajutorul cărora putem încerca să găsim un just echilibru între multiplele drepturi și interese implicate de această problemă.

Cuvinte-cheie: drepturi fundamentale, dreptul la un proces echitabil, achiziții publice, just echilibru.

Aspects of the right to a fair trial in public procurement procedures

Abstract

Through the new law no. 98/2016 there are a number of changes to the public procurement procedure. The law takes over the regulation of the Directive no. 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement, which stipulates the cases when the amendments to the public procurement contract do not require the organization of a new award procedure. This new provision will be very useful in significantly limiting the rather wide-spread practice by which the initial value of the contract is substantially increased by additional acts without the organization of a new award procedure. The issues which will be analyzed concern in particular the changes from the perspective of the right to a

fair trial. The European Convention on Human Rights contains several rules on administrative matters, rules that are tools through which we can attempt to find a fair balance between the various rights and interests involved in this issue.

Keywords: fundamental rights, the right to a fair trial, the public procurement procedure, fair balance.

Legea nr. 98/2016 *privind achizițiile publice* face parte dintr-un pachet de patru acte normative care au înlocuit cadrul legislativ anterior al achizițiilor publice, în special O.U.G. nr. 34/2006 care reprezenta o transpunere în ordinea juridică internă a legislației comunitare - Directivele 2004/18/CE și 2004/17/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului Uniunii Europene. Alături de Legea nr. 98/2016 din pachetul de acte normative fac parte și Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, precum și Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, acte normative ce au înlocuit cadrul legislativ al achizițiilor publice.

Majoritatea **principiilor** în materia achizițiilor publice au fost preluate și în noua reglementare, cu excepția principiului eficienței utilizării fondurilor. Acest principiu adeseori era interpretat în practică în mod arbitrar de către organismele de control al utilizării fondurilor publice, din bugetul de stat sau din bugetul Uniunii Europene. Conform art. 2 din legea nr. 98/2016 principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: nediscriminarea; tratamentul egal; recunoașterea reciprocă; transparența; proporționalitatea; asumarea răspunderii.

De asemenea, noua lege stipulează cazurile în care modificarea contractului de achiziție publică nu impune organizarea unei noi proceduri de atribuire, potrivit art. 221 din legea nr. 98/2016. Aceasta noua prevedere este foarte utilă în limitarea semnificativă a practicii prin care valoarea inițială a contractului este substanțial majorată prin acte adiționale, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire.

Ofertanții pot depune o declarație pe proprie răspundere, numită DUAE (documentul unic de achiziție european), prin care atestă că îndeplinesc criteriile de participare și selecție pentru procedura de achiziție publică, fără a mai fi necesară depunerea certificatelor care să dovedească acest lucru.

Dreptul la un proces echitabil reprezintă cvasitotalitatea garanțiilor procedural și este destinat să protejeze drepturile fundamentale substanțiale. Din această perspectivă dreptul la un proces echitabil este mijlocul prin care celorlalte drepturi fundamentale li se conferă protecție judiciară.

Dreptul la un proces echitabil este regăsit în art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, iar în dreptul românesc își are corespondentul în art. 21 din Constituția României unde este reglementat accesul liber la justiție. În interiorul acestui din urmă articol se arată că „(...) *Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil*”.

Articolul 6 își întinde protecția asupra „oricărei persoane”, putând fi invocat atât de persoanele fizice cât și de cele juridice.

Justiția este una dintre garanțiile exercitării efective a drepturilor și libertăților persoanelor, funcțiile acesteia fiind acelea de a interpreta și aplica legile în cazuri concrete, de a judeca și aplica sancțiuni, de a face dreptate.

Art. 21 are o formulare generică prin care se permite oricărei persoane accesul la justiție: cetățean român, străin sau apatrid. Astfel, „orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime”. Din interpretarea acestui articol se observă că nu este restrânsă sfera de aplicare la anumite domenii, ci, dimpotrivă, justiția – activitatea de soluționare a pricinilor – trebuie făcută în toate ramurile dreptului în care este necesară apărarea și restabilirea drepturilor, libertăților și intereselor legitime.

„Procesul echitabil” decurge din două categorii de garanții privind pe de o parte judecătorul, iar pe de altă parte procedura în sine¹. Analiza dreptului la un proces echitabil poate fi abordată din două perspective și anume: **a. dreptul la un tribunal independent și imparțial**; **b. echitatea procedurii**. Substanța analizei celei din urmă, echitatea procedurii, este reprezentată de trei garanții complementare: *termenul rezonabil al procedurii*, *publicitatea procedurii și dreptul de a fi ascultat în mod echitabil*. Primele două sunt numite în doctrină² și *garanții explicite* ale desfășurării procedurii unui proces echitabil, iar, componentele generale ale dreptului de a fi ascultat în mod echitabil – contradictorialitatea, egalitatea armelor, administrarea probelor – constituie *garanțiile implicite*.

O condiție a echității procedurilor în contencios administrativ este reprezentată de securitatea juridică a persoanelor, aceasta din urmă fiind intrinsecă dreptului unui stat de drept.

Trebuie menționat faptul că instanța de la Strasbourg arată că este admisibil ca administrația să aplice „sancțiuni penale”, să aibă și atribuții de îndrumare și de sancționare, dacă sancțiunea poate face obiectul unui control jurisdicțional³. În principiu, nu este suficient ca o instituție să nu aibă calitatea de „tribunal” dacă are atât puteri administrative cât și de reglementare, consultative, disciplinare sau contencioase, însă, aceasta se analizează în concret⁴.

¹ Laurent Sermet, *Convention Européenne des Droits de l'Homme et Contentieux Administratif Français*, Ed. Economica, Paris, 1996, pp. 207-208.

² Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 529.

³ Hotărârea din 21 februarie 1984, pronunțată în cauza *Öztürk c. Germaniei*.

⁴ Hotărârea din 28 septembrie 1995, pronunțată în cauza *Procola c. Luxembourg*.

Trebuie avut mereu în vedere că dacă „drepturile și libertățile fundamentale se impun ca limită a puterii legislative, garantarea drepturilor și libertăților se impune statului în ansamblu”⁵.

Prin art. 21 este valorificat art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului așa încât, în concordanță cu acesta, în ceea ce privește termenul rezonabil se include și durata unor proceduri prealabile sesizării justiției și se calculează până la soluționarea definitivă a cauzei, luându-se în calcul și procedurile de executare.

Problematica modului de calificare a procedurii prealabile prevăzută de art. 7 din Legea contenciosului administrativ sau a normelor din legi special, precum legea nr. 98/2016 sau legea nr. 101/2016, nu are relevanță din perspectiva cerinței de respectare a garanțiilor dreptului la un proces echitabil, acestea făcând parte integrantă din durata soluționării unei cauze.

În mod special, Curtea a întărit exigențele noțiunilor de „termen rezonabil” și „proces echitabil”, extinzându-le tuturor autorităților jurisdicționale și administrative, pentru orice instanță disciplinară, fiscală etc., ce ar avea un caracter punitiv sau privativ de drepturi⁶.

Potrivit principiului separației puterilor în stat, cele trei puteri în stat – executivă, legislativă și judecătorească – trebuie să fie pe poziții de egalitate, fapt ce se realizează numai prin exercitarea unui control reciproc al activității între ele. Se identifică cazuri în care organe aparținând uneia dintre puteri desfășoară activități specifice altei puteri. Așa este cazul actelor administrative de autoritate și al actelor administrative de gestiune ale organelor de conducere din cadrul Parlamentului. Deci, organele puterii legislative adoptă acte juridice administrative. Tot astfel, organele judecătorești emit acte administrative în legătură cu executarea silită a hotărârilor pronunțate în soluționarea cauzelor de competența lor. Iar unele organe de jurisdicție, ce aparțin administrației publice, emit acte juridice cu ocazia soluționării unor conflicte juridice specifice, ce sunt numite acte administrative jurisdicționale. Condițiile necesare a fi îndeplinite pentru identificarea ultimei situații sunt: 1. Activitatea de jurisdicție să fie prevăzută de lege; 2. Să nu fie un control ierarhic.

De esența activității de jurisdicție este dreptul la apărare, o componentă a dreptului la un proces echitabil. Acesta din urmă este rezultatul contradictorialității, al egalității părților și al publicității dezbaterilor.

Înfăptuirea justiției aparține statului, însă, fiecare din organele prin care acesta o exercită deține doar o parte din ea. „Jurisdicția este puterea de a judeca, pe când competența este măsura acestei puteri pentru instanță”⁷.

⁵ Dan Claudiu Dănișor, *Les principes de la Constitution post-totalitaire. Une analyse critique du premier titre de la Constitution roumaine*, Editions universitaires européennes, 2011, p. 55.

⁶ Jacques Mourgeon, *Les Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 114.

⁷ Gabriel Boroi, *Codul de procedură civilă. Comentat și anotat*. Vol. 1, Ed. All Beck, București, 2001, p. 3.

Din diversitatea organelor de jurisdicție specială administrativă din cadrul administrației publice centrale, cel care interesează este Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor⁸.

Unul dintre recursurile administrative este recursul jurisdicțional reglementat de legea nr. 101/2016. Prin art. 4 din acest act normativ se arată că persoana care se consideră vătămată se poate adresa Consiliului sau instanței de judecată. Recursul administrativ-jurisdicțional se adresează și este soluționat de către o structură organizatorică cu atribuții jurisdicționale, care are la bază principiul contradictorialității, principiul dreptului la apărare și principiul independenței activității administrativ-jurisdicționale.

În cadrul procedurii de atribuire, înainte de încheierea contractului, pot fi formulate contestații în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor soluționate prin decizii.

Prin art. 29 din legea nr. 101/2016 se arată că împotriva deciziei pronunțate de Consiliu se poate formula plângere la instanța judecătorească competentă. Hotărârea prin care se soluționează plângerea este definitivă (art. 35 din legea nr. 101/2016).

Se observă o problemă în ceea ce privește dublul grad de jurisdicție ce nu mai există dat fiind că instanța competentă să soluționeze o plângere împotriva deciziei pronunțată de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ-fiscal în raza căreia se află sediul autorității contractante, ca primă și ultimă instanță.

Dublul grad de jurisdicție este un drept recunoscut justițiabililor prin Protocolul nr. 7 al Convenției Europene a Drepturilor Omului.

Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor este un organism cu activitate administrativ-jurisdicțională, care funcționează pe baza propriului regulament de organizare și funcționare, iar activitatea sa se supune numai legii. Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației și obligarea la plata amenzii pot fi atacate cu plângere la curtea de apel, secția de contencios-administrativ și fiscal în a cărei rază se află sediul autorității contractante. Termenul este de 10 zile de la comunicare, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie.

Contractul de achiziție publică reprezintă o specie a contractului administrativ, și, ca urmare a acestui lucru, trebuie să respecte atât regimul juridic stabilit de legea contenciosului administrativ pentru contractul administrativ, cât și regimul juridic stabilit de legea nr. 98/2016 pentru contractul de achiziție publică. Deoarece scopul acestui act normativ este gestionarea eficientă a fondurilor publice, procedura instituită prin el este una de ordine publică. Prin urmare, folosirea altor instrumente juridice (proceduri) decât a dispozițiilor legale din acest act atrage nulitatea absolută a respectivului contract.

⁸ George Coca, „Despre calitatea procesuală pasivă a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”, în Revista de Drept Public, nr. 2/2008, p. 65.

Ceea ce este nelămurit în cadrul procedurii de contestație este consecința care se produce atunci când, deși comunicată contestația tuturor părților în procedură, acestea nu intervin, iar licitația s-a finalizat prin desemnarea unui câștigător. Se pare că acțiunea celui care contestă, odată admisă, chiar fără participarea (prin asociere) câștigătorului, determină pentru acesta din urmă doar posibilitatea de a pretinde despăgubiri, de vreme ce decizia Consiliului este obligatorie pentru părți, contractul de achiziție publică încheiat cu nerespectarea deciziei Consiliului fiind lovit de nulitate. Părțile sunt de această dată doar părțile din procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului sau și părțile din procedura administrativă de atribuire? Conform textului rezultă că sunt avute în vedere toate părțile procedurii administrative, în caz contrar, și în ipoteza unei eventuale inopozabilități a deciziei, aceasta fiind lipsită de efecte, iar procedura urmată în zadar. Pentru o bună organizare în procedura jurisdicțională se impunea ca toate părțile procedurii administrative să participe obligatoriu, iar în cazul contestației formulate abuziv să poată pretinde despăgubiri⁹.

Ca atare, dacă la procedura administrativ-jurisdicțională participă numai unele dintre părțile din procedura de atribuire, fără ca cele încunoștințate, dar în contradictoriu cu care nu s-a formulat contestație, să formuleze cerere de asociere în procedură, aceleași părți vor figura și în recurs. Însă, hotărârea astfel obținută poate produce consecințe negative în privința altei persoane care a participat la procedura jurisdicțională, mai ales dacă pronunțarea hotărârii s-a făcut după momentul deschiderii ofertelor, iar persoana respectivă a fost desemnată câștigătoare.

Pentru a se evita ca procedura purtată numai în contradictoriu cu unii participanți la procedura administrativă să afecteze situația unei persoane care nu s-a asociat în procedura jurisdicțională, se poate apela în prezent la dispozițiile art. 16 indice 1 din Legea nr. 554/2004. Conform acestora instanța de contencios administrativ poate pune în discuție, din oficiu, necesitatea introducerii în cauză a acestora, precum și a altor subiecte de drept. Deși se referă numai la procedura judiciară, această normă se poate aplica și în fața organului administrativ-jurisdicțional, care se impune să pună în discuția părților necesitatea extinderii cadrului procesual subiectiv.

Pe parcursul art. 8-28 din Legea nr. 101/2016 este descrisă procedura de contestare în fața Consiliului, competența acestuia, termenul de formulare a contestației, actul prin care se finalizează procedura fiind *decizia* Consiliului. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este competent să se pronunțe asupra legalității procedurilor și operațiunilor desfășurate de autoritatea contractantă în atribuirea unui contract de achiziție publică, dar și a temeiniciei. În art. 68 se arată că dispozițiile ordonanței de urgență se completează cu prevederile Legii nr. 554/2004, cu

⁹ D.D. Șerban, *Implicațiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 94/2007 asupra procedurilor în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor*, în Dreptul nr. 2/2008, pp. 128-129.

modificările și completările ulterioare, în măsura în care *nu sunt contrare* ordonanței. Așadar, cel puțin în privința chestiunilor ce țin de legalitate, analiza va fi făcută prin prisma legii speciale – nr. 101/2016-, secondată de principiile dezvoltate de respectarea și aplicarea legii contenciosului administrativ.

Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, *în termen de 10 zile* începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune *este egală sau mai mare sau în termen de 5 zile dacă valoarea este mai mică* pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii. Formularea unei notificări prealabile în termenul legal de către persoana care se consideră vătămată are ca efect suspendarea dreptului de încheiere a contractului.

Termenul pentru înaintarea contestației la Consiliu, cât și la autoritatea contractantă (art. 16 din legea nr. 101/2016), - de către persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim-este de 10 zile sau de 5 zile „începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului primit sau a împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4) sau (5)”, după cum valoarea estimată a contractului disputat este mai mare sau egală, respectiv, mai mică cu pragurile valorice. În funcție de aceeași departajare valorică între contracte după pragurile arătate, contractele care intră sub incidența acestei legi pot fi încheiate numai după hotărârea instanței cu privire la soluționarea contestației și după un termen de așteptare - de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii – de 11 zile sau de 6 zile. Neîndeplinirea obligației de transmitere a punctului de vedere de către autoritatea contractantă către Consiliu, în vederea soluționării contestației și o copie a dosarului achiziției publice, nu este urmată de vreo sancțiune, soluționarea fiind efectuată și în lipsa acestuia. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel. De asemenea, este stipulat că orice solicitare din partea Consiliului privind

transmiterea de documente care prezintă relevanță pentru soluționarea contestației trebuie să primească un răspuns în termen de 5 zile lucrătoare de la primirea solicitării .

Pragurile valorice în raport de care devin aplicabile procedurile de atribuire s-au modificat, fiind exprimate în lei și nu în euro precum în vechea reglementare, astfel: a) 23.227.215 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări; b) 600.129 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de produse și de servicii; c) 3.334.050 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de servicii care au ca obiect servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2 la legea nr. 98/2016.

Din punct de vedere al asigurării celerității procedurii administrativ-jurisdicționale pare să fie îndeplinită cerința soluționării într-un termen rezonabil. Acesta este de maxim 20 de zile de la data primirii dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, în cazul soluționării pe fond a contestației. Poate fi și de 10 zile când este pusă în discuție soluționarea unei excepții care împiedică analiza pe fond a contestației, dar, poate interveni și o prelungire a termenului, cu maxim 10 zile, pentru cazuri temeinic justificate. Întrucât în ordonanță formularea este că termenul poate fi prelungit „o singură dată cu încă 10 zile” se deduce că în practică nu se va prelungi cu mai puțin de 10 zile, deoarece nu mai există posibilitatea de prelungire ulterioară pentru lămurirea anumitor aspecte. Nerespectarea cu vinovăție a termenului de soluționare a contestației constituie abatere disciplinară și se sancționează conform legii.

Se remarcă problematica sintagmei „cazuri temeinic justificate”. Este o formulare fluidă care poate avea repercusiuni asupra finanțării unui contract în procedura de achiziție publică. Uneori, pentru obținerea unei finanțări externe de exemplu, de la organisme internaționale, se impune respectarea unor termene cu diverse sancțiuni. Datorită importanței acestei chestiuni, dublată de faptul că în cazul unor sume estimate mai mari și termenele sunt mai mari, ar trebui ca aprecierea unui caz „temeinic justificat” să fie încadrată în criterii mai puțin „volatile”.

O altă chestiune problematică este reprezentată de faptul că suspendarea nu este intrinsecă procedurii de contestare¹⁰. Potrivit normelor legale de organizare a procedurii, în cazul respingerii contestației autoritatea contractantă reține contestatorului o sumă raportată la valoarea estimată a contractului.

¹⁰ În sens contrar, a se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 7 din 10 ianuarie 2006 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 85, art. 93 și art. 94 alin. (1) din O.U.G. nr. 60/2001 privind achizițiile publice, publicată în M. Of. nr. 135 din 13 februarie 2006: „Este firesc ca achizițiile publice contractate cu încălcarea legii să poată fi contestate, iar pe perioada soluționării – pe cale administrativă sau judiciară – a contestațiilor, procedura pentru atribuirea contractului de achiziție în cauză să fie suspendată, împiedicându-se în acest fel producerea unor consecințe inacceptabile”.

Tot în acest moment, trebuie abordat și alt aspect, anume cel al taxării plângerii cu 50% din anumite sume prevăzute în art. 56 din legea nr. 101/2016 ca o condiție de acces la justiție. Acest articol prevede că pentru cererile introduse la instanțele judecătorești se vor percepe taxe după cum urmează: a) până la 450.000 lei inclusiv - 2% din valoarea estimată a contractului; b) între 450.001 lei și 4.500.000 lei inclusiv - 9.000 lei + 0,2% din ceea ce depășește 450.001 lei; c) între 4.500.001 lei și 45.000.000 lei inclusiv - 18.000 lei + 0,02% din ceea ce depășește 4.500.001 lei; d) între 45.000.001 lei și 450.000.000 lei inclusiv - 27.000 lei + 0,002% din ceea ce depășește 45.000.001 lei; e) între 450.000.001 lei și 4.500.000.000 lei inclusiv - 35.000 lei + 0,0002% din ceea ce depășește 450.000.001 lei; f) peste 4.500.000.001 lei - 45.000 lei + 0,00002% din ceea ce depășește 4.500.000.001 lei. De asemenea la alin. (2) se arată că cererile neevaluabile în bani formulate potrivit prezentei legi și cele care nu fac obiectul alin. (1) se taxează cu 450 lei.

Deci dificultatea se remarcă în planul înțelegerii noțiunilor în sensul unui sistem al procedurilor care să le transforme în niște drepturi efective. Aceasta nu intră în contradicție cu susținerea că se pot stabili reguli speciale de procedură, ci cu finalitatea exercițiului drepturilor procesuale, în concret, pentru soluționarea litigiilor privind acordarea de despăgubiri, este competentă numai instanța de judecată. Se are în vedere plata de daune-interese persoanei prejudiciate de către Consiliu în cazul nerespectării termenelor considerate obligatorii pentru ca reglementarea să fie una eficientă.

Totuși, trebuie remarcată instituirea unei sancțiuni în cazul nerespectării termenelor în care trebuie soluționat recursul administrativ-jurisdicțional. Ea asigură garanția procesuală prevăzută de art. 6 § 1 din Convenția Europeană privind la asigurarea dreptului la un proces echitabil într-o manieră rezonabilă, prin aceea că nerespectarea termenelor „rezonabile” poate atrage declanșarea procedurii de evaluare a activității Consiliului. În același timp, este o prevedere ce poate avea o justificare prin raportare la principiul paralelismului, dat fiind că printr-o decizie a Consiliului se pot aplica amenzi conducătorului autorității contractante. De asemenea, în cazul nerespectării unor termene și membrii Consiliului trebuie să răspundă, cu atât mai mult cu cât procedura de soluționare a contestațiilor are un regim de urgență, de natură să înlăture nerealizarea de către părțile interesate a proiectelor și așteptărilor lor legate de încheierea contractelor de achiziții publice. Deciziile Consiliului privind amenzile, neatacate în termen, constituie titluri executorii, urmând a fi executate potrivit normelor legale privind executarea silită a creanțelor fiscale.

Atât deciziile Consiliului privind soluționarea contestației cât și cele privind obligarea conducătorului unității la plata unor amenzi în cazul neîndeplinirii cerințelor impuse de lege prin Consiliu, pot fi atacate cu plângere la instanța judecătorească competentă în termen de 10 zile.

O altă chestiune problematică o constituie exprimarea legală inexactă în ceea ce privește posibilitatea lăsată la latitudinea instanței de a dispune suspendarea executării contractului. Aceasta poate fi dispusă în cazuri temeinic justificate - aceeași formulare fluidă ce poate conduce la insecuritate juridică. Suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea cauzei poate fi dispusă de instanță, la cererea unei părți interesate, prevede Legea nr. 101/2016 referitoare la căile de atac în materie de achiziții publice, care face parte tot din pachetul legislativ amintit.

Concret, solicitarea de suspendare poate fi făcută doar în cazuri temeinic justificate și pentru a preveni o pagubă iminentă. Totuși, partea care cere acest lucru trebuie să constituie în prealabil o cauțiune calculată prin raportare la valoarea estimată a contractului sau la valoarea stabilită a contractului, după cum urmează:

a) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice pentru care este obligatorie publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, dar nu mai mult de 35.000 lei;

b) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice pentru care este obligatorie publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, dar nu mai mult de 88.000 lei;

c) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice pentru care este obligatorie publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, dar nu mai mult de 220.000 lei;

d) 2% din valoarea stabilită a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice pentru care este obligatorie publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, dar nu mai mult de 880.000 lei.

În cazul unei proceduri de atribuire a acordului-cadru, prevederile anterioare se raportează la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent ce se intenționează a se atribui în baza acordului-cadru respectiv.

Pentru a nu se ajunge la soluții disparate ale instanțelor trebuie stabilite unele limite. O astfel de limită poate fi extrasă din prevederea legală prin care suspendarea nu poate fi dispusă în cazul în care consecințele negative ale unui astfel de act ar fi mai mari decât beneficiile suspendării. Dar, din interpretarea textului legal ar rezulta că și în cazul în care ar reieși cu evidență efectele negative ale suspendării, ea tot poate fi dispusă de către instanță. În aceste condiții trebuie stabilită o grilă de raționament pentru luarea unei decizii de suspendare sau nu. Soluția trebuie să fie aleasă de o manieră conjuncturală, preponderent fiind interesul privat al celui care a introdus plângerea. Interesul privat trebuie să aibă doar un rol ponderator în această chestiune, argumentația fiind în esență aceea că interesul public este presupus a fi fost avut în vedere pe parcursul soluționării contestației inițiale. Într-o exprimare sintetică problema constă în continuarea contractului în favoarea câștigătorului inițial sau în suspendarea contractului în aparenta

favoare a reclamantului. Oricum, interesul public este prevalent față de interesul privat datorită redactării textelor normative. Poziția de inegalitate trebuie reglată prin orientarea către interesul privat pentru efectivitatea căii de atac a plângerii. Interesul privat trebuie privit și din perspectiva afectării termenelor de execuție a lucrării cu repercusiuni asupra finanțării unor proiecte.

În concluzie, trebuie analizate toate aspectele specifice ale unei cauze pentru a fi respectat dreptul la procesul echitabil, ca un reflex al principiului egalității, fiind necesar ca fiecare dintre părți să dispună de posibilități suficiente, echivalente și adecvate pentru a-și susține poziția asupra problemelor de drept și de fapt.

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND SANȚIONAREA INFRACTORILOR MINORI

*Lect. univ. dr. Vali Ștefania ILEANA-NIȚĂ
Facultatea de Drept -Universitatea din Craiova*

Rezumat

Conform dispozițiilor actualului Cod Penal, infractorul minor care a săvârșit fapte penale, beneficiază de un regim special pentru infracțiunile săvârșite, în comparație cu infractorul major, fiindu-i aplicate doar măsuri educative neprivative sau privative de libertate. În aceste condiții, pluralitatea de infracțiuni în cazul infractorului minor este tratată în mod diferit de legiuitor, față de pluralitatea de infracțiuni săvârșite de un infractor major.

Cuvinte-cheie: Măsuri educative privative și neprivative de libertate. Concurs de infracțiuni. Tratamentul sancționator

Limitele răspunderii penale a minorilor

Ca urmare a intrării în vigoare a noului Cod penal, în cazul minorității este eliminată posibilitatea aplicării pedepsei închisorii sau a amenzii și este consacrată exclusiv soluția luării unei măsuri educative față de minorul care a săvârșit o infracțiune și care răspunde penal.

În articolul 113 din actualul Cod penal, legiuitorul a reglementat răspunderea penală a infractorilor minori precum și limitele acestei răspunderi, vârsta minorității fiind împărțită în trei perioade distincte:

a. în cazul în care minorul a comis infracțiunea are vârsta mai mică de 14 ani, legea prevede o prezumție absolută de incapacitate penală, minorul fiind de discernământ, incapabil de a înțelege gravitatea faptei săvârșite prin care a fost încălcată legea. Conform dispozițiilor prevăzute în Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului pot fi luate de Comisia pentru Protecția Copilului, cu privire la minorii cu vârsta sub 14 ani care săvârșesc fapte prevăzute de legea penală, măsuri precum menținerea copilului în propria familie; supravegherea specializată; plasamentul copilului în familia extinsă ori în cea substitutivă; sau plasamentul copilului într-un serviciu rezidențial specializat.

b. în cazul în care minorul a comis infracțiunea are vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani, legea prevede o prezumție relativă a acestora, răspunderea putând opera doar dacă instanța de judecată face dovada săvârșirii unei fapte penale cu discernământ, prin efectuarea expertizelor psihologice și psihiatrice și a anchetei sociale.

c. în cazul în care minorul a comis infracțiunea are vârsta peste 16 ani, acesta răspunde penal pentru fapta săvârșită, fiindu-i aplicate sancțiuni diferite față de cele aplicate persoanelor majore.

Consecințele răspunderii penale a minorilor. Consecințele răspunderii penale a minorilor sunt reglementate în dispozițiile art. 114 din Noul Cod penal. Astfel, față de minorul care, la data săvârșirii infracțiunii, avea vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani se ia o măsură educativă neprivativă de libertate.

Nu există nicio dispoziție expresă prevăzută de legea penală care interzice aplicarea unei măsuri educative privative de libertate unui minor cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani¹, dispunându-se astfel de măsuri în următoarele situații: a. dacă a mai săvârșit o infracțiune, pentru care i s-a aplicat o măsură educativă ce a fost executată ori a cărei executare a început înainte de comiterea infracțiunii pentru care este judecat; b. atunci când pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 7 ani sau mai mare ori detențiunea pe viață.

Măsurile educative pot fi adoptate și individualizate de judecător, în funcție de persoana făptuitorului și de gravitatea faptei comise. Alegerea măsurii educative care urmează să fie luată față de minor se face potrivit criteriilor generale de individualizare a pedepsei, prevăzute de dispozițiile art. 75 C.p., respectiv: împrejurările și modul de comitere a infracțiunii și mijloacele folosite; starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită; natura și gravitatea rezultatului produs ori a altor consecințe ale infracțiunii; modul săvârșirii infracțiunii și scopul urmărit; natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului; conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal; nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială.

Potrivit noilor reglementări, măsurile educative aplicate minorilor care au săvârșit fapte penale se împart în:

- A. măsuri educative neprivative de libertate;
- B. măsuri educative privative de libertate.

A. Măsurile educative neprivative de libertate aplicabile minorilor care au săvârșit o faptă penală, sunt reglementate de actualul Cod penal în ordinea crescătoare a gradului de gravitate pe care acestea îl au. Acestea sunt: stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână și asistarea zilnică.

¹ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 51/RC din 19 februarie 2016.

Stagiul de formare civică. Potrivit art. 117 N.C.p., stagiul de formare civică constă în obligația minorului de a participa la un program cu o durată de cel mult 4 luni, pentru a-l ajuta să înțeleagă consecințele legale și sociale la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni și pentru a-l responsabiliza cu privire la comportamentul său viitor. Programul trebuie ales pe cât posibil în raport de natura infracțiunii comise.

Supravegherea. Măsura educativă a supravegherii constă în controlarea și îndrumarea minorului în cadrul programului său zilnic, pe o durată cuprinsă între două și 6 luni, sub coordonarea serviciului de probațiune, pentru a asigura participarea la cursuri școlare sau de formare profesională și prevenirea desfășurării unor activități sau intrarea în legătură cu anumite persoane care ar putea afecta procesul de îndreptare al acestuia. Măsura se apropie de conținutul măsurii educative a libertății supravegheate, prevăzută anterior de art. 103 C.p., având însă o durată mai redusă dar valențe educative mai pronunțate prin implicarea serviciului de probațiune.

Consemnarea la sfârșit de săptămână. Măsura educativă a consemnării la sfârșit de săptămână constă în obligația minorului de a nu părăsi locuința în zilele de sâmbătă și duminică, pe o durată cuprinsă între 4 și 12 săptămâni, afară de cazul în care, în această perioadă, are obligația de a participa la anumite programe ori de a desfășura anumite activități impuse de instanță.

Asistarea zilnică. Măsura educativă a asistării zilnice, dispusă pe o durată cuprinsă între 3 și 6 luni, constă în obligația minorului de a respecta un program stabilit de serviciul de probațiune, care conține orarul și condițiile de desfășurare a activităților, precum și interdicțiile impuse minorului. Măsura se deosebește de *supraveghere* deoarece presupune o implicare activă în programul zilnic al minorului, în vreme ce supravegherea nu presupune decât o monitorizare din exterior a conduitei acestuia.

Potrivit art. 121 N.C.p., pe durata executării oricăreia dintre măsurile educative neprivative de libertate, instanța poate impune minorului una sau mai multe dintre următoarele obligații: a) să urmeze un curs de pregătire școlară sau formare profesională; b) să nu depășească, fără acordul serviciului de probațiune, limita teritorială stabilită de instanță; c) să nu se afle în anumite locuri sau la anumite manifestări sportive, culturale ori la alte adunări publice, stabilite de instanță; d) să nu se apropie și să nu comunice cu victima sau cu membri de familie ai acesteia, cu participanții la săvârșirea infracțiunii ori cu alte persoane stabilite de instanță; e) să se prezinte la serviciul de probațiune la datele fixate de acesta; f) să se supună măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală.

În cazul în care minorul nu execută măsura educativă în condițiile impuse de instanță, se poate dispune fie prelungirea duratei măsurii, fără a depăși maximul prevăzut de lege, fie înlocuirea măsurii cu o altă măsură mai severă, putându-se ajunge în final la o măsură privativă de libertate (art. 123 N.C.p.).

Instanța de judecată poate dispune modificarea obligațiilor impuse minorului care a săvârșit o infracțiune, cu scopul de a-i oferi minorului șanse mai mari de îndreptare

și integrare socială. Tot în atribuțiile instanței de judecată intră și dispunerea încetării executării unor obligații impuse minorului, doar în cazul în care menținerea acestora nu mai este necesară.

În cazul în care minorul care a săvârșit o faptă penală nu respectă, cu rea – credință, condițiile măsurii educative neprivative de libertate sau a obligațiilor impuse de instanța de judecată, aceasta poate dispune, potrivit art. 123 alin. (1) din Noul Cod penal:

a. prelungirea măsurii educative, fără a putea depăși maximul prevăzut de lege pentru aceasta. Instanța de judecată poate decide prelungirea măsurii educative a minorului, doar dacă măsura educativă neprivativă de libertate cu care a fost sancționat minorul care a săvârșit fapte penale nu a fost, inițial, decisă de instanță la maximul prevăzut de legea penală în vigoare.

b. înlocuirea măsurii luate cu o altă măsură educativă neprivativă de libertate mai severă;

Măsurile educative neprivative de libertate cu care pot fi sancționați minorii, sunt reglementate de actualul Cod penal care a stabilit o ordine de severitate, de la cea mai blândă măsură la cea mai aspră, care vizează nivelul de intruziune a fiecăreia dintre măsurile educative neprivative de libertate în viața personală a minorului.

c. înlocuirea măsurii luate cu internarea într-un centru educativ, în cazul în care, inițial, s-a luat măsura educativă neprivativă de libertate cea mai severă, pe durata sa maximă.

Înlocuirea măsurii luate cu internarea într-un centru educativ, este o măsură care poate fi aplicată în cazul în care minorul nu a respectat condițiile de executare a măsurii educative sau a obligațiilor impuse de instanță cu privire la prelungirea măsurii educative neprivative de libertate sau la înlocuirea măsurii luate cu o altă măsură educativă neprivativă de libertate mai severă.

Dispozițiile art. 123 alin. (3) din Noul Cod penal, prevede: Dacă minorul aflat în executarea unei măsuri educative neprivative de libertate săvârșește o nouă infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurentă săvârșită anterior, instanța dispune: prelungirea măsurii educative luate inițial, fără a putea depăși maximul prevăzut de lege pentru aceasta; înlocuirea măsurii luate inițial cu o altă măsură educativă neprivativă de libertate mai severă; înlocuirea măsurii luate inițial cu o măsură educativă privativă de libertate.

B. Măsurile educative privative de libertate aplicabile minorilor care au săvârșit infracțiuni sunt: internarea minorului într-un centru educativ și internarea minorului într-un centru de detenție.

a) Internarea minorului într-un centru educativ

Internarea minorului într-un centru educativ este o măsură educativă privativă de libertate, fiind aplicată minorului care nu poate fi reeducat cu ajutorul vreuneia dintre măsurile educative neprivative de libertate.

Potrivit dispozițiilor legale, centrele educative sunt instituții specializate în recuperarea minorilor, unde, minorii care au săvârșit fapte penale, vor urma un program de pregătire școlară și formare profesională potrivit aptitudinilor fiecăruia, precum și programe de reintegrare socială.

Măsura educativă privativă de libertate cu privire la internarea minorului într-un centru educativ, se face pe o perioadă de la 1 la 3 ani.

Dacă minorul care a săvârșit o faptă penală și căruia i s-a aplicat măsura educativă privativă de libertate a internării într-un centru educativ, a dat dovadă de interes pentru dobândirea educației necesare și a unei pregătiri profesionale și a făcut progrese în ceea ce privește reeducarea și reintegrarea sa în societate, instanța poate dispune, după executarea a cel puțin jumătate din durata internării într-un centru educativ a minorului, următoarele: înlocuirea internării cu măsura educativă a asistării zilnice pe o perioadă egală cu durata internării neexecutate, dar nu mai mult de 6 luni, dacă persoana internată nu a împlinit vârsta de 18 ani; liberarea din centrul educativ, dacă persoana internată a împlinit vârsta de 18 ani.

Nerespectarea obligațiilor impuse de instanța de judecată minorului căruia îi este aplicată una dintre cele două măsuri, poate duce la executarea restului rămas neexecutat din durata măsurii educative a internării într-un centru educativ.

Înlocuirea internării minorului cu măsura educativă a asistării zilnice, liberarea din centrul educativ la împlinirea vârstei de 18 ani se dispune, potrivit dispozițiilor legii privind executarea pedepselor, de către instanța în a cărei circumscripție teritorială se află centrul educativ, corespunzătoare în grad instanței de executare. Revenirea asupra înlocuirii sau liberării, în cazul în care acesta nu respectă, cu rea – credință, condițiile de executare a măsurii educative ori obligațiile impuse, se dispune, din oficiu sau la sesizarea serviciului de probațiune, de instanța care a judecat cauza în primă instanță².

Conform dispozițiilor legale ale art. 18 din Legea nr. 187/2012, dacă măsura educativă a libertății supravegheate pronunțată în baza Codului penal din 1969 se revocă după intrarea în vigoare a Codului penal din altă cauză decât comiterea unei infracțiuni, libertatea supravegheată se înlocuiește cu internarea într-un centru educativ pe o perioadă de un an. În cazul revocării libertății supravegheate datorită săvârșirii unei noi infracțiuni, instanța va dispune, ținând seama de gravitatea infracțiunii comise, o măsură educativă privativă de libertate prevăzută de Codul penal.

În consecință, conform art. 22 din Legea nr. 187/2012, măsura suspendării executării pedepselor aplicate în baza Codului penal din 1969 pentru infracțiuni comise în timpul minorității se menține și după intrarea în vigoare a Codului penal,

² Ilie Pascu, Traian Dima, Costică Păun, Mirela Gorunescu, Vasile Dobrinoiu, Mihai Adrian Hotca, Ioan Chiș, Maxim Dobrinoiu, *Noul Cod penal comentat, Partea generală*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 698.

astfel, în cazul în care suspendarea executării unei pedepse cu închisoarea se revocă din alte cauze decât comiterea unei noi infracțiuni, pedeapsa închisorii se înlocuiește cu măsura educativă a internării într-un centru educativ pe o perioadă egală cu durata pedepsei suspendate, dar nu mai mult de 3 ani. În situația prezentată anterior, pedeapsa amenzii a cărei executare a fost suspendată se înlocuiește cu măsura educativă a consemnării la sfârșit de săptămână pe o durată de 6 săptămâni. Dacă în termenul de încercare al suspendării executării unei pedepse pentru infracțiuni comise în timpul minorității condamnatul a săvârșit din nou o infracțiune, instanța revocă suspendarea și înlocuiește pedeapsa, după care: a) dacă noua infracțiune a fost comisă în timpul minorității, se stabilește și pentru aceasta o măsură educativă, iar apoi se aplică măsura educativă cea mai grea; b) dacă noua infracțiune a fost comisă după majorat, se aplică o sancțiune rezultantă stabilită potrivit art. 129 alin. (2) din Codul penal.

b) internarea minorului într-un centru de detenție.

Internarea minorului într-un centru de detenție pentru fapta penală săvârșită reprezintă cea mai aspră măsură educativă privativă de libertate și este aplicată minorilor care au săvârșit fapte penale cu pericol social ridicat.

Potrivit art. 125 alin. (2) C. pen., internarea într-un centru de detenție se dispune pe o perioadă cuprinsă între 2 și 5 ani, în cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea sub 20 de ani și pe o perioadă cuprinsă între 5 și 15 ani, în cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 20 de ani sau mai mare ori detențiunea pe viață.

În accepțiunea dispozițiilor art. 187 C. pen., prin „pedeapsă prevăzută de lege” se înțelege pedeapsa prevăzută în textul de lege care incriminează fapta săvârșită în forma consumată, fără luarea în considerare a cauzelor de reducere sau de majorare a pedepsei.

În raport cu dispozițiile art. 114 alin. (2) lit. b), ale art. 125 alin. (2) și ale art. 187 C. pen., în cazul tentativei la infracțiunea de omor prevăzută în art. 32 raportat la art. 188 C. pen., săvârșită în timpul minorității, instanța poate lua măsura educativă privativă de libertate a internării într-un centru de detenție, pe o perioadă cuprinsă între 5 și 15 ani, întrucât tentativa constituie o cauză de reducere a pedepsei, care nu se ia în considerare la stabilirea „pedepsei prevăzute de lege”, în sensul dispozițiilor art. 114 alin. (2) lit. b) și art. 125 alin. (2) C. pen.³

³ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 55/RC din 10 februarie 2015: Inculpatul P.N. a săvârșit infracțiunea de omor, prevăzută în art. 188 C. pen., în forma tentativei, instanța putea lua față de acesta măsura educativă privativă de libertate (conform art. 114 alin. 2 lit. b C. pen.) a internării într-un centru de detenție pe o perioadă cuprinsă între 5 și 15 ani (art. 125 alin. 2 C. pen.). Astfel, perioada internării într-un centru de detenție, stabilită de instanța de control judiciar, de 7 ani, se încadrează în limitele prevăzute în art. 125 alin. (2) C. pen. (5-15 ani), motiv pentru care nu se poate susține că este aplicată în afara limitelor prevăzute de lege.

Minorilor care în perioada internării într-un centru de detenție, săvârșesc noi infracțiuni sau sunt judecați pentru o infracțiune concurentă săvârșită anterior, măsura internării poate fi prelungită la maximum prevăzut de legea penală.

Referitor la minorii care fac progrese evidente în vederea reintegrării sociale și dobândirea cunoștințelor școlare și profesionale, instanța poate decide: înlocuirea internării cu măsura educativă a asistării zilnice pe o perioadă egală cu durata internării neexecutate, dar nu mai mult de 6 luni, dacă persoana internată nu a împlinit vârsta de 18 ani; sau liberarea din centrul de detenție, dacă persoana internată a împlinit vârsta de 18 ani.

Minorul asupra căruia instanța a decis înlocuirea internării sau liberarea din centrul de detenție, are obligația de a respecta condițiile executării asistării zilnice precum și obligațiile impuse de instanță. Nerespectarea acestora poate duce la decizia instanței cu privire la reluarea executării măsurii internării într-un centru de detenție.

Conform art. 125 alin. (7) din Noul Cod penal, în cazul săvârșirii, până la împlinirea duratei internării, a unei noi infracțiuni de către o persoană care nu a împlinit vârsta de 18 ani și față de care s-a dispus înlocuirea măsurii internării într-un centru de detenție cu măsura asistării zilnice, instanța revine asupra înlocuirii și dispune: executarea restului rămas din durata măsurii internării într-un centru de detenție; prelungirea duratei acestei internări în condițiile prevăzute în alin. (3).

Măsura educativă internării minorului într-un centru de detenție urmează a fi executată de organul de poliție de la locul unde se află minorul, doar după ce hotărârea va rămâne definitivă.

După ce măsura privativă de libertate a internării minorului într-un centru de detenție este pusă în executare, pe numele infractorului minor, judecătorul delegat va emite un ordin prin care minorului îi este interzis să părăsească țara.

Cu privire la situațiile tranzitorii, art. 17 din Legea nr. 187/2012 prevede că, în aprecierea dispozițiilor referitoare la legea penală mai favorabilă, o pedeapsă cu suspendarea executării, aplicabilă potrivit legii penale anterioare, este considerată mai favorabilă decât o măsură educativă privativă de libertate prevăzută de Codul penal, iar pedeapsa închisorii executabilă, aplicată în baza Codului penal din 1969 pentru infracțiuni comise în timpul minorității, se înlocuiește cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii(art. 21).

În acest sens, în practica judiciară s-a pus problema dacă, în aplicarea art. 21 alin. (1) și (3) din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, pedeapsa închisorii executabilă mai mare de 5 ani aplicată pentru infracțiuni săvârșite în timpul minorității se înlocuiește cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o durată egală cu durata pedepsei închisorii ori cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o durată de 5 ani. Înalta Curte de Casație și Justiție a decis, printr-o hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor

chestiuni de drept, că pedeapsa închisorii executabilă sau pedeapsa în cazul pluralității de infracțiuni executabilă aplicată pentru infracțiuni comise în timpul minorității, al cărei quantum este până la 15 ani, se va înlocui cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii, și nicidecum cu perioada de 5 ani prevăzută în art. 129 alin. (2) teza I din Noul Cod penal⁴.

Conform prevederilor art. 126 din Noul Cod penal, dacă în cursul executării unei măsuri educative privative de libertate persoana internată, care a împlinit vârsta de 18 ani, are un comportament prin care influențează negativ sau împiedică procesul de recuperare și reintegrare a celorlalte persoane internate, instanța în a cărei circumscripție teritorială se află centrul educativ sau centrul de detenție, poate dispune continuarea executării măsurii educative într-un penitenciar. Prin intermediul acestui articol este exclusă posibilitatea transferării unui minor într-un penitenciar dacă acesta nu a împlinit vârsta de 18 ani.

Tratamentul sancționator al pluralității de infracțiuni în cazul minorului

Conform dispozițiilor actualului Cod Penal, infractorul minor care a săvârșit fapte penale, beneficiază de un regim special pentru infracțiunile săvârșite, în comparație cu infractorul major, fiindu-i aplicate doar măsuri educative neprivative sau privative de libertate. În aceste condiții, pluralitatea de infracțiuni în cazul infractorului minor este tratată în mod diferit de legiuitor, față de pluralitatea de infracțiuni săvârșite de un infractor major.

Pluralitatea de infracțiuni săvârșite în timpul minorității este reprezentată numai de concursul de infracțiuni, formele recidivei și pluralității intermediare neputând exista întrucât în ambele cazuri primul termen privește o condamnare la o pedeapsă, ce nu i se poate aplica minorului⁵.

Instanța de judecată competentă, în cazul pluralității de infracțiuni săvârșite de un infractor minor, stabilește și poate lua o singură măsură educativă pentru faptele penale săvârșite de o persoană în timpul minorității⁶.

⁴ ICCJ, dec. nr. 18/2014, dosar nr. 19/1/2014/HP/P, publicată în M. Of. nr. 755 din 24 octombrie 2014: Stabilește că în aplicarea legii penale mai favorabile, după judecarea definitivă a cauzei, potrivit art. 6 din Codul penal cu referire la art. 21 alin. 1, 2 și 3 din Legea nr. 187/2012: – pedeapsa închisorii executabilă sau pedeapsa în cazul pluralității de infracțiuni executabilă aplicată pentru infracțiunile comise în timpul minorității al cărui quantum este până în 15 ani se va înlocui cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii; – pedeapsa executabilă sau pedeapsa în cazul pluralității de infracțiuni executabilă aplicată pentru infracțiunile comise în timpul minorității mai mare de 15 ani, însă care nu depășește 20 de ani, se va înlocui cu măsura educativă a internării într-un centru de detenție pe o perioadă de 15 ani.

⁵ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 434.

⁶ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 51/RC din 19 februarie 2016: În speță, inculpatul a fost condamnat de instanțele inferioare pentru săvârșirea a două infracțiuni de tâlhărie, pentru care

Dacă minorul săvârșește o nouă infracțiune în perioada internării într-un centru educativ, sau dacă acesta este judecată pentru o faptă concurentă săvârșită anterior, instanța de judecată competentă poate dispune prelungirea măsurii educative privative de libertate cu privire la internarea infractorului minor într-un centru educativ, fără ca aceasta să depășească maximumul prevăzut de lege, sau poate înlocui această măsură cu internarea minorului într-un centru de detenție.

Dispozițiile art. 124 alin. (7) din Noul Cod penal, prevăd că în cazul săvârșirii, până la împlinirea duratei internării, a unei noi infracțiuni de către o persoană care nu a împlinit vârsta de 18 ani și față de care s-a dispus înlocuirea măsurii internării într-un centru educativ cu măsura asistării zilnice, instanța revine asupra înlocuirii și dispune: executarea restului rămas din durata măsurii internării inițiale, cu posibilitatea prelungirii duratei acesteia până la maximumul prevăzut de lege sau internarea într-un centru de detenție.

Dacă o persoană a săvârșit o infracțiune în timpul minorității și o alta după majorat, instanța de judecată dispune o măsură educativă pentru fapta săvârșită în timpul minorității, și o pedeapsă pentru fapta săvârșită după majorat, după care, potrivit art. 129 alin. (2) din Noul Cod penal:

a. dacă măsura educativă este neprivativă de libertate, se execută numai pedeapsa;

b. dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, se aplică pedeapsa închisorii, care se majorează cu o durată egală cu cel puțin o pătrime din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data săvârșirii infracțiunii comise după majorat;

c. dacă pedeapsa aplicată pentru infracțiunea săvârșită după majorat este dețențiuina pe viață, se execută numai această pedeapsă;

d. dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este amenda, se execută măsura educativă, a cărei durată se majorează cu cel mult 6 luni, fără a depăși maximumul prevăzut de lege pentru aceasta.

În cazul săvârșirii a două infracțiuni, una în timpul minorității și una după majorat, unde pentru infracțiunea săvârșită în timpul minorității măsura educativă aplicată este privativă de libertate, iar pentru infracțiunea săvârșită după majorat pedeapsa aplicată este închisoarea, se aplică pedeapsa cu închisoarea, din durata căreia se scade ceea ce s-a executat din momentul săvârșirii infracțiunii comise după majorat până la data judecării.

În cazul în care un inculpat minor săvârșește, în timpul minorității, un concurs de infracțiuni, fiind ulterior trimis în judecată pentru săvârșirea infracțiunilor din cadrul concursului de infracțiuni, prin rechizitorii distincte, iar pentru una dintre

legea prevede pedeapsa de la 2 la 7 ani închisoare, fiind astfel incidente dispozițiile art. 114 alin. (2) lit. b) C. pen. De asemenea, Înalta Curte de Casație și Justiție constată că instanța de apel a dispus luarea măsurii educative a internării într-un centru de detenție pe o perioadă de 2 ani, perioadă ce se încadrează în limitele expres prevăzute de dispozițiile art. 125 alin. (2) C. pen.

infracțiuni i s-a aplicat o măsură educativă neprivativă de libertate, pe care a executat-o integral înainte de a fi trimis în judecată și pentru celelalte infracțiuni din cadrul concursului de infracțiuni, conform art. 129 alin. (1) din Codul penal, durata măsurii educative deja executate se scade din durata noii măsuri educative aplicate pentru concursul de infracțiuni, atât în cazul aplicării unei măsuri educative neprivative de libertate, cât și în cazul aplicării unei măsuri privative de libertate. Instanța supremă s-a pronunțat printr-o hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept și a stabilit că, în ipoteza infracțiunilor concurente săvârșite în timpul minorității, judecate separat, durata măsurii educative neprivative de libertate, dispusă pentru o infracțiune concurentă și executată, nu se scade din durata măsurii educative neprivative sau privative de libertate, dar va fi avută în vedere la alegerea și stabilirea sancțiunii conform art. 129 alin. (1) Cod penal⁷.

În cazul unei persoane care după majorat săvârșește două sau mai multe fapte penale concurente, prima dată se vor aplica regulile privitoare la concursul de infracțiuni, iar mai apoi se vor aplica dispozițiile art. 129 din noul Cod penal.

Potrivit art. 22 alin. (1) din Legea nr. 187/2012, măsura suspendării executării pedepselor aplicate în baza Codului penal anterior pentru infracțiuni comise în timpul minorității se menține și după intrarea în vigoare a Codului penal.

Potrivit art. 22 alin. (2) din Legea nr. 187/2012, între altele, se prevede că pedeapsa închisorii se înlocuiește cu măsura educativă a internării într-un centru educativ pe o perioadă egală cu durata pedepsei suspendate.

Alin. (4) al textului prevede că, dacă în termenul de încercare al suspendării executării unei pedepse pentru infracțiuni comise în timpul minorității condamnatul a săvârșit din nou o infracțiune, instanța revocă suspendarea și înlocuiește pedeapsa, potrivit alin. (2) al art. 22 din Legea nr. 187/2012.

În cazul săvârșirii unei noi infracțiuni de către un major, în termenul de încercare al suspendării executării unei pedepse cu închisoarea aplicate pentru o infracțiune comisă în timpul minorității, dacă noua infracțiune comisă după majorat nu era definitiv judecată la data de 1 februarie 2014, sunt incidente dispozițiile art. 22 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 187/2012, iar instanța revocă suspendarea, înlocuiește pedeapsa închisorii cu măsura internării într-un centru educativ pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii a cărei executare a fost suspendată și aplică o sancțiune rezultantă stabilită potrivit art. 129 alin. (2) din noul Cod penal. Aceste dispoziții tranzitorii sunt aplicabile în cauză, întrucât la momentul intrării în vigoare a noilor coduri a fost pronunțată o hotărâre de condamnare cu suspendare sub supraveghere pentru infracțiuni comise în timpul minorității, pentru care nu s-a pronunțat revocarea acestei măsuri până la aceeași dată.

⁷ ICCJ, dec. nr. 2/2016, în dosar nr. 4116/1/2015, publicat în M. Of. nr. 192 din 15 martie 2016.

Potrivit acestui text de lege, dacă pentru noua infracțiune săvârșită după majorat se aplică o pedeapsă, contopirea sancțiunilor (măsură educativă sau pedeapsă) se va face potrivit art. 129 alin. (2) C. pen. Dispozițiile art. 129 alin. (2) lit. b) C. pen. prevăd că, în cazul săvârșirii a două infracțiuni dintre care una în timpul minorității și una după majorat, pentru infracțiunea comisă în timpul minorității se ia o măsură educativă, iar pentru infracțiunea săvârșită după majorat se stabilește o pedeapsă, după care dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, se aplică pedeapsa închisorii, care se majorează cu o durată egală cu cel puțin o pătrime din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data săvârșirii infracțiunii comise după majorat⁸.

Dacă instanța aplică pedeapsa închisorii pentru infracțiunea comisă după majorat, conform art. 129 alin. (2) lit. b) din noul Cod penal, revocă suspendarea, înlocuiește pedeapsa închisorii cu măsura internării într-un centru educativ pe o perioadă egală cu durata pedepsei închisorii a cărei executare a fost suspendată și aplică pedeapsa închisorii, care se majorează cu o durată egală cu cel mult o pătrime din durata măsurii internării într-un centru educativ.

Într-o astfel de ipoteză, aplicarea dispozițiilor art. 15 din Legea nr. 187/2012, care presupune stabilirea pedepsei rezultante prin cumul aritmetic, iar nu a dispozițiilor art. 22 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 187/2012 și a dispozițiilor art. 129 alin. (2) lit. b) din noul Cod penal, conduce la aplicarea unei pedepse rezultante în alte limite decât cele prevăzute de lege și se încadrează în cazul de recurs în casație prevăzut în art. 438 alin. (1) pct. 12 din noul Cod de procedură penală referitor la aplicarea pedepsei în alte limite decât cele prevăzute de lege. Regimul sancționator se modifică substanțial urmare a aplicării art. 22 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 187/2012, cu referire la art. 129 alin. (2) lit. b) C. pen.; instanța neaplicându-le, stabilește o pedeapsă rezultantă în alte limite. În ce privește autoritatea de lucru judecat, aceasta nu subzistă, hotărârea supusă recursului în casație cuprinzând în dispozitivul ei această pedeapsă calculată nelegal, deci în alte limite decât cele prevăzute de lege⁹. Dispozițiile art. 125 alin. (3)

⁸ ICCJ, s. pen., dec. nr. 278/RC din 1 iulie 2016: În ipoteza în care inculpatul condamnat cu suspendarea executării pedepsei sub imperiul Codului penal anterior, pentru infracțiuni comise în timpul minorității, a săvârșit o nouă infracțiune în termenul de încercare, după majorat, judecată ulterior intrării în vigoare a noului Cod penal, sunt aplicabile dispozițiile art. 22 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 187/2012. În această ipoteză, dacă instanța a reținut în mod greșit starea de recidivă postcondamnatore și a aplicat dispozițiile art. 43 alin. (1) C. pen., este incident cazul de recurs în casație prevăzut în art. 438 alin. (1) pct. 12 C. proc. pen. și, în consecință, în temeiul art. 448 alin. (1) pct. 2 lit. a) C. proc. pen., Înalta Curte de Casație și Justiție admite recursul în casație, casează hotărârea atacată, înlătură greșita aplicare a legii și aplică dispozițiile art. 22 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 187/2012.

⁹ ICCJ, s. pen., dec. Nr. 267/RC din 21 octombrie 2014: Inculpatul, la 4 ianuarie 2010, era deja major; el, în termenul de încercare al suspendării executării pedepsei aplicată pentru infracțiunea săvârșită în timpul minorității, a săvârșit infracțiunea din cauză (cea prevăzută în art. 335 alin. 2 C. pen.). Ca atare, instanța de apel avea obligația ca, alături de aplicarea art. 83, a art. 110¹ C. pen.

C. pen. prevăd că, dacă în perioada internării într-un centru de detenție minorul săvârșește o nouă infracțiune sau este judecat pentru o infracțiune concurrentă săvârșită anterior, instanța prelungește măsura internării, fără a depăși maximul prevăzut în alin. (2), determinat în raport cu pedeapsa cea mai grea dintre cele prevăzute de lege pentru infracțiunile săvârșite. În alin. (2) al aceluiași articol, la care se face referire, se menționează că internarea se dispune pe o perioadă cuprinsă între 2 și 5 ani, afară de cazul în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea săvârșită este închisoarea de 20 de ani sau mai mare ori detențiunea pe viață, când internarea se ia pe o perioadă cuprinsă între 5 și 15 ani¹⁰.

În practica judiciară s-a pus problema dacă prevederile art. 22 alin. (4) lit. b) din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal cu referire la art. 129 alin. (2) lit. b) Cod penal sunt sau nu sunt aplicabile faptelor definitiv judecate la data de 1 februarie 2014. Instanța supremă a stabilit, printr-o hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor probleme de drept, că aceste dispoziții nu sunt aplicabile faptelor definitiv judecate înainte de intrarea în vigoare a noului Cod penal, astfel că prevederile art. 6 Cod penal nu pot fi combinate cu cele ale art. 22 din Legea nr. 187/2012¹¹.

Conform art. 130 din noul Cod penal, dacă pe durata termenului de supraveghere al amânării aplicării pedepsei, al suspendării sub supraveghere ori al liberării condiționate se descoperă că persoana supravegheată mai săvârșise o infracțiune în timpul minorității pentru care s-a luat, chiar după expirarea acestui termen, o măsură educativă privativă de libertate, amânarea, suspendarea sau liberarea se anulează, aplicându-se în mod corespunzător dispozițiile art. 129 alin. (2) - (4).

Dispozițiile art. 130 din noul Cod penal sunt aplicate doar în cazul în care infracțiunea săvârșită a fost descoperită pe durata termenului de supraveghere și nu ulterior acestuia, iar infracțiunea săvârșită anterior este sancționată cu o măsură

anterior, să aplice și dispozițiile tranzitorii referitoare la revocare, cum s-a detaliat și să înlocuiască pedeapsa de 2 ani închisoare aplicată pentru infracțiunea săvârșită în timpul minorității, cu măsura educativă a internării într-un centru educativ pe o durată egală cu aceasta și, în final, să aplice pedeapsa de 6 luni închisoare majorată obligatoriu cu cel puțin o pătrime (1/4) din durata măsurii educative de 2 ani, pedeapsa rezultantă urmând a fi executată în regim de detenție.

¹⁰ I.C.C.), Secția penală, decizia nr. 349/RC din 20 octombrie 2015: În mod legal a dispus Curtea de Apel prin reținerea dispozițiilor art. 125 alin. (3) și art. 5 alin. (1) C. pen., prelungirea măsurii educative privative de libertate a internării în centrul de detenție pe o durată de 4 ani și 6 luni, în executarea căreia se afla inculpatul A., până la durata maximă, de 5 ani, având în vedere că infracțiunile deduse judecării (de vătămare corporală din culpă prevăzută în art. 196 alin. 1 C. pen., conducere a unui vehicul fără permis de conducere prevăzută în art. 335 alin. 1 C. pen. și părăsire a locului accidentului prevăzută în art. 338 alin. 1 C. pen., toate săvârșite cu aplicarea art. 113 alin. 3 și art. 38 alin. 1 C. pen.) au fost săvârșite în concurs cu infracțiunile cu privire la care se aplicase măsura educativă privativă de libertate a internării în centrul de detenție pe o durată de 4 ani și 6 luni.

¹¹ ICCJ, dec. nr. 4/2014, dosar nr. 4/1/2014/HP/P, publicată în M. Of. nr. 434 din 13 iunie 2014.

educativă privativă de libertate, și nu cu o măsură educativă neprivativă de libertate. În acest caz, măsură educativă neprivativă de libertate se va executa chiar dacă infractorul a devenit între timp major, alături de măsurile de supraveghere și/sau obligațiile impuse de instanță odată cu dispunerea amânării aplicării pedepsei, suspendării sub supraveghere a executării pedepsei, respective a liberării condiționate¹².

În cazul săvârșirii unei infracțiuni în timpul minorității și a mai multor infracțiuni după majorat, se vor aplica mai întâi regulile referitoare la concursul de infracțiuni, după care se face aplicarea regulilor privind contopirea dintre o măsură educativă și o pedeapsă¹³.

Infracțiuni comise în timpul minorității nu vor fi luate în considerare la stabilirea stării de recidivă și nu pot genera consecințele privative sau restrictive de drepturi (decăderi, interdicții, incapacități).

De asemenea, infracțiunile comise în timpul minorității, pentru care s-au aplicat pedepse în baza dispozițiilor Codului penal din 1969, nu constituie impedimente pentru dispunerea renunțării la aplicarea pedepsei, amânării aplicării pedepsei sau suspendării executării pedepsei sub supraveghere pentru o infracțiune comisă ulterior condamnării definitive.

Instanța de judecată stabilește regimul sancționator aplicabil persoanelor care au săvârșit fapte penale, având vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani, chiar dacă în momentul pronunțării hotărârii definitive aceștia au deja vârsta de 18 ani împlinită. Conform art. 134 alin. (2) din noul Cod penal, când, la data pronunțării hotărârii prin care s-a luat o măsură educativă privativă de libertate, infractorul a împlinit vârsta de 18 ani, instanța poate dispune executarea măsurii educative într-un penitenciar, ținând seama de posibilitățile infractorului de îndreptare, de vârsta acestuia, precum și de celelalte criterii prevăzute în art. 74 C.p., precum împrejurările și modul de comitere a infracțiunii, mijloacele folosite; starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită; natura și gravitatea rezultatului produs ori a altor consecințe ale infracțiunii; motivul săvârșirii infracțiunii și scopul urmărit; natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedente penale ale infractorului; conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal; nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială.

¹² M. Udriou, *Drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 551.

¹³ C. Voicu, AS Uzlău, R. Moroșanu, C. Ghigheci, *Noul Cod penal. Ghid de aplicare pentru practicieni*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 215.

PROCEDURA PLÂNGERII CONTRAVENȚIONALE

Lect. univ. dr. *George-Cristinel ZAHARIA*
Universitatea din Craiova – Facultatea de Drept

Rezumat

Procedura plângerii contravenționale are la bază normele juridice care reglementează modul în care legalitatea și temeinicia unui proces-verbal de contravenție sunt supuse analizei instanței de judecată. Dreptul comun în materie este reprezentat de O.G. nr. 2/2001, care se completează cu prevederile C. pr. civ., precum și cu dispozițiile altor acte normative în materie contravențională. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a analizat aspecte privind procedura plângerii contravenționale în cauze precum Anghel împotriva României, Nicoleta Gheorghe împotriva României sau Lefter împotriva României. Totodată, Înalta Curte de Casație și Justiție a dezlegat chestiuni de drept ce privesc procedura plângerii contravenționale. Aplicarea prezumției de nevinovăție a contravenientului, precum și a prezumției de temeinicie a procesului-verbal de contravenție pot ridica probleme uneori.

Cuvinte-cheie: plângere, contravențională, amendă, nevinovăție.

Abstract

The contravention complaint procedure is based on the legal rules governing how the legality and thoroughness of a contravention report are subject to court analysis. The common right in the matter is represented by O.G. no. 2/2001, which is supplemented with the provisions of the Civil procedure code as well as with the provisions of other normative acts in the field of contravention. The European Court of Human Rights analyzed aspects of the contravention complaint procedure in cases such as Anghel vs. Romania, Nicoleta Gheorghe vs. Romania or Lefter vs. Romania. At the same time, the High Court of Cassation and Justice has solved legal issues concerning the contravention complaint procedure. Applying the innocence presumption of the offender, as well as the thoroughness presumption of the contravention report may sometimes raise problems.

Keywords: complaint, contravention, fine, innocence.

Plângerea contravențională reprezintă actul procesual prin intermediul căruia procesul-verbal de contravenție este supus analizei unei instanțe de judecată. Procedura plângerii contravenționale este guvernată de normele juridice care reglementează desfășurarea procesului în cadrul căruia se analizează legalitatea și temeinicia procesului-verbal de contravenție. Este vorba de o procedură specială în materia contenciosului administrativ.

Dreptul comun este reprezentat de O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, care se completează cu prevederile C. pr. civ. sau ale altor acte normative, cum sunt, spre exemplu, O.U.G. nr. 195/2002, privind circulația pe drumurile publice, O.G. nr. 15/2002, privind aplicarea tarifului de utilizare și a tarifului de trecere pe rețeaua de drumuri naționale din România etc.

Obiectul plângerii contravenționale

Obiectul plângerii contravenționale este strâns legat de procesul-verbal de contravenție. Potrivit art. 31 alin. 1 din O.G. nr. 2/2001, împotriva procesului-verbal de constatare a contravenției și de aplicare a sancțiunii se poate face plângere în termen de 15 zile de la data înmânării sau comunicării acestuia. Petentul poate solicita anularea actului sancționator în totalitate sau în parte, după caz, sau reindividualizarea sancțiunii aplicate¹.

În jurisprudența Curții Constituționale, procesul-verbal de contravenție este privit ca un act administrativ de constatare. Spre exemplu, prin decizia nr. 349 din 18 septembrie 2003, s-a statuat că procesul-verbal întocmit are, până la rămânerea lui definitivă, caracterul unui act administrativ de constatare. De asemenea, persoana împotriva căreia s-a întocmit procesul-verbal de constatare a contravenției nu este pusă în fața unui verdict definitiv de vinovăție și de răspundere, ci doar în fața unui act administrativ de constatare, ale cărui efecte pot fi înlăturate prin exercitarea căilor de atac prevăzute de lege².

În jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție, se scoate în evidență, de asemenea, faptul că procesul-verbal de contravenție are natura unui act administrativ. Instanța supremă a statuat că procesul-verbal de contravenție, materializând o manifestare de voință cu caracter unilateral a unei autorități publice (prin intermediul persoanelor care au calitatea de agenți constataatori), reprezintă un act administrativ unilateral cu caracter individual, emis în temeiul puterii publice, cu scopul de a

¹ O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, a fost publicată în M. Of. nr. 410 din 25 iulie 2001.

² C.C.R., decizia nr. 349 din 18 septembrie 2003, publicată în M. Of. nr. 780 din 6 noiembrie 2003.

produce efecte juridice³. Opinia majoritară exprimată în literatura de specialitate este în sensul că acest proces-verbal este un act administrativ⁴.

Forma și conținutul plângerii contravenționale

Plângerea contravențională trebuie să îmbrace forma scrisă, iar sub aspectul conținutului trebuie să cuprindă elementele prevăzute de art. 194 din C. pr. civ., între acestea inclusiv arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază, precum și arătarea dovezilor pe care se sprijină fiecare capăt de cerere.

Referitor la motivarea plângerii contravenționale, în practică s-a pus problema de a ști dacă aceasta trebuie făcută în termenul de 15 zile în care poate fi atacat actul sancționator sau poate fi completată și ulterior împlinirii acestui termen, până la primul termen de judecată. Problema de drept a fost tranșată de Înalta Curte de Casație și Justiție, care a statuat prin decizia nr. 44/2016, dată pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, că în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 31 alin. 1 din O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, plângerea împotriva procesului-verbal de constatare a contravenției trebuie și motivată în termenul de 15 zile de la data înmânării sau comunicării procesului-verbal de contravenție, fiind supusă procedurii de regularizare a cererii de chemare în judecată, prevăzută de art. 200 din C. pr. civ.

Prevederile art. 200 alin. 3 din C. pr. civ., referitoare la anularea cererii în caz de neîndeplinire a obligațiilor stabilite de instanță, sunt aplicabile, fără ca acest fapt să semnifice o încălcare a accesului la justiție, după cum a statuat Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza *Lefter împotriva României*⁵.

Taxa judiciară de timbru

Potrivit art. 36 din O.G. nr. 2/2001, pentru plângerea împotriva procesului-verbal de constatare și sancționare a contravenției, pentru recursul formulat împotriva hotărârii judecătorești prin care s-a soluționat plângerea, precum și pentru orice alte cereri incidente se percep taxele judiciare de timbru prevăzute de lege.

În cazul plângerii contravenționale, taxa judiciară de timbru ce trebuie achitată este în cuantum de 20 de lei, conform art. 19 din O.U.G. nr. 80/2013, privind taxele judiciare de timbru. Taxele judiciare de timbru se plătesc de debitorul taxei în

³ Î.C.C.J. - Completul competent să judece recursul în interesul legii, decizia nr. 6 din 16 februarie 2015.

⁴ A se vedea Tudor Drăganu, *Liberul acces la justiție*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 251; Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Vol. II, ed. a IV-a, Ed. ALL Beck, București, 2005.

⁵ A se vedea decizia de inadmisibilitate din 15 aprilie 2014, în cauza *Lefter împotriva României* (cererea nr. 66268/13).

numerar, prin virament sau în sistem on-line, într-un cont distinct de venituri al bugetului local al unității administrativ-teritoriale în care persoana fizică are domiciliul sau reședința ori, după caz, în care persoana juridică are sediul social. Costurile operațiunilor de transfer al sumelor datorate ca taxă judiciară de timbru sunt în sarcina debitorului taxei.

Mai trebuie precizat că, anterior adoptării O.U.G. nr. 80/2013, plângerea contravențională nu era supusă plății taxei judiciare de timbru.

Termenul de introducere a plângerii contravenționale

Termenul în care trebuie introdusă plângerea contravențională este de 15 zile și curge de la comunicarea actului sancționator în una din formele prevăzute de lege. Relevante în acest sens sunt dispozițiile art. 25, 26 și 27 din O.G. nr. 2/2001.

Procesul-verbal se va înmâna sau, după caz, se va comunica, în copie, contravenientului și, dacă este cazul, părții vătămate și proprietarului bunurilor confiscate. Dacă agentul constator aplică și sancțiunea, iar contravenientul este prezent la încheierea procesului-verbal, copia de pe acesta și înștiințarea de plată se înmânează contravenientului, făcându-se mențiune în acest sens în procesul-verbal. Contravenientul va semna de primire. Aceste prevederi se aplică și față de celelalte persoane cărora trebuie să li se comunice copia de pe procesul-verbal, dacă sunt prezente la încheierea acestuia.

În cazul în care contravenientul nu este prezent sau, deși prezent, refuză să semneze procesul-verbal, comunicarea acestuia, precum și a înștiințării de plată se face de către agentul constator în termen de cel mult două luni de la data încheierii. Comunicarea procesului-verbal și a înștiințării de plată se face prin poștă, cu aviz de primire, sau prin afișare la domiciliul sau la sediul contravenientului. Operațiunea de afișare se consemnează într-un proces-verbal semnat de cel puțin un martor.

În practica instanțelor de judecată s-au pronunțat soluții diferite legate de problema de drept a caracterului alternativ sau subsidiar al comunicării actului sancționator prin afișare. Pentru acest motiv a fost necesară pronunțarea unei hotărâri într-un recurs în interesul legii de către Înalta Curte de Casație și Justiție. Prin decizia nr. 10 din 10 iunie 2013 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, s-a statuat că modalitatea de comunicare a procesului-verbal de contravenție și a înștiințării de plată, prin afișare la domiciliul sau sediul contravenientului, este subsidiară comunicării prin poștă, cu aviz de primire. Cerința comunicării procesului-verbal de contravenție și a înștiințării de plată este îndeplinită și în situația refuzului expres al primirii corespondenței, consemnat în procesul-verbal încheiat de funcționarul poștal.

S-a reținut că numai în ipoteza în care se consideră că îndeplinirea procedurii de comunicare prin afișarea actului se află într-un raport de subsidiaritate față de

comunicarea prin poștă, cu aviz de primire, se poate afirma că sunt respectate garanțiile procedurale. Contravenientului trebuie să i se dea posibilitatea să cunoască efectiv actul încheiat, precum și data comunicării acestuia, pentru a-și formula apărările.

De asemenea, și prin decizia nr. 1.254 din 22 septembrie 2011 a Curții Constituționale se confirmă ipoteza susținută, statuându-se că rațiunea comunicării prin poștă, cu aviz de primire, constă în aducerea la cunoștința persoanei care a săvârșit o contravenție a documentelor menționate. Rezultă că această modalitate de comunicare a procesului-verbal este de natură a asigura încunoștințarea efectivă a contravenientului în privința faptei săvârșite și a sancțiunilor contravenționale aplicate⁶.

Astfel, procedura afișării procesului-verbal de contravenție la domiciliul/sediul contravenientului va fi utilizată numai în situația în care nu s-a reușit, din diverse motive, comunicarea prin poștă, cu aviz de primire. Pe cale de consecință, o comunicare directă prin afișare a procesului-verbal de contravenție, fără încercarea anterioară de comunicare prin poștă a acestuia, atrage nulitatea comunicării.

Introducerea plângerii suspendă executarea. Plângerea persoanei vătămate sau a celui căruiia îi aparțin bunurile confiscate suspendă executarea numai în ceea ce privește despăgubirea sau, după caz, măsura confiscării. Potrivit art. 34 alin. 1 teza 1 din O.G. nr. 2/2001, instanța de judecată are obligația de a verifica mai întâi dacă plângerea contravențională a fost introdusă în termen.

Instanța competentă

Potrivit art. 32 alin. 1 și 2 din O.G. nr. 2/2001, plângerea se depune la judecătoria în a cărei circumscripție a fost săvârșită contravenția. Controlul aplicării și executării sancțiunilor contravenționale principale și complementare este de competență exclusivă a acestei instanțe.

Cu toate acestea, există și acte normative care instituie o competență derogatorie de la dreptul comun. Spre exemplu, plângerile formulate în temeiul O.G. nr. 15/2002, împotriva procesului-verbal de contravenție, prin care s-a reținut săvârșirea faptei de a circula fără deținerea rovinei valabile, se introduc la judecătoria în a cărei circumscripție domiciliază sau își are sediul contravenientul, iar nu la judecătoria în a cărei circumscripție a fost săvârșită contravenția.

Judecarea cauzei

Potrivit art. 33 din O.G. nr. 2/2001, judecătoria va fixa termen de judecată, care nu va depăși 30 de zile. Totuși, aceste dispoziții considerăm că au fost abrogate

⁶ C.C.R., decizia nr. 1.254 din 22 septembrie 2011, publicată în M. Of. nr. 12 din 06.01.2012.

implicit o dată cu intrarea în vigoare a noului C. pr. civ., care instituie o etapă administrativă ce trebuie parcursă, după cum a arătat Înalta Curte de Casație și Justiție în Decizia nr. 44/2016. În aceste condiții, primul termen de judecată va fi acordat abia după ce a fost parcursă etapa administrativă.

Instanța va dispune citarea contravenientului sau, după caz, a persoanei care a făcut plângerea, a organului care a aplicat sancțiunea, a martorilor indicați în procesul-verbal sau în plângere, precum și a oricăror alte persoane în măsură să contribuie la rezolvarea temeinică a cauzei. În cazul în care fapta a avut ca urmare producerea unui accident de circulație, judecătoria va cita și societatea de asigurări menționată în procesul-verbal de constatare a contravenției.

În procedura plângerii contravenționale pot fi administrate probe precum: înscrisurile, proba testimonială, interogatoriul, expertiza, prezumțiile judiciare. De asemenea, instanța competentă să soluționeze plângerea, după ce verifică dacă aceasta a fost introdusă în termen, ascultă pe cel care a făcut-o și pe celelalte persoane citate, dacă s-au prezentat. În cadrul probei testimoniale poate fi audiat în calitate de martor inclusiv agentul constatator. Acest fapt a fost relevat și de considerentele hotărârii Curții Europene a Drepturilor Omului, pronunțată în cauza *Nicoleta Gheorghe împotriva României*⁷.

În ceea ce privește prezumțiile, trebuie precizat că acestea constituie probe în lumina noului C. pr. civ. Prin urmare, trebuie puse în discuția părților și încuviințate de instanță. În practică, instanțele invocă foarte des prezumția de legalitate și temeinicie a procesului-verbal de contravenție. Câteva precizări trebuie făcute însă în legătură cu acestea.

De multe ori, intimatul se apără în sensul că procesul-verbal de contravenție se bucură de prezumția de temeinicie, în considerarea faptului că agentul constatator a constatat fapta personal. În realitate, procesul-verbal de contravenție nu se bucură de prezumția legală de temeinicie nici chiar în situația în care agentul constatator a constatat fapta personal.

Potrivit art. 328 și 329 din C. pr. civ., prezumțiile pot fi legale sau judiciare. Raportat la circumstanțele fiecărei cauze, în anumite situații poate fi incidentă prezumția judiciară de temeinicie a procesului-verbal de contravenție.

Este important de precizat că nu orice proces verbal de contravenție se poate bucura de prezumția de temeinicie. Acest lucru a fost statuat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza *Anghel împotriva României* (paragrafele 60, 61, 62). La paragraful 60 din hotărârea amintită, Curtea a arătat că art. 6 paragraful 2 din CEDO cere statelor să includă prezumțiile de care se folosesc luând în calcul gravitatea mizei și păstrând drepturile la apărare. Aceste considerente ale curții vin

⁷ Cauza *Nicoleta Gheorghe împotriva României*, hotărârea din 3 aprilie 2012 (cererea nr. 23470/05).

după ce în cadrul aceleiași hotărâri statuase că procedura contravențională română aparține materiei penale.

Caracterul penal al procedurii contravenționale. Implicațiile art. 6 din CEDO

Prima hotărâre CEDO, cu impact major în judecarea plângerilor contravenționale, a fost cauza *Anghel împotriva României*⁸.

Situația de fapt în această speță este simplă. La 21 noiembrie 2002 domnul Petre Anghel, reclamantul, s-a deplasat la arhiva Judecătoriei Pucioasa pentru a obține copia unei hotărâri pronunțate de această instanță în una din cauzele pe care le intentase. Conform declarației reclamantului, doamna S., arhivară, a refuzat pe nedrept să-i predea documentul respectiv, pe motiv că nu se afla în arhivă. Se pare că S. i-ar fi cerut pe un ton nepolitic să părăsească biroul său. Cu ajutorul judecătorului desemnat cu supravegherea și după ce reclamantul a insistat mult, dosarul în cauză a fost în sfârșit regăsit în arhivă și interesatul a primit copia solicitată. Doamna S. și doamna R., o altă angajată de la arhivă, au chemat un polițist, domnul C., care a cerut reclamantului să dea o declarație asupra incidentului avut cu S. Reclamantul a acceptat. Ulterior, a primit acasă un proces-verbal de contravenție, prin care se atesta sancționarea sa contravențională, reținându-se un comportament antisocial în arhiva judecătoriei Pucioasa.

Petentul a formulat plângere contravențională, care a fost respinsă de Judecătoria Pucioasa. Această instanță a audiat martorii A. și D. Primul, domnul A., a indicat că se afla la arhiva Judecătoriei atunci când reclamantul a cerut lui S., funcționara de la ghișeu, copii ale unor documente. El a precizat că discuția respectivă s-a derulat pe un ton amabil și că reclamantul nu a adresat cuvinte injurioase lui S. Al doilea martor, domnul D., a declarat că se afla la arhivă atunci când reclamantul a vorbit despre anumite documente cu funcționara de la ghișeu. Nu cunoștea conținutul schimbului de replici. În fine, a menționat că alte două sau trei persoane, pe care nu le cunoștea, se aflau de asemenea la arhivă în momentul acestei discuții.

Totodată, a fost audiată și d-na R., care a susținut varianta din procesul-verbal de contravenție. De altfel, R. a precizat că mai multe persoane au asistat la incident, printre care doamna B., avocată, și doamna G., grefieră șefă. Nu-și amintea să-i fi văzut pe A. și D., martorii interogați de instanță la 20 februarie 2003 la cererea reclamantului, dar a declarat că îi cunoaște, deoarece avuseseră de mai multe ori probleme la judecătoria.

În urma examinării probelor administrate, judecătoria a reținut faptele următoare: reclamantul, nemulțumit de felul în care angajata de la arhivă a răspuns cererii sale de obținere a unor documente, s-a angajat într-o discuție cu ea și atunci

⁸ Cauza *Anghel împotriva României*, hotărârea din 4 octombrie 2007 (cererea nr. 28183/03).

i-a adresat cuvinte jignitoare. Polițistul nu percepuse faptele personal, ci îi fuseseră relevate de persoanele implicate, fiecare în varianta proprie.

Petentul a exercitat calea de atac în cauză. Aceasta a fost respinsă de Tribunalul Dâmbovița, reținându-se că judecătoria a respins contestația reclamantului pe motiv că acesta nu și-a putut dovedi nevinovăția prin mijloacele de probă administrate în fața judecătorilor de fond. Totodată, a considerat că din declarațiile date de angajatele de la arhivă S. și R., luate de polițistul C., precum și din declarațiile martorilor A. și D., audiați de Judecătoria, reieșea că acțiunile reclamantului reprezentau o tulburare a ordinii publice, contravenție sancționată de art. 2 alin. 1 din Legea nr. 61/1991. Instanța a reținut în fine că amenda contravențională aplicată de organele de poliție fusese pronunțată legal și în limitele prevăzute de lege.

Curtea consideră că, în ciuda naturii bănești a sancțiunii efectiv aplicate reclamantului, a cuantumului său mic și a naturii civile a legii de pedepsire a contravenției respective, procedura în cauză poate fi asimilată unei proceduri penale. Trebuie constatat, mai întâi, că dispoziția a cărei încălcare a fost atribuită reclamantului avea un caracter general și nu se adresa unui anumit grup de persoane, ci tuturor cetățenilor. Ea le impunea un anumit comportament și însoțea această cerință cu o sancțiune care încerca în același timp să descurajeze și să pedepsească. La asta se adaugă natura însăși a sancțiunii atrase pentru faptele asupra cărora a fost angajată răspunderea contravențională a reclamantului. Trebuie remarcat că abia prin O.U.G. nr. 108/2003, Guvernul a retras închisoarea contravențională de pe lista pedepselor ce ar putea fi aplicate autorilor contravențiilor.

Curtea a concluzionat că petentul se bucura de garanțiile art. 6 din Convenție, în materie penală, între care și prezumția de nevinovăție. S-a arătat că orice sistem juridic cunoaște prezumțiile de fapt și de drept. Convenția nu le împiedică din principiu, dar în materie penală obligă statele contractante să nu depășească un anumit prag. În special, art. 6 paragraful 2 cere statelor să includă aceste prezumții în limite rezonabile, luând în calcul gravitatea mizei și păstrând drepturile la apărare.

În privința gravității mizei, s-a reținut că în caz de neplată de către reclamant a amenzii contravenționale în termen de 30 de zile de la data la care această sancțiune a fost confirmată printr-o decizie definitivă, autoritatea care a aplicat această pedeapsă putea sesiza instanța pentru transformarea amenzii în pedeapsa cu închisoarea contravențională.

În privința ocrotirii drepturilor la apărare, trebuie constatat că instanțele naționale par să fi dat crezare celor două mărturii ale doamnelor S. și R., angajatele arhivei implicate direct în incidentul din 21 noiembrie 2002, fără să fi încercat să obțină mărturiile altor persoane prezente în momentul comiterii faptelor, cum ar fi doamna B., avocată. În plus, Judecătoria Pucioasa nu a ținut cont, în raționamentul său asupra derulării incidentului, de mărturiile martorilor apărării, printre care cea

a lui A., care a contestat faptele atribuite reclamantului, și nu a precizat motivele pentru care nu le considera credibile.

De asemenea, posibilitatea reclamantului de a fi confruntat cu martorii acuzării în prezența judecătorului, care trebuia în ultimă instanță să ia o hotărâre în privința cauzei, rămânea o garanție esențială. Observațiile instanței în privința comportamentului și credibilității unui martor puteau avea consecințe asupra rezultatului procedurii în cauză. Acest lucru este cu atât mai mult adevărat, cu cât polițistul care a întocmit procesul-verbal de contravenție se pare că nu a fost prezent la incidentul din 21 noiembrie 2002 și nu a intervenit decât după schimbul verbal dintre reclamant și S. Or, actele aflate la dosar arată că mărturia acuzării lui S., căruia instanțele i-au dat crezare, nu a fost prezentată în fața reclamantului, în ședință publică, ci a fost luată în aceeași zi a incidentului de polițistul C., fără ca S. să fi fost apoi chemată să compară în cauza inițiată după contestația reclamantului.

O altă cauză a Curții Europene a Drepturilor Omului, cu impact asupra modului de utilizare a prezumțiilor de către instanță, este cauza *Nicoleta Gheorghe împotriva României*. Situația de fapt, în această speță, este de asemenea simplă. Petenta a fost sancționată în anul 2004, în București, pentru tulburarea liniștii celorlalți locatari din imobil. Agentul de poliție a explicat în procesul-verbal că la 1 mai 2004, în timpul unei discuții cu vecinul E., cu care se confrunta în mai multe litigii pendinte în fața instanțelor naționale, petenta a țipat în casa scării imobilului, tulburând liniștea celorlalți locatari. Procesul-verbal era semnat de un martor, U., locatar al imobilului.

Petenta a contestat procesul-verbal în fața judecătoriei de sector din București, susținând că faptele relatate în acel act nu corespundeau evenimentelor petrecute în realitate la 1 mai 2004. Aceasta a explicat mai ales că țipetele pe care le-a auzit agentul de poliție la 1 mai 2004 și pentru care i-a fost aplicată amenda erau de fapt țipete de durere pe care le-a scos după ce vecinul E., cu care era în conflict, a lovit-o și rănit-o la cot, îmbrâncind-o în cadrul ușii sale de la intrare. Aceasta a adăugat că U., martorul care a semnat procesul-verbal, era un locatar vârstnic și bolnav care se temea de reacțiile violente ale lui E. Reclamanta a prezentat o copie a procesului-verbal de contravenție și a plicului acestuia, precum și o copie a unei plângeri penale pe care o depusese la secția locală de poliție împotriva lui E., a concubinei acestuia și a altor doi locatari ai imobilului, din care reieșea că, în general, existau tensiuni în imobil între ea și alți colocatari.

În ședința publică din 15 iunie 2004, la care reclamanta a asistat, judecătoria de sector din București i-a dat cuvântul pentru a-și înainta solicitarea de probe. Reclamanta a răspuns că nu avea cereri în acest sens și, în consecință, instanța a considerat că era inutilă citarea, în vederea înfățișării în instanță, a martorului al cărui nume apărea în procesul-verbal. Observând lipsa altor cereri sau probe de administrat, instanța a pus în discuția părților fondul cauzei. Reclamanta a solicitat anularea procesului-verbal, susținând că acesta era lovit de nulitate absolută pe

motiv că agentul de poliție care l-a întocmit a omis să îi înmâneze o copie, să o informeze că putea depune o contestație și să îi solicite să îl semneze. Prin hotărârea din 15 iunie 2004, instanța a respins contestația acesteia, pe care a considerat-o neînte-meiată.

În fața Tribunalului București, a fost formulată calea de atac a recursului împo-triva hotărârii primei instanțe. În ședința publică din 9 decembrie 2004, reclamanta a solicitat instanței încuviințarea de a depune la dosarul cauzei declarațiile extraju-diciare ale martorilor U. și C., care asistaseră la incidentul din 1 mai 2004. Tribu-nalul a admis cererea, considerând-o pertinentă și utilă. Prin urmare, reclamanta, audiată de instanță, a declarat că nu mai are alte cereri de prezentat sau probe de administrat. În continuare, instanța i-a dat cuvântul pentru a se exprima cu privire la fondul recursului. Persoana în cauză a reiterat motivele de recurs pe care le indicase în scris. Tribunalul a început deliberările, apoi, la finalul ședinței publice desfășurate la aceeași dată, a respins apelul reclamantei ca nefondat. Instanța a explicat motivele care au determinat-o să ajungă la această soluție în hotărârea sa definitivă din 9 decembrie 2004, motivată la 17 ianuarie 2005, prin care confirma temeinicia hotărârii din 15 iunie 2004.

La 21 decembrie 2004, reclamanta a depus la grefa Tribunalului București două declarații extrajudiciare ale unor terți, U. și C. În depoziția din 16 decembrie 2004, U. a precizat că la 1 mai 2004 a auzit un polițist sfătuind-o pe reclamantă să se adreseze unui laborator medical pentru confirmarea, după caz, a loviturilor care i-ar fi fost aplicate de către E. la acea dată. Într-o declarație extrajudiciară, datată 3 mai 2004, C. a precizat că în data de 1 mai 2004 i-a văzut pe E. și pe concubina sa pe cale să o îmbrâncească pe reclamantă în casa scării imobilului. Acesta a mai declarat că E. era adesea violent și în stare de ebrietate.

Constatând că reclamantei i se adusese o acuzație în materie penală, curtea a reamintit că în orice sistem de drept există prezumții de fapt și de drept și că, în principiu, convenția nu se opune acestora, însă în materie penală obligă statele contractante să nu depășească un anumit prag. În special, art. 6 § 2 impune statelor să încadreze aceste prezumții între niște limite rezonabile, ținând cont de gravitatea faptelor și protejând dreptul la apărare. Curtea a analizat dacă aceste limite au fost depășite în detrimentul petentei.

Referitor la ocrotirea dreptului la apărare, a constatat că reclamanta s-a mulțu-mit cu depunerea la dosar, cu titlu de probe, a unor înscrisuri din care reieșea, la modul general, că existau tensiuni în imobil între persoana în cauză și alți locatari, însă aceasta nu a solicitat în niciun moment citarea persoanelor care asistaseră la incidentul din 1 mai 2004 sau a polițistului care a întocmit procesul-verbal, pentru a-i chestiona în vederea clarificării situației de fapt aflate la originea litigiului. Această posibilitate îi stătea la dispoziție, așa cum atestă hotărârea din 15 iunie 2004 a judecătoriei și hotărârea definitivă din 9 decembrie 2004 a tribunalului, instanțe în

fața cărora reclamanta a precizat expres, în cadrul unor ședințe publice, că nu avea cereri de introdus sau probe de prezentat. Mai mult, deși Tribunalul București a admis la 9 decembrie 2004 cererea acesteia pentru a depune la dosarul cauzei declarațiile extra-judiciare ale martorilor U. și C., care, potrivit acesteia, asistaseră la incidentul din 1 mai 2004, abia la data de 21 decembrie 2004, adică la destul timp de la pronunțarea hotărârii definitive din 9 decembrie 2004, reclamanta pare să fi transmis tribunalului declarațiile respective.

Nici litera și nici spiritul art. 6 din Convenție nu împiedică o persoană să renunțe de bună voie la garanțiile care sunt consacrate în aceasta în mod expres sau tacit, printre care cea de a întreba sau de a solicita audierea unui martor, însă această renunțare trebuie să fie neechivocă și să nu fie contrară niciunui interes public important. Prin precizarea făcută în ședință publică în fața instanțelor naționale că nu dorește să solicite prezentarea altor probe, reclamanta s-a expus cu bună știință riscului unei condamnări întemeiate numai pe probele aflate la dosar, incluzând așadar procesul-verbal de contravenție pe care ea însăși l-a prezentat în fața judecătoriei și căruia îi era atribuită o prezumție de temeinicie relativă. A concluzionat Curtea că nu a fost încălcat art. 6 din CEDO.

Imposibilitatea suspendării cauzei pentru lipsa părților sau pentru neîndeplinirea de către petent a obligațiilor stabilite de instanță

În materie contravențională nu se aplică dispozițiile art. 242 și 411 din C. pr. civ., referitoare la suspendarea cauzei pentru lipsa părților sau pentru neîndeplinirea de către reclamant a obligațiilor stabilite de instanță în sarcina sa, întrucât s-ar ajunge ca printr-o simplă înregistrare a unor plângeri contravenționale, urmată de neprezentarea petentului, acesta să obțină suspendarea executării procesului verbal și ulterior eventuala prescriere a executării sancțiunii. Or, în dreptul comun, prin pasivitatea reclamantului și neprezentarea acestuia în instanță, nu se poate ajunge la dobândirea dreptului pentru care s-a formulat acțiunea.

Pe de altă parte, potrivit art. 34 alin. 1 teza ultimă din O.G. nr. 2/2001, dispozițiile art. 236¹ și ale art. 405 din C. pr. civ. nu sunt aplicabile în materia plângerii contravenționale. Este adevărat că aceste prevederi nu sunt corelate cu actuala nume-rotare a articolelor C. pr. civ., însă în varianta numerotării anterioare celei actuale, aceste articole reglementau cauzele de suspendare la care am făcut referire.

Căile de atac

Potrivit art. 34 alin. 2 din O.G. nr. 2/2001, dacă prin lege nu se prevede altfel, hotărârea prin care s-a soluționat plângerea poate fi atacată numai cu apel. Apelul

se soluționează de secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului. Motivarea apelului nu este obligatorie. Motivele de apel pot fi susținute și oral în fața instanței. Apelul suspendă executarea hotărârii.

Observăm că prevederile O.G. nr. 2/2001 derogă de la dreptul comun în materie procesuală, reprezentat de C. pr. civ. Potrivit art. 470 alin. 1 lit. c) din C. pr. civ., cererea de apel va cuprinde motivele de fapt sau de drept pe care se întemeiază apelul. Potrivit art. 471 alin. 3 din C. pr. civ., în cazul în care cererea de apel nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege, președintele instanței sau persoana desemnată de acesta care primește cererea de apel, va stabili lipsurile și îi va cere apelantului să completeze sau să modifice cererea de îndată, dacă este prezent și este posibil, ori în scris, dacă apelul a fost trimis prin poștă, fax, poștă electronică sau curier. Completarea sau modificarea cererii se va face înăuntrul termenului de apel. Dacă președintele sau persoana desemnată de acesta apreciază că intervalul rămas până la expirarea termenului de apel nu este suficient, va acorda un termen scurt, de cel mult 5 zile de la expirarea termenului de apel, în care să se depună completarea sau modificarea cererii.

Sub aspect temporal, până la intrarea în vigoare a noului C. pr. civ., hotărârea judecătorească era supusă recursului. A existat și o perioadă în care, în privința contravențiilor legate de circulația pe drumurile publice, calea de atac a fost suprimate, hotărârea judecătorească fiind definitivă, însă Curtea Constituțională a apreciat că în această materie sancțiunile principale și complementare, precum și măsurile tehnico-administrative au un caracter punitiv și preventiv, vizând ocrotirea unei valori sociale importante, respectiv siguranța pe drumurile publice, astfel încât lipsa unei căi de atac aduce atingere, între altele, accesului liber la justiție, precum și dreptului la apărare. Soluția legislativă a fost declarată neconstituțională⁹.

⁹ C.C.R., decizia nr. 500 din 15 mai 2012, publicată în M. Of. nr. 492 din 18 iulie 2012.